

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ATOS JUDICIAIS

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Comendador da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho admitido no Conselho em agosto/95. Agraciado com a Comenda da Ordem Ministro Silvério Fernandes de Araújo Jorge, no Grau Máximo (Grã-Cruz).

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa completou 10 anos de existência polêmica, onde acertos e erros foram verificados, visando manter o equilíbrio entre a plausibilidade do ingresso da ação de improbidade e a materialidade do fato a ser apurado. Ou, em outras palavras, como a Lei 8.429/92 possui um caráter aberto, o Ministério Público, em alguns casos, minoria, é verdade, no curso dos anos, tem procurado enquadrar qualquer ato administrativo nos comandos incertos do aludido ordenamento legal.

Tal ato possui a força de desestabilizar o homem público, que, antes mesmo do seu julgamento, fica exposto a condenação pública.

Consciente de que houve um certo abuso no aumento desenfreado do número de ações de improbidade administrativa, o Executivo baixou a Medida Provisória nº. 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, que alterou a Lei de Improbidade para acrescentar-lhe dispositivos legais capazes de estancar injustiças ou desconfortos com a colocação indevida no pólo passivo de pessoas notórias ou que não deveriam figurar na aludida relação processual.

Para que fossem retiradas desta incômoda situação, necessário se fazia que aguardassem o nem sempre célere iter processual.

Sucedde que, pela inovação da MP nº. 2.225-45/2001, o juiz determinará, em primeiro lugar, a notificação dos Réus para se manifestarem por escrito, antes de recebida a ação (§ 7º do art. 17).

Essa salutar inovação traz em seu espírito a cura de sérias e graves perseguições, onde o réu era obrigado a amargar a condição passiva na ação de improbidade, alimentada pela mídia, até que fosse transitada em julgado a decisão respectiva.

Agora, tal realidade teve a página virada, em razão do atual § 8º, do art. 17, da Lei de Improbidade exigir um juízo de plausibilidade da via eleita, onde o magistrado poderá rejeitar a ação, desde que convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, *verbis*:

“Art. 17 – (...)

§ 8º - Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

Nessa vertente, para ser recebida a lide, é necessário que o Juízo, no prazo de 30 dias, fundamente a sua decisão sobre o recebimento ou não da ação de improbidade.

Deixando de lado a esfera processual, o nosso enfoque será o cabimento da ação de improbidade administrativa para combater decisões judiciais ou pronunciamentos dos magistrados quando da sua função judicante. A questão é instigante, por ainda não ter merecido da doutrina a devida e justa reflexão.

Pedimos licença para adentrar em um terreno pouco explorado, mas muito importante em se penetrar, pois até que ponto o controle de decisões judiciais pelo MPF, através da ação de improbidade, fere a independência do Poder Judiciário?

DO CARÁTER ABERTO DA LEI DE IMPROBIDADE

O sujeito ativo da Lei de Improbidade vem estabelecido nos artigos 1º, *caput*, e parágrafo único, 2º e 3º que elencam o agente público, *latu sensu* ou particular que se beneficie ou ajude (induza) o servidor a cometer atos contrários aos estabelecidos em seu comando legal.

Agente público, segundo definição de Marcelo Caetano,¹ é:

“Todo aquele que exerça uma atividade implicando prestação pessoal de serviços à Administração Pública, sob a direção dos respectivos órgãos, será um agente da Administração.”

Não resta dúvida que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, serão punidos na forma do aludido comando legal.

Em tese, o Magistrado está ou não abrangido no contexto da Lei de Improbidade?

Pela dicção dos arts. 1º e 2º da Lei nº. 8.429/92, a conclusão inicial, sem maiores aprofundamentos na presente fase do estudo, é de que sim, pois o caráter amplo da norma atinge o juiz, que é um agente público.

¹ Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 285.

Se o leque do raio de abrangência do sujeito ativo da Lei de Improbidade é bem amplo, por igual a determinação dos ditos atos não fica atrás, tendo em vista que o legislador deixou bem abertas as hipóteses a serem investigadas, no intuito de punir os infratores.

A Lei nº. 8.429/92 considerou os atos de improbidade administrativa divididos em três grupos: enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII), prejuízo ao erário (art. 10, I a XII), e atos que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I a VIII).

Na esteira da amplitude exagerada, declina o art. 11 do multicitado comando legal, ao inserir ao lado das figuras conhecidas do enriquecimento ilícito e da lesão ao erário, uma nova modalidade de ilícito de improbidade, que são os atos que “atentam contra os princípios da Administração Pública”, mantendo essa tradição de indeterminação.

