

ASPECTOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*

.....
* Palestra proferida na Semana João Mendes Júnior, na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, juntamente com o desembargador Álvaro Lazzarini, em 28 de agosto de 1998.

Pedro Aurélio Pires Maríngolo*

1 Generalidades

São independentes, como prevê o artigo 1.525 do Código Civil, as responsabilidades civil e penal.

No estudo do Direito Civil, denomina-se *responsabilidade civil* a obrigação de uma pessoa indenizar o prejuízo causado a alguém.

Conforme a origem dessa obrigação, se contratual ou legal, classifica-se a responsabilidade civil em responsabilidade contratual (*regida pelos princípios gerais dos contratos firmados pelas partes*) e em responsabilidade extracontratual, também chamada responsabilidade *aquiliana* (*regida pela lei civil: artigo 159 do Código Civil*).

Já a *responsabilidade criminal* é aquela que decorre do *jus puniendi*, assim entendido o poder-dever de punir os transgressores da lei penal, que apenas o Estado (*nação politicamente organizada*) tem. Lei penal é aquela espécie normativa que protege bens jurídicos de muita relevância para a vida em sociedade e para a ordem pública, vedando a prática de determinadas condutas sob a cominação de penas, até e principalmente as restritivas de liberdade.

Além das esferas comuns de responsabilidade civil e criminal, e com igual independência embora inter-relacionadas, existem outras esferas de responsabilidade: a *administrativa*, a *funcional* e a *política*.

A chamada *responsabilidade administrativa*, genérica, decorre do Poder Administrativo de Polícia, que é o conjunto de atribuições concedidas à Administração Pública, dos três níveis federativos, para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais em favor da coletividade (bem comum) ou do próprio Estado (interesse

* Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

público). Por exemplo, o tratamento de saúde coercitivo das doenças epidêmicas; a imposição de cominações pecuniárias (multas) ou restritivas de direitos (suspensão da habilitação para dirigir veículos) aos transgressores das regras de trânsito; a interdição de imóveis urbanos por infrações a regras de segurança das construções; ou a interdição de atividades em imóvel usado irregularmente, com infração à legislação de zoneamento urbano.

A chamada *responsabilidade funcional*, espécie de responsabilidade administrativa, é aquela que recai sobre o servidor público infrator das regras de comportamento funcional consolidadas em textos normativos próprios (os Estatutos), sujeitando-o a cominações variadas (*advertência, multa, suspensão de exercício, demissão do cargo ou função pública*).

A chamada *responsabilidade política*, também espécie de responsabilidade administrativa, é aquela que recai sobre determinados agentes públicos que, ao contrário dos demais servidores, exercem funções ou cargos públicos de natureza institucional, na maioria das vezes mediante o procedimento eleitoral.

Essa responsabilidade política, a partir da ordem constitucional de 1988, sofreu profunda modificação extensiva, porque antes se cogitava apenas da imposição, pelo Poder Judiciário, de penas criminais (*principal, restritivas de liberdade; acessória, perda do cargo e inabilitação temporal para o exercício de cargo ou função pública*) aos agentes políticos infratores, sem prejuízo da reparação civil *comum* dos danos causados ao patrimônio público ou particular, e com o preliminar julgamento propriamente político pelo Poder Legislativo respectivo (*impeachment*), tendo por conseqüência o afastamento do cargo ou a cassação do mandato. O único texto normativo legal sobre *crimes de responsabilidade*, recepcionado pela ordem constitucional de 1988, refere-se àqueles cometidos por prefeitos e vereadores (Decreto-Lei n.201/67), apesar da Constituição Federal mencionar crimes de responsabilidade do presidente da República (artigo 85), de ministros de Estado (artigo 50, § 2º), de membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas (artigo 102, I, c), de membros do Supremo Tribunal Federal, do procurador-geral da República e do advogado-geral da União (artigo 52, II), de Parlamentares (artigo 55), e dos desembargadores e dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos municípios, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e Trabalhistas (artigo 105, I, a); tanto quanto se menciona, na Constituição Estadual de 1989, os crimes de responsabilidade do governador (artigo 48), do vice-governador e dos secretários de Estado (artigos 50 a 20, XIV a XVI), dos juízes, dos membros do Ministério Público, salvo o procurador-geral, do delegado-geral da Polícia Civil e do comandante-geral da Polícia Militar (artigo 74, II).

