

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DE AUTOTUTELA DE CADA DOS PODERES DA REPÚBLICA

JOSÉ ARNALDO DA FONSECA*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1. Malgrado não ser necessário figurar em texto legislativo para sua observância, como o proclamam a doutrina e os éditos pretorianos, posto está inserido implicitamente no sistema, houve por bem, o constituinte de 1988, introduzir, na Carta da República, o princípio da moralidade administrativa como pressuposto de validade da atuação da administração pública (CF, art. 37), moralidade, no clássico conceito de Hauriou: "regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração".¹

Se antes já havia preocupação em observá-lo, quando apenas vislumbrado no sistema, a partir de sua expressa adoção, editarem-se textos legais, tendentes a inibir e dar maior repressão às condutas de agentes públicos, em geral, que desrespeitam o dever de "servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer".²

2. dispõem os arts. 102, I, c, 105, I, a, e 108, I, a, da Lei Magna:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

¹ HARIOU, Maurice. Précis de droit administratif et droit public. 10. cd, apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, p. 83; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 21. ed., Malheiros Editores, p. 648.

² CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo, 1. ed., brasileira, 1.11/684, RJ: Forense, 1970, apud SILVA, José Afonso da, ob. cit, p. 649.

a) (...)

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;"

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;"

"Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

1 - processar e julgar, originariamente:

a) os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;"

3. A conduta do agente público, detentor, segundo esses preceitos, de foro privilegiado, em desvio da moralidade administrativa, pode acarretar responsabilidade nas esferas: penal, administrativa, civil e político-administrativa.

4. Em procedimentos administrativos disciplinares instaurados por alguns tribunais para apurar práticas ilícitas cometidas por um ou outro de seus próprios membros - tem-se sustentado a incompetência da Corte a que pertençam sob o fundamento de que essas infrações, revestindo-se de caráter penal e se incluindo no rol dos chamados crimes

de responsabilidade, atraem, por absorção, a competência do Tribunal hierarquicamente superior, tal como previsto na Constituição (CF, arts. 102, I, c, 105, I, a e 108, I, a), sob pena de usurpação de competência e violação ao princípio do juiz natural.

5. Estabelece o art. 93, inciso VIII, da Lei Magna:

"Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I -(...)

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;"

Por seu turno, a Lei Complementar nº, 35, de 14 de março de 1979, nos §§1º a 7º do art. 27 (o caput está revogado pelo art. 95, I, da Constituição) prescreve procedimento especial para instaurar e julgar processo administrativo, em que se irroque a magistrado quebra do dever funcional, podendo ser compulsoriamente aposentado ou posto em disponibilidade, nos termos da Constituição e da própria Lei (art. 28).

6. A propósito, preleciona o prof. Ives Gandra da Silva Martins:

"A lei complementar, que determina a organização do Poder Judiciário, é típica norma de integração estrutural, posto que esculpe sua natureza, completando as linhas mestras institucionais. Uma vez estabelecidas as regras, a inelasticidade é absoluta para as normas de integração estrutural."

E adiante:

"O outro aspecto diz respeito ao princípio da recepção. A Lei Complementar nº 35/79 foi, em sua quase totalidade, recepcionada pela nova ordem."³

Esse também o entendimento do Eg. STF. Sejam exemplos: "A LOMAN (LC nº 35/79) foi formalmente recepcionada pela Constituição de 1988, somente tendo sido afastadas as normas incompatíveis com a nova disciplina constitucional do Poder Judiciário". Nesse sentido: RTJ 128/1141; STJ -Pleno - ADIn nº 841/RJ - Questão de Ordem - Rel. Min. Carlos Mário Velloso - DJ 24.3.1995, p. 6.804, p. 24.866; STF - Pleno - ADIn nº 1.385/PE - Medida Cautelar - Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16.2.1996, p. 3.023.⁴

7. Visto esse controle próprio, interno, administrativo-disciplinar apto a estancar comportamentos ilícitos, previsto na Lei Orgânica e na Constituição (art. 93, VIII), tenhamos presentes os vários textos legislativos que prevêm e definem as condutas do agente público violadoras do dever funcional passíveis de sanção penal, civil e político-administrativa.

8. Primacialmente, os crimes de responsabilidade estão previstos na Constituição (arts. 51, I, 52, I, 85, 102, I, c, 105, I, a, e 108, I, a). A Lei nº 1.079, de 10.4.1950, define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo; Lei nº 8.429, de 2.6.1992, disciplina a responsabilidade pela prática de atos de improbidade; Lei nº 9.784, de 29.1.1999 regula o processo administrativo no âmbito da administração pública; Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.1940 (Código Penal) - Dos Crimes

³ A Lei complementar da magistratura à luz dos arts. 93 e 96 da Constituição Federal. In: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 1. out, Dez. 1992. p. 288 c 292.

⁴ Constituição do Brasil interpretada -Atlas 2002. p. 1.284/1.285. Alexandre Moraes.

contra a administração pública (arts. 312 a 327), e os crimes contra as finanças públicas previstos na Lei nº 10.028, de 19.10.2000.

9. Ante esses diplomas legais e sem mesmo um exame exaustivo, chega-se facilmente ao entendimento de que não há como encambulhar as esferas em que opera a infração: penal, político-administrativa e civil, deles ressaem nítidas, apartadas da responsabilidade meramente administrativa. Segundo o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, a "responsabilização e a punição dos servidores públicos fazem-se por meios internos e externos. Aqueles abrangem o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, com a garantia do contraditório e da ampla defesa; estes compreendem os processos judiciais, civis e criminais. Ao direito administrativo só interessam os meios internos como formas específicas de proteção ao serviço público e de repressão às infrações funcionais dos servidores".⁵

10. Daí enfatizar o prof. Alexandre de Moraes:

"A administração pública tem o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência de seus atos, condutas e decisões, bem como por sua adequação ao interesse público, podendo anulá-los se considerá-los ilegais ou imorais e revogá-los caso⁶ entenda que eles são inoportunos e inconvenientes, independente da atuação do Poder Judiciário."