Para uma melhor visualização, mister se faz que se verifique a redação da norma em destaque:

“Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ato ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:”

A interpretação dessa norma eleva o intérprete a função de legislador, quando da aplicação da mesma, face ao seu caráter aberto e inconclusivo.

Em crítica aberta a redação do art. 11, Paulo Eduardo Bueno,² ilustre Procurador Regional da República do Estado de São Paulo, deixou grafado:

“Entretanto, tal escolha foi extremamente infeliz, posto que simplesmente constitui uma norma indeterminada, que não pode ser admitida em um Estado Democrático de

² Paulo Eduardo Bueno, “Improbidade Administrativa no Exercício da Atividade Policial”, in *Improbidade Administrativa - 10 anos da Lei nº. 8.429/92*, organizado por José Adércio Leite Sampaio e outros, 2002, ed. Del Rey, p. 402.

Direito. À primeira vista, poderíamos pensar que se trata de uma espécie de “lei em branco”, que, à semelhança da “norma penal em branco”, necessita ser complementada por outros preceitos quanto aos pressupostos configurados do ilícito, ou seja, que remete ou reenvia sua determinação a uma outra norma jurídica. Entretanto, de norma em branco não se trata, pois, neste caso, o grau de indeterminação é muito maior, uma vez que a remessa ou o reenvio é feito não a uma outra norma, mas a princípios ou deveres que, por sua própria natureza, já são indeterminados. Assim, a norma em exame representa a indeterminação da indeterminação, o que equivale a um nada jurídico, na medida em que a complementação fica exclusivamente ao arbítrio do intérprete.”

*A seguir, o nominado publicista arremata:*³

“Observe-se que as normas penais em branco, por si só, já não bastante problemáticas, posto que podem configurar uma delegação de poderes inadmissível em nosso sistema constitucional que prevê a divisão de poderes. Com efeito, segundo nossa Constituição, a definição de qualquer crime é atribuição exclusiva do Poder Legislativo.”

Pois bem, o *caput* do art. 11 é bem amplo e perigoso, pois como uma norma punitiva que estipula graves sanções, com conotações penais, não se afigura como razoável deixar a cargo do subjetivismo do Poder Judiciário a aplicação da norma, sob pena do seu próprio esvaziamento.

Isto porque, o que é legal para uma determinada pessoa pode não ser para outra, em virtude do grande campo de interpretação do direito, que por não ser uma ciência exata, possibilita ao intérprete várias conclusões sobre um texto legal. Daí porque o Poder Judiciário está abarrotado de ações judiciais contra o Poder Público.

Pela visão do *caput* do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, todos os atos ou omissões que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, sofrerão sanções pesadas.

³ Ob. cit. ant., p. idem.

Desse enredo, extrai-se, ao nosso ver, do contexto legal a legalidade e a imparcialidade, que, como já dito, são conceitos indeterminados demais para figurar no rol dos atos de improbidade administrativa.

Já os deveres de honestidade e lealdade às instituições, nada mais são do que uma reedição ao princípio da moralidade administrativa,⁴ que também se enquadra na hipótese ventilada, dada a sua também indeterminação.

Pois bem, houve um excesso do Poder Legislativo, com grave invasão à própria legalidade, pois equiparar atos que até podem ser enquadrados como ilegais, a improbidade administrativa é o mesmo que atentar contra a independência dos Poderes de interpretar as normas para executá-las. Um ato ilegal, que fere a legalidade, impessoalidade ou até mesmo a moralidade, necessariamente não são obrigados, por si só, a serem enquadrados na Lei de Improbidade, pois a boa-fé ou a intenção pura do agente são suficientes para a retirada de tão grave enquadramento legal.

Não se pode vulgarizar o ato de improbidade,⁵ aumentando o seu raio de abrangência de uma forma desenfreada, pois senão todos os atos questionados no Poder Judiciário, por afrontar preceitos legais, serão tidos como ímprobos, enquadrando os administradores públicos nas pesadas sanções administrativas que a Lei nº. 86429/92 comina.

Portanto, entendemos que o agente público poderá ser enquadrado no art. 11, da Lei de Improbidade, se incorrer em algumas violações previstas em seus incisos, por

⁴ "Para nós, o agente público que atende aos deveres de honestidade e lealdade acata o princípio da moralidade administrativa." (Marcelo de Figueiredo, *Probidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar* - 4ª ed., Malheiros, p. 105.

⁵ "Deveras, novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade por ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade, etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade." (Marcelo de Figueiredo, *Probidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*, 4ª ed., Malheiros, ps. 104.

ser muito amplo o leque de abrangência do aludido *caput*, sendo inviável equiparar violações à princípios constitucionais como um ato ímprobo.

