

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

LÍVIA CARVALHO CONRADO

**APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS**

FORTALEZA

2011

LÍVIA CARVALHO CONRADO

**APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS**

Monografia submetida à apreciação da Banca Examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

FORTALEZA
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

C754a Conrado, Livia Carvalho.
Aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos / Livia Carvalho
Conrado. – 2011.
55 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2011.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Orientação: Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque.

1. Improbidade administrativa - Brasil. 2. Responsabilidade administrativa - Brasil. I.
Albuquerque, José Cândido Lustosa Bittencourt de (orient.). II. Universidade Federal do Ceará –
Graduação em Direito. III. Título.

LÍVIA CARVALHO CONRADO

**APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque (Orientador)

Universidade Federal do Ceará-UFC

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

Universidade Federal do Ceará-UFC

Mestrando Lucas de Brandão e Mattos

Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, por todo apoio e incentivo na consecução deste trabalho.

Ao professor Cândido Albuquerque, não só por aceitar a tarefa de orientar a execução e a realização deste trabalho, mas por toda a orientação e dedicação durante todo o curso.

Ao estimado professor Francisco de Araújo Macedo Filho e ao colega, hoje mestrando desta Casa, Lucas de Brandão e Mattos, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

Mesmo em política, não se calcam impunemente as leis da moralidade.

Rui Barbosa

RESUMO

A dimensão do presente trabalho limita-se à apreciação da tese que reduz o ato de improbidade administrativa praticado por agente político a um crime de responsabilidade, de modo a concentrar no Supremo Tribunal Federal a competência para seu julgamento. Para tanto, parte-se da natureza jurídica dos atos de improbidade e dos crimes de responsabilidade aliada à análise das distintas esferas de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro com o fito de verificar se há ou não compatibilidade entre os dois regimes de responsabilização. A pesquisa envolveu um estudo de caráter bibliográfico, em que se analisou com profundidade a literatura científica sobre o tema, incluídos livros e artigos de periódicos, bem como a investigação sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores em torno do tema, com destaque às Ações Constitucionais (ADI nº 2.797 e Rcl. nº 2.138) que delinearam a vertente jurisprudencial sobre a matéria. Verificou-se que, a prosperar o entendimento de que a Lei de Improbidade não é aplicável a agentes políticos, reduz-se irrazoavelmente a sua eficácia social, conferindo um tratamento anti-isonômico à matéria. Ante o exposto, propõe-se novel entendimento sobre a matéria, com o fito precípuo de conferir-lhe razoabilidade e que a sua aplicação tenha contornos bem delineados, consagrando sua eficácia social.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Crimes de responsabilidade. Independência de instâncias. Agentes políticos. Isonomia.

ABSTRACT

This work is limited to the examination of the thesis that reduces the administrative act of misconduct committed by the political agent in a crime of responsibility, in order to focus the power to his trial in the Supreme Court. To this end, it is started by the legal nature of the acts of misconduct and crimes of responsibility coupled with analysis of the different spheres of responsibility in the Brazilian legal system with the aim of verifying whether there is compatibility between the two liability regimes. The research involved a literature character study, which examined in depth the scientific literature on the subject, including books and journal articles, as well as research on the jurisprudence of the Superior Courts around the theme, with emphasis on constitutional actions (ADI No 2.797 and Rcl. No 2.138) that outlined the jurisprudential aspect of the matter. It was found that to prosper the understanding that the Law of misconduct does not apply to politicians unreasonably, its social efficacy is reduced, giving an anti-isonomic treatment to the matter. Based on the foregoing, it is proposed in this work a novel understanding of the matter, with the major aim of giving it reasonableness and well-defined contours to its application, consecrating its social effectiveness.

Keywords: Administrative misconduct. Crimes of Responsibility. Independence of instances. Political agents. Equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A LEI N° 8.429/92: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	12
2.1 Fundamento constitucional	13
2.2 A natureza jurídica do ato de improbidade administrativa	15
<i>2.2.1 O julgamento da ADI n° 2.797 e a questão do foro por prerrogativa de função</i>	20
2.3 As sanções cominadas na Lei n° 8.429/92: sanções civis e políticas	25
3 OS REGIMES DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.1 Responsabilidade política: quebra de decoro parlamentar e crimes de responsabilidade	32
<i>3.1.1 Quebra de Decoro Parlamentar:</i>	32
<i>3.1.2 Crimes de Responsabilidade:</i>	34
3.2 A relação entre atos de improbidade e crimes de responsabilidade:	36
4 O AGENTE POLÍTICO COMO SUJEITO PASSIVO NA AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	40
4.1 A Reclamação n° 2138/DF	43
<i>4.2.2 Efeitos inter partes da Reclamação e a teoria da força normativa dos precedentes judiciais</i>	45
4.2 Aplicabilidade da Lei n° 8.429/92 aos agentes políticos	47
4.3 Dupla punição de natureza política	47
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Os atos de gestão emanados de agentes de Poder Público sempre estiveram na pauta de inquietações da sociedade, que busca, na defesa de seu interesse, armar-se de procedimentos no intuito de evitar que sofra prejuízos em seu patrimônio comum, evitando que aqueles, agindo ou se omitindo, promovam desvio de conduta ética ou apresentem enriquecimento sem causa.

Nessa cruzada em prol da moralização na administração pública, impende realçar um instrumento posto à disposição dos aplicadores do direito, a Lei n. 8.429, de 03 de junho de 1992, também conhecida como Lei Geral de Improbidade Administrativa, sendo patente, assim, a relevância do tema no que tange à sua aplicabilidade.

O presente trabalho destina-se a analisar um dos obstáculos de índole hermenêutica em torno à Lei Federal 8.429/92: a sua aplicação aos agentes políticos, tendo em vista o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Rcl. n. 2.138/DF, na qual assentou que agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade não são alcançados pela Lei de Improbidade Administrativa.

No primeiro capítulo, foram pinceladas noções elementares do diploma normativo em apreço, partindo-se de uma conceituação da improbidade, com destaque ao seu fundamento constitucional e à tipologia dos atos de improbidade.

A seguir, destacam-se as espécies de sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, centrando-se as atenções na discussão atinente à natureza jurídica de que se revestem tais sanções.

No segundo capítulo, foram analisados os diferentes regimes de responsabilidade previstos no ordenamento pátrio, com destaque à responsabilidade política decorrente da prática de atos que importem em quebra de decoro parlamentar e de crimes de responsabilidade, traçando-se um resumo dos diplomas normativos que regulam dita esfera de responsabilização, notadamente a Lei nº 1.079/1950.

No terceiro e último capítulo, destaca-se a tese vitoriosa no julgamento da Reclamação Constitucional nº 2138/DF, na qual o STF tendeu à exclusão dos agentes políticos do âmbito de incidência da lei, expondo os argumentos doutrinários favoráveis e contrários ao preceptivo.

Intenciona-se, ao final, verificar se há ou não compatibilidade entre os dois regimes de responsabilização previstos na Lei n. 8.429/92 e na Lei n. 1.079/50, ante a alegada ofensa ao princípio do *non bis in idem* em virtude de uma dupla punição de natureza política, concluindo-se pela aplicabilidade em parte da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, por não se coadunarem com o ordenamento jurídico pátrio qualquer solução hermenêutica que permita ficar o agente político alheio às sanções civis da Lei de Improbidade.

2 A LEI N° 8.429/92: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Com o advento da Constituição de 1988, a moralidade administrativa obteve *status* de princípio jurídico expresso, tornando juridicamente exigível a atuação ética dos agentes da Administração Pública e figurando como verdadeira condição de validade para a prática de todo ato administrativo.

Os poderes públicos devem, pois, observância ao princípio da moralidade, o qual, embora represente um conceito aberto, é necessariamente normativo, incorpora um dever-ser, traduzindo a ideia de probidade, boa-fé objetiva, honestidade, lealdade, enfim, de ética nas instituições públicas.

O princípio em comento não apenas explicita valores, mas, indiretamente, estabelece espécies precisas de comportamentos. A Constituição de 1988 voltou-se para o campo pedagógico ao inserir, relativamente à Administração Pública, a obrigatoria observância do princípio da moralidade, em atenção à realidade social, tantas e tantas vezes eivada de distorções.

Os ensinamentos de Humberto Ávila (2010, p. 94) são precisos acerca da normatividade e aplicação do Princípio da Moralidade:

A Constituição Federal, longe de conceder uma palavra isolada à moralidade, atribui-lhe grande importância em vários dos seus dispositivos. A sumária sistematização do significado preliminar desses dispositivos demonstra que a Constituição Federal preocupou-se com padrões de conduta de vários modos: estabelecendo valores fundamentais, como dignidade, trabalho, livre iniciativa, justiça, igualdade, liberdade, propriedade, segurança e estabilidade das relações.

A instituição desses valores implica não só o dever de que eles sejam considerados no exercício da atividade administrativa, como, também, a proibição de que sejam restringidos sem plausível justificação; criando requisitos para o ingresso na função pública, mediante a exigência de concurso público, a vedação de acumulação de cargos, proibição de autopromoção, a necessidade de demonstração de idoneidade moral ou reputação ilibada para ocupar certos cargos, a exigência de idoneidade moral para requerer a naturalidade brasileira e a proibição de reeleição por violação à moralidade. A consagração dessas condições para o ingresso na função pública.

A refutar a tese da não normatividade do princípio, destaca-se, ainda, o § 4º do art. 37 da Constituição da República, comando sancionatório à inobservância do dever de moralidade, aludido no *caput* daquele artigo, *in verbis*:

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

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.

No intuito de regulamentar o § 4º do art. 37, foi promulgada a Lei n. 8.429/92, a Lei Geral de Improbidade Administrativa, concebida como resposta eficiente às reiteradas práticas tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante e de eventuais beneficiários não pertencentes aos quadros do funcionalismo público.

A efetividade do combate à improbidade entrelaça-se à perspectiva de que as sanções cominadas na Lei n. 8.429/92 serão efetivamente aplicadas a todo a qualquer agente público que se revelar ímprobo.