Além desse sistema de responsabilização política tradicional no Direito brasileiro, a grande novidade surgida com a ordem constitucional de 1988 foi a repressão da chamada *improbidade administrativa* (artigo 37, § 4º), posteriormente regulada pela Lei n.8.429/92, mediante *ação de natureza civil (não criminal)*, tendente a punir os atos de improbidade, dos três níveis federativos, que importem em enriqueci-

mento ilícito (artigo 9º), que causem prejuízo ao erário (artigo 10) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), com cominações independentes das sanções penais, civis comuns e administrativas específicas, tais como a perda do patrimônio ilegalmente acrescido pelo ímprobo, o ressarcimento integral dos danos causados, a perda da função pública, a suspensão temporária dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratação com o Poder Público (artigo 12).

A repressão às improbidades administrativas introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n.8.429/92 implicou, como se vê pela natureza das cominações, a ampliação das esferas de responsabilidade tradicionais inicialmente referidas; anteriormente, por exemplo, um magistrado, titular de um cargo vitalício, era destituído apenas se condenado criminalmente à pena restritiva de liberdade igual ou superior a um ano (se por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a *administração pública*) ou superior a quatro anos (se por crime de outra natureza), e agora também poderá perder o cargo se for condenado em ação civil (não criminal) de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Um prefeito, que antes perdia seu mandato se condenado criminalmente pela prática de crimes comuns (pena restritiva de *liberdade igual* ou superior a um ano, nos casos de abuso de poder ou de violação de dever para com a *administração pública*; ou superior a quatro anos, nos demais casos) ou de crime de responsabilidade (Decreto Lei n.201/69), ou ainda se condenado em processo político administrativo (*impeachment*, também tratado no DL n.201/69), agora poderá ser destituído de seu cargo, com perda temporária dos direitos políticos e outras cominações, se condenado em processo civil (não criminal, insista-se) que reconheça sua responsabilidade pelas improbidades tipificadas na Lei n.8.429/92.

Assim sendo, pode-se dizer que, ao lado das clássicas esferas de responsabilidade civil, criminal e administrativa (esta *abrangendo* a estritamente funcional e a estritamente política), agora existe uma quarta esfera, autônoma, especificamente voltada à proteção da moralidade administrativa, misto de civil-política-administrativa, que informalmente passei a denominar, nas minhas aulas e sentenças proferidas nas Varas da Fazenda Pública, simplesmente de *responsabilidade política*.

Com a observação de que essa responsabilidade pelos atos de improbidade administrativa instituída pela Lei n.8.429/92 busca a indenização, *pela via reparatória*, dos danos materiais causados ao patrimônio público (*ressarcimento integral do dano*) e também a indenização, *pela via compensatória*, dos danos imateriais (extrapatrimoniais ou verdadeiramente morais) decorrentes da conduta ímproba (*perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratação com o Poder Público*), alcançando inclusive os herdeiros, sucessores daquele que causou lesão ao patrimônio público ou que se enriqueceu ilicitamente.

2 Casuísmos: ação civil de responsabilidade política por ato de improbidade administrativa, ação civil pública ou ação popular? Competência originária dos Tribunais ou competência dos órgãos judiciários de 1º grau?

Tais considerações genéricas são essenciais para a solução jurídica, correta e adequada de dois questionamentos recorrentes nos processos judiciais que versam sobre responsabilidade política.

A primeira dessas questões refere-se à classificação da demanda, quase sempre ajuizada pelo Ministério Público, equivocadamente, sob o rótulo de ação civil pública.

A ação civil pública, como se lê no artigo 1º, da Lei n.7.347/85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica; ou a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

As definições desses interesses especialmente protegidos pela ação civil pública, entretanto, segundo o festejado professor José Carlos Barbosa Moreira, encontram-se no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990), cujo inciso I alude a “interesses ou direitos difusos”, assim entendidos os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, enquanto o inciso II conceitua como “interesses ou direitos coletivos [...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupos, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

São *coletivos*, exemplifica o ilustre jurista, os interesses (de *objeto indivisível*) comuns aos partícipes de um consórcio, ou aos contribuintes de determinado tributo, ou aos estudantes matriculados em certa universidade; são *difusos* os interesses (também de *objeto indivisível*) comuns aos habitantes de região sujeita a vicissitudes naturais, como as enchentes. Nesta segunda espécie, ao contrário do que ocorre na primeira, em vez da comunhão em vínculo jurídico, a unir os interessados entre si ou com terceiro, o que se configura é mera identidade de circunstâncias de fato a envolver todos aqueles.

