



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JÚLIO CÉSAR LIMA BATISTA FILHO

A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES
POLÍTICOS.

FORTALEZA
2011

JÚLIO CÉSAR LIMA BATISTA FILHO

A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES
POLÍTICOS

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

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Germana de Oliveira Moraes.

FORTALEZA

2011

JÚLIO CÉSAR LIMA BATISTA FILHO

A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES
POLÍTICOS

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

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a. Germana de Oliveira Moraes (orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof.^a. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Rafael Barreto Souza
Universidade Federal do Ceará – UFC

“O maior de todos os vícios da sociedade é quando entram em campo a corrupção e o suborno, que a levam a esquecer-se da moral e da dignidade” (Cícero)

“A impunidade gera a audácia dos maus” (Carlos Lacerda)

À Deus, razão de tudo.

Aos meus pais, Auxiliadora e Júlio César, que não mediram esforços ao me apoiar em todos os momentos, sendo os responsáveis diretos por esta conquista.

Ao meu avô, Nemésio, de quem não pude me despedir, que tanta falta faz em meus dias.

RESUMO

O presente estudo problematiza a aplicabilidade da Lei Federal nº 8.429/1992, diploma regulamentador dos atos de improbidade administrativa, em relação aos agentes políticos, os quais estão submetidos a um outro regime de responsabilização, o dos chamados crimes de responsabilidade. A problemática decorre da suposta existência, defendida por parte da doutrina e jurisprudência, de *bis in idem* no sancionamento de tais condutas. Com efeito, demonstrar-se-á que as naturezas jurídicas dos institutos de responsabilização em tela não se confundem, tomando-se como premissa a regra da incomunicabilidade entre as várias instâncias de responsabilidade para embasar o posicionamento de que ambos os regimes coexistem de modo harmônico, desde que feitas as adaptações necessárias. Será dada ênfase à importância que a Lei nº 8.429/1992 possui na repressão da corrupção no meio administrativo, principalmente no tocante à classe política.

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

RESUMEN

El trabajo pone en cuestión la aplicabilidad del reglamentario de la corrupción administrativa, la Ley Federal n° 8.429/1992, a los agentes políticos, los cuales ya se someten a un régimen de responsabilización distinto, lo de los llamados delitos de responsabilidad. El problema puesto se ha derivado de una supuesta existencia, según parte de la doctrina e de la jurisprudencia, de bis in idem en lo que toca a la represión de estas conductas. De hecho, se demostrará que las naturalezas jurídicas de los institutos de responsabilización de que se trata no se pueden confundir, teniendo como premisa la regla de incomunicabilidad entre los distintos niveles de responsabilidad, en apoyo de la posición de que ambos regímenes coexisten de manera armónica siempre que se realicen los ajustes necesarios. Se hará hincapié en la importancia que la Ley n° 8.429/1992 tiene en la represión de la corrupción en el entorno administrativo, especialmente en relación con la clase política.

Palabras claves: Corrupción administrativa. Agentes políticos. Crímenes de responsabilidad. Independencia de los niveles de acusación.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 8.429/1992.....	11
2.1 Conceito de improbidade administrativa.....	11
2.2 Breve abordagem histórica.....	15
2.3 Sujeitos do ato de improbidade.....	18
<u>2.3.1 Sujeito passivo</u>	18
<u>2.3.2 Sujeito ativo</u>	19
2.4 Atos de improbidade em espécie.....	22
2.4.1 <i>Enriquecimento ilícito</i>	22
2.4.2 <i>Prejuízo ao erário</i>	24
2.4.3 <i>Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública</i>	25
3. DAS SANÇÕES COMINADAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	28
3.1 A natureza jurídica das sanções estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa.....	32
4. OS AGENTES POLÍTICOS E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.....	37
4.1 Conceito de agente político.....	37
4.2 A responsabilização político-administrativa dos agentes políticos.....	39
4.3 O regime jurídico dos crimes de responsabilidade.....	42
5. DISCUSSÃO SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS.....	47
5.1 Independência das instâncias civil, política, administrativa e penal.....	48
5.2 A Reclamação Constitucional nº 2.138/DF.....	51
5.3 A coexistência harmônica dos regimes de responsabilização por crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa.....	55
CONCLUSÕES.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

Para atingir os fins a que se destina, o Estado precisa se fazer presente no mundo fático através de pessoas físicas, que manifestam vontades em seu nome. São os agentes públicos, entendidos estes como os atores principais da atividade administrativa estatal. Dentre estes atores, merecem destaque os chamados agentes políticos, aqueles que ocupam os mais importantes postos na Administração Pública, desempenhando as funções de direção e gestão das atividades desempenhadas pelo Estado.

Como é cediço, o papel exercido pelos agentes públicos, e mais notadamente pelos agentes políticos, muitas vezes, é distorcido de tal maneira que o interesse particular do agente de que emana o ato volitivo se sobrepõe ao interesse da coletividade, dando azo à prática de atos que ofendem os preceitos básicos da boa gestão da coisa pública, especialmente a moralidade e a probidade na Administração. Surge, então, a figura da corrupção administrativa, que há muito tempo assola o Brasil e que representa um importante entrave ao desenvolvimento do país.

