

Recurso do Ministério Público. Provimento. Inversão do ônus da prova. Necessidade de demonstração da origem do patrimônio do réu. Presunção de responsabilidade.

Proc. Nº 2006.001.52728

Recurso de Apelação

Apelante: Ministério Público.

Apelado: Vitor Marcio Alves Tavares.

Parecer do Ministério Público

Ação de improbidade ajuizada em Itatiaia. Rejeição. Preliminares. Falta de base legal, posto que fundada em medida provisória revogada. Competência por prerrogativa de função. Inobservância. Ausência de contraditório. Nulidade absoluta da sentença. No mérito. Responsabilidade cidadã. Dever jurídico constitucional. Inversão do ônus da prova. Necessidade de demonstração da origem do patrimônio pelo réu. Presunção de responsabilidade não ilidida. Necessidade de prosseguimento do processo.

Egrégia Câmara,

O apelante insurge-se contra a r. sentença de fls. 348/351, que rejeitou a ação, nos termos do art. 17, § 8º da Lei 8.429/92, por inexistência de improbidade.

§ 18 - 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.

O apelante, em suas razões, sustenta que (fls. 418/436):

1) a decisão violou o contraditório, posto que há justa causa para a ação, tendo em vista que não se manifestou em relação aos documentos e argumentos aduzidos nos autos;

2) às fls. 269 e 333, o juízo determinou a produção antecipada de provas, não dando ciência ao Ministério Público através da imperativa intimação pessoal, o que traduz nulidade da sentença;

3) não houve oportunidade de demonstração da utilização de “laranjas” em relação aos empréstimos, em destaque o de Altair Lopes Alves, que declara apenas crédito sem qualquer rendimento, não se esclarecendo como efetua mútuo sem renda;

4) não se demonstra a capacidade financeira do apelado para honrar tais empréstimos e de Wanda Capeli para concedê-los;

5) os auditores do Ministério Público concluíram que “apesar da variação ser positiva, a sobra de caixa é muito pequena, podendo não ser suficiente para atender aos gastos pessoais do investigado” ;

6) há evidências de que o patrimônio do apelado está a descoberto, “tendo em vista que a variação patrimonial é superior aos rendimentos declarados nos exercícios de 1998 e 2002;

7) o argumento de que a esposa e os filhos concorreram para a evolução patrimonial, não tem fundamento nos autos;

8) há necessidade de apuração da participação do apelado na sociedade empresarial Ivantes e Tavares Comércio de Material de Construção Ltda-Me, da qual foi sócio de 26/07/05 a 21/09/05, onde todos os sócios são seus parentes;

9) a justa causa em juízo de cognição sumária deve se submeter ao princípio in dubio pro societatis ;

10) no sistema da lei de improbidade, basta a verificação do patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos.

O apelado em contra-razões, aduz que os parágrafos 7º e 8º do art. 17 da Lei de improbidade, devem ser observados, como procedido pelo juízo, posto que os depoimentos coligidos no inquérito civil, são todos de adversários políticos, sendo que a falta de vista ao Ministério Público não viola o contraditório, não havendo indícios nos autos de improbidade, o que afasta a justa causa, pois todos os bens foram declarados à Receita Federal, e adquiridos em razão dos cargos que ocupou (fls.491/497).

Vejamos a quem assiste razão.

Preliminarmente.

Da sentença fundada em preceito de medida provisória, revogado com efeitos ex tunc.

O preceito no qual se funda a sentença, foi introduzido na lei, através da medida provisória nº 2225-45 de 2001, revogada por decurso de prazo sem con-

versão, pelo Congresso Nacional, nos termos da Emenda Constitucional nº 32/01, que deu nova redação ao art. 62 da Lei magna.

As medidas provisórias ou são aprovadas ou se convertem em lei, que são as chamadas leis de conversão, ou então, deixam de ser convertidas, quer por decurso do prazo constitucional de 120 dias (hipótese de decadência), quer por expressa deliberação (hipótese de rejeição).