Nos dizeres de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2010, p. 226):

[...] teve o Constituinte originário o mérito de prever a necessidade de criação de um microssistema de combate à improbidade. Digna de encômios, igualmente, foi a iniciativa do legislador infraconstitucional de dispensar uma interpretação prospectiva à Constituição de 1988 e, conseqüentemente, romper com a acanhada e vetusta normatização então existente. Com isto, prestigiou o patrimônio público e o caráter normativo dos princípios, instituindo sanções para os agentes que, não obstante tenham assumido o dever de preservá-los, os vilipendiaram.

A Lei de Improbidade Administrativa, doravante LIA, ostenta, pois, um objeto extenso, com inegável amplitude de alcance. Ainda, em respeito à vontade da Constituinte, tratou a matéria como estranha ao Direito Penal, sem, no entanto, esclarecer a natureza jurídica de seus tipos sancionadores.

Diante disso, em que pese o transcorrer de quase vinte anos da edição da Lei, inúmeros questionamentos ainda são apresentados aos operadores do direito no que concerne ao seu alcance, dos quais se destaca o tema da sujeição dos agentes políticos às sanções nela previstas.

2.1 Fundamento constitucional

A vigente Constituição da República emprega, em quatro disposições, explicitamente, o termo “probidade”, ou, na forma negativa, “improbidade”, tal como se observa:

Art.14.

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **proibidade administrativa**, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

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

Art.37.

[...]

§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.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V – **a proibidade na administração**¹.

No que tange à conceituação das expressões destacadas, José Afonso da Silva (2007, p. 648) informa ser a improbidade administrativa uma imoralidade administrativa qualificada, conceituando-a como “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”, por isso “é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo”.

Uma interpretação sistemática do texto constitucional, principalmente em relação às normas acima transcritas, permite afirmar que a proibidade é valor jurídico cuja tutela, em qualquer âmbito, seja civil, penal ou administrativo, é constitucionalmente imposta. As condutas atentatórias a esse valor jurídico hão, pois, de serem reprimidas.

¹ Grifos nossos.

Uma interpretação da lei infraconstitucional, no caso a Lei n. 8.429/92, dissociada da exegese da norma constitucional que lhe deu origem, pode levar a conclusões não autorizadas pela Lei Maior, ou, até mesmo, permitir possíveis dubiedades sobre a sua aplicabilidade que, em verdade, inexistem.

Por isso, impõe-se, nesse momento, perquirir acerca da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa e das sanções cominadas à prática de tais atos, como primeiro passo imprescindível à compreensão do tema deste trabalho.

2.2 A natureza jurídica do ato de improbidade administrativa

Tanto a Constituição Federal como a Lei Geral de Improbidade Administrativa quedaram-se inertes no que tange à conceituação do ato de improbidade. Assim, tomada em consideração a amplitude da proteção conferida aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, bem como a diversidade de situações que seus textos enquadram neste conceito, importa precaver-se para não o restringir em demasia.

O legislador pátrio optou por estabelecer um rol não exaustivo das condutas que caracterizarão atos de improbidade administrativa, dividindo-os em três grupos: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Para entender a natureza dos referidos atos de improbidade administrativa, entendemos necessário trazer à colação os artigos mencionados, notadamente para se verificar a técnica utilizada pelo legislador para a tipificação dos atos, um dos pontos determinantes para se interpretar corretamente a lei.

Assim, como destacado, os atos de improbidade administrativa estão divididos da seguinte forma na Lei nº 8.429/1992:

a) Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito:

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 artigo 1º desta Lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer

outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta 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;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei.

b) Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do

patrimônio de qualquer das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

c) Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta 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;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Uma leitura rápida das condutas exemplificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 permite aferir que a prática de atos de improbidade administrativa desemboca, em maior ou menor grau, na violação de princípios, os quais, diferentemente das regras jurídicas, conforme lição de Larenz, citado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2010, p. 295) ostentam conceitos jurídicos indeterminados.

Observa-se, por conseguinte, que o legislador optou por se valer, na tipificação dos atos de improbidade administrativa, igualmente da técnica do conceito jurídico indeterminado, dada a abrangência característica dos preceptivos, que informam tipos abertos.

Nesse sentido, segue esclarecedora lição de Emerson Garcia:

Concebido o princípio jurídico da legalidade como pedra angular de nosso sistema jurídico, o que torna indispensável a compatibilização do fato com a norma para que seja possível a consecução dos efeitos jurídicos almejados, tornou-se necessário o estabelecimento de mecanismos que conferissem maior mobilidade ao ordenamento jurídico, o que, longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permitiria a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes a determinado grupamento no momento de sua aplicação.

Sendo patente a impossibilidade de simultânea produção legislativa, foram estabelecidas estruturas que pudessem acompanhar tais mutações, o que foi obtido com a utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

[...]

Da leitura dos referidos dispositivos legais, depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem dos arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa, o que deflui do próprio emprego do advérbio ‘notadamente’. (GARCIA; ALVES, 2010, p. 289)

Ora, é cediço que a técnica do conceito jurídico indeterminado é incompatível com a tipificação das infrações penais, em observância ao princípio da reserva legal, consagrado no art. 5º, XXXIX², da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, segundo o qual os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito.

Decorre desse princípio, ainda, o princípio da taxatividade, pelo qual as condutas enquadradas como infração penal devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar qualquer dúvida por parte do destinatário da norma.

As condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, ante o emprego do vocábulo “notadamente”, tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal (art. 5º, XXXIX, da CR/88), segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa previsão da conduta criminosa

Tal esmero do legislador justifica-se pela excepcionalidade da aplicação do

² Art. 5º, XXXIX, da CF/88: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

direito penal, *ultima ratio* que é, só cabível quando os demais ramos do Direito não se prestam a solucionar o conflito, restando a drástica consequência da sanção penal ao infrator.

Sendo conveniente a sanção civil para um ato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, razão alguma poderá ser invocada para a utilização da reação penal, eis que esta representa o último recurso para extirpar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do estado.

Assim, conquanto algumas das condutas consideradas como atos de improbidade administrativa tenham correspondência com tipos penais, como crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (arts. 312 a 326 do CP), de responsabilidade dos prefeitos (art. 1º do Decreto-lei 201/67), etc., os atos de improbidade administrativa não são considerados ilícitos criminais, tendo inquestionável natureza civil, como se detalhará a seguir.

A Constituição foi enfática ao aclarar que as ações de improbidade versam sanções de natureza extrapenal, porque se dão “sem prejuízo da ação penal cabível”³.

Pela simples leitura do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, observa-se uma clara distinção entre as sanções de índole civil e político-administrativa dos atos de improbidade administrativa de um lado, e aquelas de natureza penal, de outro, sendo inequívoca a conclusão de que o legislador constituinte claramente diferenciou as infrações.

Nesse sentido, segue lição de Alexandre de Moraes (2003, p. 2.648) que, ao comentar o dispositivo, faz a seguinte observação:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula ‘sem prejuízo da ação penal cabível’. (...) Portanto, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429/92, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação especial.

De igual forma, Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues (2001, p. 177), que asseveram:

[...] graças à clareza do texto constitucional e sua supremacia em relação à lei

³ Vide parte final do art. 37, §4º, da CF/88.

específica, restou bem nítida a posição da Carta Magna ao isolar as sanções tão comentadas daquelas que seriam objeto de uma ação penal típica. Assim sendo, dúvida não pode haver de que se trata, todas elas, de sanções não-penais, e que devem ser julgadas e apreciadas pelo juízo cível.

A afastar a natureza penal dos atos de improbidade administrativa destaca-se, ainda, o disposto no art. 8º da Lei nº 8.429/92, o qual prevê a possibilidade de algumas das sanções por atos de improbidade administrativa alcançarem os herdeiros do autor do fato⁴.

Torna-se patente, assim, a conclusão pela natureza não penal de tais atos, pois, do contrário, estar-se-ia violando o princípio da intranscendência capitulado no art. 5º, XLV, da CF/88, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Inexiste qualquer dúvida, portanto, de que as condutas consideradas como atos de improbidade administrativa não ostentam natureza penal, figurando como ilícitos de natureza civil.

2.2.1 O julgamento da ADI nº 2.797 e a questão do foro por prerrogativa de função

O tema da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa deteve pioneira abordagem pela Suprema Corte, em sede de controle concentrado e, pois, com eficácia *erga omnes*, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, a qual contestava a compatibilidade da Lei n. 10.628/02 com a CF/88.

A Lei n. 10.628, curiosamente sancionada aos 24 de dezembro de 2002, alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, estendendo a competência por prerrogativa de função, prevista na Constituição para determinadas autoridades unicamente nos feitos criminais, para as ações que versem sobre atos de improbidade administrativa.

Comentando a inovação legislativa, assevera Rogério Pacheco Alves:

[...] muito embora mascarada de roupagem processual, buscou a Lei n. 10.628 afrontar a clássica distinção, agasalhada pelo art. 37, § 4º, da CF, entre infrações penais, civis e administrativas, conferindo o mesmo tratamento processual a hipóteses que o próprio texto constitucional desejou distinguir radicalmente, o que traz aos debates a questão da natureza das sanções e da própria ação de improbidade. [...] a equiparação entre atos de improbidade e crimes, mesmo que pelo viés processual, representa um indisfarçável inconformismo com as claras diretrizes fixadas no art. 37, § 4º, ou seja, um desejo de subvertê-lo pela porta dos fundos. (GARCIA; ALVES, 2010, p. 849)

O julgamento da citada Ação Direta trouxe a lume, portanto, intrigante indagação

⁴ Art. 8º. O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.

acerca da possibilidade de extensão desse foro especial às investigações por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92.