DECISÃO JUDICIAL NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES TRATADAS PELA LEI DE IMPROBIDADE

Dado o caráter de indeterminação do art. 11, da Lei de Improbidade, o MPF tem interpretado, de maneira equivocada, que a decisão judicial que fira a legalidade ou a imparcialidade, dentre outros princípios, se enquadra no contexto da Lei 8.429/92.

Alinha-se a esta ótica o ilustre mestre Fábio Konder Comparato,⁶ que chegou ao ponto de averbar:

“Quanto ao Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo povo, ele exorbita claramente de suas funções, se, sob pretexto de interpretar a Constituição e as leis, decidiu criar sponte proprio direito novo. Não é mister grande esforço de raciocínio para perceber que, se o Poder Judiciário se arrogasse competência para dizer como e por intermédio de que órgão iria decidir um litígio sobre a aplicação da Constituição e das Leis, os jurisdicionados a elas, mas sim aos próprios Tribunais. Por conseguinte, nesse aleijão de democracia, todo poder emanaria não do povo, mas dos juízes que o povo não escolheu.”

Em que pese o respeito e a admiração que nutrimos pelo citado publicista, não concordamos com as suas colocações, pois o juiz, certas ou erradas as suas decisões, representa para a sociedade a garantia da democracia, pois é cediço que no jogo político do Estado, o Executivo expande as suas garras para o Legislativo, sendo certo, que a história tem deixado marcas dessa nefasta influência, onde leis foram baixadas contra a Constituição, para acomodar os interesses de foco do Poder do Príncipe .

⁶ Fábio Konder Comparato, “Competência do Juízo de 1º Grau”, in *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº. 8.429/92*, 2002, Del Rey, ps. 125.

Assim, mesmo não sendo eleitos pelo povo, os Juizes representam a “justiça encarnada”, curando chagas de injustiças das sociedades e restabelecendo a dignidade dos que sofrem pelo arbítrio do Poder Central.

Retirar do Magistrado a sua independência e seu livre convencimento é o mesmo que engessar a Justiça, deixando os jurisdicionados ao talante da própria sorte.

Sabemos, por *Tocqueville*, que a democracia tanto é uma organização política, quanto uma sociedade que coloca a igualdade de condições em seu âmago. Quanto mais a democracia – sob dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça.

O magistrado passa a ser o último guardião de promessas, tanto para a sociedade (sujeito), quanto para a comunidade política.

Por isso é que, ao reeditar a guarda dos seus juramentos, o juiz mantém viva em sua memória o ideal de justiça.

Pedindo *venia* ao Ministério Público Federal e ao ilustre Fábio Konder Comparato, entendemos que o juiz, quando no exercício da sua sagrada função jurisdicional, não poderá ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor de suas decisões, salvo se cometer impropriedades ou excesso de linguagem, consoante o determinado no artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

“Art. 41 – Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.”

Esse comando legal possui como escopo garantir a independência do Juiz, que é manifestada quando, regularmente, emite opiniões ou profere decisões.

A imunidade do magistrado, quando no exercício das suas funções jurisdicionais emite suas decisões ou opiniões, retira a faculdade do MP atacá-la via ação de improbidade administrativa. Qualquer parte, ou até mesmo o fiscal da lei, que é o Ministério Público, deverá manifestar nos atos processuais, o seu inconformismo contra qualquer decisão ou opinião que proferir o magistrado condutor da lide.

Falta, portanto, possibilidade jurídica⁷ para o ingresso de ação de improbidade administrativa contra ato judicial, a teor do art. 267, IV do CPC, que combinado com o § 8º do art. 17, da Lei de Improbidade, levará a dita ação para a sua conseqüente extinção liminarmente, sem a necessidade de citação dos Réus.

Nessa vertente, o art. 41 da LOMAN, não permite que o magistrado, no exercício de suas funções jurisdicionais, possa ser enquadrado na Lei de Improbidade pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que emanar.