A corrupção se confunde com a própria história das instituições públicas do país, havendo se arraigado, inclusive, na cultura do povo brasileiro, num processo tendente a uma perigosa banalização. O rótulo de corrupto já é utilizado pela grande maioria das pessoas como adjetivo empregado à classe política. Não raro se escuta falar do assunto com certa naturalidade, denotando um ranço de conformismo, de passividade, explicável talvez pelo sentimento de impunidade que permeia a opinião pública.

De acordo com relatório¹ divulgado em outubro de 2010 pela ONG Transparência Internacional, o Brasil ocupa a 69ª posição em um ranking que mede a percepção de corrupção nos setores públicos de 180 países, a partir de avaliações de fontes como fundações, ONGs, centros de estudos e bancos de desenvolvimento. Em que pese haver evoluído consideravelmente nesse ranking nos últimos anos, trata-se de uma posição extremamente desconfortável a um país que se pretende em vias de pleno desenvolvimento, apontado como uma das novas potências mundiais. Encontra-se em situação pior do que a de nações pobres como Gana, Costa Rica, Namíbia, Cabo Verde e Tunísia, por exemplo.

¹ Disponível em http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results. Acesso em 17/05/2011.

A sociedade civil, como vítima principal dos males causados pela corrupção, necessita de mecanismos eficazes com os quais sejam combatidas as práticas atentatórias à probidade na Administração Pública que, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser tutelada de modo mais veemente no nosso ordenamento jurídico. Nas últimas três décadas, aumentou consideravelmente a preocupação pelo respeito com a coisa pública, de modo que tem surgido vários instrumentos que reprimem aqueles agentes malversadores do patrimônio público, mediante a aplicação de rigorosas sanções, das mais variadas naturezas.

Qualquer problematização referente a tão importantes instrumentos, que atuam como repressores da corrupção na esfera administrativa, guarda, por si só, extremada importância, principalmente quando envolve questões jurídicas que podem comprometer sua plena aplicabilidade e eficácia.

É nesse contexto que se propõe, nesta monografia, um estudo crítico da Lei de Improbidade Administrativa, cujo âmbito de aplicação representa a temática central. A abordagem que ora se inicia tem como foco a Lei nº 8.429, de 02 de Junho de 1992, e sua aplicação aos agentes políticos, que se já se submetem a um regime especial de responsabilização, consubstanciado nos crimes de responsabilidade. Esta concomitância de regimes acarreta uma das mais controversas e instigantes discussões travadas nos últimos anos em sede de doutrina e de jurisprudência, o que revela a importância da questão a ser deslindada.

Inicia-se a abordagem com uma tentativa de conceituação de improbidade administrativa, situando-a em relação aos mais importantes princípios norteadores da administração pública, o que se segue de um breve retrospecto dos vários instrumentos legislativos de controle da improbidade que já foram utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se, em seguida, a obtenção de um amplo panorama acerca dos mais importantes aspectos concernentes à Lei nº 8.429/1992 a qual será submetida a uma dupla perspectiva. Na primeira, mais geral, serão pincelados, sem maiores pretensões acadêmicas, os principais caracteres do diploma normativo em apreço, com enfoque nos sujeitos das condutas ímprobas e na tipologia dos atos que dão ensejo à caracterização da improbidade administrativa.

Já a segunda abordagem, mais específica, focará na análise das várias espécies de sanções que são cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa, centrando-se as atenções na discussão atinente à natureza jurídica de que se revestem tais sanções.

Em seguida, buscar-se-á inserir os agentes políticos dentro do contexto da responsabilização político-administrativa, traçando-se um resumo dos diplomas normativos que regulam dita esfera de responsabilização, mais notadamente a Lei nº 1.079/1950 e o Decreto-lei nº 201/1967, sem esquecer, por óbvio, do regramento constitucional dado ao tema.

O objetivo principal, desde já almejado, é o fornecimento ao leitor dos subsídios necessários ao enfrentamento da questão central que se coloca em discussão, que é exatamente a possibilidade de subsunção dos agentes políticos às sanções estabelecidas na Lei nº 8.429/1992, o que se dará mediante uma leitura das principais construções jurisprudenciais e doutrinárias afetas à discussão.

Intenciona-se, ao final de tudo, que se chegue a conclusões objetivas, aguçadas por considerável grau de criticidade, levando-se em conta, evidentemente, as nuances jurídicas pertinentes ao tema, afim de que sejam estabelecidos os parâmetros através dos quais se dará a responsabilização dos detentores dos destinos da nação pelo cometimento de condutas ensejadoras de improbidades administrativas. Em outras palavras, o que se pretende é determinar de que modo a classe política brasileira pode ser efetivamente responsabilizada pela prática da corrupção, em suas variadas formas, sempre com base no anseio social de que tais condutas sejam reprimidas e erradicadas de uma vez por todas do cenário político nacional.

2. ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 8.429/1992

Impõe-se, de início, que se proceda a uma breve análise do que seja improbidade administrativa, para melhor compreensão do tema sobre o qual se irá debruçar no presente trabalho.

2.1 Conceito de improbidade administrativa

O dicionário Aurélio² define *probidade* como honestidade, integridade, retidão de caráter. O probito atua mediante a prática de condutas pautadas pela boa-fé, pela lealdade. Na Administração Pública, probidade significa uma atuação bem intencionada do agente público, obedecendo a princípios éticos e morais. Quando se pensa em probidade, a ideia central e mais importante que se deve ter em mente é a de *honestidade*, que deve ser a tônica de toda e qualquer atividade administrativa.

A *contrario sensu*, chega-se à definição de improbidade administrativa, que é exatamente o desatendimento a esses preceitos norteadores do conceito de probidade. Trata-se da desonestidade no atuar do agente público, o qual pratica expedientes que acabam por desvirtuar a função pública, desrespeitando os princípios gerais do direito administrativo. O ato de improbidade representa um maltrato com a coisa pública, uma infidelidade, um agir mal intencionado.

Nessa toada, destacamos a lição do professor Wallace Paiva Martins Junior³:

Improbidade Administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

² FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 986.

³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

Interessante também registrar o conceito de improbidade administrativa dado pelo professor Marino Pazzagliani Filho⁴:

[...] é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas, a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

São muitas as condutas que se enquadram no conceito de improbidade administrativa: desde as menos complexas, como a negligência num determinado serviço público ou a leniência do agente público face a certas irregularidades, às mais gravosas (e comuns) de que é exemplo a aquisição de vantagens patrimoniais indevidas (enriquecimento ilícito) que pode se dar através do desvio de verbas ou equipamentos públicos em benefício próprio ou de terceiros.

É necessário ter em mente que a ideia de improbidade administrativa está intrinsecamente ligada ao desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública. O princípio da moralidade, sem dúvidas, é o que guarda as mais estreitas relações com a atividade administrativa proba.

José dos Santos Carvalho Filho⁵ nos ensina que:

[...] o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Na mesma linha o professor Eurico Neto⁶, ao preceituar que “a moralidade administrativa traduz a ideia de ética na conduta do administrador público, impõe que a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito”.

⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino, e outros. **Improbidade administrativa – aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

⁶ BITTENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105.

Arrematamos o raciocínio com a brilhante lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷, atual ministra do Supremo Tribunal Federal, que, com maestria, preceitua o seguinte:

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espalha num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo.

[...]

A moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado. O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública. ‘O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado’. Poucos princípios jurídicos dependem mais e tão diretamente da participação e da afirmação popular permanente, em sua elaboração, em sua formalização justa, em sua aplicação e em sua garantia do que o da moralidade administrativa.

Veja-se, assim, que a moralidade administrativa nada mais é do que o respeito aos preceitos básicos de ética e honestidade a serem observados no trato com a coisa pública. Não é difícil, portanto, demonstrar a relação que existe entre a prática de um ato improprio e a lesão ou desrespeito à moralidade administrativa.

Sobre este tocante, impende recordar que probidade e moralidade são conceitos muito próximos. Ambas as expressões estão consignadas no texto constitucional. Autores há que entendem ser a probidade figura mais ampla que a moralidade⁸. Alinhamo-nos, todavia, no sentido de ser a moralidade administrativa gênero do qual a probidade é espécie, posição que compartilhamos com Marcelo Figueiredo⁹, para quem “a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa” haja vista a moralidade haver sido mencionada como princípio no texto constitucional (art. 37, *caput*) e a improbidade como lesão àquele princípio (art. 37, §4º).

Por outro lado, em todas as condutas ditas improprias, sempre há um desvirtuamento da função pública, de modo que as regras para o seu exercício deixam de ser observadas. É cediço que o princípio da legalidade, na esfera administrativa, adquire uma

⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

⁸ É a posição defendida por Emerson Garcia, para quem “a improbidade não está sobreposta à imoralidade, tratando-se de conceito mais amplo que abarca não só componentes morais como também os demais princípios regentes da atividade Estatal” (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 132.)

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, **Probidade Administrativa**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 23

conotação distinta daquela insculpida no art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inobstante, no direito administrativo não há essa “liberdade”, vez que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina. Nessa seara a lei dá o parâmetro exato de atuação do administrador, como destaca a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰:

A submissão do agir à lei, condição da convivência, de imemorial concepção no processo civilizatório e essência do princípio da legalidade, é de todos exigida, quando e apenas se determinada conduta ou inação estiverem nela prescritas, pois a regra geral para as pessoas em sociedade é a liberdade de ação. Todavia, a submissão do agir do Estado à lei é sempre e onimodamente exigida, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, contra ou *praeter legem*, obrigando-se à ação legalmente vinculada. [...] Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis, daí a expressão consagrada de Duguit, “suporta a lei que fizeste” (*legem patere quam fecisti*), que enuncia, em síntese, este princípio, uma vez que, ao declarar o Direito, o Estado se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva da certeza jurídica. Com relação aos administrados, o princípio atua como uma reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como se contém no princípio geral expresso no art. 5º, II, da Constituição.

