



Análise: o privilégio de foro em causas cíveis.

Mesmo depois do cancelamento da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, que garantia o foro especial por prerrogativa de função a ex-detentores de mandatos ou cargos públicos, por crimes cometidos durante o exercício funcional, o tema continua provocando controvérsias jurídicas e até políticas entre nós.

Tradicionalmente reservado aos agentes públicos de alta hierarquia que cometam infrações penais, tem-se discutido hoje, inclusive no Congresso Nacional, a extensão do privilégio de foro para essas mesmas autoridades, em causas cíveis de improbidade administrativa. Embora indesejável tal inovação, não é este, porém, o tema de nossa análise.

Propondo uma situação hipotética, pretendemos averiguar a legalidade da nomeação de um servidor para um cargo público protegido pelo foro especial, com a só finalidade de livrá-lo de “dificuldades” na primeira instância do Judiciário. Alerto, todavia, que qualquer semelhança com acontecimentos reais recentes da história nacional é mera coincidência...

A situação é a seguinte: “Tício”, casado com “Lívia”, exerceria um alto cargo na Administração Pública, o que lhe conferiria o foro especial por prerrogativa de função. Teria, portanto, o direito de ser questionado somente perante órgãos jurisdicionais superiores. Investigado pelo Ministério Público, flagrado em situação de improbidade e tido como suspeito da autoria de crime, “Tício” acabaria renunciando ao seu posto e perdendo o chamado foro privilegiado, em decorrência do cancelamento da já citada Súmula 394 do STF.

Como as investigações em torno do fato continuariam sendo realizadas por membros do Ministério Público de primeiro grau perante juízes de instância inicial, realizar-se-ia uma movimentação política para facilitar a vida de “Tício” e “Lívia”. Eis que o valoroso “Tício”, que teria acabado de renunciar à sua função original, viria a ser nomeado para cargo semelhante na mesma Administração, adquirindo novamente o direito ao foro especial.

Questiona-se: o ato do governador ou do presidente da República, assim motivado, seria legítimo? Em outros termos: a autoridade pública que nomeasse um servidor para o cargo de ministro da República ou de secretário de Estado com o único e explícito propósito de conferir ao nomeado o foro especial cometeria ato de improbidade?

Creemos que não, o ato não seria legítimo, e que sim, haveria improbidade administrativa do nomeante. E as respostas às questões acima apontadas deitam raízes na teoria dos motivos determinantes do ato administrativo e dizem de perto com o desvio de poder ou de finalidade.



Sabe-se que todo ato administrativo deve ser motivado para que se possibilite o seu controle. Sabe-se também que a Administração Pública, nas três esferas governamentais, deve reger-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por fim, tem-se como certo que a validade dos atos administrativos vincula-se aos motivos indicados pelo administrador como seu fundamento. Em conseqüência, se inexistentes ou falsos os motivos, o ato é nulo.

No caso proposto para exame, estaria evidenciado que o ato desatenderia ao critério de impessoalidade, pois o que teria motivado a nomeação para o cargo dotado de prerrogativa de foro seria justamente a pessoa de “Tício”, sua individualidade “especial”, sua condição política e, digamos assim, o seu estado civil. É lógico que a Administração não pode atuar para prejudicar certos indivíduos nem para beneficiar determinadas pessoas.

A motivação política espúria, centrada no atendimento ao interesse particular ou paroquial, violaria o interesse público e, por conseguinte, feriria mortalmente o ato administrativo. Este, gravemente viciado, não teria como subsistir, podendo ser invalidado na via judicial, sem prejuízo da propositura de ação civil de improbidade contra o seu autor e também contra o beneficiário, na forma do artigo 3º da Lei n. 8.429/92.

Tratar-se-ia, então, de uma modalidade de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, à luz do artigo 11, inciso I, da lei regente. Nela incide quem “*pratica ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência*“. Ou seja, com a prática de ato da espécie analisada (nomear um amigo para dar-lhe certo sossego na Justiça), ferir-se-ia tanto o princípio da impessoalidade quanto os princípios da moralidade, da motivação e da supremacia do interesse público (ou da finalidade pública).

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro esse ato “*pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição, que abrange as idéias de honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade*“.

A nomeação de “Tício” para o novo cargo faria com que o interesse privado do nomeado e de seu grupo partidário prevalecesse sobre o interesse público. O objetivo do ato não seria outro senão conceder-se a um correligionário político o “benefício” de responder a processo judicial perante órgãos de instância superior do Poderes Judiciários, usualmente mais lentos – pelo reduzido número de membros e pelo acúmulo de competências – do que os juízos de primeiro grau. Se ao usar os poderes de que dispõe “*a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em conseqüência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei*”. E com isto a prática de desvio de finalidade ou desvio de poder tornar-se-ia irrefutável, viciando o ato que veiculasse tal agir administrativo.

Como o desvio de poder ofende o princípio da legalidade, o ato assim praticado estaria sujeito a controle pelo Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer eleitor, em ação popular, ou do Ministério Público, na ação de improbidade. “*O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei*



E não se diga que a discricionariedade impediria o exame judiciário do agir da Administração. Esta impossibilidade cinge-se tão-somente ao mérito administrativo (conveniência e oportunidade), mas não elimina o princípio da inafastabilidade do controle judicial, que atribui ao Judiciário a função de velar pelo respeito à legalidade, à finalidade, ao motivo e à motivação do ato administrativo e aos demais critérios reitores da Administração (CF, art. 37 e art. 11 da Lei n. 8.429/92).