Analisando a questão, o eminente Professor Fábio Konder Comparato (2002, p. 127/128) questiona: “Estariamos agora diante de uma total liberdade para se criarem prerrogativas de foro em razão de pessoas, ou de cargos e funções públicas?”. Respondendo em seguida:

É óbvio que não. Se existe decorrência mais direta e imediata do princípio da igualdade de todos perante a lei, ela se encontra, sem sombra de dúvida, na proibição de se estabelecerem foros privilegiados ou juízos ad hoc. Neste sentido, é à luz do princípio da isonomia que deve ser interpretada a disposição constante do art. 5º - LIII da Constituição de 1988: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; vale dizer, pela autoridade cuja competência tenha sido determinada de acordo com o sistema constitucional.

[...] Ora, no regime constitucional brasileiro em vigor, seguindo a linha diretriz de todas as nossas Constituições republicanas, mas diversamente do que dispunha a Carta Imperial, o sistema é de reserva exclusivamente constitucional para a criação de privilégios de foro. [...] Quanto ao Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo povo, ele exorbitaria claramente de suas funções, se, sob pretexto de interpretar a Constituição e as leis, decidisse criar *sponte própria* direito novo. Não é mister grande esforço de raciocínio para perceber que, se o Poder Judiciário se arrogasse competência para dizer como e por intermédio de que órgão iria decidir um litígio sobre a aplicação da Constituição e das leis, os jurisdicionados já não estariam submetidos a elas, mas sim aos próprios tribunais. Por conseguinte, nesse aleijão de democracia, todo poder emanaria não do povo, mas dos juízes que o povo não escolheu.

[...] É preciso salientar, ademais, que a vedação de prerrogativa de foro costuma, com muito boa razão, vir expressa juntamente com a proibição de se criarem tribunais de exceção. E a razão é intuitiva. A livre instituição de privilégios jurisdicionais, se levada às suas últimas e naturais consequências, acabaria por revogar todo o ordenamento da competência judiciária e, por eliminar, em consequência, juntamente com a submissão de todos, sem discriminações, aos mesmos juízes e tribunais, a regra de que os órgãos do Poder Judiciário devem ser, pela sua própria natureza, permanente e não circunstanciais.

Diante dessas precisas explicações, impõe-se a conclusão de que, se a Constituição da República não previu expressamente o foro privilegiado para o processo e julgamento de ações civis de improbidade administrativa, não se revela possível a criação de exceções à regra por simples via hermenêutica.

A discussão sobre a prerrogativa de foro, estabelecendo o deslocamento processual do litígio para um órgão colegiado em detrimento da atuação dos Juízes monocráticos, imprime, em verdade, “morosidade inaceitável ao ritmo das ações punitivas, seja pelas controvérsias que suscitam, seja porque reconduzem os casos ao crivo de instâncias assoberbadas e congestionadas, além de expostas mais sensivelmente às influências do poder

político” (OSÓRIO, 2004, p. 181).

Destaca-se, nesse ponto, crítica tecida por Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 122):

Embora já declarada inconstitucional, a Lei n. 10.628/02 deve ser lembrada como mais uma atitude própria da cultura de privilégios que infelizmente tem sido frequentemente em nosso país, pois os administradores e parlamentares não se conformam em ser processados e julgados, mesmo na área cível e ainda que depois de terem deixado os cargos, perante os mesmo juízes que julgam os demais brasileiros.

Segue a ementa do julgado:

I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta.

2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público.

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei

Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84/C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, **pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.**

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.⁵

Com efeito, a despeito de acirradas controvérsias sobre o tema, a jurisprudência predominante no âmbito dos Tribunais Superiores, perfilhando entendimento exarado pelo STF na ADI n. 2.797, posiciona-se pela competência do juiz de primeiro grau para o processo

⁵ ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12 2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250 (grifos nossos).

e julgamento de ação de improbidade administrativa, ainda que no polo passivo da ação figure autoridade que detenha foro por prerrogativa de função, tendo em vista que as hipóteses de foro especial previstas na Constituição Federal são taxativas.

Em se tratando de exceção ao princípio constitucional da isonomia, somente a própria Constituição da República pode estabelecer os casos de foro privilegiado perante os Tribunais Superiores. Se mesmo ao poder constituinte derivado decorrente, responsável pela elaboração das Constituições Estaduais, é vedado albergar autoridades locais sobre as quais a CF/88 não tratou, o que se diga quanto ao Poder Judiciário, que não pode, no intuito de interpretar a norma constitucional, fulminar o princípio republicano da isonomia quando da sua aplicação.

Ante a premissa da igualdade de todos perante a lei, a interpretação da Constituição para definição de regras de competência há de ser restritiva, não comportando, a utilização de métodos hermenêuticos ampliativos, como a analogia e a extensão, sob pena de ferir a igualdade e criar privilégios discriminatórios, pela via judicial, normalmente para beneficiar pessoas e não funções em virtude de atos não tipificados como delitos passíveis de tratamento específico e foro especial.

Daí ser imprescindível ter-se em mente a natureza integralmente civil da ação de improbidade. Não sendo crime o ato de improbidade praticado por agente detentor de privilégio de foro, sua conduta tida como ímproba deve ser apreciada à luz da normativa processual civil vigente.

Sobre o tema, Fábio Konder Comparato (2002, p. 124/125) ensina que:

Em suma, a criação de foros privilegiados, em razão da função ou cargo público exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio da reserva, de natureza constitucional ou legal. Em nenhum país do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda – o que seria inominável abuso –, ninguém jamais admitiu a contitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava.

Ora, no regime constitucional brasileiro em vigor, seguindo a linha diretriz de todas as nossas Constituições republicanas, mas diversamente do que dispunha a Carta Imperial, o sistema é de reserva exclusivamente constitucional para a criação de privilégios de foro. [...] Quanto ao Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo povo, ele exorbita claramente de suas funções se, sob o pretexto de interpretar a Constituição e as leis, decidiu criar *sponte propria* direito novo.

Não é mister grande esforço de raciocínio para perceber que, se o Poder Judiciário

se arrogasse competência para dizer como e por intermédio de que órgão iria decidir um litígio sobre a aplicação da Constituição e das leis, os jurisdicionados já não estariam submetidos a elas, mas sim aos próprios tribunais. Por conseguinte, nesse aleijão de democracia, todo poder emanaria não do povo, mas dos juízes que o povo não escolheu.

Permitir, portanto, que os agentes políticos fiquem sujeitos a julgamento, nas ações de improbidade administrativa, pelos Tribunais Superiores, é subverter a ordem constitucional, subtraindo o juiz natural. É criar, em verdade, um tribunal de exceção.

Diante da impossibilidade de extensão da competência judicial constitucionalmente fixada e delimitada, resta cristalina a atribuição do Ministério Público e do Juízo de 1º grau, para proceder, respectivamente, às investigações necessárias e ao processamento da ação judicial eventualmente cabível na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa.

Ante o exposto, tomada como premissa a natureza civil da ação de improbidade, que visa justamente sancionar a prática de ilícito civil, a competência do juízo singular para processar e julgar as ações civis por improbidade administrativa revela-se irretorquível.

2.3 As sanções cominadas na Lei nº 8.429/92: sanções civis e políticas

Toda norma de conduta, para que obtenha a eficácia desejada no seio social, há de apresentar um componente indispensável: uma sanção para a sua inobservância, a qual terá aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma.

A sanção ou reprimenda apresenta-se como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido este não como mero ideal abstrato, mas como fator indissociável da harmonia social, sendo correlato à própria coexistência humana.

Nessa perspectiva, observa-se que inexisteria qualquer distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil ou administrativa, pois, em essência, todas visam prevenir ou repreender a violação a um padrão de conduta esperado, necessário à manutenção da harmonia e coexistência sociais.

Sob o aspecto axiológico ou valorativo, todavia, as sanções apresentarão fartas diferenças conforme a natureza da matéria violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, conseqüentemente, também quanto à forma, aos critérios, às garantias e aos

responsáveis pela aplicação. O tema possui, portanto, importante relevo para a fixação do rito procedimental a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a causa.

No âmbito da improbidade administrativa, na forma como foi disciplinada nos arts. 16 a 20 da Lei n. 8.429/92, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção administrativa⁶.

Assim, as sanções previstas no art. 12 da LIA (ressarcimento do dano, perda de bens ou valores de origem ilícita, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público), passíveis que são de aplicação por órgão jurisdicional, não são sanções administrativas, restando analisar se possuem natureza penal, civil ou política.

A melhor doutrina inclina-se pelo aparte entre as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública das demais, tudo com base na incontestável natureza civil das reprimendas consistentes no ressarcimento do dano, na perda de bens ou valores de origem ilícita, na imposição de multa civil e na proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público por determinado período de tempo.

A dúvida se instala, portanto, quanto às reprimendas de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos.

Importante segmento da doutrina, a exemplo de Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 21), sustenta que tais sanções seriam reprimendas eminentemente penais. Ocorre que o próprio art. 92, I, do Código Penal informa ser a perda do cargo mero efeito secundário da condenação, isto é, efeito não automático, que precisa ser explicitado na sentença condenatória, diferentemente do que ocorre com as penas e medidas de segurança, estas sim, efetivas sanções penais.

Invoca-se, mais uma vez, o art. 37, § 4º, da CF/88, o qual estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que as mesmas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”; regulamentando este

⁶ Note-se que as sanções previstas no art. 12 podem ter previsão expressa no estatuto dos servidores públicos, sendo passíveis de aplicação em processo administrativo-disciplinar; isto com exceção da suspensão dos direitos políticos (art. 15 da CR/88), pois, tratando-se de direito fundamental, sua restrição por órgão que não desempenhe atividade jurisdicional dependeria de previsão específica, o que não ocorre (Vide SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, RT, 7ª ed., 1991, p. 333).

dispositivo, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal. A LIA não prevê, portanto, sanções penais.

Essas sanções assumem, em verdade, feições político-administrativas, o que lhes denota caracteres de punição política, consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros nos autos da Reclamação n. 591, a qual discutia a existência de foro por prerrogativa de função para membro do Tribunal Regional do Trabalho em ação de improbidade:

[...] a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil.⁷

Até mesmo como forma de evitar que a ação de improbidade seja utilizada como instrumento de perseguição política, desembocando em excessos, numa indesejada judicialização da política ou politização do Judiciário, impõe-se o reconhecimento da natureza política da sanção de suspensão dos direitos políticos, a qual restringe integralmente, durante certo lapso, a cidadania do agente ímprobo.