De qualquer forma, a rejeição da medida provisória, além de desconstituir *ex tunc*, ou seja, desde a sua edição, de eficácia jurídica, também impossibilita o Presidente da República renovar esse ato na mesma sessão legislativa, ainda que perdure a situação cuja realidade justificou sua edição. Significa dizer, que o Congresso Nacional considerou irrelevante ou destituído de caráter emergencial, aquilo que o Presidente da República havia assim considerado. Ou, então, não aprovou a medida provisória após uma análise de mérito.

§ 10 – É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

A emenda constitucional referida, afastou a possibilidade de, quando a medida provisória não fosse aprovada por decurso de prazo, ou seja, por omissão do Congresso Nacional, o chefe do Executivo editar outra sobre o mesmo assunto, até que o Congresso Nacional se manifestasse, rejeitando-a ou aprovando-a.

O texto constitucional, ao prescrever a perda da eficácia *ex tunc* da medida provisória não convertida em lei, nos termos do parágrafo 3º, fixou o princípio de que as normas editadas por esse meio não têm efeitos válidos.

§ 3º – As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos parágrafos 11 e 12, perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Desse modo, os atos conseqüentes de uma medida provisória rejeitada são de nenhum valor, devem ser considerados írritos, como a sentença nela fundada.

A Competência por prerrogativa de função na lei de improbidade administrativa.

A competência por prerrogativa de função, de que fala o Código de Processo Penal, não sugere foro privilegiado. A Constituição republicana de 1891, no seu § 2º do art. 72, aboliu os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, extinguiu as ordens honoríficas e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de Conselho. E no seu § 23 declarou peremptoriamente: “não haverá foro privilegiado”.

Mas, faça-se justiça ao Império, já a Constituição de 1824, no seu art. 179, nº XVII, consagrava a proibição do foro privilegiado, embora pela redação defeituosa aparentasse ressaltar alguns casos. É que o dispositivo estava assim concebido: “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a juízes particula-

res, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes”.

Na verdade, nas supostas exceções não havia privilégio, pois este se concede em atenção à pessoa. Havia, isto sim, jurisdições especiais em razão da matéria (causas que por sua natureza, dizia o dispositivo).

A Constituição de 1934, no seu art. 113, nº 25, foi mais precisa: “Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”. A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 26, manteve a primeira parte, mas julgou dispensável a segunda. Ela própria cria-va justíças especiais: a militar, a eleitoral e a trabalhista (art. 94, III, IV e V) .

A Constituição de 1937, como todo estatuto ditatorial que se preza, não inseriu em seu catálogo essa garantia individual. A Constituição de 1967, no art. 153, § 15, proíbe o foro privilegiado e os tribunais de exceção. A vigente Constituição de 1988, no art. 5º, nos incisos XXXVII e LIII, que: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente”.

Poderia parecer, diante do texto constitucional vigente, que é vedada a competência por prerrogativa de função. Nada mais falso. O privilégio refere-se à pessoa; não à prerrogativa. Não há foro especial para conde, barão ou duque; não existe acepção de pessoas; a lei não tem preferências nem predileções. Mas leva em conta a dignidade da função, a altitude do cargo, a eminência da posição. Se a pessoa deixa a função, perde a prerrogativa, que não é sua, mas dela, função. O entendimento contrário não me parece razoável. Alega-se, por exemplo, não ser aceitável que um ex-Ministro, possa, no dia seguinte à exoneração, ser processado perante um juiz de direito. Mas o oposto é que não me parece defensável.

Se se devesse levar em conta a situação do acusado ao tempo do crime, poderia um Presidente da República, em pleno exercício da Presidência ser levado à barra da instância inferior para responder por crime praticado antes da investidura. A meu ver a solução correta é a seguinte: cessada a função, cessa a prerrogativa. Se quem dela gozava já está sendo processado pelo órgão eminente, a competência não se modifica, em virtude do princípio da perpetuatio iurisdictiones. Se ao perder a prerrogativa, aquele que dela gozava ainda não está sendo processado, o foro para ele passa a ser o comum, pouco importando que a infração tenha sido praticada ao tempo em que tinha a prerrogativa.

O Código de Processo Penal assim dispõe acerca da competência por prerrogativa de função:

Art. 84 – A Competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º - *A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.*

§ 2º - *A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.*

O art. 84 é decorrência dos próprios dispositivos constitucionais citados, com exceção do seu parágrafo primeiro, que cria, pelas razões expostas, foro privilegiado, o que é vedado pela Constituição, pelas razões aduzidas e pela tradição da nossa república.