Seria inviável, ilegal e imoral nomear “Tício” somente para dar-lhe foro privilegiado. Cuidar-se-ia de ilegalidade quanto aos fins do ato e quanto à intenção de quem o pratica. A propósito, o artigo 2º, parágrafo único, alínea ‘e’, da Lei n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular) define o desvio de poder como espécie de ato ilegal, que se caracteriza quando o agente pratica o ato “*visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*”. Como se vê, esta redação reproduz quase que identicamente a regra do artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa. A indicação de “Tício” para o cargo superior não se teria dado (só) porque se cuidava de um técnico experimentado, desacreditado porém. Em verdade, teria ocorrido também (ou precipuamente) por causa de suas ligações pessoais ou domésticas com o poder político nomeante e em razão das conseqüências negativas de sua sujeição a processo e julgamento perante o foro comum.

A conduta do agente público que nomeasse “Tício” malferiria ainda o princípio da moralidade, porquanto não poderia, como não pode, a Administração valer-se de meios lícitos (ou aparentemente lícitos) para alcançar objetivos ilegítimos. Basta que se recorde o velho aforismo latino: *non omne quod licet honestum est*. A moral institucional condiciona a prática dos atos pela Administração, estando intimamente ligada à noção de legalidade administrativa.

O eventual conluio entre o administrador e o particular, para o benefício deste ou daquele, seria sem dúvida uma das mais graves formas de violação do princípio da probidade administrativa. E esta modalidade de ação também estaria sujeita a invalidação pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, em sede de ação popular, sem prejuízo da punição do agente por crime de responsabilidade (CF, art. 85, inciso V, c/c o artigo 4º, inciso V, e com o artigo 9º, n. 5, da Lei n. 1.079/50).

Com efeito, comete crime de responsabilidade contra a probidade na administração o Presidente da República que “*infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais*”. Esta regra também se aplica aos governadores de Estado “*quando por eles praticados os atos definidos como crime nesta Lei*” (artigo 74 da Lei n. 1.079/50). A propósito, no Estado da Bahia, a Constituição de 1989, no artigo 106, inciso IV, também considera crime de responsabilidade (rectius: infração político-administrativa) os atos do Governador que atentem contra a Constituição Federal ou a Carta Estadual e, especialmente, contra “a probidade administrativa”. Tais atos, diferentemente das infrações penais comuns (crimes e contravenções), ficam sujeitos a processo e julgamento pelo Poder Legislativo respectivo (Assembléias Legislativas e Congresso Nacional), com penas de perda do cargo e de inabilitação para a função pública por prazo determinado.

Ainda que a nomeação de “Tício” para o cargo dotado de foro privilegiado não pudesse ser tida como absolutamente ilegal (porque, de resto, permitida em lei a nomeação de qualquer cidadão para cargo em



comissão), poderia ser ao menos acoimada de imoral, por ofensa ao princípio da probidade dos atos da Administração. Todavia, considerando o que foi dito antes, a designação seria também ilegal, tendo em conta a falsa motivação e o desvio de poder ou de finalidade na gênese e na execução do ato administrativo.

Portanto, não haveria como negar, numa situação concreta, a ocorrência concomitante de vícios relativos ao objeto do ato, ao seu motivo e à sua finalidade, o que nesta hipótese corresponderia a desvio de poder ou desvio de finalidade, pois os móveis da autoridade estariam em divergência com aqueles que a lei indica como substanciais. Como o referido desvio seria de difícil prova, José Cretella Júnior esclarece que a sua demonstração faz-se usualmente por meio de indícios, a saber: motivação insuficiente; motivação contraditória; irracionalidade do procedimento; contradição do ato com as resultantes dos atos; camuflagem dos fatos; inadequação entre os motivos e os efeitos; ou excesso de motivação.

No caso *sub analise*, os sintomas da patologia administrativa seriam bem claros, principalmente tendo em consideração que o servidor nomeado teria acabado de renunciar a cargo semelhante, acuado por denúncias de corrupção. Obviamente, nem toda designação de pessoa suspeita de irregularidades importará desvio de poder. As circunstâncias específicas de cada caso, a motivação revelada ou oculta e a intenção do administrador é que podem indicar a prática de ato de improbidade e a violência contra os princípios constitucionais da Administração.

Concluindo, poderíamos afirmar que a nomeação de “Tício” para cargo dotado de foro especial por prerrogativa de função, com o só fim de atender ao seu interesse particular ou político, e não ao interesse público, poderia ser invalidada na via judicial. Isto por meio de ação popular (Lei n. 4.771/65 e artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição), ou mediante ação civil de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92 e artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição), ao fundamento de que houve ofensa aos princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da motivação, da finalidade pública e à teoria dos motivos determinantes, tudo sem prejuízo do uso da via político-administrativa especial, para punição da autoridade pública, também com fundamento na Lei nº 1.079/50, que cuida dos impropriamente chamados crimes de responsabilidade.

Date Created

11/05/2002