A possibilidade de afastamento de detentores de cargos eletivos, possível até mesmo mediante o deferimento de medida cautelar⁸, fundada em mera cognição sumária, seria causa, ainda, de uma atuação política tateante e temerosa.

Não foi por outra razão que a Constituição da República previu forma própria de destituição para certas autoridades, mediante admissibilidade e condução do julgamento pelo legislativo. Nesse sentido, observa José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 1033) que “a sanção de perda da função pública não é irrestrita; ao contrário, exige adequação ao regime jurídico-político ao qual estão sujeitos certos agentes públicos”.

Os efeitos condenatórios da decisão prolatada nos autos de uma ação de improbidade saltam, portanto, a esfera civil dos agentes reputados ímprobos, tomando ares indiscutivelmente políticos.

7 Rcl. n. 591/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/12/1999, DJ 15/05/2000, p. 112

8 Art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92: a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

3 OS REGIMES DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O termo “responsabilidade” origina-se do latim “respondere”, que encerra a ideia de reparação, segurança, garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado.

A noção de responsabilidade, longe de coadunar-se termo restrito à ciência jurídica, sobreleva-se como aspecto essencial à convivência em sociedade, oriunda que é da própria natureza social do homem, vez que a harmonia social restaria inviabilizada caso os indivíduos não respondessem pela prática de atos que lesam os demais.

Nesse sentido, leciona o insigne doutrinador José Cretella Júnior, citado por Mônica Nicida Garcia (2004, p. 60), que “toda manifestação de vontade traz em si o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica”.

É possível, ainda, que um só comportamento humano resulte numa lesão a bens jurídicos diversos, tutelados por normas oriundas de diversos ramos do direito e com sanções próprias, de naturezas distintas.

Quando um só comportamento gera consequências que se irradiam sobre bens jurídicos protegidos por diplomas de distinto quilate, o autor da conduta ficará sujeito a cada um dos âmbitos de responsabilidade infringidos, uma vez que estes são, de regra, independentes, passíveis de invocação simultânea, sem que um necessariamente exclua o outro.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da existência de diversas formas ou esferas de responsabilidade, quais sejam: responsabilidade administrativa, penal, política e civil.

Importa trazer, primordialmente, uma diagnose diferencial entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Parte da doutrina civilista tenta distinguir essas espécies de responsabilidade jurídica com base na natureza do comportamento humano, do ilícito. A adoção desse critério, todavia, importa ficar às voltas num labirinto, quando se observa que um mesmo comportamento humano pode deflagrar mais de um tipo de responsabilidade jurídica.

A diferença não está, portanto, na natureza essencial, ontológica, do comportamento realizado, na natureza do comportamento ilícito, uma vez que o mesmo

comportamento pode deflagrar mais de um tipo de responsabilidade. O traço distintivo, em verdade, remonta no fato de que na responsabilidade penal, além da exigência da tipicidade, a resposta sancionatória poderá ser mais severa.

Responsabilidade civil e responsabilidade penal são, portanto, espécies de responsabilidade jurídica, com as seguintes marcas distintivas: a exigência de tipicidade e a carga repressiva da resposta penal.

A tipicidade é uma característica própria da responsabilidade penal, vez que é um dos requisitos genéricos do crime, enquanto que, para ser responsabilizado civilmente não há, para todo e qualquer comportamento, um tipo civil prévio, até mesmo porque tal se revelaria de todo impossível à atividade legiferante, inábil ao acompanhamento da evolução do comportamento humano. No cível, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem.

Ainda, a carga de resposta penal é muito mais severa. Quando o legislador verifica que interesses fundamentais, à luz do Princípio da Fragmentariedade, foram atingidos, o direito penal é chamado para emitir a resposta mais severa. As causas cíveis, por sua vez, seguem o brocardo *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*⁹.

A responsabilidade civil, espécie de responsabilidade jurídica, deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano a consequente obrigação de indenizar. Vigora, no âmbito da responsabilidade civil, o princípio do *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, sob pena de reparação integral à vítima.

Há, pois, um sistema jurídico normativo prévio que é violado por um comportamento danoso. E, por conta dessa violação, impõe-se ao infrator o dever de indenizar. Versando acerca das funções da responsabilidade civil, assim preleciona Maria Helena Diniz (2008, p. 25):

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que 'todo o direito assenta na ideia de ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada.

⁹ No cível, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Observa-se, portanto, que a responsabilidade civil não tem uma índole punitiva, mas sim de mera equiparação, na medida em que recompõe o patrimônio de alguém que foi lesado. O intento aqui é, pois, meramente reparatório, tentando retroagir no tempo de forma a recuperar o *status quo* anterior à ocorrência do dano.

A responsabilidade administrativa, por sua vez, significa a violação à ordem interna dos serviços, prejudicando o bom funcionamento da máquina administrativa e, ato contínuo, refletindo na esfera jurídica dos administrados, que não terão um serviço público prestado a contento.

Ela se faz presente a partir da inobservância, pelo agente público, de regras internas à Administração Pública, mediante a prática de um ilícito administrativo, em violação ao estatuto funcional.

A partir da incidência da responsabilização administrativa, ocorrerá a sujeição do agente público infrator ao poder sancionatório disciplinar do Estado, personificado na pessoa do agente público hierarquicamente superior e indicado na lei, competente para aplicar a sanção prevista no estatuto funcional.

A responsabilidade administrativa disciplinar, decorrência natural do princípio administrativo da hierarquia, não detém, no entanto, aplicação quanto aos agentes políticos, ante a natureza de suas atribuições, que não se coaduna com a existência de subordinação hierárquica.

De fato, eventual subordinação hierárquica desses titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ocupantes dos mais altos postos, que integram o arcabouço constitucional pátrio e cuja investidura advém diretamente da Constituição e das leis, desembocaria numa condução temerosa das políticas públicas, ante a possibilidade de sofrer represálias funcionais.

Destaca-se, portanto, nessa categoria de agentes a ausência de subordinação hierárquica quanto ao desempenho de suas funções, o que lhes retira a responsabilidade administrativa, via processo administrativo disciplinar, pelas suas eventuais conclusões e atos, estando suas decisões livres de parâmetros técnicos, comumente exigidos dos demais servidores públicos.

Assim, o agente político, tal qual o Presidente da República ou um de seus

Ministros de Estado, não podem responder a um Processo Administrativo Disciplinar que busque apurar suas faltas funcionais e possa culminar na sua demissão do serviço público.

Diante dessa ausência de responsabilização administrativa disciplinar, o ordenamento pátrio previu uma esfera de responsabilidade política a tais agentes, cuja marca característica é o fato de o processo e julgamento do feito ocorrer em uma instituição política, de regra o parlamento, e o processo em si ter uma feição nitidamente política, marcada por um juízo notadamente discricionário, sem a necessidade de observação de rígidas formalidades, como ocorre no processo judicial. Acrescente-se, por fim, a impossibilidade de revisão meritória da decisão, seja pelo próprio parlamento, seja pelo judiciário.

Sobre a responsabilidade política, segue elucidativa definição de Fábio Medina Osório (2007, p. 104 e 105):

A responsabilidade política é aquela que deriva de um julgamento político. (...) Denúncias de corrupção e má gestão da coisa pública, num contexto político, pode produzir a necessidade de demissões ou distintas respostas punitivas, independentemente da cabal comprovação dos fatos tidos como ilícitos. Essa é a típica responsabilidade política, que envolve sumários juízos de valor, calcados, sobretudo, nas aparências e reações da opinião pública, além dos sentimentos e percepções no meio político e institucional.

Os parâmetros da responsabilidade política são extremamente flexíveis, dinâmicos, dúcteis, perpassando aspectos que transcendem a esfera jurídica, para adentrar o campo emocional, subjetivo, político propriamente dito. Os tipos sancionadores se concretizam em cláusulas gerais e conceitos ou termos juridicamente indeterminados com uma enorme frequência e intensidade, isto quando não há, pura e simplesmente, confusão entre as responsabilidades de tipo moral e político, porque é muito comum que pautas de julgamento político sejam exclusivamente morais, embora pautados por uma lógica diferenciada que os torna políticos. As consequências políticas de determinadas censuras morais aproximam os tipos de responsabilidade aqui diferenciados em abstrato.

O mais curioso é que as decisões de natureza política não se apoiam, necessariamente, em critérios sequer aproximados ao campo jurídico. Ao contrário, a regra geral recomenda que se abstraíam os requisitos puramente jurídicos de responsabilização e se busquem elementos distintos, adentrando o terreno social, onde repousam os pilares do poder político.

Assim, alguns agentes políticos, a exemplo do Presidente da República e de seus Ministros de Estado, estão sujeitos a julgamento político pela prática dos chamados crimes de responsabilidade, os quais, embora alcunhados por tal expressão, não são propriamente crimes, isto é, fato típico, ilícito e culpável, mas sim infrações político-administrativas, o que será devidamente analisado em tópico específico.

O que importa enaltecer nesse ponto é que, diferentemente do que ocorre nas sanções penais, as quais possuem nítido viés retributivo, isto é, de castigo, a necessidade maior e imediata nos crimes de responsabilidade é tirar o poder de quem o está utilizando indevidamente, inabilitando-o para o exercício de função pública.

Outros agentes políticos, a exemplo dos membros do Congresso Nacional, caso pratiquem conduta incompatível com o decoro parlamentar, estão passíveis de serem responsabilizados em um julgamento político conduzido pelas respectivas casas às quais pertencem¹⁰.

Registre-se, por fim, que as duas sanções possíveis de serem aplicadas nesse julgamento político são tão somente a inabilitação para o exercício de função pública, por determinado período de tempo, e a perda do cargo ocupado, tal como será detalhado a seguir.