A questão da competência e da legitimidade para as ações de improbidade contra agentes políticos.

Está na ordem do dia dos Tribunais a questão da legitimidade para a propositura de ações de improbidade Administrativa e a competência para seu respectivo julgamento.

Sua origem remonta da promulgação da Constituição da República de 1988, que no parágrafo 4º do art. 37 estabelece que: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Esta forma e gradação vieram previstas na Lei 8.429/92, que respeitando o preceito constitucional, repetiu as restrições das faculdades inerentes à cidadania, que se não autorizadas na Constituição, inviabilizariam qualquer esforço do legislador ordinário em impô-las, sob pena de inconstitucionalidade, tendo em vista o preceito do art. 15, inciso V, da carta cidadã de que: "É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º".

A primeira questão que se coloca é: qual a natureza desta ação?

Os tribunais têm se manifestado no sentido de que é uma ação civil, ao que parece por exclusão, tendo em vista a sua autonomia em relação à ação penal, prevista no final do parágrafo 4º do art. 37.

Nos parece que a afirmação só se afigura correta, se a tomarmos no seu sentido mais amplo possível, pois se a mesma é prevista na Constituição e possível apenas pela exceção autorizada, posto que implicará sempre restrições das faculdades inerentes à cidadania, consideramos que sua natureza é Constitucional e decorre da moderna concepção da cidadania como situação jurídica de direitos e deveres jurídicos para com o Estado. A inobservância desses deveres, redundará sempre nas restrições referidas, pois o comando do preceito constitu-

cional é colocado no imperativo: “ os atos de improbidade administrativa importarão...”.

Nem é preciso referir, que cargos públicos são prerrogativas historicamente decorrentes da situação de cidadão, sendo previsto na lei magna, os cargos privativos de brasileiros (par.3º do art. 12), onde se incluem Ministro do Supremo Tribunal Federal; da carreira diplomática; de oficial das Forças Armadas; de Ministro da Defesa, etc.

O preceito do art. 12, diz quem se deve entender por brasileiro, decorrendo daí, que em todos os casos que não ali apontados, não se confirma a cidadania brasileira.

Outra questão é: Qual a competência para julgar a ação de improbidade?

Prefeitos, agentes políticos, podem ser julgados pelo juízo com competência territorial para julgar os agentes que não detém a prerrogativa de função?

Também nos parece que não.

É certo que os novos princípios constitucionais, especialmente o da igualdade perante a lei, não se coadunam com privilégios, mas nem por isso excluem as garantias necessárias ao exercício de certas funções (diplomáticas, parlamentares, etc). Determinadas pessoas, pela função que exercem, durante o tempo em que a desempenham e para que possam exercitá-las devidamente, precisam estar imunes a certas obrigações, sanções ou constrangimentos.

Desta forma, o foro privilegiado aparece no Estado moderno como prerrogativa da função e não como privilégio da pessoa.

Portanto, Prefeitos, Vereadores, membros do Ministério Público, Juízes, que têm foro competente no Tribunal de Justiça, só nesta instância podem ser julgados, nos termos dos arts. 29, incs. VIII, X e 96, inc.III da Constituição: “inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”; “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” e “aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

No caso dos vereadores, é aplicada a simetria com os deputados, nos termos do art. 102, inciso I, letra “b” da Constituição:

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

I – processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República;

Não se confunde com foro privilegiado, que é o que se concede a alguém como favor pessoal, pois trata-se de coisa diametralmente oposta, que se baseia na *prerrogativa da função* exercida pela pessoa, e se funda na necessidade de garantia para assegurar o desempenho da mesma.

Uma concepção primária, rudimentar e falsa do princípio da igualdade perante a lei, pode fazê-la parecer um privilégio, mas deve ser entendida como prerrogativa inerente à função e necessária ao seu desempenho, e por não pertencer a pessoa do agente político, é irrenunciável.

É certo que se pode argumentar que a competência por prerrogativa de função, por tratar-se de exceção, não admite interpretação extensiva.

