

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JOÃO RAPHAEL GOMES MARINHO

**O ATO DE IMPROBIDADE E O CRIME DE RESPONSABILIDADE: PELA
APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS, SEM
PREJUÍZO DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT***

FORTALEZA

2006

JOÃO RAPHAEL GOMES MARINHO

O ATO DE IMPROBIDADE E O CRIME DE RESPONSABILIDADE: PELA
APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS, SEM PREJUÍZO
DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT*

Monografia apresentada e defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, versando sobre a possibilidade de aplicação da lei 8.429/92 aos agentes políticos, com independência de eventual processo de *impeachment*.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho

FORTALEZA

2006

JOÃO RAPHAEL GOMES MARINHO

O ATO DE IMPROBIDADE E O CRIME DE RESPONSABILIDADE: PELA
APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS, SEM PREJUÍZO
DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT*

Monografia apresentada e defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, versando sobre a possibilidade de aplicação da lei 8.429/92 aos agentes políticos, com independência de eventual processo de *impeachment*.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho

Aprovada em ___ / ___ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. FRANCISCO DE ARAÚJO MACÊDO FILHO (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. FERNANDO ANTÔNIO NEGREIROS LIMA, Mestre
Universidade Federal do Ceará – UFC

Bel. SÉRGIO BRUNO DE ARAÚJO REBOUÇAS
Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Às mulheres de minha vida: mãe, esposa, irmã e sobrinha. Sem elas não haveria motivo para seguir em frente neste mistério a que chamamos vida.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo suporte afetivo e material que sempre me concedeu. Por seu senso de justiça e caráter irretocável.

A todos aqueles que de alguma maneira auxiliaram-me nesta caminhada pelas sendas acadêmicas.

Ao amigo Sérgio Bruno Araújo Rebouças, grande jurista e literato cearense, pela contribuição inestimável ao meu desenvolvimento profissional e humano.

RESUMO

Em face da perspectiva de imunidade dos agentes políticos à responsabilização por improbidade administrativa, sob a justificativa de não poderem estar sujeitos ao mesmo controle sobre seus atos a que submetidos os demais servidores públicos, e, ainda, porque a improbidade, para tais pessoas, configurar-se-ia como crime de responsabilidade, apenas apurado por meio do processo de *impeachment*, urge, a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, tecer argumentos no sentido de dismantelar tal tese, relevando a sua insubsistência, diante do modelo constitucional brasileiro. A isonomia, como inseparável do conceito de democracia, e a responsabilidade dos governantes por seus atos, como inseparável do conceito de República, permitem que se possa aduzir estarem todos os agentes públicos sujeitos ao dever de probidade, decorrendo do seu descumprimento as sanções que o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, prevê. Ressalva-se apenas o Presidente da República, para quem o desrespeito à probidade na administração é tipificada como crime de responsabilidade, não havendo espaço para a aplicação da Lei de Improbidade.

Palavras-chave: Direito. Constitucional. Responsabilidade. *Impeachment*. Improbidade. Agente Político.

Resumen

Frente la perspectiva de inmunidad de los agentes políticos a la responsabilidad por improbidad administrativa, bajo la justificativa de no sujetarse al mismo control de sus actos como los demás servidores públicos, y aún, porque la improbidad, para aquéllos, se configura como crimen de responsabilidad, sólo investigado en el proceso de *impeachment*, urge, a partir de la perspectiva del Estado Democrático de Derecho, presentar argumentos en el sentido de disolver tal tesis, relevando a su insubsistencia, delante del modelo constitucional brasileño. La igualdad, como inseparable del concepto de democracia, y la responsabilidad de los gobernantes por sus actos, como inseparable del concepto de República, permiten aducir que todos los agentes públicos están sujetos al deber de probidad, resultando su incumplimiento en las sanciones que dispone el art. 37 § 4º, de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Sin embargo, se destaca el presidente de la república, en que la desobediencia a la probidad en la administración es tipificada como crimen de responsabilidad, no teniendo sentido la aplicación de la Ley de Improbidad.

Palabras claves: Derecho. Constitucional. Responsabilidad. Impeachment. Improbidad. Agente político.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EM BUSCA DO CONCEITO DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: PROIBIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL LEGITIMADOR DA ATIVIDADE ESTATAL	17
2.1 Noção de princípio jurídico	19
2.2 Do princípio da proibidade administrativa	23
2.2.1 Distinção entre moralidade e proibidade administrativa.....	29
3 CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE E DO CRIME DE RESPONSABILIDADE	32
3.1 Ato de improbidade : a Lei n. 8.429/92.....	32
3.1.1 Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito.....	35
3.1.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao Erário.....	37
3.1.3 Atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.....	38
3.1.4 Das sanções.....	39
3.2 Crime de responsabilidade e <i>impeachment</i> na Constituição Federal de 1988.....	41
3.2.1 Pequena introdução ao instituto do <i>impeachment</i>	41
3.2.2 Histórico do instituto.....	42
3.2.3 O delineamento constitucional e legal do crime de responsabilidade e do <i>impeachment</i>	44
3.2.3.1 Problemática acerca do crime de responsabilidade e do processo de <i>impeachment</i>	44
3.2.3.2 Previsão constitucional.....	45
3.2.3.3 Análise da legislação infraconstitucional.....	48
3.3 Cotejo entre ato de improbidade e crime de responsabilidade	49
4 QUEM SÃO OS AGENTES POLÍTICOS	52
4.1 Agente público: caracterização	53
4.1.1 Servidores estatais.....	54
4.1.2 Particulares em colaboração com o Poder Público.....	55
4.1.3 Da caracterização do agente político.....	56
4.2 Estado democrático de Direito, República e responsabilidade no exercício do poder político	58
5 O AGENTE POLÍTICO FRENTE AO ATO DE IMPROBIDADE E AO CRIME DE RESPONSABILIDADE: INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO INDEPENDENTE	63
5.1 Da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos	63
5.1.1 Princípio republicano.....	63
5.1.2 Princípio da isonomia como corolário do princípio democrático.....	65
5.1.3 Da aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos: improbidade como categoria autônoma de responsabilização.....	65

5.2 A peculiar situação do Presidente da República.....	69
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
7 REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual nos debruçamos é prenhe de polêmica. No entanto, isso não surpreende, dado que trata da responsabilização dos detentores do poder político por seus atos enquanto praticados no exercício de suas funções. Como sabido, a nossa tradição política é marcada pelo autoritarismo e pela prática extremamente nociva de não se diferenciar entre o espaço público e o privado. Com efeito, o observador mais atento da realidade brasileira facilmente perceberá que os momentos democráticos vivenciados pelo país não foram mais que entreatos de uma longa peça de autocracia. Confirma o exposto o fato de não serem raras as oportunidades em que os chefes do Poder Executivo tentaram retirar do Poder Judiciário a possibilidade de análise dos atos por eles praticados. Eis a nossa histórica política.

A falta de separação da esfera pública relativamente à privada fez com que a Administração Pública nacional ganhasse contornos de administração particular dos negócios públicos. O clientelismo e o favorecimento dos “amigos” estão na raiz de toda nossa estrutura política. As formas com que tais práticas ocorreram encontraram variantes no tempo, mas o conteúdo da ação permaneceu inalterado, isso desde os idos do Império. Gostaríamos de nos deter mais profundamente sobre a causa deste fenômeno, visto pela lente sociológica, no entanto este não é o foco principal deste trabalho. Assim, transcrevemos trecho do magistral Sérgio Buarque de Holanda, que fornece instrumental adequado para o esclarecimento da questão:

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar, e ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e uma oposição.

.....

Entre nós, mesmo durante o Império, já se tinham tornado manifestas as limitações que os vínculos familiares demasiados estreitos, e não raro opressivos, podem impor à vida ulterior dos indivíduos.

.....

No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo de família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do público e do privado. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (...) Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático ¹.

Perdoada a digressão inicial, atentemos para nossa problemática. A preocupação com a corrupção – espécie mais visível e condenável de improbidade, traduzida pelo locupletamento ilícito, à custa de recursos públicos e pelo tráfico de influência – fez com que o legislador Constituinte originário de 1988 inserisse no texto constitucional, no Título dedicado à Organização do Estado, em capítulo destinado a delinear a Administração Pública, o parágrafo 4º do artigo 37, cuja redação é a seguinte: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. A Lei referida no dispositivo constitucional foi editada em 1992, sob o número 8.429. Não é a norma, contudo, isenta de imperfeições, o que exige hercúleo esforço hermenêutico para a superação de suas antinomias. Outrossim, não se constitui no primeiro diploma legal a tratar da

¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 141-146

improbidade administrativa em nosso ordenamento jurídico. De fato, as Leis n. 3.164/57 e n. 3.502/58 já se ocupavam da matéria.

A diferença básica no sistema de combate à improbidade hodiernamente consiste, como visto, em que a própria Carta Magna já traz, embora sem conceituar o que seja improbidade, as sanções aplicáveis ao seu cometimento, com a ressalva de que não está excluído o cabimento de perseguição penal independente pelo mesmo fato, a demonstrar a natureza não-penal do instituto. Demais disso, restou ampliado o alcance do termo improbidade, para abranger qualquer violação dos princípios regentes da atividade estatal.

É fato que existem outros instrumentos de controle da probidade, preventivos ou mesmo repressivos. Entretanto, apenas trataremos da aplicação de sanção através da via judicial, pelo enquadramento na Lei n. 8.429/92. Procurar-se-á cotejar, por sua vez, a improbidade administrativa com o crime de responsabilidade, apurado por meio do processo de *impeachment*.

Inicialmente, releva notar que a Lei n. 8.429/92 legitima os próprios entes federativos a propor ação para responsabilização por ato de improbidade administrativa em parêntese com o Ministério Público, instituição cujas atribuições foram enormemente ampliadas com a Constituição Federal de 1988. No primeiro caso, quase impossível a ocorrência de demanda judicial, o que nos parece coerente com o afirmado no início do texto. De regra, a ingerência dos interesses privados e do partidarismo político impede a atuação livre das Procuradorias Jurídicas dos entes públicos, o que implica quase completa inércia no que tange à propositura das ações de improbidade pelas referidas pessoas políticas. Tome-se como exemplo do que se expõe a Lei Complementar n. 58, do Estado do Ceará, que exige a anuência do chefe do Poder Executivo para que se proceda à propositura de tal espécie de demanda. Como se não fosse suficiente, ainda se garante aos agentes públicos a defesa, nas ações de improbidade, através da Procuradoria do Estado.

Portanto, coube ao *Parquet* – pela sua isenção, já que gozam de garantias no cargo seus membros, as quais permitem a atuação com grau invejável de liberdade – a tarefa de aplicar a Lei de Improbidade, o que efetivamente permitiu um maior controle sobre os atos dos agentes políticos, mormente nos municípios, em virtude do grande número de ações propostas em desfavor de prefeitos, secretários municipais e vereadores.

No entanto, a concreta responsabilização de pessoas com poder de comando no seio da Administração – note-se que são os juízos cíveis ou varas de Fazenda Pública comuns de 1ª instância competentes para apreciar demanda que cuida de aplicar as sanções advindas do ato ímprobo – pelo prisma da improbidade desencadeou uma reação cujo escopo consistia em tentar tolher a atividade ministerial, ameaçando seus membros com pesadas multas ou mesmo tentando impor-lhes um dever de sigilo incompatível com suas funções, através de famigerado projeto de lei conhecido pela alcunha de Lei da Mordação.

De outro lado, tentou-se, através da Lei 10.628/02, ampliar o foro por prerrogativa de função, que dentro da tradição do Direito brasileiro sempre abarcou apenas o processo atinente a apurar a responsabilidade penal de certos agentes políticos, para alcançar a ação de improbidade. Não mereceu, contudo, acolhida o referido diploma, posto que expurgado do ordenamento jurídico por reconhecida sua inconstitucionalidade pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF. Declarou o Tribunal que sua competência é apenas aquela do art. 102 da Constituição Federal, não podendo, pois, ser ampliada pelo legislador ordinário. Ademais, reafirmou a Corte a natureza não-penal do ato de improbidade.

Demais disso, ganha corpo atualmente tese (veja-se Reclamação n. 2.138-6, em tramitação no Supremo Tribunal Federal), esta de enorme repercussão negativa, que advoga estarem os agentes políticos imunes aos comandos da Lei n. 8.429/92, na medida em que o arcabouço jurídico que serve de supedâneo ao exercício de suas funções não permite que se

questionem seus atos do ponto de vista meramente administrativo, posto que não submetidos à hierarquia administrativa. Apenas poder-se-ia responsabilizá-los quando suas condutas se enquadrassem nos tipos que estabelecem os crimes de responsabilidade, nos moldes da Lei n. 1.079/50, no caso do Presidente da República e dos Ministros de Estado, dos Governadores e Secretários de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República; pela Lei 7.106/, para o Governador do Distrito Federal e Territórios, bem como respectivos Secretários e pelo Decreto-Lei 201/67, no caso dos prefeitos municipais, normas consideradas pela Jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, recepcionadas em sua maior parte pela atual ordem constitucional.

Não se deve aceitar tal entendimento. Com efeito, quanto maior o poder, maior o grau de responsabilidade de seu detentor, o que implica um maior âmbito de sujeição a punições pelo descumprimento dos misteres. Embora se referindo ao modelo político-jurídico italiano, é perfeitamente aplicável ao Brasil a lição do mestre Mauro Cappelletti:

E de fato parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático – um sistema, pois que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é o previsto na Constituição Italiana – é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. Esta correlação é inerente ao que se costume chamar de sistema de pesos e contrapesos, *checks and balances*².

