

## **IMPROBIDADE DOS FISCALIZADORES**

***Fábio Medina Osório***

**Advogado titular do escritório MEDINA OSÓRIO ADVOGADOS**

**Doutor em Direito Administrativo (*Universidade Complutense de Madrid*)**

**Mestre em Direito Público (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul*)**

**Professor Colaborador dos cursos de mestrado e doutorado da UFRGS**

**Professor consultor da Universidade Federal de Minas Gerais**

**Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE)**

### **INTRODUÇÃO**

O Brasil tem um Código Geral de Conduta para todos os agentes públicos (Lei nº 8.429/92) que se chama Lei de Improbidade Administrativa. É uma lei republicana, aplicável, sem exceção, a todos os agentes públicos de nosso país. Essa lei tutela não apenas os casos de graves desonestidades, mas também as graves ineficiências públicas, em quaisquer esferas dos poderes constituídos. As conseqüências previstas para sua incidência são notáveis: perda do cargo público; suspensão de direitos políticos; interdição de direitos; multa civil; ressarcimento ao erário; perda dos bens havidos ilicitamente<sup>1</sup>.

A *improbidade* não veio definida explicitamente nesse diploma legal, tampouco no art. 37, §.4º, da Carta da República de 1988, mas há todo um histórico de tratamento à matéria no âmbito dos crimes de responsabilidade, que situam tal patologia como ilícito atentatório à Constituição e a valores

---

<sup>1</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

fundamentais da República, antes mesmo que houvesse formalmente uma República Federativa do Brasil entre nós. Recorde-se que, ainda ao tempo da Monarquia, já havia uma Lei prevendo responsabilidade de Ministros do Rei por improbidade, conquanto o Monarca fosse imune a qualquer espécie de responsabilidade. A evolução das instituições, na cultura republicana, extinguiu, ou reduziu substancialmente, a cultura das imunidades, consagrando o princípio da responsabilidade, do qual emana a idéia de probidade administrativa<sup>2</sup>.

Pela vez primeira, no constitucionalismo pátrio, a probidade é tratada como fonte de responsabilidade autônoma na Carta Magna, fora dos marcos mais estreitos dos crimes de responsabilidade. E o Constituinte buscou, com tal iniciativa, fugir aos limites da dogmática penal, para adentrar a seara mais ampla do Direito Administrativo, especificamente o terreno do Direito Administrativo Sancionador, com isso reduzindo, certamente, o rol de garantias dos acusados em geral e ganhando celeridade e eficiência no combate a esse ilícito.

No que consistiria a improbidade desenhada no art. 37, § 4º, da CF e logo concretizada na Lei 8.429/92? Essa indagação, longe de ser inócua, foi objeto de eloqüente silêncio da doutrina brasileira por longos anos. Chamamos de improbidade graves ineficiências ou desonestidades funcionais tipificadas nessa Lei, que se completa através de normativos outros, vale dizer, seus tipos sancionadores são autênticas normas em branco. Os atos típicos comportam modalidades culposas ou dolosas, conforme a estrutura dos ilícitos e o regime jurídico aplicável é de Direito Administrativo Sancionador<sup>3</sup>.

A Lei 8.429/92 completou 15 (quinze) anos de vigência recentemente e foram muitas e muito importantes as discussões que suscitou nesse período.

Cabe lembrar que o STF acaba de consolidar que inexistente prerrogativa de foro para as autoridades que gozam dessa prerrogativa na seara criminal, de tal sorte que o instrumento normativo consubstanciado na Lei 8.429/92 assume ainda maior relevância na vida pública brasileira<sup>4</sup>.

O debate sobre prerrogativa de foro poderia suscitar uma reflexão: será comum que os agentes fiscalizadores respondam a ações de improbidade administrativa? Não temos, ainda, estatísticas oficiais a respeito de sua utilização pelos agentes reguladores, nem sabemos quão comum será o fato de autoridades fiscalizadoras, como Juizes, Promotores, Procuradores, Fiscais, Auditores, e outros, ocuparem o banco dos réus em ações de improbidade administrativa.

---

<sup>2</sup> Mostramos tal histórico na obra **Teoria da Improbidade Administrativa: Má Gestão Pública. Corrupção. Ineficiência**. Ed.RT. SP, 2007.

<sup>3</sup> Expusemos todo esse arcabouço teórico na **obra citada** e o resumo das conclusões às páginas 463 e seguintes.