Como preleciona Seabra Fagundes¹¹:

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo.

É, pois, fácil perceber que na medida em que o agente público pratica um ato de improbidade, ele descumpra a função pública a qual lhe foi atribuída e, ao mesmo tempo, desrespeita os parâmetros do exercício dessa função, o que significa uma violação a ordem jurídica, ferindo-se de morte o princípio da legalidade administrativa, estampado no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

Pode-se afirmar, portanto, que a improbidade administrativa possui dupla acepção: trata-se de um desvio da função pública (lesão ao princípio da moralidade) e, ao mesmo tempo, um desrespeito aos parâmetros da função administrativa e, em última análise, à ordem jurídica (lesão ao princípio da legalidade administrativa)¹².

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81 e 82.

¹¹ FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 115.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 939.

2.2 Breve abordagem histórica

A história da Administração Pública brasileira se confunde com o próprio desenvolvimento das instituições democráticas no Brasil. Quanto menos sólidas eram as bases de sustentação da democracia no país, maior era o grau de amadorismo e precariedade na gestão pública, o que facilitava a propagação de práticas corruptas pelos agentes públicos. Durante muito tempo, a Administração Pública em geral funcionava como uma extensão do patrimônio do administrador. Não havia distinção entre o que era público e o que era particular. Os vários regimes políticos implantados no Brasil ao longo dos anos, pela sua própria instabilidade e carência de sustentação institucional, eram propícios ao cometimento de expedientes escusos e fraudulentos que alimentavam complexas cadeias de corrupção.

Com o passar dos anos é que foram surgindo, mesmo que inocuamente, alguns instrumentos jurídicos que tinham por objetivo possibilitar o exercício de um controle, por parte da sociedade, das condutas praticadas pelos administradores. Saímos de um regime monárquico em que era nula qualquer forma de controle da sociedade sobre o poder público e fomos evoluindo ao longo do tempo até chegarmos ao patamar atual em que a sociedade dispõe de mecanismos que, muito embora estejam longe do ideal, representam um significativo avanço face ao que se verificava anteriormente.

Nesse sentido, tomando-se por referência a abordagem histórica feita pela ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³ em sua obra de referência, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 inovou e ousou ao trazer explicitamente a tutela da improbidade administrativa como um dos nortes da Administração Pública. Antes dela, entretanto, conforme sobredito, já existiam alguns instrumentos legais que sancionavam certos atos de locupletamento ilícito os quais causavam prejuízos à Fazenda Pública.

Em nível de Constituição, o primeiro texto que fez menção ao tema foi a Carta Constitucional de 1946 a qual dispunha, em seu art. 141 § 31 o seguinte:

§ 31. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou de função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Referido comando foi regulamentado pela Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) a qual sujeitava a sequestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 766.

abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha incorrido. Tratava-se de sanção de natureza civil, aplicada mesmo em caso de absolvição na instância penal.

Em seguida foi promulgada a Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) que complementava a sua antecessora, regulando o sequestro e o perdimento dos bens do servidor público, enumerando algumas hipóteses configuradoras de enriquecimento ilícito. Tratava-se de duas leis com pouca aplicabilidade prática, vez que contemplavam apenas as hipóteses de enriquecimento ilícito, de difícil comprovação à época, o que era agravado pela ausência de vontade política no sentido de se efetivar seus comandos.

A Constituição de 1967, reformada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, estabelecia que a lei deveria dispor “sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”¹⁴, continuando a serem aplicadas as leis anteriormente mencionadas.

É bom que se diga que os diplomas normativos os quais se está fazendo referência nessa brevíssima abordagem histórica dizem respeito à regulamentação da tutela da improbidade administrativa enquanto ilícito civil, em moldes semelhantes ao da atual Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, a lesão à probidade administrativa sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição republicana de 1891, o que foi mantido nas constituições seguintes, sendo a matéria disciplinada pela Lei nº 1.079/1950. De igual modo, os Prefeitos se submetem a diploma próprio, qual seja, o Decreto-lei nº 201 de 1967 no que tange ao cometimento de crimes de responsabilidade que muitas vezes configuram também ato de improbidade administrativa. Essa concomitância de regimes, em que há, de um lado, os atos de improbidade e, de outro, os crimes de responsabilidade é, antecipa-se, exatamente a temática central do presente trabalho, a ser abordada posteriormente com a profundidade e grau de detalhamento necessários.