Estão, pois, no seio do Estado Democrático de Direito, que consagra o princípio da isonomia material, todos os *agentes públicos*, não importa onde se aloquem dentro da estrutura do Estado – e esclarecemos desde já que aqui utilizaremos este signo para significar todos os

² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 18.

órgãos, qualquer que seja sua hierarquia, dos três Poderes constitucionais clássicos e do Ministério Público, bem como as pessoas jurídicas de direito público ou privado componentes da Administração indireta – sujeitos à responsabilização por seus atos funcionais. Não estão imunes, portanto, ao controle pelo prisma da probidade, assim como pelo aspecto penal, civil ou meramente administrativo.

Em verdade, a *ratio legis* do § 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 foi exatamente atacar o problema da corrupção – como já aludido em outra parte do texto, vertente mais visível da improbidade – desde as suas raízes, as quais se encontram fincadas justamente nos altos escalões do poder. Releva, ademais, salientar que as sanções da Lei de Improbidade têm cunho político-administrativo, consubstanciadas na perda do cargo e suspensão dos direitos políticos – além de atingirem direta e duramente o patrimônio do agente público –, o que, em análise última, significa que visam afastar primariamente aqueles que detendo mandato político dele se utilizam de maneira a ferir quaisquer princípios ou regras jurídicos que condicionam e legitimam o seu mister, sendo de somenos importância a produção de dano patrimonial ao Estado, conforme se depreende do art. 21 da Lei n. 8.429/92, ou o aferimento de vantagem pecuniária.

Não há, enfim, que se falar em responsabilidade política apenas, como se não fossem servidores públicos os membros dos Poderes de Estado. Esta é uma visão míope –anacrônica mesmo – contrastante com o entendimento moderno de que o Estado, para além de pura autoridade, é instrumento concretizador de justiça material, para o qual não basta o simples respeito à legalidade, senão que premente se torna a questão de sua legitimação.

A argumentação ora desenvolvida não tem em mira, contudo, asseverar que o ente coletivo é mero prestador de serviço, que não possuem os agentes políticos poder decisório ou de comando. Visa-se extremar de questionamentos que todo ato de comando, todo provimento, pois,

em que se revela com maior força o poder estatal – como a decisão judicial, a atividade típica do Ministério Público, o próprio legislar – devem respeito à ordem jurídica tanto quanto o ato meramente acessório, de execução material, realizado pelo servidor do último nível hierárquico de seu escalonamento funcional. Aspira, ou ao menos deveria aspirar, tanto aquele como este um único escopo, qual seja, a preservação do interesse público. Nesse sentido, chefes do Poder Executivo, membros do Parlamento, Magistrados e membros do Ministério Público são servidores públicos, que prestam um serviço com alto grau de especialização, de relevância ímpar, impondo-se a eles o respeito que merecem. Nessa medida, estão também sujeitos às sanções da Lei n. 8.429/92.

2 EM BUSCA DO CONCEITO DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: PROIBIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL LEGITIMADOR DA ATIVIDADE ESTATAL

Difícil atualmente separar a função de Governo – entendida esta não unicamente como o ato de decisão do chefe do Poder Executivo, mas também compreensiva do ato tipicamente legislativo ou jurisdicional, em que pesem as peculiaridades que os informam – da Administrativa, antes delineados como entes distintos pelos publicistas; aquela com sede na Constituição, esta como mera função de concretização material, com sustentáculo na normatização ordinária. A eminente jurista Carmen Lúcia A. Rocha sintetiza com rara maestria o fenômeno, asseverando que:

A Administração Pública constitucionalizou-se. Os fundamentos de seu regime já não se põem na norma infraconstitucional. Repousam, antes, na Constituição, que lhes traça os princípios fundamentais e, inclusive, as regras referentes a alguns comportamentos e decisões consideradas pelo constituinte como dotadas de magnitude. O princípio que fundamenta esse regime não é mais o da legalidade, mas o da juridicidade, pois o Estado Democrático quer-se de Direito Material e não apenas de Direito Formal, ou Estado de Lei.³

Nesta ordem de idéias, fácil concluir que – embora conscientes do distinto regime jurídico a embasar exemplificativamente o atuar de um Prefeito ou Governador de Estado ou mesmo um magistrado quando da prolação de uma decisão frente ao desempenho das funções de um servidor público, tomada a expressão no seu sentido mais estrito – é de se entender que a observância dos princípios da Administração Pública expressamente proclamados no art. 37 da

³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, pág. 15.

Constituição Federal de 1988, bem como daqueles que se podem extrair da ordem constitucional, é inderrogável. É que não se referem tais princípios apenas à atividade administrativa do Estado, porquanto toda a atividade do ente coletivo a eles deve atenção. Com toda razão Georges Burdeau, eminente constitucionalista francês, quando ensina que “A função dos governantes, assim como dos agentes administrativos, está, pois, subordinada à lei do serviço que é o bem público. Não têm qualificação para agir senão na medida em que servem à Constituição”⁴.

Destarte, prevê o art. 4º da Lei 8.429/92 – embora não se refira expressamente ao princípio da eficiência, introduzido no texto do art. 37 da Lei Fundamental apenas com a Emenda Constitucional n. 19/98, não era necessário mesmo fazê-lo, já que poderia ser extraído do próprio sistema constitucional – que “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Evidente que cada função cometida ao ente público tem estruturação própria e, portanto, princípios específicos a regê-la, sem que se tenha de abandonar, por lógico, aqueles mais gerais. Não é concebível, pois, – e não é necessário demonstrar a assertiva através da lógica estritamente formal, basta-nos apelar ao bom senso, à razoabilidade – que o chefe do Poder Executivo, um membro do Poder Judiciário, do Legislativo ou do Ministério Público possa atuar, no que concerne mesmo à sua função típica, desamparado da legalidade ou moralidade, ou ainda considere-se razoável predicar a atuação dos agentes políticos citados com o qualificativo da ineficiência.

Com efeito, além daqueles princípios gerais referidos no art. 37, da CF/88 e daqueles nela implícitos, cada agente público, acorde com o plexo de competências que lhe são deferidas

⁴ BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p 57.

para serem desempenhadas na estrutura estatal, deverá atender também aos princípios específicos de seu ramo de atividade, pois que todos são, em última análise, servidores públicos.

Destes princípios mais gerais a que devem observância os agentes públicos, sobreleva a probidade, cujo conceito não se encontra expresso no texto constitucional, apenas prevendo o art. 37, § 4º que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Dessarte, como base do estudo, imperioso, antes de qualquer ulterior análise, conceituar-se o princípio da probidade administrativa, o que se faz atento à sua dimensão constitucional.

2.1 Noção de Princípio Jurídico

Princípio denota a idéia de algo que se põe ao início, como antecedente de todos os termos de uma série.

Em outro sentido, princípio pode ser tomado por fundamento de uma determinada ordenação. Indica-lhe, pois, o sentido; prescreve-lhe os fins. Confere, ademais, harmonia na interpretação de cada parte do sistema, sendo, portanto, fator de harmonização. É nesta última acepção que se devem entender os princípios jurídicos. São estes, com efeito, normas fundamentais, estruturantes mesmo, de toda a ordem jurídica, conferindo-lhe um sentido unívoco. Leciona o ilustre professor Paulo Bonavides que “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”⁵.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 258.

Hodiernamente, impõe-se a natureza normativa dos princípios, consagrados que foram nos textos constitucionais, auge do desenvolvimento do Direito Constitucional.

Contudo, o reconhecimento da vinculatividade e coercibilidade dos princípios, ou seja, de sua capacidade de criar obrigações autonomamente, é fruto de lento desenvolver da Ciência do Direito. Assim, primitivamente prevalece o entendimento Jusnaturalista, marcado pela concepção bastante abstrata e pela forte carga axiológica, em que princípio aparece como idéia (ideal) de justiça, divino ou derivado da racionalidade humana, a ser ambicionado por toda a ordem jurídica estatal; relevava-se, portanto, nesta concepção, o fato de que o princípio é exterior e mesmo anterior ao Direito positivo, servindo-lhe de elemento de completude, preenchendo-lhe, quando necessário, os vácuos.

Entremeia-se, na andança, a noção de princípio elaborada pelo Positivismo, a qual, enquanto considerasse já a inserção dos princípios na ordem jurídica, na medida em que se poderia equipará-los aos Princípios Gerais de Direito, apreendidos por derivação das próprias regras do ordenamento jurídico, vedava-lhes, contudo, a aplicabilidade imediata, pelo que permaneciam como “conselhos” ao legislador, que a eles deveria adequar-se no futuro, tempo este que, em fato, nunca haveria de chegar. Assim, cunhou-se o conceito de norma programática, cujo caráter deletério ao desenvolvimento social foi inquestionável.

Por fim, como marco último desta caminhada, aporta-se na moderna compreensão acerca dos princípios jurídicos, sintetizada com percuciência pelo ilustre constitucionalista alencarino, nos seguintes termos:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas

acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.⁶

Destarte, avança-se de uma concepção de Direito eminentemente marcada pela preponderância das regras, para a compreensão principiológica do fenômeno jurídico, que se volta para a concretização de valores relevantes socialmente, os quais, proclamados que foram nas constituições, não podem ser descartados pelo jurista, em virtude de serem a própria base sobre o qual se estrutura a ordem jurídica.

Aproxima-se, assim, o campo do Direito daquele anteriormente reservado à Moral. A dimensão ética do Direito ganha força. Nesta senda, preleciona com clareza incomparável a grande publicista Carmen Lúcia A. Rocha que “O princípio impõe-se como norma jurídica quando o valor formulado socialmente é absorvido pelo direito como base do sistema posto à observância no Estado por governantes e governados”⁷.

Ganha relevo, dessarte, o papel do intérprete/aplicador da lei, passando o legislador a plano secundário, embora ainda vinculado o juiz à legalidade em face do Estado de Direito. A análise de cada caso concreto, com sua problemática própria, o papel da argumentação na ciência jurídica (tópica) e a atenção aos valores subjacentes ao Direito são sobremaneira revitalizados, ao passo que se abate certa desconfiança na solução genérica e fechada da lei, norma de demasiada generalidade para permitir uma decisão justa no caso concreto, se aplicada apenas atentando para a sua estrutura lógico-gramatical. Portanto, a submissão ao crivo da razoabilidade dos comandos normativos, enquanto limite material à atividade do legislador, impõe-se. Aproximam-se, pois, os sistemas românico-continentais (*civil law*) de Direito do anglo-saxão (*common law*).

A concepção de Direito ora professada não é meramente lógica, nominalista, mas material, substancial. Os nazistas, com sua atuação toda ela em conformidade com a ordem

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 237.

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 21.

jurídica alemã – se é que assim se pode considerá-la – estão a demonstrar não poder valer como Direito aquele conjunto de normas que apenas formalmente atendam a um certo processo de formação e sejam oriundas da autoridade política, sem que se questione acerca do seu conteúdo. Norma jurídica, assim, só o é aquela que, além de sua formação autorizada por norma de superior hierarquia, provinda de autoridade reconhecida, atentar para determinados valores fundamentais e insuperáveis que repousam na ordenação constitucional. Aduz, neste sentido, o eminente jusfilósofo Chaïm Perelman que:

Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro a justiça⁸.

Por conseguinte, admitida a natureza jurídica dos princípios, considerados normas proclamadoras de valores, de aplicabilidade imediata, não se cogita mais de diferenciar entre princípios e normas, mas de distinguir entre estes e as regras dentro do gênero norma. No mesmo sentido, os mestres lusitanos J. J. Canotilho⁹, na esteira dos ensinamentos de Dworkin e Alexy, e Jorge Miranda¹⁰.

Em síntese, princípios são normas, portanto, vinculativas por si só, muito embora, é de se reconhecer, não tenham a pretensão de resolver sozinhas o conflito que se lhes impõe; de grande grau de abstração, fundamentais na estruturação da ordem jurídica. Permitem, pois, a

⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 95.

⁹ Assumindo posição metodológica no sentido de conferir normatividade plena aos princípios, assim se manifesta o mestre lusitano: “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz). Abandonar-seá aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) – as regras e os princípios são duas espécies de normas; (2) – a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas;” (Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 172).

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 224. Tomo II.

necessária abertura sistêmica para garantir a adequação do Direito às novas realidades socioeconômicas que se lhe apresentam. Na esteira de Humberto Ávila, é possível concluir que, diversamente das regras, que trazem a previsão quase exata do comportamento a ser adotado, os princípios apenas impõem fins, ou seja, uma estrutura fática marcada por determinado(s) valor(es), a serem alcançados através de comportamentos necessários, mas não perfeitamente conhecidos de antemão. Assim, sem que se necessite modificar constantemente a estrutura formal do sistema, os princípios asseguram a revitalização de suas normas através do trabalho criativo do intérprete/aplicador.

Aduz o renomado autor brasileiro, acerca da matéria versada, que

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção ¹¹.

Ademais, é da conjugação dos princípios que se pode extrair o sentido da idéia de Justiça que se busca concretizar através do ordenamento jurídico, pelo que correto afirmar não ser este um emaranhado de normas, senão que uma verdadeira ordenação axiologicamente finalística das relações entre os homens. Sintetiza com invejável clareza Carmen Lúcia A. Rocha a função dos princípios no ordenamento jurídico:

Pode-se, então, afirmar que os princípios constitucionais têm como função assegurar unidade ao sistema jurídico fundamental, oferecendo objetividade e segurança ao modelo ético e político adotado pela sociedade estatal, e permitindo a integração e harmonia permanente e atualizada do sistema de Direito positivado. ¹²

2.2 Do Princípio da Probidade Administrativa

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 78-79.