<sup>4</sup> ADIN n.º 2797 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e ADIN n.º 2860 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Sabe-se que, mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça resolveu construir um banco de dados com as condenações por improbidade administrativa, o que servirá de fonte de pesquisas. Outras ferramentas certamente serão desenvolvidas, envolvendo instituições co-legitimadas no pólo ativo.

O certo é que a LGIA, como nos permitimos chamar a Lei Geral de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), trouxe muitas polêmicas ao cenário nacional, promovendo uma espécie de agitação nos bastidores da vida forense, e certamente uma das mais tensas e silenciosas polêmicas diz respeito ao alcance dessa Lei no tocante àqueles que a manejam diariamente para alcançar os destinatários comuns, impondo-se uma pergunta: existem autoridades que estão ou pairam acima dos ditames da LGIA?

Houve quem dissesse que a história a LGIA seria a história das improbidades no seu manejo, tal a quantidade de abusos noticiados ou comentados nos bastidores forenses. Não se sabe ao certo a procedência ou não desta assertiva, dada a falta ou escassez de elementos para avaliação.

Porém, o que se pode dizer é que a pequena disponibilidade de informações e elementos cognitivos para análise de resultados oriundos do manejo correto ou incorreto da LGIA é, de fato, algo muito preocupante. Trata-se de fator a ser considerado na valoração do sistema punitivo nacional e na baixa densidade do princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito em nosso país<sup>5</sup>.

Daí que uma reflexão sobre a responsabilidade dos fiscalizadores, sejam eles membros do Ministério Público, da Magistratura, dos Tribunais de Contas ou do Poder Executivo como um todo, parece urgente e necessária, em se tratando de manejo da Lei 8.429/92, cujos efeitos e tentáculos têm potencialidades altamente destrutivos frente à honra e à moralidade das pessoas.

## **CORRUPÇÃO E INEFICIÊNCIA: MÁ GESTÃO PÚBLICA**

Conceituamos a improbidade como espécie de má gestão pública que abarca tanto a grave desonestidade quanto a grave ineficiência funcional, à luz do princípio da legalidade inscrito na LGIA. Nesse sentido, estamos diante de uma categoria ético-normativa superior que abarca tanto a corrupção (equivalente a uma espécie peculiar de desonestidade funcional extremamente grave) quanto a grave ineficiência funcional. Cuida-se de uma patologia singular, que se traduz por transgressões dolosas ou culposas<sup>6</sup>.

A importância de se medir tanto a corrupção quanto os índices de ineficiência num país resulta do alto impacto dessas patologias numa Nação.

---

<sup>5</sup> Arts.1º e 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

<sup>6</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Costuma-se dizer que a *corrupção* movimentava uma considerável ordem de grandeza de recursos públicos desviados e de investimentos afastados e *abortados*<sup>7</sup>. Uma parte dessa corrupção – não se sabe a cifra - certamente atinge órgãos fiscalizadores das mais diversas espécies. Há uma cifra oculta, aquela que não aparece em expedientes formais, que poderia ser objeto de meras estimativas.

É verdade que poucas especulações são formuladas em torno da ineficiência<sup>8</sup>, embora tal patologia costume ser mais nefasta do que a própria corrupção. O despreparo da fiscalização, a falta de foco, o desvio de finalidade, a ausência de profissionalismo, as perseguições ideológicas, são fatores que conduzem não apenas à impunidade, mas à desmoralização dos órgãos públicos e à destruição de reputações e da vida moral de pessoas físicas ou jurídicas.