Fundamental anotar que apenas com o advento da atual Constituição Federal foi que se deu o mais importante passo na evolução dos instrumentos de controle da probidade administrativa. O momento político no qual vivia o Brasil, em meados dos anos 80, com a restauração do regime democrático e, conseqüentemente, das instituições inerentes a um Estado Democrático de Direito, inspirou o constituinte de 1988 na elaboração da nova Carta

¹⁴ Art. 53, § 11 da Constituição Federal de 1967.

Constitucional. Elevou-se a moralidade à categoria de princípio expresso da Administração Pública, no *caput* do art. 37, definindo-se as sanções a serem impostas àqueles que ultrapassarem a barreira da probidade no §4º do mesmo artigo:

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

Note-se que o texto constitucional se limitou a mencionar as sanções a serem impostas aos agentes ímprobos, deixando o detalhamento e a regulamentação dessas sanções, bem como a tipificação de seus atos ensejadores a cargo de lei posterior, que veio a ser promulgada quatro anos mais tarde.

A improbidade administrativa ainda foi mencionada em outros dispositivos do texto constitucional. Inseriu-se o parágrafo 9º ao art. 14¹⁵ a versar sobre os casos de inelegibilidade daqueles candidatos que se utilizam de suas prerrogativas públicas para aferir vantagens eleitoreiras. É a prática da improbidade administrativa durante o período eleitoral.

No art. 15, V¹⁶ o constituinte originário também tratou da improbidade administrativa, referindo-se a ela como uma das hipóteses de suspensão dos direitos políticos. Por fim, cita-se o art. 85, V, no qual se estabeleceu que, dentre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, está a prática de atos que atentem contra a probidade na administração, antecipando-se aqui a ideia, a ser explorada em momento oportuno, de que a improbidade administrativa também pode se configurar como crime de responsabilidade.

O certo é que a Constituição de 1988 prestigiou a tutela da probidade administrativa como em nenhum outro texto constitucional anterior. Um avanço significativo que representou o início de um processo de aprimoramento do controle da Administração Pública.

Nesse contexto, a Lei de Improbidade Administrativa, ao lado da Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), representa um instrumento de importância ímpar, que contribuiu para uma mudança de perfil da Administração Pública

¹⁵ “Art. 14 § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do

¹⁶ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

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

brasileira. Se há vinte anos o agente público não encontrava óbices ao cometimento de fraudes e atos atentatórios ao patrimônio público, com vistas ao seu próprio interesse, hoje em dia, inobstante a lamentável persistência dessas condutas por parte de nossos representantes, a sociedade dispõe de mecanismos mais eficazes que punem tão nefastas condutas, ao mesmo tempo em que atuam como agentes inibidores. É patente que muitos aspectos ainda precisam evoluir. A própria aplicabilidade das sanções cominadas na Lei nº 8.429/1992 se encontra em processo de sedimentação na jurisprudência pátria, face ao curto período de tempo no qual se vem, de fato, dando efetividade aos seus comandos legais. Mas a tendência é que a tutela da moralidade e da probidade ganhe cada vez mais força com o passar dos anos, refletindo o amadurecimento das instituições democráticas do nosso país, de modo a fazer com que a corrupção administrativa, que há muito se instaurou nos corredores das entidades públicas brasileiras, ceda espaço à administração pública honesta, íntegra e, por via de consequência, mais eficiente.

2.3 Sujeitos do ato de improbidade

Passemos agora à análise dos sujeitos que constituem o ato de improbidade administrativa.

2.3.1 *Sujeito passivo*

Sujeito passivo é aquela pessoa jurídica contra a quem se dirige o ato improprio. Trata-se daquelas entidades que a lei considera como sendo vítimas do ato de improbidade administrativa. É bem verdade, e dessa observação não se pode furtar, que, obliquamente, a sociedade como um todo acaba por se tornar vítima dos atos de improbidade administrativa. Nada obstante, a lei faz referência àqueles sujeitos que podem ser diretamente atingidos pela prática de um ato de improbidade.

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 cuida da definição do sujeito passivo do ato de improbidade, senão vejamos:

Art. 1º: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a **administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual**, serão punidos na forma desta lei. (grifamos)

Da leitura do dispositivo em comento, depreende-se a existência de três grupos principais de sujeitos passivos¹⁷, a saber:

- 1) Pessoas da Administração Direta: aqui se incluem os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- 2) Pessoas da Administração Indireta: Autarquias, Fundações Governamentais, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista;
- 3) Pessoas para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou contribua com mais da metade do patrimônio ou receita anual.

A norma é complementada pelo parágrafo único, segundo o qual:

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

Temos aqui os chamados sujeitos passivos secundários¹⁸. O que diferencia esse segundo grupo daquelas entidades mencionadas no *caput* do artigo é o âmbito de incidência da tutela jurídica da improbidade. Explica-se: incidindo o ato de improbidade sobre uma dessas entidades mencionadas no parágrafo único (sujeitos passivos secundários) a sanção patrimonial se limitará exclusivamente à repercussão do ato ilícito sobre a parcela oriunda do erário. Assim, havendo prejuízo superior ao valor dessa parcela advinda dos cofres públicos, a entidade deverá pleitear o ressarcimento dessa diferença por meios outros, que não a ação de improbidade administrativa. Já em relação às pessoas referidas no *caput* do art. 1º (sujeitos passivos principais) há uma maior proteção, vez que haverá a caracterização de improbidade administrativa no ato que importar enriquecimento ilícito ou violação de princípios da Administração Pública, independentemente de ter havido prejuízo ao erário.