**JUIZ DE PRIMEIRO GRAU NÃO POSSUI COMPETÊNCIA PARA JULGAR
AÇÕES DE IMPROBIDADE DE SEUS COLEGAS QUANDO ELES SE
ENQUADRAREM NA HIPÓTESE DO ARTIGO 41 DA LOMAN.**

Em longo e brilhante artigo, Fábio Konder Comparato,⁸ seguindo a esteira da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, sustenta que não existe privilégio de foro para o Poder Judiciário, podendo o Magistrado de Primeira Instância processar e julgar seus colegas, quando envolver o questionamento da improbidade administrativa:

“Como foi salientado neste estudo, com apoio na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a vedação do privilégio de foro é uma regra constitucional que se aplica não só contra o Executivo e o Legislativo, mas também contra o próprio Judiciário. A excelsa função política deste é zelar pelo estrito respeito aos princípios constitucionais, vem procurar adapta-los aos valores e necessidades

⁷ “Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, a previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que postula na causa.” (STJ, RT 625/83)

⁸ Fábio Konder Comparato, *Competência do Juízo de 1º Grau*, cit. ant., p. 120.

que os próprios juizes entendam relevantes e dignos de consideração. Num Estado de Direito, todos os titulares de poder hão de submeter-se à Constituição e às leis. Com maioria de razão, aqueles cuja missão única consiste em guarda-las e em obrigar todos os demais a fazer o mesmo.”

Deixando de lado hipótese do juiz-administrador, que é aquele que exerce, concomitantemente, a função de julgador e de administrador público, entendemos que o juiz de primeira instância é incompetente para julgar ação de improbidade contra atos judiciais de seus colegas.

Como visto alhures, a LOMAN não permite a tentativa de se controlar externamente as decisões ou opiniões exaradas em autos judiciais através da ação de improbidade.

O magistrado vitalício só perderá o cargo nas hipóteses do artigo 26 da LOMAN, tendo início o procedimento respectivo, na forma do art. 27, do multicitado Diploma Legal:

“Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu Órgão Especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício, nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

§ 2º Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu Órgão Especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator.

§ 3º O Tribunal ou o seu Órgão Especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o

magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

§ 4º As provas requeridas e deferidas, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.

§ 6º O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu Órgão Especial, depois do relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada, imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.”

Ora, o privilégio do foro, para o Magistrado, vem contido tanto na Constituição Federal (art. 105, I) como na LOMAN.

Assim, quando o MP ingressa com ação judicial visando questionar atos jurisdicionais, com pedido de sanções ou afastamento provisório de magistrados, haverá o privilégio de foro do magistrado. Esse privilégio é a mínima garantia que o Juiz possui para ser independente e destemido, se curvando apenas a sua consciência e convicção.

O artigo 33 da LOMAN declara como prerrogativa do magistrado não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial (inc. IV), sendo certo, que o seu parágrafo único é claro quando estabelece que: “no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

Voltamos a repetir, o foro privilegiado do Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento do magistrado possui o condão de garantir a sua independência, retirando qualquer tipo de pressão externa.

Para justificar a competência do juiz singular, Fábio Konder Comparato,⁹ aduz que a demanda contida na Lei nº. 8.429/92 não possui natureza penal e, por essa razão, competente é o juiz de 1º grau para julgar e processar contendas *sub oculis*:

“Ora, a mesma Lei 8.429, a par das disposições que têm por objeto a definição dos atos de improbidade administrativa e a fixação das penas correspondentes, contém uma só definição de crime: é a constante do art. 19.

Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é sui generis. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal.”

O caráter da Lei de Improbidade é híbrido, pois apesar do artigo 19 da aludida lei estar contido no capítulo VI, sob o título: “DAS DISPOSIÇÕES PENAIS”, a execução penal se fará na instância própria.

Contudo, não resta dúvida que o ato de improbidade administrativa possui desdobramento criminal, pois como já dito anteriormente, ela consistirá em enriquecimento ilícito do agente, ou atos que causem prejuízo ao erário, ou, por fim, atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Portanto, possuem, os casos de improbidade, indício de prática de crime, que a teor do parágrafo único do art. 33 da LOMAN, deverão ser enviados os autos ao Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, quando se tratar de Juiz.

Tanto é assim, que a própria Lei de Improbidade Administrativa, no seu § 3º do art. 14, quando se refere aos servidores federais, manda que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática do ato de improbidade, processada na forma prevista nos arts. 148

a 182 da Lei 8.112/90 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Como visto, a Lei 8.429/92 não citou a LOMAN, pelo fato do magistrado, quando no exercício da sua função jurisdicional, estar imune a este tipo de controle externo, bem como, quando figurar como juiz-administrador, havendo indício de crime, somente o seu Tribunal ou Órgão Especial possuem poderes para tal fim.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendemos que o magistrado, quando exara opiniões ou profere decisões judiciais, está imune à lei de improbidade administrativa.

Sendo verificado qualquer indício de improbidade administrativa por parte do magistrado, competente será o seu Tribunal ou Órgão Especial.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

⁹ Ob. cit. ant., p. 127.