---

<sup>7</sup> De acordo com informações da ONG FOCCO (Fórum Paraibano de Combate à Corrupção) – que tem suas atividades encabeçadas pelo Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Controladoria Geral da União, Controladoria Geral do Estado, Receita Federal, Advocacia Geral da União, Ordem dos Advogados do Brasil (seccional Paraíba) e Arquidiocese da Paraíba - a economia brasileira perde, com a corrupção, todos os anos, algo em torno de 3 a 5% do Produto Interno Bruto (PIB), que equivale anualmente, em média, a cerca de 76 bilhões de reais, considerando os dados do IBGE sobre o PIB brasileiro em 2005. Ainda, conforme estudo feito pelo coordenador da Escola de Economia de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Marcos Fernandes, a perda de produtividade provocada por fraudes públicas no Brasil atinge a casa de US\$ 3,5 bilhões por ano. Fernandes destaca que em apenas dois escândalos — o superfaturamento do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo pelo juiz Nicolau dos Santos Neto e o dos sanguessugas — a população perdeu cerca de US\$ 150 milhões. Com esse dinheiro seria possível construir 200 mil casas populares e abrigar 800 mil pessoas. O resultado dos desvios pôde ser verificado no Índice de Competitividade Global 2006-2007 do Fórum Econômico Mundial, que mostrou que o Brasil caiu nove posições no ranking internacional, de 57<sup>a</sup> para 66<sup>a</sup> colocação, ficando abaixo dos demais países que formam o chamado Bric (Brasil, Rússia, Índia e China). No mesmo sentido, pesquisas apontam que municípios brasileiros de menos de 450 mil habitantes - 92% do total - desviam para a corrupção em média 10% das verbas federais que recebem. Esta é a proporção indicada por um trabalho dos economistas Cláudio Ferraz, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), e Frederico Fenan, da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA). De acordo com outra pesquisa, do Instituto Econômico Suíço, o Brasil deixa de gerar R\$ 1,5 bilhão por ano por causa da corrupção.

<sup>8</sup> No relatório "**Doing Business in 2004**", da International Finance Corporation (IFC), entidade do Banco Mundial, que teve como base um levantamento feito em 133 nações de todos os continentes, enfocando o papel do ambiente regulatório no desempenho do setor privado, comprova que o Brasil está entre os países com mais regras e leis quando se trata de negócios. O citado relatório aponta o excesso de regulações como um fator que está brecando o mercado na América Latina, na África e no Leste Europeu. Numa comparação entre países de renda baixa e os de renda alta, os países ricos regulam uma vez e meia a menos o mercado com procedimentos legais. Em outro relatório – "**Fazendo Negócios em 2005: Removendo Obstáculos contra o Crescimento**" - o Banco Mundial destaca que as reformas regulatórias para a abertura de um negócio ou contratação de funcionários, por exemplo, têm um impacto significativo na economia. As estatísticas apresentadas mostram que, em média, são necessários 6 procedimentos, 8% do rendimento per capita e 27 dias para começar um negócio em um país rico. No Brasil, são necessários 17 procedimentos, 11,7% do rendimento per capita e 152 dias. O estudo esclarece, ainda, que a redução da burocracia no Brasil poderia representar um ganho de até 2,2 pontos percentuais no crescimento anual do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Policiais torturadores são paradigmas de probidade? Embora uma parcela da população, cansada dos índices de violência urbana, aplauda a violência policial, não se pode aceitar métodos policiais violentos como métodos legítimos e probos de produção probatória ou inibição da criminalidade, eis que ofensivos aos princípios basilares que regem a Administração Pública.

Agentes públicos que, para o exercício das funções, abusam do poder, atropelam direitos fundamentais, atuam com probidade? Certamente a resposta que se impõe é negativa. Isso, porque a atuação de funcionários públicos, para além do vínculo íntimo com a legalidade, está atrelada à teoria dos direitos fundamentais e ao respeito dos direitos constitucionais.

Um fiscal que atua além do limite de uma interpretação razoável, para onerar dolosamente um cidadão, impondo-lhe um castigo sabidamente excessivo, atua nos limites ou fora dos limites da lei e de seus deveres funcionais? A improbidade administrativa pode aparecer como patologia ligada ao uso abusivo da função pública fiscalizatória, eis que funcionários públicos, no uso teratológico e autoritário de suas prerrogativas, não podem onerar a cidadania com excessos injustificáveis.

Os órgãos fiscalizadores, quando atuam ao arrepio da ordem jurídica, e o fazem fora de padrões razoáveis de uma margem tolerável de erro, dão um péssimo exemplo à sociedade e à cidadania. Dão o exemplo da irresponsabilidade. A corrupção e a ineficiência de agentes fiscalizadores aumentam o chamado Risco Brasil, porque afetam os investimentos externos e a percepção das instabilidades institucionais<sup>9</sup>.

Um bom começo, no Brasil, para resgatar a probidade administrativa, seria fortalecer a probidade dos órgãos fiscalizadores: honestidade e eficiência. Não se pode estimular a irresponsabilidade e a atuação leviana de agentes públicos em detrimento da honra e da cidadania. Se os máximos cobradores da ética e dos valores republicanos não estiverem, eles próprios, submetidos a pautas rigorosas de controles, não há falar em Estado de Direito.