¹² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, pág. 28.

A Probidade, talvez pelo maior apelo axiológico que lhe é ínsito, não consegue, sem grandes dificuldades, encontrar conceituação firme na doutrina pátria. Contudo, não se pode negar a sua existência enquanto princípio jurídico de estatura constitucional, cogente, portanto.

Muitos nela enxergam uma espécie do gênero moralidade, o que fazem apegados a sua raiz etimológica (do latim *probus*, o que brota bem, denotando aquilo que é bom). Nesse sentido, aduz o grande constitucionalista José Afonso da Silva que “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos” e arremata afirmando que “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”¹³.

De seu turno, também entendendo que o conceito de probidade é encampado pelo de moralidade, encontra-se Marcelo Figueiredo, ao afirmar que “A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa. O essencial é remarcar que com o princípio, contemplado na Constituição, todos os atos da administração, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, devem respeito a ele”¹⁴.

Na mesma ordem de idéias, embora já atento às premissas postas pela Lei de Improbidade vigente, Juarez Freitas elabora conceito de probidade administrativa, ainda vinculando-a à moralidade. Observa, textualmente, o autor:

A partir daí, pode ser reelaborada a noção conceitual do princípio da probidade administrativa, vendo-o como aquele que veda a violação de qualquer um dos princípios, independentemente da caracterização de dano material, desde que tal violação se mostre causadora concomitante de um dano mensurável, num certo horizonte histórico, à moralidade administrativa, prejuízo este a ser aferido por critérios que não devem descansar suas raízes em juízos preordenados pela vindita ou por outros impulsos menos nobres, recomendando-se, ainda uma vez, a atitude ponderada dos que não abusam da coercitividade, nunca admitindo transitar além dos limites traçados pela preservação da

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669.

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 22.

harmonia e da justiça numa sociedade livre, simultaneamente sem escorregar para subjetivismos contingentes.¹⁵

Em que pese a qualidade dos defensores desta tese, não se pode acatá-la. Embora em um primeiro momento a concepção da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro - para quem não há diferença qualitativa entre probidade e moralidade, entendidas como princípios¹⁶ - não pareça a mais adequada, a eminente administrativista aprofunda a análise, aproximando-se do real sentido do instituto, ao afirmar que:

(...) quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei no 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.¹⁷

Com efeito, a Lei n. 8.429/92 – concretizadora, no plano infraconstitucional, do princípio da probidade – afirma ser ato de improbidade aquele que atenta contra os princípios da Administração Pública (“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...”). Portanto, sem que se vislumbre inconstitucionalidade na aludida norma, não pode ser a probidade uma espécie de moralidade, senão que esta se constitui em elemento preponderante para a conceituação daquela.

Tendo em vista o exposto, melhor se nos afigura o ensinamento de Emerson Garcia, ao afirmar que “Em razão da própria técnica legislativa adotada, a qual considerou ato de improbidade a mera violação aos princípios regentes da atividade estatal, devem ser buscadas

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Do Princípio da probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação**. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, n. 85, p. 16, set., 1996.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2002. ,p. 672.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 672.

novas perspectivas para a compreensão da probidade, considerada por muitos mera especificação do princípio da moralidade administrativa” e conclui, mais adiante, asseverando que “Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delineada por esta”¹⁸.

É possível, portanto, inferir que probidade é um “sobrepincípio”, não vinculado específica e exclusivamente a nenhuma outra regra ou princípio que regule a atividade do Poder Público. Está, por conseguinte, a exigir do agente público um atuar que não se conforma à observância da estrita legalidade, senão que um transcender axiológico dos seus parâmetros, no sentido de que não basta dar cumprimento à lei, mas que deve haver honestidade, boa-fé no desempenhar das funções, com vistas à eficaz e eficiente satisfação do interesse público – sob pena de incorrer nas draconianas sanções previstas no art. 37, § 4º, da Lei das Leis –, o que exigirá, por sua vez, a utilização dos instrumentos adequados e suficientes ao atendimento do bem comum.

Portanto, estão a carecer de revisão decisões judiciais tais como a proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevemos:

Administrativo – Responsabilidade de Prefeito – Contratação de Pessoal sem Concurso Público – Ausência de Prejuízo”. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.
Recurso improvido.¹⁹

Ora, probidade é muito mais que mera atuação da qual não derivem quaisquer prejuízos materiais, é exigência de conduta honesta, moralmente inatacável. Nesses termos, a

¹⁸ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Lumen Juris. 2006. p. 45-46.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n. 213.994-MG (processo 1999/0041561), Relator Ministro Garcia Vieira, publicação no Diário da Justiça de 27/09/1999, p. 59.

decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça não atenta para o art. 21 da Lei de Improbidade, que prescreve “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”. De outro viés, é preciso ter em conta que o cargo eletivo, embora em princípio esteja disponível a todos os cidadãos, bastando que preencham as qualificações constitucionais concernentes ao gozo dos direitos políticos e à idade, exige para seu exercício efetivo adequação à ordem jurídica, longe do mero talante de seu detentor, posto que a conduta do agente será imputada ao Estado, entidade perene, baseada em determinados princípios jurídicos insuperáveis. Com razão o mestre francês Georges Burdeau, ao lecionar sobre os governantes que

É na situação deles que aparece o efeito essencial da institucionalização do Poder. Esse efeito se resume ao fato de os governantes não exercerem o Poder a título de prerrogativa pessoal; estão sujeitos a uma função, submissos a um estatuto determinado pelo ordenamento da instituição.²⁰

Destarte, a Administração Pública deve atenção ao princípio da eficiência consagrado no caput do art. 37 da Constituição Federal vigente. Por seu turno, a preocupação com a otimização na prestação do serviço público fez com que se inserisse o inciso LXXVIII, no art. 5º, da CF/88, pela Emenda Constitucional n. 45/04, que prescreve para o processo, judicial ou administrativo, uma duração razoável, numa consagração da eficiência no campo processual. Diante disso, o agente público inábil atenta frontalmente contra a eficiência, o que permite qualificá-lo de ímprobo, tomado o termo do ponto de vista normativo.

Pensamos que, sendo o Direito essencialmente fenômeno lingüístico, utilizando-se o legislador muitas vezes da linguagem comum para indicar os fenômenos que quer ver regulados, não pode o cientista do Direito - muito embora se deva reconhecer que é a partir da linguagem

²⁰ BURDEAU, Georges. *Op. Cit.*, p 56-57.

natural que se partirá em busca do conceito científico - confundir o significado semântico do termo, tal qual indicam os dicionários, com o sentido normativo em que é utilizada a expressão. O Direito é, pois, uma linguagem construída com base na linguagem natural, conforme visto, no entanto a ciência é uma linguagem artificial que se ergue sobre aquela primeira. A esse respeito, leciona Larenz

Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa.²¹

Evidente que o sentido corrente da palavra empregada pela lei é importante para a exata compreensão de sua função normativa, no entanto este é apenas o ponto de partida da fixação de seu conteúdo normativo. Como ensina ainda Larenz,

O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de facto bruto e pela sua transformação em situação de facto definitiva. Para a formular corretamente, precisa conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra.²²

Portanto, para o cientista/intérprete/aplicador do Direito, improbidade terá seu sentido extraído com base no sistema jurídico que lhe dá configuração, que pode ou não acolher o sentido que lhe confere o uso na linguagem comum. No contexto do sistema jurídico brasileiro, improbidade é muito mais que mera desonestidade, é simples malfeição de princípio regedor da atividade estatal. Portanto, o ineficiente é ímprobo, mesmo não se admitindo qualificá-lo de desonesto. Com razão, pois, Emerson Garcia ao asseverar que “Evidenciada a harmonia entre os

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência Jurídica**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 439. Trad. José Lamego.

²² LARENZ, Karl. *Op. Ci.*, p.441.

fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade”²³.

2.2.1 Distinção entre Moralidade e Probidade Administrativa

É preciso ainda clarificar a distinção entre moralidade e probidade administrativa. Não sendo probidade sinônimo de moralidade, referem-se, pois, a coisas distintas, pelo que se impõe a busca de seu traço distintivo. Conforme já salientado alhures, não se reduz a categoria da probidade à moralidade. As duas figuras aproximam-se, é verdade, no entanto não se podem confundir. De fato, moralidade é apenas uma banda do espectro da probidade, tendo em vista a ordem normativa brasileira.

As relações entre Moral e Direito há muito são objeto de estudo tanto de filósofos quanto de juristas. O Jusnaturalismo exigia, como visto, a legitimação do direito na lei universal divina ou na racionalidade que vislumbravam como inerente à ordem universal ou mesmo humana. Assim, o Direito não prescindia do valor moral, em verdade, o pressupunha como elemento que lhe garantiria validade objetiva.

Nesta seara de idéias, de grande peso as palavras do jusfilósofo italiano Giogio Del Vecchio:

Advirta-se que as relações entre Moral e Direito são tão estreitas e categóricas, que uma e outro têm necessariamente o mesmo grau de verdade, o mesmo valor. À moral e ao Direito devemos logicamente atribuir as mesmas características de absolutidade ou de relatividade, de naturalidade ou de arbitrária invenção. Sob este aspecto, impossível é qualquer contradição ou disparidade entre eles, pois à Moral e ao Direito correspondem normas de operar que, por terem fundamento único, se implicam e integram reciprocamente²⁴.

²³ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. *Op. Cit.*, p. 46.

²⁴ DEL VECCHIO, Giogio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª. Ed. Coimbra. Armênio Amado - Editor, Sucessor.1979. p. 365.

Hodiernamente – embora não se parta das mesmas premissas, as quais estavam na base do pensamento Jusnaturalista, na medida em que se reconhece a historicidade do conceito – não se concebe o Direito como algo peremptoriamente distinto, completamente alheio a qualquer questionamento de ordem moral. Feliz, nesta perspectiva, a lição de Carmen Lúcia A. Rocha, quando afirma que “Já não se põe a questão da equação Moral/Direito, mas qual a Moral, para se conhecer qual a legitimidade do Direito. A força vinculante do Direito, posto e aplicado democraticamente, contém-se pela coerência com os preceitos éticos socialmente adotados e sediados na base do sistema jurídico positivado pelo Estado”²⁵. Na mesma senda, a conclusão do não menos eminente Ricardo Lobo Torres no sentido de que “Na moderna democracia deliberativa o direito não se justifica a si próprio, senão que vai buscar fora de si, nos princípios morais, a sua razão de ser”²⁶.

Moralidade, enquanto princípio informador e conformador da atividade estatal, é conceito que se desenvolve em França. Credita-se ao mestre Maurice Hauriou a primeira sistematização do tema. Para o afamado publicista, moralidade é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”²⁷. Desenvolve-se a teoria da moralidade administrativa a partir das decisões do Conselho de Estado francês, que passava a acolher a teoria do desvio de poder. Significa esta o reconhecimento da nulidade do ato administrativo praticado muito embora por quem seja competente para fazê-lo, quando falta-lhe, entretanto, o respeito à finalidade pública, vinculadora de todo o agir da Administração Pública. É, pois, um *plus* à legalidade, cuja aplicação estrita pode ocasionar injustiças, como de fato a experiência está a indicar. “*Summum jus, summa injuria*”, antiga a assertiva, atemporal o ensinamento.

²⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 181.

²⁶ TORRES, RICARDO LOBO. **O Princípio da Transparência no Direito Financeiro**. Disponível em www.rlobotorres.adv.br.

²⁷ *apud* Di Pietro. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 78.

O Estado, por conseguinte, só legitima seu poder de mando quando atende à finalidade a que está destinado a perseguir na comunidade. E esta nada mais é que a concretização da idéia de justiça gestada no seio do povo. Não do ponto de vista formal, mas atentando para o conteúdo mesmo desta idéia.

Não significa isso que não haja espaço para o respeito às minorias e seus valores. O valor maior que se protege no Estado Democrático de Direito é a dignidade humana, para o que se impõe o respeito à diversidade, no processo do coexistir. Mesmo porque a minoria pode vir a ser maioria no futuro. Está ínsita no sentido de justiça democrática a abertura para o novo.

A busca por Justiça material exige, pois, para além do legalismo estrito, e como superação deste, o respeito a determinado padrão ético reconhecido como válido em dado momento histórico na sociedade estatal, sem que com isso se possa argumentar no sentido de falta de segurança jurídica, pois que segurança só existe onde o sentimento de justiça comum do povo é minimamente concretizado. Segurança sem justiça é perpetuação de desigualdade, que não se admite em um Estado Democrático de Direito cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana e cujo objetivo é construir uma sociedade justa, livre e solidária.

Adverte-se, porém, que moralidade não se confunde com moralismo. Este é um conjunto de preceitos que alguém ou determinado grupo social concebe como ordem de conduta, que pode ou não ser conforme ao Direito. Não se vincula a moral à ideologia de quaisquer governos individualmente considerados. A moral de que se trata é, portanto, a síntese dos valores essenciais à manutenção da sociedade politicamente organizada em Estado. Moral gestada democraticamente. Portanto, legitimamente juridicizada.

Contudo, moralidade não esgota o conceito de probidade, o qual exige respeito a todos os princípios da Administração Pública – o que se depreende a partir da análise do art. 11 da Lei 8.429/92 –, bem como das regras que lhes especificam o âmbito de aplicação. Conclui-se,

pois, que há entre probidade e moralidade relação de continência do ponto de vista normativo, o que não se pode afirmar no plano semântico. Utilizando-se a vetusta metáfora dos círculos concêntricos, é possível afirmar que a probidade engloba a moralidade, sendo, portanto, o círculo continente.