2.3.2 Sujeito ativo

Sujeito ativo é o autor da conduta impropria. Trata-se daquela pessoa que pratica o ato de improbidade, dele extraindo vantagens indevidas. Também é sujeito ativo do ato de improbidade aquele que, mesmo não havendo diretamente o praticado, de alguma forma colaborou para sua ocorrência. Por essa razão, possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação judicial de improbidade administrativa.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 942.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 942.

A Lei nº 8.429/1992 estabelece duas espécies de sujeito ativo para o ato de improbidade: agentes públicos e terceiros. A noção conceitual de agente público é dada no art. 2º, da seguinte maneira:

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

O dispositivo em comento trouxe um conceito deveras aberto. Agente público, para a lei, é aquele que exerce função pública, independentemente do tipo de vínculo que o liga ao Estado. Então, pode ser sujeito ativo da prática de ato de improbidade aquele que exerce função pública, seja ela temporária, permanente, com ou sem remuneração.

Perceba-se a elasticidade do comando: são passíveis de cometer ato de improbidade administrativa servidores públicos (estatutários ou celetistas), empregados públicos (de empresa pública ou de sociedade de economia mista), particulares em colaboração (mesário, jurado no tribunal do júri, serviço notarial, etc), empregados das entidades componentes dos serviços sociais autônomos, agentes de fato (nomeado irregularmente ou nomeado por concurso fraudulento), contratados temporários, contratados *ad hoc*, ocupantes de cargo de confiança, etc.

Em relação aos agentes políticos, a discussão acerca da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a tal espécie de agente público, que é exatamente a temática central do presente trabalho monográfico, reveste-se de alto grau de complexidade em virtude dos efeitos que podem advir do reconhecimento da prática de improbidade por ditos agentes, razão pela qual essa discussão terá lugar em momento posterior, onde será feita remissão aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema, afim de que se chegue a uma conclusão objetiva sobre o assunto.

A lei ainda dispõe acerca da possibilidade de terceiros figurarem como sujeito ativo do ato de improbidade. É a previsão disposta no art. 3º, no qual se estabelece que:

Art. 3º: As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta.

É importante atentar para o seguinte fato: o terceiro, isoladamente, não tem como ser sujeito ativo do ato de improbidade¹⁹, conclusão a que se chega pela simples leitura do dispositivo alhures. Ora, quando a lei fala em induzir, pressupõe-se que o terceiro induza alguém, no caso um agente público, a cometer o ilícito. Por outro lado, o terceiro pode concorrer, ou seja, ser copartícipe na prática do ato improprio, ao lado de um agente público. Por fim, comete a improbidade o terceiro que se haja beneficiado, dolosamente, de um ato de improbidade do qual não tenha participado.

Discute-se doutrinariamente a possibilidade de pessoa jurídica se enquadrar no conceito de sujeito ativo, na qualidade de terceiro que se beneficia do ato de improbidade. Alguns autores se posicionam contrariamente a esta tese, a exemplo do professor José dos Santos Carvalho Filho²⁰, de cuja obra transcrevemos o seguinte trecho:

[...] o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas. Quanto à obtenção de benefícios indevidos, em que pese a possibilidade de pessoa jurídica ser destinatária deles (como, por exemplo, no caso de certo bem público móvel ser desviado para seu patrimônio), terceiro será o dirigente ou responsável que eventualmente coonestar como o ato dilapidatório do agente público. Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização da pessoa jurídica.

Por outro lado, existem doutrinadores que defendem a possibilidade de pessoa jurídica se enquadrar no conceito de terceiro do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, a exemplo de Emerson Garcia²¹, que assim se posicionou em seu artigo intitulado “Sujeitos dos Atos de Improbidade: reflexões”:

As pessoas jurídicas são sujeitos de direito, possuindo individualidade distinta das pessoas físicas que concorrem para sua criação e, por via reflexa, personalidade jurídica própria. Verificando-se, *verbi gratia*, que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da lei de Improbidade e que sejam compatíveis com as suas peculiaridades. Nessa linha, poderá sofrer as sanções de perda de valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários.

Filiamo-nos à segunda corrente, a qual nos parece ser a mais adequada, haja vista ser ao patrimônio da empresa que os valores obtidos ilicitamente irão se agregar, não havendo

¹⁹ “O terceiro somente recebe o influxo da Lei de Improbidade Administrativa se estiver de algum modo vinculado ao agente: sem vinculação com este, sujeitar-se-á a sanções previstas na respectiva lei de incidência” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 947)

²⁰ *Ibid*

²¹ GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6912>>. Acesso em 02 de abril de 2011.

razão para não se cogitar da empresa compor o polo passivo da ação de improbidade, face à ausência de ressalva quanto a essa previsão por parte da lei.