Mas também não é menos certo que a prerrogativa de função, como garantia fundamental ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural, também não admite restrição, posto que inerente e necessária, à atividade exercida pelo agente político.

Como conjugar as garantias sem ferir a Constituição, dando mais do que a lei maior quis, ou impedindo a sua aplicabilidade pela interpretação restritiva?

Me parece que, respeitando a premissa de que a Constituição é lei feita para o povo, e que por não conter termos técnicos, quando eles são empregados, o são no seu sentido amplo e primitivo.

Portanto, para assegurar as referidas garantias fundamentais que expressam cláusulas pétreas, devemos considerar que a expressão "crimes comuns e de responsabilidade" abrangem as hipóteses de restrição das faculdades inerentes à cidadania como as da Lei de Responsabilidade por Improbidade Administrativa, pois nunca é demais referir, que a responsabilidade por improbidade decorre dos deveres do cidadão para com o Estado.

Pensar de outra forma seria admitir que o foro por prerrogativa de função seria aplicado de acordo com uma interpretação literal, que apenas o concebe para crimes comuns e de responsabilidade, excluindo dos agentes nesta situação as garantias fundamentais do devido processo legal e do juiz natural, direitos, que por esta natureza, se inserem no sistema como cláusulas pétreas, protegidos até do poder constituinte derivado.

Em conclusão, não há nenhuma inconstitucionalidade material no parágrafo segundo do art. 84, que apenas dispõe acerca da competência pela prerrogativa da função, sendo legitimado para a ação a autoridade com atribuição para deflagrar a ação no Tribunal competente em razão da prerrogativa.

Apresenta-se, apenas, a inconstitucionalidade formal dos preceitos, posto que pretendem, através de ato legislativo, dar interpretação à Constituição, o que contrasta com a competência do Supremo Tribunal Federal, afrontando a garantia fundamental da independência e harmonia dos poderes, sem maiores con-

seqüências em relação ao parágrafo segundo, posto que não afasta, como referimos, a competência por prerrogativa de função.

Inconstitucionalidade material me parece, ocorre em relação ao seu parágrafo primeiro, que cria hipótese de privilégio, vedada pela Constituição da República como garantia fundamental.

Inobservância do contraditório.

Como conseqüência, a nulidade da sentença se apresenta por qualquer ângulo de análise, pois o juízo é incompetente em razão da prerrogativa de função, garantia fundamental da república alçada ao status de cláusula pétrea, bem como por seu fundamento em preceito de medida provisória, revogado por decurso de prazo.

Soma-se a isso, a flagrante inobservância do contraditório na análise preliminar da defesa do apelado.

No mérito.

Antes do advento da lei nº 8.429/92, duas leis disciplinavam a improbidade administrativa, dentro de uma visão unisetorial de estado, como vivíamos até a Constituição de 1967, que chamava para si a responsabilidade pelo desenvolvimento da indústria, comércio, saúde, educação etc. Era o Estado que se descentralizava em si mesmo, através de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo poder público, como previsto no Decreto lei 200/67.

Afirmando isso, a lei federal nº 3.164/57, que "sujeitava a seqüestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha ocorrido" (art.1º "caput"). Da mesma forma, a lei nº 3.502/58 ou Bilac Pinto, que "regula o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público da administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função".

Ambas foram revogadas pelo art. 25 da lei nº 8.429/92, que considera a descentralização do Estado para o mercado e a sociedade civil organizada, equiparando as pessoas que desempenham atividades remuneradas ou não nos organismos não lucrativos da sociedade civil, aos agentes públicos ligados a entidades estatais, strito sensu.

Em outras palavras, a lei atual considera a realidade da atividade pública não estatal e a necessidade de tutela do patrimônio decorrente desta forma de democracia participativa do cidadão.

Fontes e natureza da responsabilidade por improbidade.

A responsabilidade por improbidade administrativa tem natureza constitucional e está relacionada aos deveres da cidadania, daí sua relação direta com o redimensionamento dos conceitos de democracia e Estado, como assinalamos anteriormente.

Entretanto, sua previsão entre nós já aparecia na Constituição de 1946, que no seu art. 141, § 31, estabelecia que “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Da mesma forma a Constituição de 1967, que no art. 153, § 11, previa que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”.