3.1 Responsabilidade política: quebra de decoro parlamentar e crimes de responsabilidade

3.1.1 Quebra de Decoro Parlamentar:

A Constituição da República, em seu art. 55, inciso II, apresenta o decoro como condição à atuação parlamentar, consubstanciando verdadeiro instrumento coerente e necessário para se coibir abusos no Parlamento, vez que os atos incompatíveis sujeitarão o autor à perda do mandato.

Segundo Miguel Reale (1969, p. 83), decoro parlamentar é o “modo do comportamento do agente público em função de suas atribuições em relação ao Estado e à

¹⁰ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

sociedade, sempre com responsabilidade quanto às funções exercidas”. Decoro significa, para o autor, conveniência pessoal com o outro, devendo o indivíduo pautar seu agir com honestidade, respeito e dignidade, de acordo com o status e circunstância em que se encontra.

A exigência de decoro parlamentar se fez presente na Constituição Federal e foi reiterada nos regimentos internos de cada Casa Legislativa, que procuram exemplificar as condutas que implicam quebra de decoro, porém sem uma conceituação fechada.

Faltar com o decoro parlamentar é desrespeitar, no entendimento de Reale (1969, p. 83), “a dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente”, sendo indigno à condição de membro do Parlamento e representante da sociedade, já que age sem decência em seu comportamento pessoal. Por ser matéria *interna corporis*, a identificação ou não do ato indecoroso fica sujeita, assim, ao juízo político.

Os casos de perda de mandato por quebra de decoro parlamentar serão decididos definitivamente pelo plenário da Casa Legislativa respectiva, por voto secreto e maioria absoluta, ficando a análise do mérito como atribuição exclusiva do Poder Legislativo.

Assim, não caberá ao Judiciário “transformar-se em juiz de uma causa para a qual o texto constitucional escolheu outro julgador”¹¹. Ao Poder Judiciário não caberá realizar qualquer juízo de mérito da conduta violadora do decoro parlamentar, salvo, como bem aponta Hely Lopes Meirelles (2007, p. 201), “quanto aos aspectos formais e substanciais de procedimentos vinculados aos motivos causadores da cassação, bem como quanto à apreciação acerca da inexistência ou desconformidade dos motivos com as infrações tipificadas na lei”.

Poderá, assim, o Judiciário vir a ser acionado quanto à análise formal ou extrínseca do ato, além de apreciação quanto aos seus aspectos de constitucionalidade e legalidade, tais como: autoria para provocação de processo disciplinar, questões processuais, votação secreta, respeito do quórum de presença e de votação e a verificação da existência de oportunidade que garanta o contraditório e a ampla defesa durante esse processo.

¹¹ REALE, op. cit., p. 84.

3.1.2 Crimes de Responsabilidade:

Os chamados “crimes de responsabilidade” surgiram na Inglaterra entre os séculos XIII e XIV, dentro da ideia de responsabilidade penal de altas autoridades públicas ante o Parlamento¹².

Valendo-se das lições do Professor Damásio de Jesus, a expressão “crime de responsabilidade”, na legislação brasileira, “apresenta um sentido equívoco, tendo em vista que se refere a crimes e a infrações político-administrativas não sancionadas com penas de natureza criminal”¹³.

Segundo o insigne doutrinador, a locução, tomada em sentido estrito, abrangeria fatos que contêm violação dos deveres de cargo ou função, apenados com sanção de natureza criminal, enquanto que, em sentido amplo, abrangeria, além dos tipos criminais propriamente ditos, condutas que negligenciam deveres funcionais, sujeitas a sanções puramente políticas.

Assim, os delitos de responsabilidade propriamente ditos, aqueles considerados em sentido estrito, são aqueles previstos no Código Penal – especificamente no capítulo dos crimes contra a administração pública – e na legislação extravagante¹⁴.

Propõe então o doutrinador, então, a seguinte divisão: haveria crimes de responsabilidade próprios, que constituiriam delitos, e os impróprios, que corresponderiam aos ilícitos político-administrativos.

Interessam-nos no presente estudo os chamados crimes de responsabilidade impróprios, entendidos como um fato violador do dever de cargo ou função e apenado com uma sanção de natureza política, não criminal.

São crimes de responsabilidade impróprios os definidos na Lei n. 1.079 de 1950, a qual prevê os crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de

¹² Veja-se o clássico BROSSARD, 1992, p. 75.

¹³ JESUS, Damásio de. Ação penal sem crime. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2000.

¹⁴ No Código Penal, os delitos de responsabilidade próprios correspondem aos crimes funcionais, cometidos por funcionários públicos no exercício do cargo ou função e descritos nos arts. 312 a 326 e 359-A a 359-H. Abrange, ainda, outros delitos espaçados como a violação de domicílio qualificada (art. 150, § 2.º) e os delitos de falso praticados por funcionário público (arts. 300, 301 etc.). Na legislação especial, os crimes de responsabilidade propriamente ditos estão definidos no Decreto-lei n. 201, de 27.2.1967 (crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores), alterado pelo art. 4.º da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, na Lei n. 4.898, de 9.12.1965 (abuso de autoridade) e em outras normas que cominam penas a funcionários públicos que cometem delitos no exercício da função.

Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários.

A Lei n. 1.079/50 não descreve, portanto, crimes, mas infrações político-administrativas. Nesse sentido, seguem os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos (2009. p. 1029-1030):

Para nós, a modalidade poderia ser rotulada de *infrações constitucionais* ou *político-administrativas*, porque não são figuras de que trata o Direito Penal, e sim o Direito Constitucional.

[...] Mas a natureza e os caracteres desses *delicta in officio* revestem-se de traços peculiares, porquanto não consignam simples faltas administrativas, nem, tampouco, meras infrações disciplinares cometidas por servidores públicos. Equivalem a algo mais pujante, pois envolvem condutas típicas, ilícitas e culpáveis, surgidas no seio da alta burocracia, derivadas da delinquência dos detentores de significativos postos do Estado.

[...] A sanção decorrente desses delitos é *política*, diversamente dos crimes comuns, os quais são sancionados por penas-castigo, que consiste num mal, infligido aos autor do fato, pelo mal que cometeu e para que não o repita.¹⁵

Saliente-se que a Lei n. 10.028, de 19.10.2000, ao modificar a Lei n. 1.079/50, acrescentou uma disposição ao seu art. 41, com a seguinte redação:

Art. 41-A. Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia.

A tradicional expressão cunhada a essas infrações de ordem política parece, portanto, ter confundido o próprio legislador, que instituiu verdadeira “ação penal sem crime”. Ainda, em que pese a utilização do termo “ação penal”, permitiu que qualquer cidadão do povo possa oferecer “denúncia”.

Ante o exposto, a única interpretação consentânea com a Constituição da República, em especial o seu art. 129, I, é no sentido de que descabe falar, aqui, em crimes e em ação penal. Apesar das malfadadas expressões utilizadas na Lei n. 1.079/50, o que há, em verdade, é representação política feita por qualquer do povo, com processo e julgamento perante a Casa Legislativa e sanção, quando houver, puramente política.

¹⁵ Grifos constam do original.

3.2 A relação entre atos de improbidade e crimes de responsabilidade:

Em que pese algumas vozes dissonantes na doutrina, o Supremo assentou o entendimento segundo o qual a CF/88 recepcionou a Lei n. 1.079/50 em sua integralidade, dando margem a questionamentos sobre se a figura dos crimes de responsabilidade, que encontra previsão expressa no art. 85, V, da CF/88, seria idêntica àquela que encontra tipificação em seu art. 37, § 4º.

O processo e julgamento por crimes de responsabilidade, em que pese disciplinados desde a década de 1950, deteve parca aplicação em nosso país. A ínfima utilização da Lei n. 1.079/50, quando tomados em consideração os índices alarmantes de corrupção rotineiramente divulgados na imprensa brasileira, leva à conclusão de que a Lei dos Crimes de Responsabilidade falhou como instrumento de contenção da improbidade.

Se esse diploma normativo estivesse funcionando a contento, com todo o vigor necessário, certamente tornaria desnecessária a discussão acerca do enquadramento dos agentes públicos nas sanções previstas na LIA. Não é, todavia, o que ocorre.

As condenações políticas no Brasil, raríssimas que são, quando confrontadas com os escândalos de desvio de função ou dinheiro público historicamente perpetrados pelos agentes do Estado deixam antever que houve um indecoroso encastelamento da classe política, que não mede esforços na tarefa de ampliar o abismo de diferenças, proteções e regalias para com a população em geral.

Há em nosso país, em verdade, uma classe não só política, mas nobiliárquica, dotada de imunidades outrora meramente essenciais ao exercício da função pública, mas que, após inúmeras e indevidas ampliações, transmudaram-se em privilégios insustentáveis.

Impõe-se, portanto, a reversão desse quadro, fragilizando essas imunidades tão amplas e imprimindo avanços no controle jurisdicional sobre os agentes públicos e na responsabilização não só jurídica, mas social, política e moral desses gestores, incluídos os altos governantes, como meio adequado à reestruturação e efetiva credibilidade nas instituições democráticas.

Como bem salienta Fábio Medina Osório (2007, p. 21), “vivenciamos clima de intensificação dos controles e cobranças. [...] Combater imunidades irrazoáveis, irracionais ou absolutas do Poder é tarefa que integra a cidadania”. Reprimir juridicamente a improbidade

administrativa significa, portanto, uma saída ao estado de inoperância acusatória e altos níveis de impunidade que tanto gera descrédito institucional.

Resta indubitável que os detentores de mandato político devem, sim, observância aos princípios estatuídos no art. 37 da Constituição da República, o que inclui o seu parágrafo quarto. Assim, a exemplo do “caput” do art. 37 da Constituição, o qual se dirige a todos os agentes do Estado, quaisquer que sejam suas funções, o respectivo § 4º também não teria empreendido qualquer distinção entre tais agentes, se políticos ou não.