3 CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE E DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

É somente na medida em que se concebe que o ato de improbidade e o crime de responsabilidade possuem tipologias próprias que se torna possível compreender que a responsabilização nas duas esferas não implica *bis in idem*. Como corolário, apenas a partir do conhecimento da estrutura do ato de improbidade é possível asseverar que também podem ser sancionados pela sua prática os agentes políticos, dentro de determinados parâmetros constitucionais.

Mister consignar que não é unívoca a compreensão acerca da natureza da improbidade, o mesmo ocorrendo com o crime de responsabilidade. Está-se, pois, em terreno pantanoso, cuja travessia, embora cientes do risco corrido, impõe-se como meio de sobrevivência. Portanto, passa-se à análise separada de cada figura, para, de posse de suas categorias fundamentais, confrontá-las.

3.1 Ato de Improbidade: a Lei n. 8.429/92

A preocupação com o crescimento da corrupção desaguou no texto constitucional de 1988, cominando o artigo 37, § 4º da Lei das Leis, na forma de posterior regulamentação legal, draconianas sanções ao agente ímprobo, sem, contudo, aclarar o conceito de improbidade administrativa. O referido dispositivo está assim redigido: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A lei a que se refere o preceito constitucional foi editada em 1992 sob o número 8.429, que lista em seus artigos 9º, 10 e 11, em rol exemplificativo, condutas marcadas pela pecha da improbidade. Em verdade, deve-se reconhecer que todos os atos que se possam enquadrar nos artigos 9º e 10 do diploma normativo aludido necessariamente também enquadrar-se-ão no art. 11. No entanto, apenas uma demanda de improbidade poderá ser proposta, na qual se buscará aplicar as sanções mais gravosas; do contrário, nítida a ocorrência de *bis in idem*.

Antes de prosseguirmos, urge pôr em relevo que, por opção metodológica, está-se cuidando da improbidade apenas com referência aos agentes públicos, mormente aos agentes políticos. No entanto, reconhece-se que a Lei n. 8.429/92 vai mais além, considerando agente ativo da conduta ímproba também o particular. Com efeito, prevê o art. 3º da norma em comento que “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Feito o reparo, cabe, igualmente, desde já, ressaltar que não se pode olvidar o fato de haver franco debate doutrinário acerca da natureza jurídica do ato de improbidade. Há certa oscilação entre considerá-la figura atinente ao campo penal ou civil/político, tendo em vista as sanções aplicáveis ao ímprobo.

É preciso, ademais, reconhecer que a Lei de Improbidade é falha em diversos aspectos. A amplitude com que se caracterizou a figura da improbidade reclama do exegeta redobrado cuidado. Não se pode analisar a norma apenas no seu aspecto gramatical, posto que se chegaria ao absurdo de taxar de ímprobo o servidor que utilizasse uma folha de papel da repartição para anotar um recado pessoal. Não é este o escopo da norma. Há de se buscar a harmonia do sistema, sempre tendo em mira os concretos fins a que destinada a alcançar a Lei n. 8.429/92.

A técnica redacional dos artigos 9º, 10 e 11 da aludida norma comporta distinção quando se coteja o *caput* dos dispositivos com os seus incisos. Com efeito, a cabeça dos artigos traz com conceitos de rarefeita densidade o que seja ato de improbidade; melhor dizer que apenas sugere o que seja conduta ímproba. Já os incisos contêm descrição fechada de determinados atos que ostensivamente configuram malferição do princípio da probidade. Doutrinadores há que entendem ser a enumeração das condutas constante da Lei de Improbidade taxativas, buscando ancorar tal entendimento nos princípios do Direito Penal. Assim, para estes autores não é possível a aplicação de sanção se a conduta não estava previamente descrita na Lei n. 8.429/92.

Assim não sucede, porém. Embora se possa concordar que em matéria de sanção não está o intérprete autorizado a ampliar a restrição, posto que se parte do princípio de que todos são inocentes, ao menos *a priori*, é preciso pôr em destaque que a própria Constituição Federal prescreve o caráter não penal da improbidade administrativa, quando ressalva a ação penal independente, quando o fato for catalogado também como típico. Não há, portanto, que se argumentar em sentido da necessidade da tipicidade fechada. Se assim fosse, também não haveria espaço para a responsabilização civil, posto que as condutas ensejadoras do dever de indenizar não se encontram descritas na lei, e a indenização nada mais é que uma sanção que aplica o juiz àquele que, ferindo a ordem jurídica – e às vezes mesmo sem feri-la –, causa dano a outrem.

Não se confere, entretanto, ao intérprete/aplicador da Lei de Improbidade a faculdade de ampliar arbitrariamente o rol das condutas que maculam a probidade, senão que elas já se encontram potencialmente descritas no dispositivo legal. Assim, é possível afirmar que, na medida em que o princípio da probidade busca concretizar um estado de coisas marcado pela atuação legal, transparente e eficiente do Poder Público, é possível, diante das peculiaridades de cada ato, aferir se suas conseqüências contribuem para o alcance do referido estado de coisas ou não, caso este em que configurado o ato ímprobo.

Por fim, cabe alertar que o chamado Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, traz “novas” figuras de improbidade em seu art. 52, *caput* e incisos. Não nos parece boa a técnica empregada; peca por ser supérfluo indicar outras figuras de improbidade fora da Lei n. 8.429/92, como se necessidade de tipificação fechada houvesse. Esquece o legislador que não se trata de delito, mas de improbidade. Pertinente, nesta ordem de idéias, a consideração de Marino Pazzaglini Filho, quando assevera, referindo-se ao Estatuto das Cidades, que

(...) essa norma, delineando comportamentos funcionais caracterizadores de improbidade administrativa, era prescindível, posto que bastam as descrições das três espécies de atos de improbidade administrativa, insculpidas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, para nelas se promover a tipificação de qualquer ação ou omissão, como conotação de má-fé, desonestidade, falta de probidade, do prefeito e de outros agentes públicos envolvidos, na indevida utilização, ou inação, dos instrumentos da Política Urbana normatizados no EC²⁸.

3.1.1 Atos de Improbidade que Importam Enriquecimento Ilícito

Em primeiro plano, prevê a Lei n. 8.429/92, no art. 9º, os atos de improbidade que resultam no enriquecimento ilícito do agente público. Trata-se, em verdade, da forma mais grave

²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 137.

de improbidade, na qual salienta o maior desvalor axiológico da conduta, do que, conseqüentemente, advêm sanções também mais gravosas.

Assevera, com precisão, Marino Pazzaglini Filho que

Configura-se esse tipo de improbidade administrativa quando o agente público (político, autônomo, servidor público ou particular em colaboração com o Poder Público) auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública (direta ou indireta, incluindo a fundacional) dos entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio público, em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. E também em entidades privadas de interesse público que recebam ou manejem verbas públicas²⁹.

Transcrevemos o *caput* art. 9º da Lei de Improbidade, para facilitar a análise da matéria:

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

Vê-se que o dispositivo não descreve uma conduta ou condutas taxativamente, como configuradora de improbidade, o que se repetirá nos artigos 10 e 11. Cuida, ao invés, de maneira aberta, de prescrever que qualquer vantagem pecuniária ilícita percebida pelo agente seja diretamente em desfavor das entidades listadas no art. 1º da lei ou de particular, mas, em razão do cargo, configurar-se-á como ato ímprobo. Ao *caput* seguem-se doze incisos descritores de atos maculadores da probidade, mas que, longe de esgotarem o rol das condutas ímprobadas, apenas as exemplificam. O cerne da questão não é o enquadramento do ato em algum dos incisos, mas a sua potencial agressão ao princípio da probidade, que dará propulsão à aplicação das sanções.

²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op Cit.* p. 58-59.

A importância maior em alocar a conduta em alguns dos tipos de improbidade, a saber, aqueles que provocam enriquecimento ilícito do agente, dano ao erário ou atentam contra os princípios da atividade estatal, consiste na modulação que o aplicador deverá efetivar, em obediência à Constituição e à Lei n. 8.429/92, das sanções aplicáveis. No entanto, como adiante abordaremos com maior extensão, as sanções devem guardar relação de proporcionalidade com a gravidade da lesão à probidade, não apenas ao enquadramento tipológico, que apenas servirá como parâmetro do máximo de punição a ser aplicada, nunca do mínimo.

3.1.2 Atos de Improbidade que Causam Prejuízo ao Erário

Cuida a lei das condutas que causam prejuízo financeiro ao Estado. A bem da verdade, quase a totalidade das condutas que implicam enriquecimento ilícito do agente público causam *ipso facto* dano patrimonial ao ente político.

Feita a observação, é mister consignar que muito embora a conduta enquadre-se em mais de uma figura ímproba, deverá o agente sofrer uma única sanção, qual seja, a mais gravosa. Do contrário, ocorreria o fenômeno da punição dupla pelo mesmo ato (*bis in idem*), admitida a unidade de desígnio, que repugna ao Direito Sancionador.

Segundo Marcelo Figueiredo, a improbidade marcada pelo prejuízo ao erário pode ser definida como

Qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, pode em princípio, configurar ato de improbidade lesivo ao erário. Como visto, de várias formas, pode o agente público causar lesão: ocasionando perda patrimonial, através de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de haveres ou bens públicos. Pretende a lei evitar e coibir a lesão ao erário³⁰.

³⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. Cit.*, p.49.

Não há muito que acrescentar neste ponto. Valem todas as observações feitas no tópico precedente. Consigna-se apenas que o diferencial entre esta e as demais espécies de improbidade encontrar-se-á somente na graduação das sanções aplicáveis, e não no ato em si, já que diferença ontológica não pode haver.

3.1.3 Atos de Improbidade que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Neste ponto, certamente encontrará o intérprete dificuldade para estabelecer objetivamente o sentido da norma. A abrangência com que trata o legislador do tema da improbidade exsurge quando se analisa o art. 11, da Lei n. 8.429/92, cujo texto se traz a lume:

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.

Ora, o ato que causa enriquecimento ilícito do agente ou dano ao erário certamente também se enquadra no aludido dispositivo. Aqui é possível notar a extensão dada à figura da improbidade pelo legislador, bastando atentar para o inciso I, acima transcrito. Com efeito, estabelecer como contrário à probidade praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência é deveras vasto e impreciso.

Há exageros, portanto. Como está redigido, o inciso, *a priori*, tipifica como improbidade qualquer ilegalidade, com o que não se pode concordar.

Também não se pode dar acolhida à tese que sustenta a necessidade de má-fé ou ostensiva desonestidade – embora importantes na caracterização do instituto, não o esgotam – na conduta do agente para que se configure a improbidade, na medida em que atenta apenas ao sentido etimológico do termo improbidade.

Com o devido perdão dos que assim se manifestam, tal não se afigura o melhor entendimento. A violação do princípio ou da regra jurídica, desde que tenha potencialidade lesiva à concretização do Estado ético, embora ocorrida apenas por culpa, entendida como a entende o Direito Penal, do agente – sem má-fé, portanto –, configurará, diante do perfil constitucional do instituto e de sua regulamentação legal, ato de improbidade. Portanto, nem toda ilegalidade será configuradora de improbidade, assim como, analogicamente, nem toda conduta que, *a priori*, enquadra-se no esquema formal do tipo penal poderá ser nomeada de crime. Contudo, repisamos, a improbidade prescinde da má-fé.

3.1.4 Das Sanções

Como visto, aquele que, descumprindo o seu mister público – novamente alertamos que apenas se ocupa da improbidade referida aos agentes públicos, embora não descuremos do fato de poderem os particulares também ser sancionados por sua prática –, mesmo que sem dolo, lesione os valores acolhidos nos princípios constitucionais, que por sua vez imantam as regras infraconstitucionais, contribuindo negativamente para o alcance de um Estado transparente e eficiente – *e. g.*, o prefeito que, dispondo de bastante dotação orçamentária, aplica a verba em despesa supérflua, mesmo não tendo o dever legal de destiná-la a qualquer área ou projeto específico – qualifica-se como ímprobo. Logicamente, a sanção cabível ter a mesma

extensão que teria aquela a ser aplicada a um servidor público que de má-fé descumpra os deveres que seu cargo lhe impõe.

Prescreve o art. 37, § 4º, da Lei Fundamental, as sanções aplicáveis ao ímprobo: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei n. 8.429/92, no seu art. 12, tratou de estabelecer a gradação prevista no dispositivo constitucional, acrescentando as punições consubstanciadas na multa civil e na proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Ressalta o dispositivo serem as penas ali estipuladas independentes de outras porventura aplicáveis nas esferas cível, penal ou administrativa.

Aceitam gradação, na dicção legal, as sanções de suspensão dos direitos políticos (três a cinco anos, para malfeição de princípios regedores da atividade estatal; cinco a oito anos, para o causador de danos ao erário; oito a dez, para enriquecimento ilícito), a multa civil (até cem vezes o valor da remuneração, para malfeição de princípios regedores da atividade estatal; até duas vezes o valor do dano, quando houver prejuízo ao erário; até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, quando houver enriquecimento ilícito) e a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos creditícios ou fiscais (três anos, para ataque a princípios regedores da atividade estatal; cinco anos, quando houver prejuízo ao erário; dez anos, quando houver enriquecimento ilícito).

Fixas, no entanto, as sanções referentes à perda da função pública, ao ressarcimento integral do dano e da perda de bens ou valores acrescidos indevidamente.