2.4 Atos de improbidade em espécie

Cumpra salientar, de início, que um ato de improbidade administrativa não necessariamente precisa ser um ato administrativo²². É fácil imaginar situações em que determinado ato, em que pese não se revestir de caracteres administrativos, configura um ato de improbidade a ser sancionado pelos dispositivos da lei em estudo. Imagine-se, a título de exemplo, que determinado administrador público, titular de cargo de chefia, ordene aos servidores a ele subordinados que executem tarefas alheias às suas funções, mas em benefício seu²³. O ato nada tem de administrativo, mas configura-se como improbidade administrativa.

Feita esta ressalva inicial, passemos a analisar cada uma das espécies de ato de improbidade.

2.4.1 *Enriquecimento ilícito*

Reza o art. 9º da Lei nº 8.429/1992 o seguinte:

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.

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

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

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

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op cit*, p. 780.

²³ Situação, v.g, em que determinado governador de Estado ordena que operários contratados pelo governo estadual construam uma piscina em sua residência.

como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

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

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

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

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

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

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

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

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

Vale ressaltar que a conduta descrita no *caput* é uma conduta genérica que engloba todos os casos de improbidade administrativa os quais importam em enriquecimento ilícito. O dispositivo é seguido por onze incisos que trazem condutas meramente exemplificativas, o que se depreende da própria linguagem empregada pelo legislador, ao utilizar vocábulo “e notadamente”. Nada impede que determinado ato, administrativo ou não, importe enriquecimento ilícito, inobstante não estar descrito em um dos onze incisos do referido artigo. Se a situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas, haverá a subsunção à norma do *caput* que, repise-se, possui caráter geral. Aliás, a generalidade é uma característica comum aos tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa²⁴.

Imperioso obtemperar que não se proíbe o enriquecimento legítimo, justo do administrador. Nada impede que o agente público tenha seu patrimônio acrescido por meios lícitos, alheios às suas atividades na Administração Pública. O que a lei proíbe é a percepção de vantagens patrimoniais ilícitas, obtidas em decorrência da atividade administrativa.

Outro aspecto que merece ser considerado é o fato de não ser exigível a ocorrência de dano ao erário. A conduta de improbidade perfaz-se independentemente de ter

²⁴ DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. América Jurídica, 2006, p. 168.

havido lesão aos cofres públicos. Imagine-se que determinado servidor haja recebido propina de terceiro para conferir-lhe alguma vantagem. Não houve efetivo dano ao erário, nada obstante, o servidor praticou o ato de improbidade, haja vista que auferiu vantagem patrimonial indevida (enriquecimento ilícito) em decorrência de sua atividade junto à Administração.

O elemento subjetivo da conduta acima descrita se restringe ao dolo²⁵. A culpa não se coaduna com a fisionomia do tipo em análise. Ora, não há como se conceber que o agente público tenha se beneficiado de vantagem indevida por imprudência, imperícia ou negligência. Finalmente, o ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito não admite a tentativa, configurando-se a improbidade apenas quando consumada a conduta.

2.4.2 Prejuízo ao erário

Nos termos do artigo 10 do diploma *in comento*:

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

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

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

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

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

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

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

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

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

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

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

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

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

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 948.

qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Aqui, mais uma vez, tem-se conduta genérica descrita no *caput*, que agora se segue de quinze incisos os quais elencam um rol exemplificativo de atos de improbidade. Repete-se, portanto, a observação feita quando da análise do art. 9º no sentido de que, havendo a prática de conduta que importe lesão ao erário, mesmo que não descrita em nenhum dos incisos do art. 10, haverá a subsunção do ato à lei de improbidade.

Note-se que, ao fazer menção a “erário”, o legislador não está se referindo apenas ao tesouro, este entendido como o montante total de recursos financeiros do ente público. Em verdade, a acepção que se deve apreender do termo erário, utilizado na norma, abrange o conceito de patrimônio público²⁶, muito mais amplo do que o (conceito) de tesouro, compreendendo-se todas aquelas pessoas referidas no art. 1º da lei.

Para a configuração deste ato de improbidade em espécie, exige-se, obviamente, a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, pouco importando se houve enriquecimento ilícito ou não por parte do agente. É necessário que tenha havido uma perda patrimonial, uma redução no patrimônio, seja no que diz respeito a valores, seja no que atine a bens.

Diferentemente do que ocorre no enriquecimento ilícito, aqui o elemento subjetivo pode ser tanto o dolo quanto a culpa, conforme deixa claro o texto legal. Entretanto, não se admite modalidade tentada. Um detalhe que importa atenção é o fato de se admitir, para a configuração do ilícito, condutas tanto comissivas quanto omissivas, o que não ocorre no enriquecimento ilícito.