A reforçar a ideia do controle estrito e preciso sobre os agentes públicos, o qual deve manifestar-se tanto mais eficiente quanto mais abrangente for o nível de poder e, com ele, o nível das possibilidades de abuso da parte do agente, convivem no texto constitucional essas duas modalidades de responsabilização: por ato de improbidade e a político-administrativa.

Dito isto, parece divorciado do Texto Constitucional o entendimento que afasta a incidência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa de algumas autoridades da República, quando, através de atos desviados de sua finalidade estatal e pública típica, atentem contra os princípios, normas e valores caros ao bom funcionamento da Administração Pública.

Os artífices da tese de que os atos de improbidade, em verdade, redundariam em crimes de responsabilidade, somente sujeitando o agente político à responsabilidade política, argumentam que os atos de improbidade encontram correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade.

A fundamentar tal absorção, alegam que a admissibilidade de subsunção à Lei de Improbidade de agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade – isto é, com forma de destituição constitucionalmente prevista e numerosas prerrogativas a assegurar a representatividade popular – significaria ofensa ao princípio do *non bis in idem* ante a cominação de sanções de igual natureza jurídica: punições de ordem política.

De fato, quando dois ou mais diplomas normativos distintos cominam sanções de igual natureza jurídica, não se revela possível que todas essas normas sejam integralmente observadas e todas as suas sanções sejam aplicadas.

Não se sustenta, aqui, que seria defeso atribuir consequências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia. Não se trata de averiguar se incide ou não os diferentes regimes de responsabilidade.

Como afirmado no início desse capítulo, quando uma só conduta infringe diferentes âmbitos de responsabilidade, prevalecerá a regra da independência entre as instâncias. Assim, uma eventual responsabilização judicial pelo cometimento de ato de improbidade independe da potencial responsabilização político-administrativa pelo mesmo ato, uma vez que “não há no texto constitucional qualquer referência que permita concluir pelo cabimento única e exclusivamente desta responsabilidade político-administrativa” (DECOMAIN, 2007, p. 37).

No entanto, em que pese a existência de diversos regimes de responsabilidade passíveis de invocação simultânea, reconhece-se que o ordenamento jurídico inadmite o duplo sancionamento de igual natureza¹⁶.

A figura do *bis in idem* poderá ocorrer, assim, quando normas pertencentes a distintas esferas de responsabilidade cominem sanções de igual natureza, as quais jamais poderão ser sucessivamente impostas.

Ora, se a Lei de Improbidade prevê sanções civis e sanções políticas, tal como explicitado no capítulo inicial deste trabalho; e se a Lei dos Crimes de Responsabilidade prevê igualmente sanções políticas, em havendo identidade de tipologia e subsunção do mesmo fato a ambas as leis, ainda que ambas sejam aplicáveis, apenas uma delas poderá efetivamente resultar numa punição de ordem política.

Ocorre que, ainda que admitido o argumento de que há identidade de sancionamento entre as citadas leis, a consequência disso seria unicamente a eventual impossibilidade de aplicação integral das sanções previstas na LIA.

Explico: uma vez identificada a natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, fazendo-se o necessário aparte entre as sanções puramente civis e aquelas

¹⁶ Essa é situação, por exemplo, de quem é condenado a ressarcir o dano quando condenado por algum crime contra a administração pública, e também é condenado pela prática de ato de improbidade administrativa na qual uma das sanções é também o ressarcimento ao erário. Nesse caso não pode o condenado ser executado duas vezes, ressarcindo duplamente o erário, sob pena de locupletamento ilícito do ente público.

que assumem contornos indiscutivelmente políticos, a dupla punição no que tange às autoridades sujeitas ao regime dos crimes de responsabilidade fica restrita às sanções políticas, não abarcando as demais.

Com isso, tem-se que a impossibilidade de aplicação de algumas das sanções previstas na Lei n. 8.429/92, notadamente as sanções com natureza política, por ofensa ao princípio do *non bis in idem*, não se mostra como justificativa válida para excluir a inteira incidência da norma aos agentes políticos. Não é, portanto, crível o argumento de que a Lei nº 1.079/50 é especial em relação à Lei nº 8.429/92, culminado em absorver a última.

4 O AGENTE POLÍTICO COMO SUJEITO PASSIVO NA AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 2º da Lei Geral de Improbidade deixa antever que a norma é aplicável a agentes públicos em sentido amplo¹⁷, compreendendo não só servidores públicos em sentido estrito, aqueles que mantêm um vínculo estatutário com a Administração, quer se tratem de servidores em estágio probatório, efetivos e mesmo aqueles admitidos em caráter temporário (CF, art. 37, IX), como também dirigentes, servidores ou empregados de fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, empregados e dirigentes de sociedades de economia mista ou empresas públicas, dirigentes de autarquias, etc.

Merecem menção, ainda, os empregados e dirigentes das entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.429/92¹⁸. A exemplificar essa acepção amplíssima de agente público, destaca-se a decisão proferida nos autos do REsp nº 416.329-RS¹⁹, confirmando a possibilidade da aplicação da LIA a dirigente de hospital particular conveniado ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Não importa, portanto, perquirir se se cuida de servidores civis ou militares ou qual o modo de investidura no cargo ou função, os quais consubstanciam dados irrelevantes

¹⁷ Art. 2º: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

¹⁸ Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92: Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

¹⁹ Veja-se a ementa do julgado: ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO "AGENTES PÚBLICOS". HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA. 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art.2º, da Lei n.º 8.429/92: "a Lei Federal n. 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)". 2. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. 3. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento. 4. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato improbo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ. 5. Recursos providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local. (REsp 416.329/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 254).

no que tange à aplicabilidade da LIA.

A abrangência do conceito de agentes públicos para fins de aplicação da Lei Geral encontra pontos controvertidos, todavia, quanto aos agentes políticos, ou seja, aqueles agentes públicos que exercem funções inerentes a um dos Poderes do Estado e que são responsáveis pela condução das diretrizes estatais, exercendo um *munus público*.

Caracterizam-se tais agentes pela singular relação jurídica que os une ao estado, a qual advém diretamente da constituição e das leis, sendo indispensável a qualidade de cidadão, bem como pela liberdade funcional na tomada de decisões aliada à existência de determinadas prerrogativas funcionais, indispensáveis à natureza de suas atribuições.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 246/247), o vínculo desses agentes com o Estado não seria de natureza profissional, mas eminentemente político, uma vez que são:

[...] os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores de vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores. [...] Qualifica-os não a habilitação técnica, mas a condição de cidadãos, pleiteando junto a seus pares a possibilidade de influir na condução dos destinos da sociedade.

A extensão do conceito de agente político encontra, no entanto, certa divergência doutrinária, quando se questiona se essa figura alcança ou não os membros do Poder Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, os quais também detêm funções constitucionalmente previstas. Hely Lopes Meirelles admite a inclusão desses agentes no conceito de agente político, nos seguintes termos:

Agentes Políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em lei especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. [...] Nesta categoria encontram-se os ‘Chefes do 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 atuam

com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público (MEIRELLES, 2007, p. 69).

Ressalta o insigne doutrinador, portanto, a liberdade funcional que lhes é assegurada, deixando-os a salvo de responsabilidade civil por eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. Agentes políticos seriam, assim, as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração que decidem e atuam com independência nos assuntos de sua competência, a exemplo dos juízes nos seus julgamentos, tal como preleciona José de Castro Meira (1995, p. 4):

O prestígio da autoridade dos eminentes mestres que versaram sobre o tema talvez explique a ausência de questionamentos sobre o tema. Vou limitar-me ao posicionamento dos membros do Poder Judiciário. Excluídos da categoria dos agentes políticos e reconhecendo-se a evidência de não se tratar de "particulares em atuação colaboradora com o Poder Público", restaria enquadrá-los como servidores públicos, designação que, segundo Celso Antônio, abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e entidades de sua administração indireta ou fundacional relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

É flagrante que o conceito não se aplica aos membros do Poder Judiciário que têm na independência uma das prerrogativas essenciais ao exercício de suas funções. Órgão de um dos Poderes, o magistrado não pode ser arrolado entre os servidores públicos exatamente por não estar subordinado a qualquer autoridade. Em razão do exposto, pode-se concluir que, se os membros do Poder Judiciário não podem ser arrolados entre os agentes políticos, também não devem ser incluídos entre os servidores públicos e, muito menos, entre os "particulares em colaboração com a Administração". Forçoso, portanto, é concluir que alguma coisa precisa ser revista, na classificação de Agentes Públicos ou no conceito de Agente Político.

Em sentido diverso, segue entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que compreende a função política como “ligada à função de governo, indissociavelmente ligada à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, voltada a determinar os fins da ação do Estado e as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal” (2008, p. 511). E prossegue:

As funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriore*.

Entende a autora que não basta o exercício de atribuições constitucionais para ser considerado agente político quem as exerce. Esse mesmo raciocínio aplicado ao Judiciário se estenderia, ainda, aos membros do Ministério Público e dos Tribunais ou Conselhos de

Contas, por também não participarem das decisões governamentais.

A par dessa divergência doutrinária acerca da extensão do conceito de agentes políticos²⁰, considerando que a adoção de qualquer delas não interferirá nos objetivos deste trabalho, importa, nesse momento, investigar se a necessidade de liberdade funcional desses agentes e a existência de mecanismos de responsabilização político-administrativa também constitucionalmente previstos, consistentes na perda do cargo pela realização de condutas definidas como “crimes de responsabilidade” ou pela prática de ações ou omissões caracterizadoras de ofensa ao decoro parlamentar pode efetivamente subtrair-lhes à Lei Improbidade.

4.1 A Reclamação n° 2138/DF

A discussão sobre a absorção da Lei n. 8.429/92 pela Lei dos Crimes de Responsabilidade, embora já suscitada em alguns trabalhos doutrinários espaçados, só tomou real alento quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Reclamação 2.138/DF, entendeu, por maioria, que os agentes políticos não estariam sujeitos à LIA.