Há de prevalecer, pois, o entendimento de que o Ministério Público só pode ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos ou coletivos, não se encontrando em suas atribuições a defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis.

É esse o entendimento de Arnold Wald, nas atualizações das lições de Hely Lopes Meirelles, citando Rogério Lauria Tucci e inúmeros acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, também, vale destacar vários arestos anotados por Theotonio Negrão (s. d., p.670) sobre o artigo 5º da Lei n.7.347/85):

Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico (RSTJ, 65/352).

O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para porfiar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo. As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na Lei, sendo defeso ao Estado conferir-lhe outras atribuições através de Convênio (STJ – 1ª Turma, REsp, 46.130-8-PR).

O Ministério Público não possui legitimidade 'ad causam' para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais que visam a responsabilidade de danos sofridos, fundada na responsabilidade aquiliana (RT, 712/224).

Nesse sentido, confira-se também o REsp n.34.980/93, julgado por unanimidade, em 19 de setembro de 1994, pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o ministro Peçanha Martins (RSTJ, p.352 et seq.):

Processual Civil. Legitimidade de Parte. Ação Civil Pública. Leis 7.347/85 e 8.078/90. Reparação de Danos. Municipalidade de Marília/SP. Ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes.

1. Questão relativa à legitimidade de parte é passível de exame *de ofício*, não podendo o Tribunal "*Ad Queri*" furtar-se de apreciá-la sob alegação de preclusão.
2. A lei n.7.347/85 confere legitimidade ao Ministério Público para propor ação civil pública nas condições estabelecidas no artigo 1º, acrescido do inciso IV pela Lei n.8.078/90.
3. Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil pública para esse fim específico.
4. Recursos Especiais conhecidos e providos para decretar a extinção do processo, na forma do artigo 267, VI do CPC.

Vale ainda conferir substancioso julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na RT 730/234 e na JTJ-LEX 181/122, relatado pelo desembargador professor Sérgio Pitombo, que faz precisa distinção entre a ação civil pública, a ação civil de responsabilização política por ato de improbidade e a ação popular, assim ementado: "Ação Civil Pública – Ilegitimidade do Ministério Público, quando cabente eventual ação popular. Pedido impossível de condenação a reparar o dano, pagando aos cofres municipais – Mescla de ações injustificável – Recurso provido".

Não se pense que essa defendida distinção de ações seja cerebrina ou simplesmente semântica. É que não se vislumbra nenhum interesse difuso e nenhum

interesse coletivo, própria e juridicamente ditos, a ser defendidos pelo Ministério Público, mediante ação civil pública lastrada na Lei n.7.347/85, em atos de improbidade cometidos, por exemplo, por um prefeito no gerenciamento financeiro da carteira de títulos públicos municipais.

O atrelamento da ação de responsabilidade civil e política por ato de improbidade administrativa, para a qual o Ministério Público também tem legitimidade ativa, com a ação civil pública da Lei n.7.347/85, tal como ainda defendem alguns juristas, é absolutamente descabido, por incompatíveis as duas ações, e isso se verifica, sem muita dificuldade, no pedido de condenação a repor ao patrimônio público a importância correspondente ao prejuízo causado, que afronta o disposto no artigo 13 da Lei n.7.347/85, cuja previsão *exatamente porque a ação civil pública somente se presta a defender interesses difusos ou coletivos - é no sentido de destinar, obrigatoriamente, a condenação em dinheiro em favor de um fundo (o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei n.9.008, de 21.3.1995).*

Por isso, e lembrando também que as regras de processo (relação *jurídica*) das duas ações, pautadas por leis diferentes, são absolutamente distintas, existindo presunções e inversões do ônus de prova incompatíveis entre elas (por exemplo, o enriquecimento ilícito é presumido na *improbidade* tipificada no inciso VII do artigo 9º, da Lei n.8.429/92 – aquisição de bem, no exercício de função pública, de valor *desproporcional com a renda ou com a evolução patrimonial do agente público – , cabendo ao réu*, no caso, a prova de que tal aquisição foi lícita), muitas vezes o Ministério Público tem indeferidas suas petições iniciais ou é dado como carecedor de ações civis públicas manejadas em face de réus ímprobos, exatamente pela inadequação do uso de um remédio processual por outro, também previsto no ordenamento jurídico.