Um estudo, da década de 50, a propósito do sistema italiano, sobre responsabilidade do Estado, mostrou que na Itália havia a garantia da impessoalidade e, portanto, o Estado era responsável por tudo. A responsabilidade caminhava para o campo objetivo. O cidadão ficava mais protegido. Na Inglaterra, diversamente, a responsabilidade era pessoal, pertencia ao servidor público. O princípio era o da pessoalidade e o esquema

---

<sup>9</sup> O diferencial da paridade coberta das taxas de juros (DPC) é comumente conhecido como risco país, pois afeta os rendimentos de todos os ativos financeiros emitidos. O risco país é um reflexo da situação econômica e financeira de um país, refletindo também a estabilidade política e o desempenho histórico no cumprimento de suas obrigações financeiras. (GARCIA, Márcio G. P., DIDIER, Tatiana. **Taxa de Juros, Risco Cambial e Risco Brasil**. Disponível em <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200102017.pdf> . Acessado em 23 de janeiro de 2008). Em outras palavras, o risco país, cujo nome completo é *Emerging Markets Bond Index Plus (EMBI+)*, foi criado pelo banco JP Morgan para medir o grau de perigo que cada país representa para o investidor. Mede apenas países emergentes. Quando se refere à economia nacional, é também chamado de risco Brasil. A sua função é de orientar o investidor.

de proteção, no fundo, era mais poderoso para o cidadão, porque inibitório em relação aos ilícitos<sup>10</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 assegura, no art. 37, § 6º, que o servidor pode ser responsabilizado por ação de regresso, pelo Estado (leia-se: União, Estado ou Município), quando agir com dolo ou culpa, na hipótese de dano. Para além das ações de regresso, é de se pensar que o princípio da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, quando causam danos a terceiros, no exercício abusivo ou temerário de suas funções fiscalizatórias, deva ser resgatado em sua inteireza e de modo mais intenso.

A Lei 8.429/92 é um Código Geral de Conduta. Rege, pois, também a atuação dos órgãos fiscalizadores, deles cobrando lealdade institucional, honestidade e eficiência no agir. O grau de desenvolvimento de uma sociedade é medido pela responsabilidade de suas instituições e dos que as integram. Uma fiscalização responsável certamente será mais eficiente e menos temerária, mais focada e menos aleatória ou ideológica. O princípio da responsabilidade é o alicerce das democracias contemporâneas.

## **PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES FISCALIZADORES: UMA VISÃO RETROSPECTIVA**

A Carta Constitucional de 1988, no art. 37, § 6º, estabelece: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Essa é a previsão de tratamento para a chamada responsabilidade civil dos agentes públicos. Cuida-se da chamada responsabilidade nas ações de regresso. A norma aplica-se a todos agentes públicos<sup>11</sup>, inclusive aos membros do Ministério Público e da Magistratura<sup>12</sup>, também a outras figuras afins, como aos membros dos Tribunais de Contas e outras autoridades de alto padrão.

---

<sup>10</sup> GALEOTTI. Sérgio. **The judicial control of public authorities in England and in Italy**. London. Stevens & Sons. 1954.

<sup>11</sup> “Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 226).

<sup>12</sup> A responsabilidade de Magistrados e Membros do Ministério Público, segundo Pontes de Miranda, tem disciplinamento semelhante.( *in* **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 237.)

Evidenciam-se duas relações de responsabilidade<sup>13</sup> neste preceito constitucional: (i) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal e (ii) a do agente causador do dano, perante a administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa<sup>14</sup>. Com efeito, quando presentes as condicionantes da culpa ou dolo do funcionário, o estado tem o dever<sup>15</sup> de ajuizar ação de regresso em face deste agente administrativo. No tocante à responsabilidade condizente aos atos judiciais, ou seja, de agentes membros do poder público, a fazenda pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva<sup>16</sup>.