Contudo, não necessariamente deve o magistrado aplicá-las cumulativamente. Atento à proporcionalidade, o julgador apenas imporá as sanções que sejam imprescindíveis à reparação

e repressão da conduta danosa, de acordo com o grau de torpeza apresentado. Mais uma vez preciosa a lição de Marino Pazzaglini Filho:

(..) a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o Magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco³¹.

3.2 Crime de Responsabilidade e *Impeachment* na Constituição Federal de 1988

3.2.1 Pequena Introdução ao instituto do *Impeachment*

Etimologicamente, *impeachment* sinaliza para impossibilidade de continuar, de seguir em frente. Buscando a origem do termo, Antonio Riccitelli, fazendo alusão a Cretella Junior, afirma:

(...) chega-se à origem etimológica da palavra *impeachment*, do latim *impedimentum*, que significa impedir, proibir a entrada com os pés, e representa a idéia de não pôr os pés. A raiz comum do inglês *peachment* e do latim *pedimentum* é *ped*, que se traduz por pé, e somada ao preverbo *em* do inglês ou *in* do latim, cujo significado é 'não', integram o vocábulo dando o significado já citado. Etimologicamente, *impeachment* é proibição de entrar³².

O instituto encontra-se já definitivamente sepultado na Inglaterra, onde teve nascimento, substituído que foi pelos mecanismos parlamentares de destituição do Primeiro Ministro e de seu gabinete, a saber, o voto de desconfiança ou a moção de responsabilidade. Vigê ainda, entretanto, nos Estados Unidos da América, donde foi importado para o Brasil.

Em terras nacionais, ganhou vida nova com o processo para a apuração de crime de responsabilidade do primeiro Presidente da República eleito democraticamente, por voto popular, após o fim da ditadura militar instaurada com o golpe militar de 1964. Referido processo de *impeachment* findou por condenar o Chefe do Executivo Federal, aplicando-lhe o Senado a pena

³¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *OP. Cit.*, p. 156.

³² RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à Brasileira: instrumento de controle parlamentar?* Barueri: Minha Editora, 2006, p. 1.

de oito anos de suspensão dos direitos políticos, não se lhe infligindo a perda do cargo, posto que dele já havia se desocupado através de renúncia.

É, contudo, instrumento de difícil utilização, na medida em que necessita de condições sociais e políticas extremamente peculiares. Vejamo-lo mais de perto então.

3.2.2 Histórico do Instituto

Pode-se com certa segurança asseverar que não há nada mais cobiçado pelos homens de maneira geral que o poder. Os que o detêm querem mantê-lo a qualquer custo, enquanto os dele distantes aspiram-lhe violentamente. Portanto, embora a Constituição trace o quadro estático do Poder, os governantes são fungíveis nesta estrutura. Não raro são perseguidos os detentores do Poder, mesmo injustamente. Hodiernamente, busca-se ao máximo juridicizar a luta pelo Poder, para mantê-la dentro da ordem estatal. Assim, muda-se o grupo de poder, no entanto permanece revigorada a instituição política.

Destarte, uma das formas de retirar o governante do posto, nos sistemas presidencialistas, é o *impeachment*, que se constitui, portanto, em instrumento de controle do exercício do poder político. Assevera-se, no que se está acorde com Pinto Ferreira, que o ano de 1376, no governo de Eduardo III na Inglaterra, pode ser apontado como o nascedouro do *impeachment*³³. Consubstanciava-se em processo através do qual se possibilitava à Câmara dos Comuns formular acusação em face dos ministros do rei para, em seguida, julgar-lhes a Câmara dos Lordes. Possuía então natureza tipicamente judicial. Diferente do que hoje ocorre, visava não só a destituir do cargo o agente, como aplicar-lhe penas de caráter corporal³⁴, mesmo a pena

³³ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 384.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

capital. Dado o rito marcado pela falta de celeridade, preferiu o Parlamento a utilização de outros instrumentos, tal qual o *bill of attainder*.

Os constituintes norte-americanos acolheram-no em sua Carta Magna de 1787 (art. 2º, seção 4ª). Leciona Pinto Ferreira que primitivamente apenas aplicava-se (o *impeachment*) aos funcionários civis, restando imunes os congressistas. Era cabível nos casos de traição (*treason*), suborno (*bribery*) ou graves crimes (*high crimes*). Perde o instituto, contudo, a característica de permitir a aplicação de sanção corporal, restringindo-se a reprimenda à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública por determinado período.

Necessária para a deflagração do processo a ocorrência de crime. Mas não há lei, distintamente do regime brasileiro, tipificando condutas como sujeitas às sanções inerentes ao processo de *impeachment*. Portanto, dúbia a configuração do instituto. A contradição é, pois, transplantada para o Brasil.

A Constituição do Império de 1824 tratava já do *impeachment* de Ministros de Estado, conferindo-lhe natureza penal. Todas as demais Constituições brasileiras, a exemplo, contêm preceitos acerca do crime de responsabilidade e de seu processo de apuração. Sob a égide da lei fundamental de 1946, promulgou-se a Lei 1.079, em 10 de abril de 1950, que cuida de descrever as condutas tidas como crime de responsabilidade e o procedimento a ser adotado pelo Parlamento para o seu julgamento. Aplica-se ao Presidente da República, ao Vice, aos Ministros de Estado, nas ações conexas com o Presidente (*impeachment* tradicional), aos Governadores dos Estados-membros, aos seus Vices, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador Geral da República e ao Advogado Geral da União. Entende a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a nova ordem constitucional instituída em 1988 recepcionou o diploma em sua maior parte. Para o Governador e Vice do Distrito Federal, dos Territórios e

respectivos Secretários trata do tema a Lei 7.106, de 28 de junho de 1983, que define no art. 1º como crimes de responsabilidade aqueles previstos na Lei 1.079/50.

Para os prefeitos e secretários municipais, aplica-se o Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967. O art. 1º da aludida norma cuida impropriamente de definir crimes de responsabilidade, que embora assim nomeados não se qualificam como crimes de responsabilidade; são, em verdade, crimes comuns próprios, praticados contra a Administração Pública municipal, cujas sanções incluem o tolhimento da liberdade. Os crimes efetivamente de responsabilidade, por sua vez, vêm elencados no art. 4º do diploma normativo, submetendo à Câmara de Vereadores o julgamento do chefe do Executivo Municipal.

3.2.3 O Delineamento Constitucional e Legal do Crime de Responsabilidade e do *Impeachment*

3.2.3.1 Problemática acerca do Crime de Responsabilidade e do Processo de *Impeachment*

Vacilam a doutrina e a jurisprudência pátrias acerca da natureza do crime de responsabilidade e, por decorrência lógica, do processo através do qual é apurado, o *impeachment*. Para muitos estudiosos do assunto, no que os acompanha parte da jurisprudência, têm as duas figuras natureza eminentemente política. Não seria crime propriamente de que se trataria, nos moldes em que conceituado nas raias do Direito Penal. A uma, pelas sanções que lhe são cominadas, a saber, destituição do cargo e inabilitação para exercer qualquer função pública por determinado período, hodiernamente oito anos. A duas, pois o processo através do qual as sanções são concretizadas não é judicial, mas político, levado a cabo, pois, pelo Senado Federal. Assim pronuncia-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard, em excelente estudo sobre o tema, intitulado *O Impeachment*.

Por seu turno, o insuperável Pontes de Miranda qualificava de criminal o processo de *impeachment*, posto que direcionado ao deslinde de crime. Não haveria, nesta medida, diferença ontológica entre o crime de responsabilidade e o crime comum, previsto no Código Penal. Em suas palavras:

É sem qualquer pertinência invocar-se o direito inglês, ou o direito dos Estados Unidos da América, para se resolverem questões sobre a responsabilidade política no Brasil. Crimes de responsabilidade, no Brasil, são apenas os crimes que a lei apresenta – lei necessariamente federal – como crimes de responsabilidade [...] No sistema jurídico brasileiro, em que a palavra *impeachment* se evidencia inadequada, os crimes de responsabilidade, no Império e na República, são crimes, são figuras delituais penais³⁵.

Há entendimento segundo o qual teria natureza mista o instituto. Cita-se, nesta perspectiva, José Frederico Marques. Ainda outros há que vacilam em acolher a tese da pureza da figura e parecem concordar com sua natureza dúbia, tal qual Manoel Gonçalves Ferreira Filho consignando, em relação ao ato que desemboca no *impeachment*, que “...o fundamento deste em sua substância é político, mas em sua forma é um crime (em sentido formal)”³⁶.

3.2.3.2 Previsão Constitucional

A Constituição Federal de 1988 confere à Câmara dos Deputados o *juízo de admissibilidade* da acusação (mesmo que esta seja articulada por membros da Casa), e ao Senado o julgamento de mérito; o papel da Câmara no processo de *impeachment*, assim, não é aquele comparável ao do Ministério Público no processo penal – dedução da acusação –, mas ao do juiz que recebe ou rejeita a denúncia, independentemente do *meritum causae*) do Presidente da República nos casos de crime de responsabilidade, cabendo somente a ela decidir, por 2/3 de seus membros, aceitar ou não a denúncia contra o mais alto dignatário da nação, conforme preceitua o art. 51, assim redigido: “Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois

³⁵ MIRANDA, Pontes *Apud* Francisco Chaves dos Anjos Neto. **Princípio da Proibição Administrativa**: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p. 95.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.* P. 163.

terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”.

Por seu turno, no art. 52, I e II, outorga-se competência ao Senado Federal para processar e julgar as autoridades por crime de responsabilidade. *Verbis*:

“**Art. 52**”. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

“II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”. O parágrafo único do artigo em comento prescreve que “Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

No art. 85, a Carta Magna delimita o âmbito material em que possível o estabelecimento dos chamados crimes de responsabilidade quanto ao chefe do poder Executivo, nos seguintes termos:

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

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Interessante notar ainda que o parágrafo único do aludido preceito constitucional exige lei especial para o estabelecimento das condutas delituosas, bem como para a regulação do processo e de seu julgamento. Portanto, em defesa da tese penalista, submete-se o crime de responsabilidade e, em decorrência, seu processo, à estrita legalidade, tal qual o crime comum. Também o Supremo Tribunal Federal sufraga esta concepção penal (entendimento sumulado através do enunciado n. 722), conforme se depreende do acórdão proferido na Ação Direita de

Inconstitucionalidade n.834 – Mato Grosso do Sul, que teve por relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado- membro - como sustentam autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembléia Legislativa³⁷.

O caput do art. 86 da Lei Máxima já dá o traçado básico do processo de *impeachment*. Sua redação é a seguinte: “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

É de se notar, porém, que, em se tratando de crime de responsabilidade de Ministro de Estado – o que, *mutatis mutandis*, ocorrerá nos Estados com os Secretários –, cabe ao Supremo Tribunal Federal o seu julgamento por crime de responsabilidade. Aqui, há toda a caracterização de crime comum, cabendo inclusive a denúncia unicamente ao Procurador Geral da República, pois que é o Ministério Público o detentor da privatividade da ação penal pública. Nesse sentido, já se manifestou a Suprema Corte:

DENÚNCIA POPULAR. SUJEITO PASSIVO: MINISTRO DE ESTADO. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL COMO NOTITIA CRIMINIS. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O processo de *impeachment* dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade do disposto nos artigos 51, I e 52, I da Carta de 1988 e 14 da

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 834-MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça em 09/04/1999, p. 2.

Lei nº 1.079/50, dado que é prescindível autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração. Prevalência, na espécie, da natureza criminal desses processos, cuja apuração judicial está sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do Ministério Público Federal (CF, artigo 129, I). Ilegitimidade ativa *ad causam* dos cidadãos em geral, a eles remanescendo a faculdade de noticiar os fatos ao *Parquet*.³⁸ (grifos no original)

Portanto, da análise dos dispositivos constitucionais atinentes ao crime de responsabilidade, é possível concluir que não resta claro vincular a figura ao campo puramente político ou ao penal. Há exigência de lei específica tratando da matéria. O processo de *impeachment* é jurisdicional, embora não exista necessidade formal de fundamentação da decisão. Porém, tal também se verifica no tribunal do júri. Parece, enfim, que o só-fato de haver a necessidade de certas condições políticas para que se proceda à instauração do processo de impedimento não é suficiente para retirar-lhe o traço penal.

3.2.3.3 Análise da Legislação Infraconstitucional

Para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União, este último equiparado a Ministro de Estado, vigora, no que toca à previsão dos fatos tipificados como crime de responsabilidade e ao estabelecimento do procedimento de sua apuração, a Lei 1.079/50.

Tal diploma legal, como visto, apenas pode descrever condutas que estejam dentro do âmbito material estabelecido no art. 85 da Constituição Federal, quanto ao Presidente da República e aos Ministros de Estado (estes apenas quando a conduta criminal que lhes é reputada

³⁸ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Pet. 1954-DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça em 01/08/2003, p. 106.

for praticada em concurso com o Presidente da República); assim, não foi recepcionado o art. 11 e seus incisos da lei 1.079/50, que previa os crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos.

Demais disso, o art. 2º previa inabilitação por cinco anos para o exercício de qualquer função pública. Não mais vigora esse dispositivo, diante do parágrafo único do art. 52, da CF/88, que dilata o prazo para oito anos.

Para o Governador do Distrito Federal e dos Territórios vale a mesma tipificação da Lei 1.079/50, em vista do art. 1º da lei 7.106/83.