Em relação a Constituição cidadã de 1988, a previsão é mais incisiva e decorre do redimensionamento da relação estado-indivíduo, em virtude da concepção de democracia participativa que expressa.

Se até a Constituição de 1967 vivíamos a realidade de um Estado unisetorial, que chamava para si a responsabilidade pelo desenvolvimento da indústria, comércio, saúde, educação etc, hoje vivemos num Estado onde a regra é a iniciativa privada e a exceção a pública, que deve ser disciplinadora e propulsora das ações da sociedade e do mercado.

Esta mudança de relacionamento entre o Estado e o indivíduo é facilmente percebida pela leitura do art. 153 da Constituição de 1967, que conferia ao povo “direitos e garantias individuais”, para a de 1988, que nos comete “direitos e deveres individuais e coletivos”, no seu art. 5º.

Se na Constituição de 1967 tínhamos direitos e garantias individuais (art. 153 e parágrafos), a Constituição de 1988 nos confere Direitos e deveres individuais e coletivos, (art. 5º e incisos), demonstrando que às tradicionais hipóteses de democracia representativa e direta (plebiscitos e referendos populares) soma-se a participativa, que comete a cada cidadão o dever de participar como resultado desta condição e qualidade.

Nesse aspecto, a lei de improbidade considera este novo sistema de redimensionamento das relações jurídicas e do alargamento das responsabilidades decorrentes dos deveres de cidadania, arrolando em seu espectro de responsabilidade as chamadas ONGs em todas as suas formas como agremiações associativas (clubes), ordens religiosas, enfim, tudo que represente interesse de grupos, classes, categorias, sem finalidade lucrativa, criando a conceito novo de patrimônio público não estatal.

O art. 37 da Constituição da República demonstra isso, ao estabelecer à Administração Pública, os deveres de obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e determinar, no seu pará-

grafo 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, não dão margem a dúvidas de que o dever de probidade decorre da cidadania, não havendo como não admitir sua natureza constitucional.

Reforça essa afirmativa, o preceito do art. 15 da Constituição da República, ao excepcionar a possibilidade de restrição de direitos políticos, que só se dará nos casos que enuncia, entre eles, os de improbidade administrativa.¹

A ausência de previsão constitucional inviabilizaria qualquer tentativa de restrição ao exercício dos direitos-deveres inerentes a condição de cidadão. Somente a previsão constitucional autoriza a regulação das hipóteses por lei ordinária, e a possibilidade de sua restrição, pois esta condição é inerente a todos os que são nacionais ou naturalizados e são assegurados na Constituição como direitos fundamentais e cláusulas pétreas (§4º do art. 60, inc. IV- os direitos e deveres individuais), vedada a limitação, que só é possível face a exceção prevista na lei maior.

O sistema da responsabilidade cidadã.

A gênese constitucional do dever de probidade, determina que os exemplos arrolados nos incisos dos arts. 9º, 10º e 11, para se verificarem, basta a demonstração da situação de fato que dá indícios de que o dever foi inobservado.

Esse dever jurídico constitucional, impõe a observância compulsória dos princípios do art. 37 “caput”, tendo como conseqüência lógica, a inversão do ônus da prova ao agente ao qual é imputada a conduta anti-ética, ou seja, que subordina o interesse público ao seu individual.

O dever jurídico, é a imposição de um determinado comportamento pela lei, e no nosso caso específico, pela Constituição, independentemente da exigência de qualquer pessoa.

A segunda conclusão que chegamos, é que esses deveres, quando desconsiderados, representam uma hipótese nova de responsabilidade, de natureza cidadã, que não afasta as demais e não se confunde com as decorrentes de crimes

1. Art. 15 - É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II- incapacidade civil absoluta;

III- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV- recusa em cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

de responsabilidade a que estão afetos os agentes políticos quando no exercício de mandatos eletivos, embora a ele se sujeitem concomitantemente e de forma autônoma e independente de qualquer outra espécie de responsabilidade.

A primeira consequência do dever jurídico é a inversão do ônus da prova, ou seja, cabe a quem não o observou provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do prejudicado, ou que o ato não foi praticado pelo destinatário do dever.