No tocante aos magistrados, o Estado responde quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC; art. 49, I, da LOMAN<sup>17</sup>), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do CPC; arts. 49, II, e 56, I<sup>18</sup>, da LOMAN) ou pela incapacitação - inaptidão revelada através do desconhecimento de regra elementar ou do erro crasso - para o trabalho (art. 56, III, da LOMAN)<sup>19</sup>. É o entendimento de Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup> que "(...) o juiz individual é civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos

---

<sup>13</sup> Lembrando que, na esteira da teoria do risco-proveito, apresentada por Oswaldo Antonio Bandeira de Mello e seguida por Celso Antônio, indenizam-se os danos denominados certos (quantificáveis, aferíveis), anormais (que transcendem os incômodos normais a que qualquer um deve se submeter por viver em sociedade) e especiais (por atingirem somente a um ou alguns) quando no desenvolver de atividades lícitas. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8º ed., São Paulo: Malheiros, 2006).

<sup>14</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª Ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 368.

<sup>15</sup> No sentido da indisponibilidade da ação regressiva veja-se Celso Antonio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, 20º ed., São Paulo: RT, 2006, p. 977 e ss.

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 656.

<sup>17</sup> LOMAN, Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

<sup>18</sup> LOMAN, Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

<sup>19</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil**. AJURIS, v. 20, n. 59, pp. 5-48, nov. 1993.

<sup>20</sup> Acrescenta: "O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da fazenda pública, nas hipóteses do art 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos, têm prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do poder judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam" (...) "nos casos do referido artigo 5º, LXXV, a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do Juiz." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.657.

do artigo 133 do CPC<sup>21</sup>, cujo ressarcimento do que foi pago pelo poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado”.

No que se refere à responsabilidade dos membros do Ministério Público (art. 85 do CPC: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”), o parecer - no exercício da função de *custos legis* - não tem caráter vinculativo<sup>22</sup>.

Presume-se, é verdade, normalmente, que grande parte das atividades ministeriais não pode causar dano, porquanto a decisão última compete ao Poder Judiciário, que a absorve. Diante de tal entendimento, resta claro que o agente ministerial apenas poderia ser responsabilizado, quando for o caso, pelos prejuízos causados em decorrência do exercício de sua função de autor, bem como de presidente do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo investigatório<sup>23</sup>.

Uma visão restritiva, portanto, a propósito da possibilidade de enquadramento dos membros do Ministério Público, vem vazada na palavra respeitada de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>24</sup>: “Os membros do MP são agentes políticos e, assim como ocorre com os juízes, somente respondem por responsabilidade, quando agem com dolo ou fraude no exercício de sua função. Não estão sujeitos a responsabilidade quando agem com culpa. As hipóteses de responsabilidade dos juízes e do MP são arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, não comportando ampliação.” E mais: “o prejudicado por ato doloso ou fraudulento praticado pelo MP tem direito de ressarcir-se por meio de ação dirigida contra o poder público” que, por sua vez, deverá acionar regressivamente o membro do Ministério Público que tiver agido

---

<sup>21</sup> Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n<sup>o</sup> II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

<sup>22</sup> Veja-se julgado do STF:

- Responsabilidade civil da fazenda pública por ato opinativo de representante do ministério público no exercício de suas funções em procedimento de jurisdição voluntaria (alvara). Parecer não vinculativo da atividade do juiz. Não incidência dos artigos 107 da c.f. E 85 do C.P.C.. Recurso extraordinário indeferido. Agravo de instrumento com seguimento negado. Agravo regimental improvido. 1. Não responde civilmente a fazenda pública por ato opinativo do ministério público no procedimento judicial que não vincula o poder judiciário (art. 107 da c.f.). 2. O art. 85 do c.p.c. Refere-se a responsabilidade pessoal do representante do ministério público por dolo ou fraude e não a responsabilidade do poder público por atos daquele. 3. Recurso extraordinário indeferido. Agravo de instrumento com seguimento negado. Agravo regimental improvido. (AI-AgR 102251 / SP. Relator(a): Min. Sydney Sanches. Primeira Turma. Julgado em 20/08/1985).

<sup>23</sup> BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico. **Os agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da lei de improbidade administrativa.** Disponível em <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/novembro/0811/ARTIGOS/A01.htm>. Acessado em 12 de fevereiro de 2008.

<sup>24</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 277.

dolosa ou fraudulentamente no processo. Pontes de Miranda<sup>25</sup> elucida: “Mas a interpretação do art. 85 não deve dar oportunidade a que se reduza a pouquíssimos casos os de responsabilidade civil dos órgãos do Ministério Público. “Função”, no art. 85, são quaisquer: as de proposituras de ações, as de fiscalização, a de juntada de documento que estejam com o órgão do Ministério Público, a não-comparência nos casos de intervenção previstas em lei, inclusive se há interesse público na causa, objetiva ou subjetivamente (art. 82, III)”. Importante ressaltar que Pontes de Miranda entendia que a responsabilidade civil poderia resultar de culpa. Saliencia que o art. 85 não poderia pôr de lado o que consta explicitamente na Constituição<sup>26</sup>.