A União Federal propôs a reclamação em referência contra decisão na qual resultou condenado um ex-ministro de Estado nas sanções da Lei n. 8.429/92. O réu na ação de improbidade, então Ministro de Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, foi condenado no primeiro grau, o que restou confirmado em grau de recurso, em virtude de ter utilizado avião da Força Aérea Brasileira para passar férias na ilha de Fernando de Noronha.

Curiosamente, a Advocacia da União ali figurou como defensora direta dos interesses do ex-ministro, o que não deixa de ser uma distorção em si mesma, em se tratando de ação punitiva endereçada pessoalmente contra uma determinada figura, e não contra o ente federativo ou entidade estatal pertencente à União.

O fundamento da Reclamação somente poderia ser, no caso, a preservação da competência do STF, nos termos do art. 102, I, “I”, da CF/88²¹, uma vez que essa ação

²⁰ Para Hely Lopes Meirelles, como explicitado, os membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, por atuarem com independência funcional, também são agentes políticos. Este enquadramento é combatido, dentre outros, por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p. 353), Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 123) e Carvalho Filho (2009, p. 448), os quais restringem o conceito de agentes políticos à concepção de governo e função política, implicando capacidade de fixação de metas, diretrizes e planos governamentais, com o que concordamos.

²¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I -

constitucional tem por escopo garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e o respeito à sua competência, constitucionalmente definida, constituindo verdadeira garantia do direito fundamental ao devido processo legal.

Ocorre que a questão ora em exame não guarda nenhuma pertinência com a competência. Trata-se, em verdade, de discussão a respeito da aplicação do direito material e de conflito de leis, mais precisamente, à negação de vigência, para certas autoridades, do disposto no artigo 2º da Lei nº 8.429/92, não guardando relação direta com a subtração de competência.

O seu argumento central – a competência originária do STF para processar e julgar os agentes políticos pela prática de crimes de responsabilidade, ante a semelhança dessas infrações políticas com os atos de Improbidade Administrativa – já se revela, pois, criticável. Elasteceu-se, indevidamente, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional.

Pugnou a parte reclamante pela aplicabilidade do disposto no art. 102, I, “b” e “c”, da CF/88²², estendendo a jurisdição do STF ao processamento e julgamento de condutas caracterizadas como improbidade que, conforme alegado, no que se refere aos agentes políticos, estariam disciplinadas em outro conjunto de dispositivos, ostentando natureza diversa, quer dizer, seriam delitos de responsabilidade, previstos na Lei n. 1.079/50.

Sustentou-se, portanto, a inaplicabilidade das sanções descritas na Lei n. 8.429/92, sob o fundamento de que a lei seria equivalente, para esta classe de agentes políticos, à imputação por crimes de responsabilidade, o que motivaria a competência jurisdicional do STF.

Decidindo a mencionada Reclamação, o STF, por seis votos contra cinco, entendeu que agentes políticos não se sujeitam a responsabilização nos termos da aludida lei,

processar e julgar, originariamente: 1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

²² 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;

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

mas sim no âmbito dos crimes de responsabilidade²³. A Corte, ao acolher a tese apresentada, isto é, a de que há congruência da LIA com o disposto na Lei 1079/50, restou por descentralizar o tratamento da Improbidade Administrativa, redundando, ato contínuo, no reconhecimento de verdadeira impunidade de altas autoridades, ante a parcimoniosa ou mesmo inexistente atividade de apuração de crimes de responsabilidade na seara política, conforme explicitado no capítulo anterior deste trabalho.

Data vênia, o entendimento aparenta olvidar por completo que os maiores abusos à moralidade administrativa já noticiados se deram, justamente, na classe política, classe essa que encabeça o aparato estatal e é responsável pelo planejamento, condução e implementação das políticas públicas.

Como salientado no capítulo anterior, a legislação atinente aos crimes de responsabilidade não deteve utilização efetiva, figurando como diploma de parca ou nenhuma utilização a despeito das vertiginosas práticas atentatórias à probidade na Administração Pública ao longo da história da política brasileira.

Concorre com isto a curial lembrança de que todo o esforço na aplicação do ordenamento jurídico é no sentido de extrair a maior efetividade possível de suas normas – o que evidentemente não aconteceria se uma instância cível quedar-se ociosa, e daí todo um acervo de sanções.

Desnecessário, portanto, ressaltar o quão perniciososa se torna a subtração dos agentes políticos à “malha fina” da Lei n. 8.429/92, a desembocar, na prática, numa impunidade institucionalizada.

4.2.2 Efeitos *inter partes* da Reclamação e a teoria da força normativa dos precedentes judiciais

É cediço que a decisão proferida nos autos de uma reclamação, na forma como essa espécie de ação constitucional foi concebida, gera efeitos somente entre as partes do processo. Assim, por limitar-se a decisão acima explicitada exclusivamente à anulação do que havia sido decidido nas instâncias ordinárias em face do ex-ministro de Estado, afastando a imposição a ele das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, poderia ela não vir a ser seguida de outras.

²³ Inf. 471/STF, de 20 de junho de 2007.

Saliente-se o fato de que vários dos Ministros que compuseram a maioria, reconhecendo a impossibilidade de sancionamento de agentes políticos nos termos da Lei 8429/92 quando houver em face deles previsão de punição por crime de responsabilidade, já não mais integravam a Corte quando da data do julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, nos idos de 2007. Assim, circunscritos os efeitos da decisão às partes daquele processo, outras hipóteses similares podem vir a ser submetidas à apreciação do STF, podendo resultar em decisões diversas daquela.

Presentindo essa possibilidade, inclusive, o Min. Marco Aurélio chegou a formular questão de ordem propondo a suspensão do julgamento daquela Reclamação, no aguardo de que outro feito questionando o mesmo tema viesse a ter à Corte, para ser apreciado em sua composição atual. A questão de ordem, porém, foi rejeitada pela maioria.

No entanto, o que se viu foi a automática repetição do julgado tanto do âmbito do Superior Tribunal de Justiça como nos demais Tribunais espalhados pelo país, tal como se o isolado *decisum* do STF detivesse verdadeira força normativa ou eficácia vinculante.

É certo que a doutrina processualista já ensaia fortes argumentos acerca da força normativa dos precedentes judiciais, com base na crescente importância que se tem conferido ao direito criado pelos tribunais.

De fato, os sistemas do *common law* e o *civil law*, como qualquer sistema jurídico, não são realidades estanques; pelo contrário, estão em constante diálogo, o qual culmina com a absorção de características de um sistema pelo outro.

Corroborando tal aproximação, destaca-se o estudo realizado por Thomas Bustamante acerca da força normativa dos precedentes judiciais (2007), no qual o autor menciona os seguintes exemplos: as súmulas vinculantes, a disciplina da repercussão geral no recurso extraordinário, onde há fixação de precedentes, os quais o ordenamento reveste de vinculatividade e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores, hipótese em que, ao prever a denegação de seguimento a vários recursos por força de uma única decisão do recurso representativo da controvérsia, estabeleceu a lei, em verdade, uma situação em que referido Tribunal cria um precedente, ao qual se atribui força vinculante.

Ante esse fenômeno crescente de valorização jurisprudencial, tornou-se o

juízo da Reclamação n. 2.138/DF, assim, verdadeiro *leading case* da matéria ora em exame, estampando a fundamentação jurídica dos mais diversos provimentos judiciais e fulminando a efetividade da Lei n. 8.429/92 quanto aos atos de improbidade perpetrados pela classe política.

Formou-se, assim, criticável e reiterado entendimento a reduzir drasticamente o alcance da LIA, numa acepção que aparenta grave desatenção à própria historicidade das práticas ímprobas e aos seus maiores patrocinadores: os políticos.

4.2 Aplicabilidade da Lei n° 8.429/92 aos agentes políticos

O âmbito de aplicação da Lei n° 8.429/92 ainda é reputado incerto por muitos setores, mormente pelo déficit conceitual ou aplicativo ante a cominação de tipos essencialmente abertos. Conseqüentemente, sua eficácia social sofre mitigações no plano concreto, a exemplo dos agentes políticos sujeitos ao regime dos chamados Crimes de Responsabilidade, que se furtam às sanções da Lei de Improbidade com fundamento num suposto *bis in idem* entre os regimes de responsabilização político-administrativa. Faz-se necessário, assim, compreender o alcance da Lei n. 8.429/92 no regime democrático, em face da disciplina legal e constitucional dispensada aos agentes políticos.

Questiona-se: quando a Constituição Federal, e somente ela, prevê forma especial de perda do cargo ou dos direitos políticos a certos agentes públicos, significa dizer que estas sanções não lhes podem ser aplicadas por meio de outro procedimento, seja ele jurisdicional ou administrativo, incluindo-se, assim, a ação de improbidade administrativa? Haveria ofensa ao arcabouço de prerrogativas constitucionais conferido aos agentes políticos quando admitida a perda da função com a condenação em ação de improbidade?

Posto o assunto na perspectiva da impossibilidade da perda do cargo político por decisão de procedência de ação por improbidade administrativa, importa colacionar a argumentação que lhe serve de fundamento: a suposta ofensa ao princípio do *nos bis in idem* diante do duplo sancionamento de ordem política.

4.3 Dupla punição de natureza política

Os defensores da tese de que a Lei n. 8.429/92 seria inaplicável aos agentes políticos advogam que, em havendo previsão de sanções de natureza política (perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos) tanto Lei de Improbidade como na Lei dos

Crimes de Responsabilidade, impõe-se a escolha de apenas um dos diplomas normativos para regular a situação jurídica dos agentes políticos ímprobos. O conflito de normas seria solucionado, assim, a partir do critério da especialidade, erigindo a Lei n. 1.079/50 como especial frente à LIA.

De fato, como apontado no capítulo inicial deste trabalho, as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos possuem natureza política, não se confundindo com as demais sanções cominadas no art. 12 da LIA, que possuem nítido caráter civil, de mero ressarcimento ou recomposição do dano causado.

Impõe-se, assim, o reconhecimento de que tanto a Lei n. 8.429/92 – no que tange às sanções de perda da função e suspensão dos direitos políticos – como a Lei n. 1.079/50 efetivamente cominam sanções de idêntica natureza. Há, pois, dupla punição de natureza política.