Força maior é o acontecimento inevitável, aquilo a que não se pode resistir (*cui resisti non potest*). É famosa a definição de Gaio encontrada na Lei I, parágrafo 4º do L. 44, Tit. 7º do Digesto: "*Vis maior est cui humana infirmitas resistere non potest*": força maior é aquela a que não pode resistir a fraqueza humana. Uma inundação, um incêndio, uma guerra, um naufrágio, são circunstâncias de força maior. Nessa inevitabilidade reside a característica da força maior e nisso ela se distingue do fato casual, do acaso ou caso fortuito, que é o sucesso imprevisível. Ulpiano definia o fortuito como o caso que não pode ser previsto por nenhuma consideração humana: "*Fortuitas casus est, Qui nullo humano consilio praevideri potest*" (1,2 D.50,8).²

É o que a doutrina denomina responsabilidade objetiva do Estado, que exige apenas o nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo e o resultado.

Não é exclusividade do direito público a responsabilidade objetiva. O Direito Penal a considera, p.ex, no crime de rixa em decorrência do nexo de causalidade a quem participou: parágrafo único: "Se ocorrer morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos".

É importante observar, que em outros campos do Direito existem imposições de deveres jurídicos, com variação da responsabilidade em decorrência da área onde está colocado.

No campo do Direito Penal, o dever do médico comunicar doença infecto contagiosa é imposto no art. 269 do Código Penal:

Art. 269- Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória.

O fato da não comunicação já dá ao Ministério Público os indícios suficientes para deflagrar a ação penal.

Ocorre, que por estarmos tratando de responsabilidade fundada em dever jurídico prevista no Código Penal, esta se subordina ao sistema do mesmo, onde a regra é dolo e a exceção a culpa, conforme o parágrafo único do art. 18 da lei.

2. Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 320.

“Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Pelo sistema, a culpa, como exceção, vem expressa em cada preceito que a considera, cabendo na hipótese, ao agente e ao Ministério Público, provar da inexistência do dolo para a não aplicação da sanção correspondente, se esta situação não restou demonstrada na fase de investigação.

Não é novidade para nós a responsabilização por inobservância de dever jurídico neste campo do Direito, como ocorre na lei de contravenções penais, onde a inobservância dos deveres impostos nos seus preceitos determinam a penalidade, independente de aferição de vontade.³

É como se o legislador dissesse: “A todos é imposto o dever de não praticar essas condutas, se a praticam, irão responder pelas sanções decorrentes”.⁴

O que podemos concluir até aqui, é que existem deveres jurídicos onde o resultado é significativo à imposição da responsabilidade, outras hipóteses não. Em todos os casos, entretanto, quando se fala em dever jurídico, há sempre a inversão do ônus da prova ao agente que se relaciona ao seu descumprimento.

Em alguns casos se exige nexo de resultado, como na responsabilidade civil do Estado, em outros, a simples inobservância do dever, sem sua necessidade.

Nesse sentido dispõe o art. 9º, inciso VII :

Art.9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

A expressão “notadamente” indica de forma clara que o rol é exemplificativo, devendo se considerar que as hipóteses serão adequadas à situação de fato, demonstrada pelo autor da ação, decorrente do ato de inobservância do dever constitucional por equidade, ou seja, por razões morais, religiosas, econômicas, de senso comum, enfim, tudo aquilo que, dentro do nosso juízo de valor, considera o que é ético na atividade, como forma de não subordinação do interesse público ao individual, constituindo descumprimento desse dever.

Desde a Constituição de 1934 há previsão para a aplicação da equidade no nosso Direito. A regra do art. 113, nº 37 determinava: “Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de Direito ou por equidade. Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art.114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de

3. Na Alemanha existem crimes e delitos. Estes últimos são julgados por um Tribunal Administrativo. Entre nós há a divisão crimes e contravenções, sem distinção para a natureza destas últimas.

4. É o que se denomina infrações de mera conduta ou de perigo abstrato.

acordo com a equidade individual, ele usaria também a equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei, e exige que o Juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido.

Com a Constituição de 1988 a previsão da equidade é dirigida à aplicabilidade de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à *cidadania*, nos termos do preceito que introduz ente nós o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), como as hipóteses da lei de improbidade administrativa.