Conforme exposto, hodiernamente, o posicionamento da doutrina vai no sentido da responsabilização do Estado e, posteriormente, do membro do Ministério Público ou Magistrado, a título de regresso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, em se tratando de responsabilidade civil, também segue neste caminho. Inicialmente, orientava-se o STF no sentido da doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo quem a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa<sup>27</sup>. Conforme se observa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO - POSSIBILIDADE. O FATO DE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVER DIREITO REGRESSIVO ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO CONTRA O FUNCIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO DANO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO SEJA ACIONADO CONJUNTAMENTE COM AQUELAS, VEZ QUE A HIPÓTESE CONFIGURA TÍPICO LITISCONSORCIO FACULTATIVO - VOTO VENCIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. RE 90071 / SC. Relator(a): Min. Cunha Peixoto, Tribunal Pleno. Julgado em 18/06/1980

Porém, em decisões posteriores, o STF tem chancelado o posicionamento de que os agentes políticos responderão apenas regressivamente, em função da carga representativa da sua atuação, ressaltando que o aresto se referiu a magistrado<sup>28</sup>, cujo tratamento é análogo ao membro do Ministério Público<sup>29</sup>:

---

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 237.

<sup>26</sup> O autor referiu-se em sua obra ao artigo 107 da CF/67 semelhante ao art. 37, § 6º da CF/88.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I, 2ª ed. Forense, 1979.

<sup>28</sup> Propriamente quanto à reparação de atos judiciais, os quais se apresentam de difícil aferição, Lúcia Valle Figueiredo entende ser possível a responsabilização do Estado nos casos de prestação jurisdicional a destempo e denegatória de justiça, bem como por decisões

EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

**(RE 228977 / SP. Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma. Julgado em 05/03/2002)**

*É o que elucida o saudoso Hely Lopes Meireles (...): Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo da responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.*

*Nesta categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de*

---

totalmente desconcertadas de *standards* mínimos de razoabilidade. (in **Curso de Direito Administrativo**, 8º ed. , São Paulo: Malheiros, 2006, p. 373).

<sup>29</sup> “No contexto da atividade não-jurisdicional dos órgãos vinculados ao Poder Judiciário insere-se a atividade do Ministério Público, cujos membros, no desempenho dos misteres que lhes são cometidos, podem, no exercício da função, provocar danos a terceiros, determinantes de responsabilidade indenizatória do Estado”. (CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. Revista dos Tribunais, 2007.)

*Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)(...)*

*2.1. Tais agentes, portanto, não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções. (...)*

*2.2. Ora, o § 6º do art. 37 é expresso ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente – gênero do qual é espécie o agente político, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos. Desse modo, em consonância com o comando constitucional, o postulante deveria ter ajuizado a ação em face da Fazenda Estadual – responsável pelos eventuais danos causados pela autoridade ao exercer as suas atribuições -, a qual, posteriormente, teria assegurado o direito de regresso contra o responsável nas hipóteses de dolo ou culpa.*

Cabe realçar que a hipotética vítima não tem relação jurídica com o agente público, apenas com o Estado, e este, por sua vez, é que tem relação jurídica com o agente público. Doutrinariamente, Hely Lopes Meirelles<sup>30</sup> assim atesta: "O legislador constituinte separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado regressivamente". É o modelo italiano com força total, em detrimento do modelo inglês.

---

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 658. São da mesma opinião, dentre outros: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 392. DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 220-222. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 575.

## PARA UMA VISÃO PROSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES FISCALIZADORES

A Constituição Federal de 1988 não limita os pressupostos de responsabilidade aos agentes políticos. No art. 37, § 6º, quando o constituinte fala em dolo ou culpa, não distingue agentes políticos de outras espécies de agentes públicos, para fins de tratamento nas ações de regresso. Inadmissível, assim, fazê-lo pela via corporativista hermenêutica.