A outra questão muito discutida no âmbito das ações civis de responsabilização política por ato de improbidade administrativa refere-se à competência jurisdicional. A competência para o conhecimento de improbidades administrativas, tais como definidas na Lei n.8.429/92, eventualmente praticadas por agentes públicos ou políticos de qualquer nível federativo, é do juízo de primeiro grau, não se aplicando a essa espécie de processo *civil* as regras de competência *criminal ratione personae* definidas na Constituição Federal (artigo 29, atual inciso X) e na Constituição Estadual de São Paulo (artigo 74, inciso I) pelas prerrogativas de função de determinados réus, entre eles os prefeitos. Ao menos enquanto não se aprovar, no Congresso Nacional, o projeto presidencial da Mensagem n.197, de 7.4.1997, que sintomaticamente pretende acrescentar ao artigo 17 da Lei n.8.429/92 o seguinte 5º parágrafo: “a ação de *improbidade* será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade, na *hipótese de prerrogativa* de foro em razão do exercício de função pública”.

Além da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive de seu órgão Especial, confira-se o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que nem mesmo o presidente da República goza de

foro especial que não esteja estritamente indicado na Constituição Federal de 1988 (Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública contra Presidente da República, Lei n.7.347/85):

A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no artigo 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade.¹

Quanto aos prefeitos, por várias vezes o Supremo Tribunal Federal afirmou a prevalência da competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para julgá-los quando acusados da prática de *crimes* comuns (RE n.162.966/RS, Pleno, relatado pelo ministro Néri da Silveira, publicado na *RTJ* 252/657; HC n.72.465-5/SP, 1ª Turma, relatado pelo ministro Celso de Mello, e publicado no *DJU* de 5.2.1996, p.1.283). De resto, em despacho de 21.2.1997 e publicado no *DJU* de 4/3/97, p.4.800-1, o ministro Carlos Velloso arquivou inquérito que atribuía a deputado Federal, quando prefeito de município do interior do Estado do Ceará, a prática de crimes e de atos de improbidade referidos na Lei n.8.429/92, anotando, quanto à acusação de improbidade administrativa, que havia óbice competencial, como destaca Marcelo Figueiredo (1995, p.90):

[...] ação de improbidade será processada conforme as regras da lei processual civil e terá rito ordinário.

Como a alegação de improbidade administrativa concerne à atuação do acusado como Prefeito Municipal, observadas as formalidades legais atinentes à espécie, competente para propor a ação de improbidade administrativa é o representante do Ministério Público Estadual, com atribuição específica, ou a Prefeitura Municipal de [...] (artigo 17 da Lei 8.429). Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de Deputado Federal.

Como não é difícil perceber, se bem entendido que a responsabilização política por ato de improbidade administrativa da Lei n.8429/92 se faz por ação de natureza *civil*, não é séria a nem jurídica a sustentação de que tal demanda deva correr, originariamente, nos tribunais aos quais se cometeu a competência jurisdicional *criminal* pelo critério *ratione personae*, que leva em consideração as prerrogativas funcionais dos réus. Ao menos enquanto não se alterar a lei.

E o mais curioso neste tema é constatar que a Lei de Improbidade Administrativa, n.8.429, de 2 de junho de 1992, foi proposta ao Congresso Nacional pelo

¹ Agravo Regimental na Petição n.693-4 SP; agravantes: Instituto Ministro Rodrigo Octávio e outros; agravados: Fernando Affonso Collor de Mello e outros; Pleno; julgamento de 12.8.1993; relatado pelo ministro Ilmar Galvão; *DJU* de 1.3.1996, p.5.013.

então Presidente Fernando Collor, que como se sabe foi levado à renúncia por desdobramentos de vários processos nos quais era acusado de condutas ímprobas, mas que, provavelmente, será lembrado pela História, mais tarde, talvez como Napoleão, cuja fama de ditador cruel cedeu à excelência de seu governo na área da normatização jurídica, cabendo assim ao presidente Fernando Henrique Cardoso o triste papel de propor, na contramão da História e subvertendo o ordenamento jurídico, foro *privilegiado para ação civil* que, sobre dificultar seu manejo pelo Ministério Público, porque o exercício da demanda ficará concentrado nas Procuradorias Gerais de Justiça, implicará também o retorno da serena impunidade dos atos de improbidade administrativa, porque os Tribunais de Justiça, aparelhados para o julgamento colegiado das causas em grau de recurso, sabidamente não têm estrutura para, com a flexibilidade dos Juízos individuais de primeiro grau, processar rapidamente os feitos dessa natureza, muitas vezes de instrução complexa.

Referências

- FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legalização complementar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, [s. d.].
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista de Direito Administrativo*, v.201, p.48 et seq. s. d.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, [s. d.].