O Decreto-Lei 201/67 (por sua vez) cuida de definir as condutas tipificadas como crime de responsabilidade para os prefeitos municipais. Entretanto, a norma chama impropriamente de crimes de responsabilidade atos que consubstanciam crimes comuns, cujo julgamento caberá ao Poder Judiciário. São, pois, passíveis de pena de prisão, ao que se acresce a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública por período determinado. Apenas no art. 4º há previsão dos crimes propriamente de responsabilidade, cabendo o julgamento à Câmara Municipal. Contudo, apenas são sancionados com a cassação do mandato, sem que haja inabilitação para o exercício da função pública.

3.3 Cotejo entre Ato de Improbidade e Crime de Responsabilidade

Tanto a Lei de improbidade quanto o processo de *impeachment* visam proteger o Estado contra agentes públicos cuja atuação mostra-se violadora dos valores acolhidos nas normas constitucionais. No entanto, não se pode confundir as duas hipóteses.

O ato de improbidade tem natureza político-administrativa. Não se submete ao princípio da tipicidade fechada, conquanto, em princípio, qualquer conduta, ativa ou omissiva, que atente contra a probidade, esteja ou não expressamente descrita em qualquer norma jurídica, sujeite o agente às sanções, de forma graduada, previstas no art. 37, § 4º, da Magna Carta e no art. 12, da lei 8.429/92. Isso decorre do fato de não ser penal a figura, o que é possível extrair-se da norma constitucional, que não isenta o ímprobo de possível processo penal, logicamente desde que configurados os pressupostos de sua instauração. Interessante observar que o art. 52, II, da CF/88, em sua parte final, aduz que as sanções aplicáveis no processo de *impeachment* independem de quaisquer outras que sejam judicialmente aplicáveis. Nota-se que não se ressalva expressamente a ação penal cabível, como se faz no caso da improbidade. Assim, resta a dúvida acerca de quais sanções judiciais acrescentam-se à perda do cargo e à inabilitação por oito anos para o exercício da função pública: se apenas civil-administrativas ou se também penais. O art. 3º da Lei n. 1.079/50 afirma poder-se cumular a ação penal comum com o *impeachment*, no entanto não é isento o dispositivo de questionamentos sobre sua constitucionalidade.

Todos os agentes públicos estão vinculados ao dever de probidade; portanto, a Lei de Improbidade a todos eles se aplica. Discussão apenas pode existir quanto ao Presidente da República, por circunstâncias adiante examinadas.

Por aí já se vê que não há qualquer relação, afora a finalidade, entre as figuras examinadas. O crime de responsabilidade, embora a maior parte da doutrina o considere como eminentemente político, atende à legalidade estrita, no sentido de apenas ser legítima a instauração de *impeachment* quando a conduta estiver descrita na lei que regulamenta da matéria.

Cabe relevar que o Supremo Tribunal Federal vacila diante da ambigüidade que é ínsita à figura. Com efeito, aquela Corte Constitucional pacificou o entendimento de que apenas à União toca legislar acerca do assunto, dado que trata de Direito Penal. Ora, se trata de matéria

penal, todos os elementos inerentes a esse ramo do direito devem estar presentes. Assim, diferente do que prescreve a lei 1.079/50, a mesma conduta não poderia sujeitar o agente a dois processos, o de *impeachment* e o penal ordinário, dado que se configuraria odioso *bis in idem*. Como já explanado, a norma constitucional não inquina tal conclusão, posto que apenas ressalva as demais sanções judiciais cabíveis, o que parece indicar a exclusão das sanções penais. No caso da improbidade, tentando acentuar a natureza não-penal da figura, a norma constitucional fala que as sanções ali previstas não impedem a persecução penal. Quanto ao crime de responsabilidade, não há, como visto, tal ressalva. Não nos parece casuísmo tenha o legislador assim agido. Reconhecemos, no entanto, que esta não é a opinião da grande maioria da doutrina nem da jurisprudência pátria.

Demais disso, o alcance subjetivo do *impeachment* é bem menor. Aplica-se, em sentido distinto da improbidade, apenas àqueles agentes enumerados taxativamente na Lei das Leis, no caso da União, e aos seus congêneres nos Estados e Municípios.

No que tange ao peso das sanções, percebe-se que a improbidade gera conseqüências bem mais gravosas ao seu causador. Em princípio, apresentar-se-iam sem razoabilidade quando analisadas diante do crime de responsabilidade. Mas isso não justifica a não-aplicação da Lei 8.429/92 às pessoas também sujeitas a *impeachment*. Caberá, por conseguinte, ao intérprete/aplicador modular – permitindo-se inclusive não aplicá-las todas – as sanções da improbidade, para adequá-las ao grau de lesividade e ao princípio da probidade.

Por fim, necessário ainda enfocar questão crucial ao tema, pertinente ao prazo (prescricional) em que possível propor ação de improbidade, em referência ao processo de *impeachment*. Ora, segundo o art. 23, I, da Lei de Improbidade, as ações que visem aplicar as sanções previstas na norma podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança. De seu turno, o processo de *impeachment*

apenas pode ser iniciado enquanto o acusado permanecer na função. Muito embora, uma vez iniciado o processo penal-político, mesmo tendo o agente deixado o cargo, aquele pode ser levado a seu termo, para o que será aplicada a sanção referente à inabilitação para o exercício de função pública por oito anos.

4 QUEM SÃO OS AGENTES POLÍTICOS

Toda a argumentação até aqui levada a efeito colima estabelecer que os agentes políticos, como agentes públicos que são, não estão imunes da responsabilidade pela prática de ato de improbidade nos moldes da Lei 8.429/92. Não há que se falar que atuam apenas com responsabilidade política, consubstanciada no crime de responsabilidade, apurado por meio do *impeachment*, cuja utilização é raríssima e depende muito mais de circunstâncias episódicas do partidarismo político que da verdadeira necessidade de afastar do poder aquele que dele se utilizou de maneira corrompida.

Portanto, é necessário conceituar com precisão o que vem a ser agente político, dentro do contexto da Administração, para daí em diante extrair-se a conclusão que se nos afigura mais lógica e consentânea com os princípios do Estado Democrático de Direito, que indica a necessidade de utilizar-se de todos os instrumentos jurídicos pertinentes a evitar que o detentor eventual do poder dele abuse e finde por fazer apodrecer estrutura cuja preservação constitui seu primeiro dever.

Agentes políticos podem, com razão, ser processados por crime de responsabilidade, o que significa perseguição na esfera político-penal, bem como se sujeitam à sanção por

improbidade, de cunho político-administrativo-ressarcitória, inclusive concomitantemente, sem que se possa cogitar de *bis in idem*.

Apenas se ressalva o Presidente da República, cujo distinto regime constitucional permite-nos afirmar que está isento dos comandos da Lei 8.429/92, apenas se sujeitando ao *impeachment* ou à responsabilização civil (ação civil pública, ação popular, ação de indenização comum) ordinária ou mesmo penal (crimes comuns) quando cabível.

4.1 Agente Público: Caracterização

Agente público é categoria a que pertencem inúmeras figuras, as quais possuem o traço comum de serem, de alguma maneira, meios de formação, no plano político-jurídico ou de concretização material, da vontade estatal, abrangendo esta última expressão também as pessoas jurídicas que compõem a Administração dita indireta. O afamado administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo aduz que “Esta expressão - agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”³⁹. Por seu turno, Maria Zanella Di Pietro sinteticamente leciona que “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta”.⁴⁰

Portanto, agente público é conceito vastíssimo, qualificador mesmo de um gênero, no qual se encontram os agentes políticos como espécie.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 226.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 431.

Na esteira do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, vislumbramos como espécies de agentes públicos, além dos políticos, os servidores estatais e os particulares em colaboração com o Poder Público.

4.1.1 Servidores Estatais

Todos quantos travam típica relação de trabalho subordinado, de cunho eminentemente técnico-profissional, gozando de mais ou menos liberdade no atuar, podem ser enquadrados neste tipo. Perfeito o escólio do grande administrativista paulista, que assim se refere a esta espécie de agente público:

A designação servidores estatais – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza público ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.⁴¹

Portanto, releva para a tipologia do servidor estatal o profissionalismo com que desempenha as funções inerentes ao seu cargo, geralmente de cunho eminentemente administrativo, com escasso poder decisório. São geralmente recrutados mediante concurso público de provas ou provas e títulos.

Ainda podem-se distinguir como subespécies dos servidores estatais os servidores públicos e os empregados das empresas estatais.

O objeto designado pela expressão servidores públicos não encontra definição uniforme na doutrina. José dos Santos Carvalho, ciente da celeuma conceitual, assevera que “O certo é que tais agentes se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 230.

recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração. São, na verdade, profissionais da função pública.”⁴².

A Constituição Federal de 1988, em sua originária redação, não contemplava o regime de emprego público na Administração direta, nem nos entes de Direito Público; apenas concebia-se servidor detentor de cargo efetivo ou de livre nomeação e exoneração ou detentor de função. Com as sucessivas reformas constitucionais (Emenda Constitucional n. 19/98), passou-se a admitir, nos termos da lei, servidores públicos detentores de emprego público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com alguma mudança, é certo, comparado aos empregados da iniciativa privada, mormente no que tange à estabilidade. No plano da União, regula a matéria a Lei n. 9.962/00.

De seu turno, os empregados das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) em nada diferem dos empregados em geral, face ao art. 170 da Carta Magna. Apenas sujeitam-se ao concurso público para ingresso nas funções e equiparam-se, para fins de responsabilização penal, aos servidores públicos.

4.1.2 Particulares em Colaboração com o Poder Público

Nesta classe estão aqueles que não possuem vínculo formal com o Estado, sendo, portanto, particulares que desempenham função pública em determinadas ocasiões, mais ou menos dilatadas no tempo. Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que esta espécie de agente público é “composta por sujeitos que, sem perderem a qualidade de particulares – portanto, de pessoas

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p.460.

alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para o serviço militar) -, exercem função pública, ainda que às vezes em caráter episódico”⁴³.

São, de conseqüência, aqueles requisitados para determinadas funções de relevância pública, tais como os jurados ou mesários. São ainda os que, em circunstâncias extremas, como nas catástrofes da natureza, assumem o mister público. Nesta categoria também estão os contratados mediante locação de serviços, bem como os concessionários e permissionários de serviço público. Em que pese certa dúvida frente ao regime jurídico diferenciado de que gozam, os titulares de registro e ofício público de notas (art. 236, CF/88) também se enquadram nesta categoria.

4.1.3 Da Caracterização do Agente Político

Não há dúvida de que agentes políticos ocupam o topo da pirâmide hierárquica estatal. Atuam, pois, com amplo poder decisório, em atitude marcada pelo signo da ordenação e do direcionamento de toda a atividade estatal. Políticos são, enfim, porque desfrutam de poder de orientação da sociedade organizada em Estado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Agentes políticos 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”⁴⁴.

Interessante o conceito de Sérgio Sérulo da Cunha, que assim se manifesta: “Agente político é o agente que, no exercício da sua função, não se subordina a nenhuma outra autoridade, senão à da lei. Ou, por outra, é aquela cuja discricionariedade só encontra limite na lei, não na

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 230

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 229.

discricionarietà de outrem”⁴⁵. Na linha de raciocínio desenvolvida, urge salientar, portanto, que a falta de subordinação do agente político a qualquer outro agente público não significa possibilidade de atuar arbitrariamente, a seu talante, isento de qualquer controle funcional. Está adstrito, pois, a todos os princípios e regras conformadores da Administração Pública. Impõe-se-lhe o dever de probidade. Se diferença há entre ele e os demais agentes públicos no que tange à responsabilização por seus atos, esta é a sua sujeição ao controle político-penal, substanciado no crime de responsabilidade ou na cassação pela Casa Parlamentar de mandato de seu membro.

Dessarte, pensamos que a nota específica caracterizadora do agente político é a possibilidade da perda do cargo através de processo com feições políticas – embora não apenas políticas, em determinados casos –, cujo trâmite dá-se nos parlamentos, ao que se agrega o processo de sua investidura, através de eleição direta ou por nomeação do chefe do Executivo, com a aquiescência do Parlamento. São, por conseguinte, os chefes do Poder Executivo de quaisquer das esferas de governo, seu auxiliares imediatos – ministros ou secretários –, os membros do Poder Legislativo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União, bem como seus congêneres nos Estados e Municípios.

Não se pode comungar da opinião de parte da doutrina que enxerga nos magistrados, embora membros de Poder de Estado, e membros do Ministério Público, delegados de polícia, defensores públicos, membros dos Tribunais de Contas e diplomatas⁴⁶ a marca específica do agente político. Em que pese a relevância de suas funções, pelo que gozam de prerrogativas e sofrem vedações especialíssimas, enquadram-se como servidores especializados, que atuam com profissionalidade, de caráter eminentemente técnico; profissionais no desempenho de seu mister.

⁴⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Responsabilidade Administrativa e “Impeachment”**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 5, p. 228, 1994.

⁴⁶ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 78.

Melhor seria chamá-los servidores autônomos, em vista do grau de liberdade que desfrutam no desempenho de suas competências.

Sem embargo do exposto, as características que conformam a figura do agente político, das quais a maior concentração de poder sobreleva-se, não podem ser tomadas como algo da natureza mesma das coisas, como inerente ao campo da necessidade, irrefragável. Todo poder estatal é apenas instrumento para a consecução de certas finalidades, aceitas como necessárias para a manutenção do grupo social. Portanto, o amplo poder decisório do agente político é ferramenta – não mais que isso – para o desempenhar de seu mister de condução do Estado em busca de realizar a sua finalidade.