Se é certo que aos agentes políticos se deve outorgar maiores níveis de independência funcional e proteção, o que implica talvez numa maior blindagem frente aos excessos de controlabilidade externa, isso não significa, nem de perto, que se possam ou devam reduzir os limites e pressupostos de responsabilidade ao campo da fraude ou dolo.

Hely Lopes Meirelles<sup>31</sup>, aliás, foi didático ao tratar do chamado erro grosseiro<sup>32</sup>, chamando-o de culpa grosseira:

*“Em doutrina, os agentes públicos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.”*

*Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor da responsabilização pelos*

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77-78.

<sup>32</sup> O TJ-DF assim manifestou-se sobre o assunto “O membro do Ministério Público, quando atua em processos judiciais, com legitimação específica legal, é um agente político, que goza de liberdade funcional e é responsável pessoalmente por seus atos, agindo com culpa e erro grosseiros ou com abuso de poder.” TJDF – APC 19990110647863 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. João Mariosa – DJU 31.10.2000 – p. 10). Sobre erro grosseiro, veja-se decisão do Supremo Tribunal Administrativo Português: “I - A actividade de valoração das propostas em procedimento concursal insere-se na margem de “livre apreciação” ou de “prerrogativa de avaliação” que assiste à entidade administrativa decisora, sendo contenciosamente insindicável, salvo em caso de erro grosseiro ou manifesto, ou de violação dos princípios gerais reguladores da actividade administrativa. II - Erro grosseiro ou manifesto é um erro crasso, palmar, ostensivo, que terá necessariamente de reflectir um evidente e grave desajustamento da decisão administrativa perante a situação concreta, em termos de merecer do ordenamento jurídico uma censura particular mesmo em áreas de actuação não vinculadas.” (Rec. Jurisdicional 0330/05. Relator Pais Borges. 1ª subsecção do CA. Julgado em 11/05/2005)

*padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.*

*Nessa categoria se encontram os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.”*

A categoria da culpa grave, se bem trabalhada, já configura um limitador interessante e importante no balizamento dos controles externos. Arnaldo Rizzardo<sup>33</sup>, quando trata da culpa grave, assevera ser aquela que “se avizinha do dolo civil. Envolve uma crassa desatenção e a violação de dever comum de cuidado...”. Pontes de Miranda assim aborda o conceito: “é a culpa magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidado indispensável. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave”.<sup>34</sup>

Veja-se a jurisprudência:

*“A culpa grave é instituto bastante assemelhado ao dolo, sendo muito tênue o traço distintivo. Ela é decorrente da imprudência ou negligência grosseira, como o motorista que dirige sem estar habilitado, ou aquele que, em excesso de velocidade, atravessa um sinal de trânsito fechado. Ou seja, aquele que provoca ato ilícito por culpa grave, age de modo displicente, imaginando que de sua conduta nada de mal ocorrerá. Já quem age com dolo, age com intuito de produzir resultado danoso.”<sup>35</sup>*

Por conseguinte, não se pode aceitar a criação de inconstitucional imunidade a determinada classe de agentes públicos (Membros do Ministério Público e Magistrados). Os agentes políticos devem responder pelos atos ou omissões que resultem em dano, tanto por atos dolosos ou fraudulentos, como por atos culposos, balizando-se de modo razoável os pressupostos da culpa.

A culpa exigível deve ser de natureza grave, dadas as garantias inerentes às funções desses agentes políticos de Estado, que têm independência funcional e elevadas responsabilidades, o que implica uma maior margem de liberdade no agir. No entanto, culpa grave não se há de confundir com o dolo, nem com a culpa impossível. O ônus probatório há de ser distribuído de modo razoável, invariavelmente.

<sup>33</sup> **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

<sup>34</sup> **Tratado de Direito Privado**. 3ª Ed, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, tomo XXIII, p. 72.

<sup>35</sup> 2º TACivSP - Ap. c/ Rev. 638.966 - São Paulo - Rel.: Juiz Cambrea Filho - J. em 17/09/2002 - Boletim Informativo da Juruá 339/029938.

A responsabilidade dos agentes políticos não foge ao âmbito de incidência da LGIA, de caráter geral e global, instrumento normativo que se configura como um sólido Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros. Isso, porque tal responsabilidade não escapa sequer às malhas penais, muito menos então da responsabilidade ditada pela LGIA. De resto, é na LGIA que se encontra um viés republicano importante para o encaixe da responsabilidade dos fiscalizadores e cobrança de suas autênticas virtudes inalienáveis.