E arremata:

"Como salientam Garcia de Enterría e Tomás Fernández, a autotutela é um privilégio subjetivo da administração, que a utiliza quando for necessário, mas não necessariamente em todos os seus atos jurídicos."

11. Por conseguinte, a autotutela a ser exercitada por cada dos Poderes da República decorre do princípio fundamental da separação de poderes (CF, art. 2º), com a cláusula "independentes e harmônicos

⁵ Direito administrativo brasileiro, 27. cd., p. 472/473.

⁶ Ob- cit. p. 795.

entre si", independência que significa, dentre outras competências, a de que, conforme ressalta o prof. José Afonso da Silva, "na organização dos respectivos serviços, cada um livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais".⁷

12. No âmbito do Poder Legislativo Federal, o exercício da autotutela é previsto no art. 55, da Constituição. No do Executivo, os poderes administrativos (CF, arts. 37 e 84) dentre os quais, o poder disciplinar mediante cujo exercício a "administração controla o desempenho das funções executivas e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas".⁸

13. No do Judiciário, especificamente, no caso, está autorizado pelo inc. VIII, do art. 93.

14. Ante o que foi exposto, há de se aferir, para incidência da lei aplicável à espécie, o objeto jurídico violado e a proteger-se.

15. Pelo art. 32, do Código Penal, as penas são: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. As restritivas de direito são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana (CP, art. 43).

Dispõe, ainda, o estatuto penal substantivo, no art. 92, com a redação da Lei nº 9.268/96.

"Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;

⁷ Curso de direito constitucional positivo. Malheiros, 21. ed. p. 110.

⁸ Alexandre de Moraes. Ob. cit. p. 779.

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos."

16. Já a Lei de Responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10.4.1950) estabelece, no art. 1º, que para os crimes nela definidos, ainda que tentados, a punição é a perda do cargo.

17. Disso resulta que a conduta incompatível com a dignidade do cargo de magistrado pode acarretar responsabilidade administrativa, civil, criminal e político-administrativa, apurável em esferas distintas. Ao Colendo Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar, originariamente, aí incluídas as medidas preliminares de investigação, os membros dos Tribunais Superiores nas infrações penais comuns e no crime de responsabilidade. Ao Superior Tribunal de Justiça, o exercício de competência de que trata (CF, art. 105, I, a) e aos Tribunais Regionais Federais, na área da sua jurisdição (CF, art. 108, I, a) o exercício da competência para processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os detentores dos cargos neles figurantes, respectivamente.

Aos Tribunais referidos (CF, art. VIII, LC nº 35/79) parágrafos do art. 27 c/c os arts. 45, II e 46) cabe instaurar procedimento administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de qualquer de seus próprios membros por ato infringente do dever funcional, com aplicação, se o caso, da punição prevista em lei, assegurada ampla defesa.

18. A instauração do procedimento administrativo e a eventual "punição administrativa ou disciplinar, no dizer do saudoso Hely Lopes Meirelles, não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a administração a aguardar o desfecho dos demais processos" (Direito administrativo brasileiro, 26. ed. p. 461), e aponta precedente no mesmo sentido do Eg. STF, RDA 35/148; STF, RT 227/586, 302/747.

19. Indicam-se, ainda, as liminares concedidas nas reclamações n.ºs 2.138/DF e 2.186/DF, de que são relatores os Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes, respectivamente, para suspender Ações de Improbidade Administrativa intentadas pelo Ministério Público Federal em 1.º grau contra agentes políticos que "têm no Supremo Tribunal Federal foro por prerrogativa de função para o processo e julgamento das infrações penais comuns e dos crimes de responsabilidade".

A Lei n.º 8.429, de 2.6.1992, que disciplina a responsabilidade pela prática de atos de improbidade, preconiza no art. 7.º:

"Art. 7.º. Quando o ato de improbidade causar lesão do patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado."

E no art. 12, consigna:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, cíveis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e quando houver perda da função pública e suspensão dos direitos políticos."

20. Como se vê claramente, não são sanções de natureza administrativa disciplinar. Essa lei dispõe, repete-se, sobre cominações de ressarcimento dos prejuízos causados, perda de função pública e suspensão dos direitos políticos. Portanto, sanções que não se inserem no processo administrativo, tanto que, nos termos do transcrito art. 7.º, a autoridade que presidir representará ao parquet para as providências, se o caso, das hipóteses versadas no art. 12.

21. A atuação do agente público deve, portanto, pautar-se segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

A quebra desses padrões, reclama do próprio Poder a que pertence esse agente, medidas de contenção, no exercício legítimo do poder de autotutela em ordem a fazer respeitar o interesse público e a resguardar os princípios que informam a administração pública em geral. É que:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."⁹

22. Afora os crimes de responsabilidade de que trata o art. 52, I e II, da Lei Magna, ao Judiciário, após instauração da ação cível e/ou penal, perante o juízo competente, é que cabe determinar a aplicação da penalidade legalmente prevista (privativa de liberdade, suspensão de direitos políticos, restritiva de direitos, perda do cargo, da função pública e reparação da lesão causada ao patrimônio público).

23. Por outro lado, a cada Poder, em observância do princípio básico da divisão de poderes e do dever constitucional de zelar pelo respeito ao princípio da moralidade administrativa, incumbe o exercício do controle interno de autotutela com aplicação da sanção adequada e prevista em lei.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social". In: Revista de Direito Público, n° 57/58, jan./jun. 1981. p. 247.