

TESE 57

TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE – SUBSUNÇÃO À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AO ESTADO – NECESSIDADE DE REPARAÇÃO¹

Rodrigo Sousa de Albuquerque²

Promotor de Justiça - MG

1. Introdução

Obteve repercussão internacional o fato ocorrido com o garçom Alexandre de Oliveira, na Comarca de Andrelândia, Minas Gerais, no dia 12 de janeiro de 2001.

Torturado por policiais, foi obrigado a confessar o estupro da própria filha, de dois anos de idade. Mais tarde descobriu-se que o sangramento no órgão genital da criança fora causado por um câncer. Até lá, Alexandre de Oliveira sofreu todo tipo de violência física imaginável, antes e depois da confissão. Mas talvez o pior foi ter de confessar a violência sexual contra o bebê, sua filha de dois anos de idade.

Os policiais foram denunciados pelo Ministério Público e até a data em que esta tese estava sendo encerrada, continuavam a exercer normalmente suas funções públicas.

2. Exposição

Como se sabe, tanto o abuso de autoridade como a tortura, são crimes, assim definidos pelas Leis 4.898/65 e 9.455/97, respectivamente. Podem ser praticados de diversas formas e no caso do crime de tortura, por qualquer pessoa.

O que interessa para esta tese é a prática desses crimes por agentes públicos, policiais, mais especificamente, a fim de enquadrar essas condutas, também, na Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92). Na verdade, sempre que um agente público pratica qualquer desses crimes, necessariamente estará infringindo a Lei de Improbidade Administrativa e sujeito às suas sanções, como se procurará demonstrar.

1. Tese escrita em 9 de agosto de 2001.

2. Promotor de Justiça na Comarca de Belo Horizonte, com atribuições na Promotoria de Justiça Especializada de Defesa do Patrimônio Público.

Com efeito, prescreve o art. 37, § 4º da Constituição Federal:

“Art. 37. A Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§4º. 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 Lei 8.429/92, definindo os atos de improbidade administrativa e cominando as respectivas sanções, foi editada para dar efetividade ao disposto no art. 37, §4º da Constituição Federal, tendo estabelecido a orientação segundo a qual a aplicação das sanções nela previstas não fica na efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou de julgamento favorável ou desfavorável do Tribunal de Contas, nos termos do seu art. 21.

A Lei em comento tipificou de forma exemplificativa os atos que ferem a probidade administrativa, dividindo-os em três grandes grupos: os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

A prática de crime, por si só, é suficiente para enquadrar os agentes no comando normativo emergente do artigo 11 **caput** e inciso I, da Lei 8.429/92, que estabelece:

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

I- praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”

Vale frisar que o artigo 4º da mesma Lei aduz que “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são a os”.

Comentado o artigo 11 da Lei 8.429/92, Marino Pazzagliani Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, aduzem:

“Deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do art. 11 não autorizam cogitar do elemento subjetivo que as motiva, sendo todas presumidamente dolosas. Aliás, pela redação dos tipos já se evidencia que tais atitudes pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar ato antijurídico.

“Também deve ser observado que, se de qualquer delas resultar enriquecimento ilícito para o agente público, a norma de incidência será a do art. 9º, seja porque eventualmente subsumível a uma de suas modalidades, seja porque compreendida no **caput daquele tipo, que alude a “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do**

exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade.” Depois, porque o catálogo de condutas lá previsto é enumerativo, comportando outras que se ajustem à cabeça do artigo.

“Se assim não for, mas a atuação do agente público produzir dano ao erário, incidirá a norma contida no art. 10.

“Conclui-se, pois, que ao art. 11 da Lei Federal 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência de efetivo prejuízo.”³

Sobre o inciso I, os mesmos autores afirmam que “para que se configure o disposto no inciso, basta que o ato inquinado vise a fim ilícito ou extrapole a esfera de competência do agente público”.⁴

Ora, a prática de crime se enquadra com facilidade no conceito amplo de “prática de ato visando fim proibido em lei”, de que trata o inciso I do art. 11 da Lei 8.429/92. Na verdade, o próprio ato (crime) é proibido em lei e essa ilicitude não se desvincula dele, alcançando a finalidade de sua prática. No caso da tortura, *verbi gratia*, quase sempre a confissão de outro delito.

E mais. Não obstante a subsunção ao inciso I do art. 11 da Lei 8.429/92, afigura-se, ainda, que o agente público, quando pratica tais crimes, viola o dever de lealdade à instituição, contrariando o **caput** do art. 11 da citada lei.

É fato notório que as polícias, no Brasil, desfrutam de péssima imagem frente à opinião pública. Tanto pior quanto mais carente é a comunidade. E muito dessa imagem advém da forma com que agem alguns policiais, não raro valendo-se da tortura e do abuso de autoridade como “meio de investigação”. As consequências desses crimes vão além do sofrimento da vítima. A ineficiência e a imprestabilidade de provas obtidas segundo estes meios, são causa de impunidade ou, mais grave ainda, condenações indevidas.