Ademais, é certo que a Constituição da República estabelece todo um sistema de garantias a determinados agentes políticos contra a perda do cargo (e, por antecedência, a suspensão dos direitos políticos). Admitir a decretação da perda do cargo do agente político ante a procedência de uma ação jurisdicional, quando prevista na Constituição forma específica de destituição desse agente em razão da existência de um sistema de prerrogativas necessárias ao exercício do cargo, seria, assim, ignorar esse sistema.

Conclui-se, assim, que a Lei de Improbidade Administrativa efetivamente não é aplicável em toda sua extensão a determinados agentes públicos, em outras palavras, não se revela coerente com o sistema de imunidades e prerrogativas dos agentes políticos a imposição de todas as sanções previstas na LIA para todo e qualquer agente público. Não fosse assim, motivo alguma existiria para a previsão constitucional de forma especial de perda do cargo para determinadas autoridades.

Há, pois, que se reconhecer que nem todas as sanções previstas pelo § 4º do art. 37 da CF/88 e pela Lei n. 8.429/92 são aplicáveis aos agentes políticos em sede de ação de improbidade administrativa. Porém, isso não quer dizer que, nessas hipóteses, as sanções puramente civis previstas na Lei nº 8.429/92 não possam ser aplicadas. A tese que exclui totalmente os agentes políticos do âmbito de aplicação da LIA fraqueja, assim, no seguinte ponto: a dupla punição de natureza política se restringe, por evidente, às sanções políticas da Lei de Improbidade. Não há falar em *bis in idem* quanto às demais sanções previstas na Lei n.

8.429/92. Nesse sentido, leciona Pedro Roberto Decomain que (2007, p. 42):

No tocante à perda de bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio e, mais ainda, ao ressarcimento de danos eventualmente impingidos ao Erário pelo detentores de tais mandatos, a própria proscrição do enriquecimento sem causa e a determinação de que todo aquele que causa dano a outrem, fica obrigado ao ressarcimento, hauridas do Direito Privado, são de aplicação inteiramente pertinente na hipótese. Obstáculo algum haveria a que o pedido de perda de bens ilicitamente adquiridos e/ou pedido de ressarcimento de danos ao Erário fossem formulados mesmo em face dos detentores de mandatos eletivos, como em relação, aliás, a quaisquer outros agentes públicos.

O tema deita raízes, portanto, no Direito Civil, especificamente no instituto do enriquecimento sem causa. Não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio qualquer solução hermenêutica que permita ficar o agente político alheio às sanções puramente civis da Lei de Improbidade, resultando na ausência do dever de ressarcimento ao Erário e de devolução daquilo que ilicitamente cresceu ao patrimônio.

A inviabilidade da perda do mandato e da suspensão dos direitos políticos, pelos motivos acima expostos, não significa, portanto, obstáculo pleno à propositura e à procedência da ação civil por improbidade.

Admitindo a sujeição dos agentes políticos a processo por improbidade administrativa e à incidência das respectivas sanções, excluindo, todavia, a possibilidade da aplicação a eles daquela de perda do cargo, destaca-se a lição de Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 307), o qual sustenta que nem sempre em ações por improbidade administrativa será possível a formulação de pedido de decretação da perda do cargo do agente público:

Uma cautela se há de ter, porém. Nas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público contra o agente que viole os arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa, nem sempre se poderá pedir nessa própria ação de improbidade a própria perda da função pública. Para algumas autoridades, há regras de competência e procedimentos próprios para a decretação da perda do cargo: são as autoridades que têm forma própria de investidura e destituição, prevista diretamente na Constituição Federal (como os chefes de Poder, ministros do Supremo Tribunal Federal, etc.).

No mesmo esteio, Marino Pazzaglini Filho e Maria Sylvia Zanella de Pietro (*apud* DECOMAIN, 2007, p. 40) excluem a possibilidade da aplicação da sanção de perda da função pública ao Presidente da República, em virtude da existência de regramento constitucional específico relativo à perda do cargo em virtude da prática de crime de responsabilidade, cabendo à Câmara dos Deputados decidir sobre a admissibilidade da respectiva acusação e ao Senado reconhecer a sua procedência ou improcedência.

Assim, em consonância com os destacados autores, razão não há a sustentar a não sujeição do detentor de mandato eletivo à responsabilização por improbidade, a qual terá lugar em sede jurisdicional, excluída unicamente a incidência da pena de perda do cargo, evitando-se o manejo da ação de improbidade por razões puramente políticas.

5 CONCLUSÃO

Diante de reiteradas práticas administrativas tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, num quadro de absoluta ofensa à moralidade administrativa costumeiramente denunciado pela imprensa, foi editada a Lei n. 8.429/92, a chamada “Lei Geral de Improbidade Administrativa”, visando justamente pôr fim aos excessos de improbidade e impunidade até então reinantes.

A moralidade e a probidade são princípios constitucionais e, por isso, bens jurídicos de importância singular para a República Federativa do Brasil, devendo receber proteção e interpretação condizentes com seu status normativo.

O âmbito de aplicação da Lei n° 8.429/92, todavia, não detém a clareza que seria desejável. Consequentemente, sua eficácia social sofre mitigações no plano concreto, a exemplo dos agentes políticos sujeitos ao regime dos chamados Crimes de Responsabilidade, que se furtam às sanções da Lei de Improbidade com fundamento num suposto *bis in idem* entre os regimes de responsabilização político-administrativa.

Nos autos da Reclamação Constitucional n° 2138/DF, o STF tendeu à exclusão dos agentes políticos do âmbito de incidência da lei, numa acepção que aparenta grave desatenção à própria historicidade das práticas ímprobas e aos seus maiores patrocinadores: os políticos.

Tais agentes, devido à natureza do cargo e à necessidade do livre desempenho de suas funções, que demandam maior independência, estão fora da esfera de responsabilidade administrativa, por ser esta incompatível com a ausência de hierarquia. Diante dessa ausência de responsabilização administrativa disciplinar, o ordenamento pátrio previu uma esfera de responsabilidade política a tais agentes.

É certo que, sob a égide do princípio do *non bis in idem*, em caso de o ordenamento prever sanções de natureza coincidentes para um mesmo fato, não será possível que tais sanções sejam executadas sucessivamente.

Uma vez reconhecida a natureza política das sanções de perda da função e de suspensão de direitos políticos previstas na Lei de Improbidade, conclui-se, ato contínuo, pela dupla punição de natureza política caso admitida a incidência integral da Lei n. 8.429/92

sobre os agentes políticos que possuem forma de destituição constitucionalmente prevista.

O reconhecimento dessa dupla punição, todavia, não é fundamento suficiente à pronta inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade.

A impossibilidade de aplicação das sanções com natureza política previstas na Lei n. 8.429/92, por ofensa ao princípio do *non bis in idem*, não se mostra como justificativa válida para excluir a inteira incidência da norma aos agentes políticos.

Todos os agentes públicos estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, admitindo-se tão somente a impossibilidade de aplicação das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos a determinados agentes políticos que, pela importância que tem o cargo que ocupam, e enquanto o ocuparem, só poderão perdê-lo pelo procedimento previsto constitucionalmente.

Conclui-se, assim, que a responsabilização do agente político pela prática de ato de improbidade administrativa, perante o juiz de primeiro grau, como todo e qualquer agente público que não age de forma proba é, portanto, não só constitucionalmente admitida, mas antes, decorrência necessária da aplicação do princípio da igualdade e do princípio republicano. Com isso, preserva-se a máxima efetividade das normas constitucionais, bem como seus princípios basilares, incluído o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Representatividade e Democracia**. Direito Eleitoral, São Paulo, p. 41-53, 1996.
- BIANCHINI, Alice, GOMES, Luiz Flávio. **Agentes políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa**. In MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. 508 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 31 ago. 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 456649/MG**, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 05/10/06. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.aspsLink=ATC&sSeq=2361012&sReg=200201000749&sData=20061005&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em 31 ago. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n° 2.138/DF**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl%24.SCLA.+E+2138.NUME.\)+OU+\(Rcl.ACMS.+ADJ2+2138.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl%24.SCLA.+E+2138.NUME.)+OU+(Rcl.ACMS.+ADJ2+2138.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 31 ago. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **MS 21623**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/12/1992, DJ 28-05-1993 PP-10383 EMENT VOL-01705-02 PP-00202 RTJ VOL-00167-02 PP-00414. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2021623.NUME.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ2%2021623.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2021623.NUME.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ2%2021623.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acessado em: 06set. 2011.
- _____. **Lei n° 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079consol.htm>. Acessado em 06 set. 2011.
- _____. **Lei n° 7.106, de 28 de junho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7106.htm>. Acesso em: 06 set. 2011.
- _____. **Lei n° 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acessado em 06 set. 2011.

- BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende, (Org.). **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.210.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Rio de Janeiro, 2007, 488 p. Tese de Doutorado – Departamento de direito, Pontícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 7 vol.: Responsabilidade Civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2010.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Responsabilidade de Prefeito**. Leme Editora de Direito, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187
- MEIRA, José de Castro. **Agentes públicos – agentes políticos**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 1-5, jan. 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2.648.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa - Observações acerca dos sujeitos do ato**. Síntese - Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 244, p. 5-20, 1998.
- _____. **Obstáculos Processuais ao combate à Improbidade Administrativa: uma reflexão geral**. Coleção Do Avesso ao Direito, Vitória - ES, v. 6, p. 189-247, 2005.
- _____. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Da Competência pela Prerrogativa de Função**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. N. 28. Out – Nov. 2004, p. 21.
- TOURINHO, Rita. **Os golpes aplicados contra a eficácia da lei de improbidade administrativa e a proposta de criação do Tribunal Superior da Probidade Administrativa**. In MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2010. 508 p.
- REALE, Miguel. **Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo**. Revista de Direito Público, v. 3, n. 10, out./dez. 1969, p. 86-93.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.