É preciso salientar, ademais, que a insubmissão, por lógico, do agente político ao poder hierárquico não significa que está imune a qualquer controle funcional, pois que adstrito a todos os princípios e regras que informam a Administração Pública. Não pode, conseqüentemente, furtar-se ao dever de probidade.

4.2 Estado Democrático de Direito, República e Responsabilidade no Exercício do Poder Político

Todo grupo – e o homem, pela sua falta de auto-suficiência, há de viver sempre em grupos, posto que necessitará relacionar-se com seus semelhantes – reúne-se em torno de uma finalidade. Seu primeiro desafio, então, será manter-se unido, para o que haverá de possuir certas regras que mantenham a sua coesão. Alguém neste grupo, portanto, deverá ditá-las. Assim ocorre na família ou em qualquer outro agrupamento humano. O Estado, visto por determinado prisma,

nada mais é que um grupo humano. Como tal, impõe a observância de uma determinada ordem, para que possa alcançar seus fins e manter-se íntegro.

Caracteriza-se o Estado pela circunstância de que seu poder não concorre com o de nenhum outro grupo; suplanta-os a todos. Não reconhece nenhum poder que lhe seja superior e utiliza-se – pelo menos há a possibilidade de utilização – da força física para ver respeitada a ordem que impõe. A um tal poder é que se designa com o qualificativo de político.

É, portanto, o fato de haver a possibilidade de coagir através da força, o que lhe é exclusivo, a nota específica do Estado, que assim exigirá a adesão de todos os demais grupos à sua ordenação, os quais, por isso, poderão ser denominados parciais, na medida em que integrados como partes neste grupo total que é o ente estatal.

Como dito, em todo grupo há uma fonte criadora de determinada ordem, que nada mais é que um conjunto de regras a serem seguidas pelos membros da coletividade. Surgirá o Estado, pois, quando o poder de estabelecer a ordem não pertencer a qualquer membro individualmente considerado, mas a uma pessoa ideal, em nome da qual seja a norma posta.

Não nos interessam as formas mais antigas do Estado, se é que assim se pode nominar tais organizações sociais, dado que os que governavam eram escolhidos dos Deuses, quando não eram eles próprios assim concebidos, tudo a indicar que ainda exerciam o poder em nome próprio e não da instituição, tal qual o Faraó no Egito antigo.

É na Idade Moderna, com a concentração de poder nas mãos do rei na Europa ocidental, suplantando a igreja e os senhores feudais, que surgirá o Estado com o traçado geral que hoje detém. Ora, para que pudesse o rei legitimar seu poder sobre todos os demais, engendra-se o conceito de soberania. Este indica que o poder estatal, confundido à época com o do próprio governante, era superior dentro do território do Estado a qualquer outro e no plano externo a nenhum outro se submetia, ombreando-se ao poder dos demais Estados.

Confundia-se, pois, o poder do ente com o do governante. Ora, sendo aquele inviolável, também assim seria este. Culmina tal situação na irresponsabilidade do Estado e de seus regentes. Não encontrava limites a atuação do Estado. “Historicamente essa época coincide em sua maior parte com a das monarquias absolutas, dando origem a uma série de princípios jurídicos idênticos: *Quod regis placuit legis est; the king can do no wrong; le ne peut mal faire*”⁴⁷, aduz com propriedade Gordillo.

Em busca de segurança para efetuar os seus negócios, sem a intromissão casuística do poder estatal, a burguesia, classe em franca expansão no século XVIII, construirá um movimento de idéias cujo escopo central será limitar o poder do Estado. E tal se faz de duas maneiras: a uma, estabelecendo o princípio da legalidade – recuperando antigo ensinamento filosófico, que pregava a infalibilidade do governo imparcial das leis, em detrimento do governo dos homens, que se deixam dominar por suas paixões –, pelo qual só poderia atuar o ente político quando autorizado por lei, esta fruto da vontade geral (Rousseau), na medida em que estabelecida pelo Parlamento, formado pelos representantes do povo, ou melhor, da classe burguesa. De outro lado, apenas poder-se-ia impor qualquer obrigação ao cidadão através da lei. Como conseqüência, racionalizado o poder pela lei, restaria estabelecida a segurança jurídica. Apreendido de outra perspectiva, o movimento concretizará, igualmente, o princípio da isonomia, na medida em que a lei é o limite de atuação de todas as pessoas.

Engendra-se, portanto, a noção de Estado de Direito, significando submissão à lei. Contudo, tal qualificativo ainda não diz muito, na medida em que está a depender do tipo de Direito a que se venha submeter o Estado. Há, pois, o Estado de Direito fascista e o democrático, mas ambos de Direito.

⁴⁷ GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1977. p. 27.

De outro lado, era necessário ainda estabelecer um campo dentro do qual não poderia o Estado atuar; haveria, pois, um limite insuperável à sua força. É este espaço, o dos direitos individuais, que qualificados de humanos ou fundamentais eram imunes ao ente estatal. Sendo concebidos como inerentes ao homem enquanto tal, impossível atacar-lhes sem que se modificasse a própria essência humana.

Para fechar o quadro, era mister retirar das mãos de uma só pessoa o exercício de todas as funções estatais. Assim, Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, sistematizará a separação de funções como condição *sine qua non* para o alcance da segurança jurídica. Haverá, pois, necessidade de repartir as funções entre três conjuntos orgânicos, todos interiores ao próprio Estado, quais sejam, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo.

Demais disso, tal esquema de poder deverá possuir um mínimo de estabilidade. Daí surgir a idéia de Constituição como norma de maior importância e hierarquia que as demais, onde se delinearía o quadro do poder estatal e proclamar-se-iam os direitos individuais. Assim, nasce o moderno constitucionalismo, como apelo à racionalidade, como freio ao arbítrio. Estas idéias concretizaram-se, no plano político, através das Revoluções Americana e Francesa.

Em vista destas características, define Carlos Ari Sundfeld Estado de Direito

(...) como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por uma norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao Estado ⁴⁸.

Submeteu-se o Estado à lei, mas não era ainda o bastante. Com efeito, a pressão do movimento socialista forçará a classe dirigente a abandonar a concepção formalística de Estado de Direito, enquanto entendido como aplicação da lei a todos indistintamente.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38-39.

Os movimentos democráticos ganharão força, então, na mesma medida em que não mais sequer será possível conceber o poder exercido por quem não seja legítimo mandatário do povo. Unem-se, pois, os princípios democrático e republicano. Por isso, Carmen Lúcia A. Rocha leciona com inigualável clareza que

Os princípios republicano e democrático modelam-se e condicionam-se reciprocamente, de tal maneira que não há como aceitar-se, no sistema jurídico vigente, qualquer cometimento público ou particular que confronte um deles como se, incontinentemente, o outro também não fosse atingido. Os dois princípios estão fundidos e condenados a serem tomados como expressão única e indissociável enquanto vigorar o atual sistema: República Democrática⁴⁹.

Com efeito, os dois são, usando a linguagem de Canotilho, “princípios constitucionais estruturantes”, guardando realmente, em nossa conformação político-constitucional, essa expressão única e indissociável.

Busca-se, hodiernamente, um Estado comprometido com a participação efetiva dos cidadãos nas decisões. Deve o ente político respeitar e garantir o poder de os cidadãos deliberarem sobre a construção do Direito, num processo em que a todos será possível apresentar argumentos para a fixação de determinados padrões de conduta, tudo em vista de construir-se um espaço de coexistência cada vez mais justo.

De outro turno, quem detém poder, como agente do Estado, deverá atuar com plena responsabilidade por sua conduta no exercício do mister público. Isso porque a República é a forma de governo que exige total diferenciação entre a coisa pública (*res publica*) e os interesses privados. Na República, há apenas mandatários, administradores, a quem se impõe a busca constante de legitimação do poder cujo exercício detêm. A responsabilidade dos agentes estatais por sua atuação é, portanto, o valor central que busca concretizar o princípio republicano.

⁴⁹ *Idem.* p. 69.

Em síntese, não há nas Repúblicas, sob o Estado Democrático de Direito, atuais – frutos do lento evoluir dos movimentos políticos e do Direito Constitucional – espaço para arbítrio. A ação estatal está, toda ela, imantada pela racionalidade da lei, que assim o é na medida em que fruto de processo discursivo livre, no qual deve prevalecer o argumento mais consistente, como verdade possível; portanto, só a partir desse processo de autodeterminar-se da comunidade, advém a legitimação do Direito posto.

Portanto, qualquer desvio desta pré-configuração de modelos (*standards*) de conduta estabelecidos no processo político participativo exigirá, para a manutenção da integridade do sistema, a responsabilização adequada do agente desviante.

5. O AGENTE POLÍTICO FRENTE AO ATO DE IMPROBIDADE E AO CRIME DE RESPONSABILIDADE: INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO INDEPENDENTES

5.1 Da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos Agentes Políticos

5.1.1 Princípio Republicano

República, tomada em sua acepção mais tradicional, opõe-se à Monarquia como forma de governo. Seu cerne reside no fato de não haver proprietário do poder político. Não exercem, neste modelo, os agentes públicos qualquer poder em seu nome próprio, mas apenas em favor da coletividade. Há, pois, apenas mandatários, nunca donos.

Em virtude disso, exige-se que o exercício do poder seja limitado no tempo. Há de ocorrer, portanto, constante renovação dos quadros do poder, o que permite que os novos valores hauridos no seio da sociedade, em respeito à complexidade da sociedade moderna, encontrem eco na atuação estatal. Não há em absoluto transmissão hereditária do título de governante. Todos,

em princípio, são aptos a exercerem os cargos de comando no seio do Estado. Impõe-se a todos o respeito enquanto cidadãos, seres politicamente capazes.

Somente quando se concebe que ao conceito de República soma-se, como inseparável hodiernamente, o princípio democrático – não no sentido de sobreporem-se, mas de uma fusão, resultando num terceiro gênero –, cujo ideal se pode condensar na assertiva: governo de todos para todos, num processo em que cada vez mais se garante a participação popular direta nas decisões, e o de Estado de Direito, como aplicação da lei indistintamente na medida das desigualdades, é possível compreender o Estado Democrático de Direito, enquanto forma política ideal de organização do povo no ser estatal, cuja característica maior é a abertura aos grupos excluídos. É, portanto, o caráter aberto do Direito que se vai produzir sob seu pálio. É, enfim, a promessa do respeito da dignidade na diversidade, num Estado cujo poder é legitimado pela possibilidade de participação e efetiva interferência em seus processos decisórios. Aí reside a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, como garantidor último da participação ativa do cidadão no processo político.

Avulta na República, ademais, a responsabilidade dos governantes, na medida em que acometidos à administração da coisa pública, para preservá-la. Portanto, a ação do agente público deve toda estar sujeita à análise de qualquer do povo, que poderá utilizar-se dos próprios mecanismos de defesa, diretamente ou não, que lhe são disponibilizados pelo próprio Estado. Exata – sem embargo de seu entendimento acerca de serem magistrados e membros do Ministério Público agentes políticos –, dentro desta ordem de idéias, a lição de Francisco Chaves dos Anjos:

Nossa República, a exemplo das demais, desponta com suas características próprias de eletividade (uma vez que não se admite sucessão hereditária, senão a participação do povo na escolha de seus representantes, com a verdadeira democratização do poder), temporariedade dos mandatos (sem embargo de uns serem mais temporários que os outros, sendo essa uma característica que permite uma leitura peculiar em relação aos agentes políticos, cujo fundamento de investidura não é eletivo: por exemplo, membros

do Ministério Público), e, finalmente, responsabilidade funcional dos governantes (seria a cobrança ao agente político, no que toca ao seu compromisso com a *res publica*.)⁵⁰

5.1.2 Princípio da Isonomia como Corolário do Princípio Democrático

Resulta como corolário do princípio democrático, adotado como um dos vetores do Estado Democrático de Direito, a igualdade de todos perante a lei, em virtude da qual, anteriormente, todos tiveram (ou ao menos deveriam tê-las tido) as mesmas oportunidades de influenciar no processo de sua criação. Não há, neste sentido, espaço para tratamento díspar quando as situações fáticas a serem normatizadas assemelhem-se.

Isonomia, assim entendida, pressupõe razoabilidade tanto do legislador quanto do aplicador da norma. Nesse sentido, a atividade normativa estatal deve ser pautada por critérios de racionalidade, criando distinções apenas onde o argumento racional para a adoção da discriminação mostrar-se mais forte que o seu contrário.

5.1.3 Da Aplicação da Lei de Improbidade aos Agentes Políticos: Improbidade como Categoria Autônoma de Responsabilização

A argumentação despendida no curso deste trabalho, torna-se a repetir, tem por escopo demonstrar que todos os agentes públicos, isto é, apenas observada a situação extraordinária do chefe do Poder Executivo federal, conforme estudado adiante, são passíveis de responsabilização por ato contrário ao princípio da probidade. Em primeiro plano, sobleva a adoção pelo povo brasileiro de um Estado Democrático de Direito Republicano, cujas bases são o

⁵⁰ ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Princípio da Probidade Administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 71.

reconhecimento da soberania popular (todo poder emana do povo, que o exerce através de mandatários ou diretamente), enquanto direito de participação nas decisões políticas, que deverá ocorrer em termos de igualdade de oportunidade econômica e de informação; responsabilidade daqueles que exercem o poder em nome do povo; a estrita vinculação da atuação estatal ao Direito (princípio da juridicidade, submissão do Estado ao controle jurisdicional) e a proclamação de direitos fundamentais, cuja proteção dar-se-á através de mecanismos processuais adequados (inafastabilidade do controle jurisdicional).