Por outro lado, o descrédito da Instituição Policial contribui de forma importante para o descrédito de todo o Estado, na medida que a polícia é, em muitos locais, a representação mais ostensiva da presença do Estado. Essa influência negativa é sentida mais fortemente sobre o Ministério Público e o Poder Judiciário, onde desembocam os frutos das atividades policiais.

Portanto, quando o agente público, no desempenho de sua função, pratica tais crimes, contribui para a degradação da imagem e o descrédito da Instituição, violando o dever de lealdade e causando evidente prejuízo moral ao Estado.

3. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias e; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Editora Atlas S.A., 3ª edição. 1998, pp. 120 e 121.

4. Ob. citada, p. 126.

Esse prejuízo moral é incontestável. São conhecidos e amplamente divulgados, por exemplo, os relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU) que listam os países que mais violam os Direitos Humanos. O Brasil sempre ocupa negativo lugar de destaque nesses relatórios, com especial atenção para a prática de tortura, que não obstante o advento da Lei 9.455/97, obteve ínfimo progresso com relação a seu combate.

Não vislumbro qualquer óbice de cumular aos pedidos inerentes à ação civil de improbidade administrativa, o pedido de reparação de dano moral. A jurisprudência se assentou no que tange à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações que visem a reparação de prejuízos experimentados pelo ente público. Outrossim, não existe qualquer impedimento de ordem processual civil que impeça essa cumulatividade.

Muitas outras hipóteses de crimes praticados por agente público no desempenho de sua função, também terão, pelos mesmos fundamentos jurídicos aqui expostos, subsunção na Lei de Improbidade Administrativa. A opção por destacar os crimes de tortura e abuso de autoridade, vem exatamente por sua maior incidência, pela justa rejeição que causam no meio social e extrema lesividade aos bens jurídicos tutelados pela Lei 8.429/92.

Não se pode olvidar, por fim, que o exercício da ação civil pública de improbidade administrativa em face de tais condutas, contribuirá imensamente na repressão desses delitos. As medidas liminares, de mais fácil consecução no processo civil que penal, como por exemplo o afastamento do agente do cargo ou função pública, é fator inegavelmente inibidor de outros delitos e medida salutar para a pacificação social e recuperação da imagem Estatal, abalada com os fatos.

Fábio Medina Osório esclarece com precisão esse ponto de vista, destacando ainda a inexistência do **bis in idem** quando se busca pelo mesmo fato, sanções de natureza penal e não penal:

“No sistema brasileiro, a subordinação da autoridade administrativa à autoridade judicial, no campo do Direito Administrativo Sancionador, é bastante limitada, mormente em matéria de ilícitos relacionados a especiais relações de sujeição.

“Menor ainda é a subordinação da autoridade judiciária extrapenal à autoridade judiciária penal.

“Não se desconhece, por evidente, que o Juiz penal possui alguma prevalência em relação ao Juiz extrapenal, dados os efeitos das sentenças penais e, quiçá, tendo em conta o princípio da fragmentariedade do direito penal.

“(…)

“Veja-se que na hipótese de estar provada a inexistência do fato ou existir especial circunstância que exclua o caráter do crime, v.g., exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal, há repercussão em qualquer esfera extrapenal, judicial ou administrativa, desembocando na improcedência da pretensão acusatória, dada a necessidade de um mínimo de coerência no interior do sistema jurídico.

“Se o Juiz penal entende que está provada a inexistência do fato, ou que o

réu agiu em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, haveria grave antinomia na eventual solução de atividade administrativa ou judiciária extrapenal que condenasse o réu por improbidade ou infração administrativa. Eis a necessidade de compatibilização das decisões judiciais e administrativas, reduzindo-se as incertezas jurídicas.

“De igual modo, se o Judiciário, na esfera penal, reconhece a negativa de autoria, afirmando, com todas as letras, que o réu não praticou o fato criminal, ou seja, que não há possibilidade alguma de que seja ele o autor do fato, há importantes reflexos no campo extrapenal, dada a eficácia da sentença absolutória. É diferente, por óbvio, a hipótese em que o Juiz proclama a dúvida em torno à autoria do fato ilícito. Nesse último caso, cabe persistir a ação civil por improbidade administrativa e o procedimento ou processo administrativo apuratório da respectiva infração. Não há reflexos da sentença absolutória no terreno extrapenal.