A obra do legislador tem em seu prol a unidade e a harmonia do sistema, além do préstimo de tender para o ideal. No caso da lei de improbidade, o legislador exemplifica o que pode ser considerado como inobservância do dever de probidade imposto na Constituição, e deixa ao aplicador da lei a avaliação se o fato descrito pelo autor da ação, violador do dever jurídico constitucional, representa ato de improbidade pelo réu.

Abre-se o campo para o controle da finalidade dos atos que visam o interesse público, com a avaliação de que o mesmo não se desvinculou do seu fim, como expressão de subordinação do interesse coletivo ao individual.

Também o comportamento do agente público deve ser dirigido a atender este desiderato, e não servir ao locupletamento do interesse privado.

Ampliam-se as formas de controle dos atos e ações praticados em nome do interesse público, possibilitando ao Judiciário o aperfeiçoamento do princípio da independência e harmonia dos poderes, com a utilização da jurisdição de equidade nesses casos.

Note-se, que o preceito pela expressão "importante enriquecimento ilícito" reafirma a presunção decorrente do sistema do dever jurídico, pois se da prática de tais atos decorre esta presunção, cabe ao destinatário do dever provar as causas de exclusão da sua responsabilidade:

Caso fortuito;

Força maior;

Culpa exclusiva da vítima;

Inexistência do ato. Há portanto, a reafirmação da inversão do ônus da prova na parte específica da lei.

VII- *adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.*

Essa é, sem sombra de dúvida, a hipótese que exemplifica a forma mais fácil de demonstrar a improbidade do agente. A simples variação patrimonial incompatível com o salário percebido, o coloca no dever de provar a origem do patrimônio para escapar das cominações da lei.

Ao autor da ação cabe apenas demonstrar a variação do réu ou de parentes ou amigos ligados a ele, invertendo o ônus da prova para a demonstração de como foram adquiridos os bens.

O réu da ação terá que demonstrar que a variação decorreu de herança, prêmio de loteria, casamento etc. A não comprovação impõe as penalidades.⁵

Esta possibilidade não foi possível nos autos, face a decisão sem base legal.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão, que acolha as preliminares de nulidade da sentença por incompetência absoluta, falta de base legal e inobservância do contraditório, e no mérito, que a presunção não foi ilidida, devendo-se dar prosseguimento ao processo.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2006.

Luiz Fabião Guasque
Procurador de Justiça

5. Para Wallace de Paiva Martins Júnior, “Não obstante a eliminação da regra explícita da inversão do ônus da prova, o texto aprovado não aboliu esse instrumento, porque para o autor da ação, repita-se, basta a prova de que o agente público exercia alguma função pública e adquiriu bens ou valores incompatíveis e desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda, constatação que é feita a partir das informações constantes das declarações de bens praticados por ele próprio, de informações patrimoniais ou rendimentos em seu nome existentes em instituições bancárias, serviços notariais e de registros públicos, repartições públicas etc., de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição. Nesse sentido, explicitamente e provocando ipso facto a inversão do ônus da prova, dispõem o Decreto Federal nº 978/93 (art.5º) e a Lei Federal nº 8.730/93 (arts. 2º §§. 5º e 7º, e 4º, §.2º)”. *Probidade Administrativa*, p.196/197. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin manifestam que o autor da ação não tem o dever de demonstrar específicos atos de corrupção que deram origem ao acréscimo patrimonial do agente público, porque a mens legis prevalece sobre a legislatoris e, diante da redação do art. 9º, VII, estará obrigado a provar “apenas a desproporção entre patrimônio e renda do funcionário! É a partir desse ponto que se inverte o ônus da prova” (*A inversão do ônus da prova na Lei de Improbidade Administrativa – Cadernos – Temas Institucionais*, p.37/38).

JURISPRUDÊNCIA

Em tese aprovada nos Congressos Estadual, em Angra, e Nacional do Ministério Público no Pará, todos em 1992, já defendia a inversão do ônus da prova nas hipóteses da lei e a origem constitucional da responsabilidade cidadã fundada em dever jurídico do art. 37, posteriormente editada no livro : *Direito Público – Temas Polêmicos. A Responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito*, p. 176.