Nesses termos, não se concebem medidas que visem, sem razoável motivo a lhes servir de base, desigualar as pessoas frente ao Direito e, pois, frente ao controle jurisdicional. Diante dessas premissas, cabe analisar a tese esboçada na reclamação n. 2.138-6/190-DF, cujo relator originário era o Ministro Nelson Jobim, proposta contra decisão da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que condenou ex-Ministro de Estado por incurso em ato de improbidade administrativa.

Sustenta o reclamante que a competência da Corte Maior estaria sendo usurpada, pois em

que pese não existir uma previsão legal expressa no sentido de que a competência para processar e julgar a ação de improbidade proposta contra Ministro de Estado pertença ao Supremo Tribunal Federal, não há como deixar de se inferir através de interpretação analógica, e confrontando a Lei n. 8.429/92 com a Constituição Federal, que a competência para o processamento da presente ação pertence ao Tribunal indicado na Constituição Federal. Até porque não há dúvidas de que os delitos previstos na Lei 8.429/92 correspondem a crimes de responsabilidade.⁵¹

No entanto, não pára por aí a tese sustentada. Em outro momento, continua o autor aduzindo que

Ministro de Estado não responde, por improbidade administrativa com base na lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade – em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Neste particular, uma interpretação sistemática da Constituição, somada à compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, conduz à conclusão de que esses agentes não podem ser perseguidos por meio de ação de improbidade administrativa e leva à necessidade de se

⁵¹ apud MEDEIROS, Sérgio Monteiro. 1ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 33

firmar uma redução teleológica do teor da norma constante do art. 2º da Lei n. 8.429/92,⁵²

Pois,

é característico do agente político a independência na sua atuação e a capacidade de tomar decisões que se remetem ao exercício da própria soberania do Estado. O exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade.⁵³

E arremata asseverando que “Eles não podem estar sujeitos aos critérios e procedimentos de apuração de responsabilidade próprios do servidor administrativo”⁵⁴.

Os argumentos explanados pelo reclamante já obtiveram cinco votos em seu favor, no que tange à inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos. No que diz respeito ao foro para julgamento de tais autoridades, o STF já se manifestou, reiterando ser sua competência apenas aquela delineada na Carta Magna, não se admitindo interpretação ampliativa, pela inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, que estendia o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade e o mantinha em qualquer caso para depois da cessação do mandato.

É mister analisar as razões declinadas pelo ex-Ministro para a não aplicabilidade da lei n. 8.429/92 aos agentes políticos. Num primeiro momento, alega-se não passarem as condutas ímprobas de delitos de responsabilidade. Não procede, no entanto, o argumento. A improbidade não possui natureza penal. Os atos de improbidade não se submetem à legalidade estrita, e a própria Constituição Federal permite tal entendimento ao ressaltar a perseguição penal em paralelo à ação de improbidade, quando cabível.

Não há como negar que o constituinte quis ampliar o controle sobre a corrupção – espécie mais visível de improbidade –, através da previsão das draconianas sanções do art. 37, §

⁵² *Idem.* p. 33-34

⁵³ *Idem.* p. 34

⁵⁴ *Idem.* p. 34

4º. E o fez concomitantemente ao crime de responsabilidade, o qual manteve para certos agentes públicos, com processo especial de apuração, qual seja, o *impeachment*. Ressalva-se, mais uma vez, apenas a figura do Presidente da República, para quem correta a argumentação acima exposta.

De outro viés, sustenta-se não poderem os agentes políticos estar submetidos ao mesmo sistema de controle dos servidores administrativos, posto que não sujeitos a qualquer hierarquia. De longe, este é o mais falacioso dos argumentos. Antes de mais nada, pois se estivesse correto o autor também não poderiam responder criminalmente os agentes políticos pelos mesmos delitos que os agentes administrativos...

Demais disso, como já ressaltado em diversas partes deste trabalho, ao maior poder, deve corresponder a maior responsabilidade. Não há razão suficiente, em vista do regime jurídico aplicável dos agentes políticos, para excluí-los da responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Em verdade, pelo grau de poder que têm em mãos, maior deve ser o sistema de controle sobre seus atos, tudo dentro dos parâmetros da razoabilidade. O que não se permite é o engendramento de uma imunidade de todo casuística. Não há uma argumentação que a sustente, posto que atenta frontalmente contra os valores albergados nas normas constitucionais. Observa, argutamente, Francisco Chaves dos Anjos Neto, atento à vinculação entre República e isonomia, que

Numa república, para fazer jus ao nome, não há lugar para legislação casuística, que nada mais traduza senão o sentido de particularizar determinadas situações, muitas vezes privilegiando alguns em detrimento de tantos outros, como se esses corifeus do oportunismo nada devessem, em termos de responsabilidade e prestação de contas, pretendendo prevalecer aquilo que não passa de ficção – que é o sistema de representação política -, é bem verdade que engenhosa, mas que não passa disso: uma animada fantasia de exerce poder!⁵⁵

⁵⁵ Anjos Neto, Francisco Chaves dos, *Op. Cit.*, p. 80.

Com efeito, não concebeu o povo brasileiro um Estado de castas, cuja diferenciação de tratamento entre os grupos sociais não encontre justificativa racional. Esta tentativa de excetuar os agentes políticos da incidência da Lei n. 8.429/92 não encontra, repita-se, qualquer argumento que a sustente, senão que embasada na tradição autoritária de nossas instituições políticas, as quais sempre se mantiveram distantes de um efetivo controle popular sobre seu mecanismo de atuação. Em verdade, dizem-nos os constituintes que

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).

Conclui-se, pois, que o Estado brasileiro, por petição de nascimento, está destinado a garantir a igualdade entre todos, na medida de sua desigualdade (isonomia material), efetivada a distinção apenas quando relevante e necessária ao alcance daquela. Portanto, para a concretização deste valor tão caro à noção de República, sob o Estado de Direito Democrático, necessário admitir que todos os agentes públicos estão vinculados ao dever de probidade, pelo que a todos deverá aplicar-se a Lei n. 8.429/92.

5.2 A Peculiar Situação do Presidente da República

Interessa destacar que apenas o Presidente da República, ante o regramento constitucional diferenciado a que submetido, parece estar imune às sanções oriundas do art. 37, § 4º, da Carta Magna, cuja regulamentação deu-se através do art. 12, da Lei n. 8.429/92. Não significa isso, contudo, estar isento do dever de probidade. Senão vejamos.

O art. 85 da Lei Fundamental prescreve, *verbis*:

São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
I - a existência da União;

- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;

Ora, o inc. V do referido dispositivo afirma ser crime de responsabilidade do chefe do Executivo Federal a conduta que atente contra a probidade na administração. Neste sentido, é possível concluir que apenas pela via do *impeachment* poder-se-á apurar a responsabilidade do Presidente da República. Ademais, o art. 86 está assim redigido:

Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

- I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
- II – nos crimes de responsabilidade, após instauração do processo pelo Senado Federal.

.....
 § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Depreende-se da conjugação dos dispositivos transcritos a intenção de não se admitir qualquer forma de responsabilização do Chefe de Estado, senão através do processo criminal comum instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, mas somente para aqueles crimes que tenham pertinência com o exercício das funções presidenciais ou através do *impeachment*, desde que autorizados pela Câmara Federal. Pretende-se, pois, conferir maior estabilidade ao Presidente da República, que não poderá perder a função senão naqueles estritos casos e desde que exista expressa autorização dos representantes do povo na esfera federal.

Irretocáveis, neste ponto, as conclusões a que chega Sérgio Monteiro Medeiros, quanto ao sistema de responsabilização do Presidente da República, à vista da Constituição Federal de 1988:

- a) só perderá o cargo em decorrência de condenação criminal irrecorrível (efeito reflexo – CF, art. 15, III) e por crime de responsabilidade;

- b) goza de imunidade formal, pois somente poderá ser responsabilizado por crimes comuns e de responsabilidade, e desde que a instauração do processo seja autorizada por voto de dois terços da Câmara dos Deputados (art. 51, I, c/c o art. 85, parágrafo único);
- c) pelos atos de improbidade que praticar, ou em que figure como beneficiário, apenas responderá por crime de responsabilidade, na forma do art. 85, V, e Lei 1.079/1950, o que afasta a incidência da Lei n. 8.429/1992;
- d) não poderá ser processado por atos estranhos ao exercício de suas funções, o que representa uma imunidade material temporária (art. 86, § 4º)⁵⁶.

A improbidade, portanto, perderá sua configuração autônoma dada pela Lei n. 8.429/92, para tornar-se delito de responsabilidade. Em última instância, seria aceitável entender que as condutas descritas pela lei de Improbidade funcionariam como tipificação de crime de responsabilidade, além daquelas previstas na Lei n.1.079/50.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a estrutura do Estado, sua forma de sua atuação e o regime jurídico de seus agentes deve estar sempre presente quando se fala de Estado Democrático de Direito, que implica abertura constante às novas aspirações sociais.

Vemos que a exigência de um Governo transparente, formado por autoridades comprometidas com os valores constitucionais, impõe-se com renovada força nos tempos atuais. Na medida em que o Estado laicizou-se, necessitaram os exercentes do poder legitimá-lo no consenso (teorias contratualistas do Iluminismo), na aceitação daqueles que ficariam sujeitos à normatização imposta. Avança a democracia e consolida-se o estado de Direito, que a só tempo exigem o respeito à lei, e desta, respeito aos valores constitucionais, a um código moral pré-jurídico, a partir do qual será estruturado o Estado.

⁵⁶ MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Op. Cit.*, p. 28.

Nota-se que a preocupação com a moralidade – que não se confunde com a moral de determinado grupo que detenha o poder em determinado momento – fez com que a Constituição Federal de 1988 contivesse uma profusão de normas a esse respeito. Com efeito, moralidade é erigida como princípio legitimador da atividade estatal pelo art. 37, caput, da *Carta Magna*. Ademais, diversos dispositivos da Lei Maior exigem respeito à moral, como quando estabelece como condição para nomeação de magistrados dos tribunais superiores a idoneidade moral ou reputação ilibada.

Embora não se confunda probidade com moralidade, aquela tem seu significado ligado a esta. Moralidade é a faceta mais visível do dever de probidade, apesar de em algumas ocasiões ocorrer improbidade sem imoralidade. Probidade é dever de boa condução da atividade pública deferida a cada agente público, ou seja, desempenhar ótimo das competências que lhe são outorgadas. Seu descumprimento redundará na imposição das sanções que o art. 37, § 4º, da CF/88 e o art. 12, da Lei 8.429/92, cominam.

Não se pode, outrossim, aceitar, posto que todos os agentes públicos devem pautar sua atuação pelos princípios e regras inerentes a seu ramo de atuação, que certo grupo daqueles agentes esteja imune às sanções da improbidade. Não há no Estado democrático de Direito Republicano espaço para diferenciações casuísticas. Estando todos na mesma situação, a todos se deve aplicar a mesma normatização. Não convence o argumento da falta de subordinação hierárquica dos agentes políticos, para que se possa extrair como consequência a não responsabilização administrativa.

Em verdade, ao maior poder, o maior dever. Se os agentes políticos estão na raiz da estrutura estatal, moldando e sustentando toda a estrutura que a partir deles se formará, é de se exigir que esta raiz goze da mais perfeita saúde, e se assim não suceder, possa-se podar-lhe com a

necessária rapidez a parte podre, para que a própria árvore não morra. É a sabedoria popular que nos informa que quando o alicerce é resistente, também firme será a casa que sobre ele se ergue.

Portanto, sem qualquer pretensão de encerrar o debate – posto que todos os argumentos podem vir a ser substituídos por outros que suportem com maior segurança o argumento em contrário –, mas apenas com o escopo de ampliá-lo através do ponto de vista esboçado, impõe-se consignar que no Estado brasileiro todos os agentes estatais podem ser responsabilizados, atendidas as compatibilidades mínimas exigidas pelo sistema (*e. g.*, aquele que na justiça criminal, na qual compreendemos o processo de *impeachment*, é inocentado por comprovada inexistência do fato ou a autoria de terceiro, não poderá ser responsabilizado civil ou administrativamente, bem como por improbidade), com independência das esferas, pelos prismas penal, administrativo, civil, da probidade e, aos que a ele se sujeitarem, político-penal, consubstanciado no processo de *impeachment*.

7 REFERÊNCIAS

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Princípio da Probidade Administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, de 02 de junho de 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n. 213.994-MG (processo 1999/0041561), Relator Ministro Garcia Vieira, publicação no Diário da Justiça de 27/09/1999, p. 59.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 834-MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça em 09/04/1999. p. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Pet. 1954-DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça em 01/08/2003, p. 106.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Responsabilidade Administrativa e “Impeachment”**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 5., p. 228. 1994.

- DEL VECCIO, Giogio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª. Ed. Coimbra. Armênio Amado - Editor, Sucessor.1979.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martin Fontes. 2002.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FREITAS, Juarez. **Do Princípio da probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação**. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, n. 85, p. 16, set., 1996.
- GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Lumen Juris. 2006.
- GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1977. Trad. Marco Aurélio Greco.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras,1995.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência Jurídica**.3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. Trad. José Lamego.
- MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa: comentários e jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade**. 3 ed. Coimbra :Coimbra Editora, 1996. Tomo II.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RICCITELLI, Antonio. **Impeachment à Brasileira: instrumento de controle parlamentar?** Barueri: Minha Editora, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey.

_____. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, RICARDO LOBO. **O Princípio da Transparência no Direito Financeiro**. Disponível em www.rlobotorres.adv.br. [20--].