“De fato, insisto, se a sentença penal absolve o réu por falta de provas, seja falta de provas para o decreto condenatório, seja quanto à existência do fato, ou porque não constituiria o fato infração penal, ou porque não houvesse prova de que o réu tivesse concorrido para a infração penal, ou apenas existisse causa que o isentasse de pena criminal, caberia a continuidade do processo administrativo ou judicial apuratório da improbidade ou infração administrativa”.⁵

Bastavam esses argumentos para demonstrar a utilidade da ação civil pública de improbidade administrativa nesses casos. É bom ressaltar que a prova desses crimes quase sempre é produzida dentro do próprio corpo policial, o que pode ser uma das causas do número irrisório de condenações criminais frente aos crimes praticados. Mas o autor vai além:

“Primeiro, presume-se que o direito penal seja o mais grave instrumento do ordenamento jurídico, razão pela qual há toda uma gama de formalismos nesse ramo jurídico para a proteção – que não raro chega ser excessiva – dos interesses individuais do réu. Daí que, em muitos casos, os juízes ficam com dúvidas e, nessas situações, proclamam decretos absolutórios, invocando o princípio *in dubio pro reo*. Talvez em virtude dos excessos na manipulação desse princípio processual, o direito penal tenha chegado a um clima de falência no cenário brasileiro, desacreditado em sua força de combate à impunidade dos poderosos. O que importa ressaltar é que, de qualquer sorte, as dúvidas dos Juízes penais não são, necessariamente, as mesmas dos Juízes extrapenais *lato sensu* ou das autoridades administrativas. Todos, no exercício do poder punitivo estatal, deverão manejar importantes garantias individuais, respeitando os direitos legais e constitucionais dos réus e acusados em geral. A diferença talvez resida na carga ideológica extremamente pesada dos Juízes penais, que não trabalham, muitas vezes, corretamente os métodos

5. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 287/289.

hermenêuticos e acabam enveredando por caminhos cheios de dúvidas, na vã esperança de atingirem uma certeza suprema, que não encontram, porque não existe no terreno processual.”⁶

Não se trata, obviamente, de se substituir a ação penal pela ação civil, nem tão pouco de buscar por este meio o que não se atinge com aquele. A questão é buscar a punição em todas as searas possíveis, da forma mais ampla, buscando contribuir para uma resposta Estatal satisfatória a esses delitos. As vantagens da ação civil são destacadas no sentido de se demonstrar sua efetividade e incentivar o seu manejo para esses casos. Vale ressaltar ainda, que as sanções advindas da ação civil pública de improbidade administrativa, são diversas daquelas da ação penal, ainda que haja condenação.

Fábio Medina Osório chama a atenção para esta hipótese:

“É possível que a precedência de uma condenação criminal em relação a uma condenação por improbidade na forma da Lei 8.429/92 ou por infração administrativa (na forma da legislação aplicável à matéria) esvazie, desde logo, uma ou outra sanção, como ocorre com a perda da função pública. Nem por isso a condenação por improbidade ou ilícito administrativo será ineficaz, visto que há outras sanções passíveis de imposição. Ademais, nem sempre as condenações criminais produzem os desejados efeitos administrativos, diante de inércia dos Juízes ou distorções axiológicas, v.g., a reduzida pena prevista a determinados delitos, como ocorre com a prevaricação ou a omissão em fixar determinados efeitos. Persiste válido e autônomo o caminho de combate à improbidade ou do ilícito administrativo pela via extrapenal e administrativa.”⁷

Essas considerações do brilhante Promotor de Justiça gaúcho, permitem ainda afastar, de vez, qualquer eventual alegação de violação do princípio do **non bis in idem**. A independência dos juízos penal e extrapenal no conhecimento do processo e na imposição de sanções, ressalvadas aquelas pequenas hipóteses de prevalência acima mencionadas, são a garantia de inexistência de violação àquele princípio.

Procurou-se, portanto, demonstrar a subsunção da prática de crimes de abuso de autoridade e tortura, por agentes públicos, à Lei de Improbidade Administrativa, e o cabimento, a utilidade e as vantagens do ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa para estes casos.

3. Conclusão

1. O policial, que no exercício de suas funções, pratica crime de tortura ou abuso de autoridade, comete improbidade administrativa, nos termos do art. 11 **caput** da Lei 8.429/92, uma vez que viola o dever de lealdade às instituições;
2. O policial, que no exercício de suas funções, pratica crime de tortura ou abuso de autoridade, comete improbidade administrativa nos termos do art. 11, inciso I da Lei 8.429/92, uma vez que pratica ato visando fim proibido em lei;

6. Ob. citada, pp. 289/290.

7. Ob. citada, p. 291.

3. Diante da prática desses crimes, o Promotor de Justiça que deles tenha conhecimento, tem o poder-dever de propor a respectiva Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, ou representar para outro que tenha tal atribuição.

4. A prática crime de tortura ou abuso de autoridade, agrava o descrédito das Instituições Policiais e, via de consequência, é lesiva à imagem do Estado, importando em dano moral, que deverá ser ressarcido, podendo o Ministério Público cumular este pedido com os inerentes à ação civil de improbidade administrativa.