2.4.3 *Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública*

A rigor do que preceitua o art. 11 da Lei nº 8.942/1992:

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;

²⁶ MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 43.

- 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.

Outra vez, tem-se a matéria genérica presente no *caput*, com condutas exemplificadas nos sete incisos que se seguem, valendo aqui o que se disse sobre os outros tipos de improbidade, no que concerne ao enquadramento da conduta.

Esse dispositivo torna patente o intuito da Lei de Improbidade Administrativa de abranger em sua totalidade os atos imorais e ilícitos praticados pelos agentes ou por terceiros envolvidos, em coautoria. O legislador quis conferir ainda mais elasticidade à, diga-se de passagem, já ampla, subsunção legal ao ilícito de improbidade, de modo a resguardar a *res pública* de toda espécie de lesão, mais notadamente aquelas que agridem os princípios constitucionais administrativos básicos.

O pressuposto que se exige é a simples violação aos princípios da administração pública, pouco importando o enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário. Nesse ponto, merece destaque a lição de Di Pietro²⁷:

Essa última hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade. Os princípios da administração pública são inúmeros. [...] A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei.

Finalmente, uma última observação: na criação e configuração dos ilícitos da Lei nº 8.429/1992, é possível afirmar que o legislador acabou por criar uma hierarquização entre tais condutas, de modo que se parte de condutas mais graves à atos menos reprováveis. Para ilustrar o que se está pretendendo afirmar, convém anotarmos a lúcida lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁸ acerca do assunto:

É fácil perceber que a lei estabeleceu uma ideia de hierarquia entre os grupos de atos de improbidade administrativa no que se refere a sua gravidade e lesividade social. Os atos do primeiro grupo – os que importam enriquecimento ilícito – são os mais lesivos e juridicamente reprováveis, os atos enquadrados na segunda categoria – os que causam lesão ao erário, sem importar enriquecimento ilícito ao agente – ocupam uma posição intermediária e os atos pertencente ao terceiro grupo – os que atentam

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op cit*, p. 781.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 836.

conta os princípios da administração pública – são considerados menos graves que os demais.

Passemos agora a uma análise mais detida da tipologia das sanções aplicadas aos agentes ímprobos.

3. DAS SANÇÕES COMINADAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O regramento constitucional que embasa a tutela da improbidade administrativa, consubstanciado no §4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, faz menção às consequências a serem impostas àqueles agentes que vierem a praticar os atos de improbidade, “na forma e gradação previstas em lei”. Com efeito, o constituinte de 1988 tratou de elencar quatro modalidades de punições, a saber: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; d) ressarcimento ao erário.

Norma de eficácia limitada que é, impunha-se o estabelecimento, pelo legislador ordinário, de balizamentos a serem utilizados para a efetiva aplicação do comando constitucional, de sorte que, com a instituição da Lei nº 8.429/1992, regulou-se a punição dos agentes ímprobos, o que foi feito no art. 12 do diploma legal.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

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

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

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

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

Note-se que o legislador ordinário foi além e instituiu duas sanções a mais do que as delineadas no texto constitucional: o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Passou-se, pois, a questionar a constitucionalidade dessas novas sanções em face de sua

ausência no texto constitucional, com base em um suposto caráter taxativo do rol de sanções estabelecido no art. 37, §4º,

Referido questionamento, entretanto, não tem razão de ser. Chega-se a tal conclusão pela circunstância de ter o constituinte de 1988 lançado mão de um conteúdo mínimo de instrumentos repressores da conduta improba, sem a intenção de esgotar os mecanismos de punição dos agentes corruptos. Como bem nos explica Emerson Garcia e Rogério Pacheco²⁹:

Dizer que o improbo tem o “direito subjetivo” de somente sofrer as sanções previstas de forma enunciativa em uma norma de natureza programática seria, no mínimo, subverter os fins do texto constitucional, afastando-o do ideal de repressão à desonestidade e de preservação do interesse público que justificaram a sua edição. [...] O art. 37, §4º da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais. [...] Por não haver qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

É importante asseverar que não há óbices para a imposição de outras formas de punição, diferentes daquelas instituídas originalmente na Constituição³⁰, desde que, obviamente, não atentem contra os preceitos constitucionais fundamentais garantidores da dignidade da pessoa humana. Portanto, presente o rol imposto pela Carta Cidadã, o legislador ordinário possui a discricionariedade de estabelecer sanções outras³¹, vez que a taxatividade não é característica do sistema de repressão da improbidade administrativa, conforme se verificará mais adiante, quando da análise da natureza jurídica das sanções estabelecidas na Lei nº 8.429/1992.

Firme-se, então, que a prática de qualquer dos atos subsumidos às normas legais compreendidas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, importará na cominação, cumulativa ou não, de seis espécies de sanções, sobre as quais se passará a versar, de modo breve.

²⁹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op cit*, p. 523.

³⁰ Ao apreciar a matéria, o STJ reconheceu que “o disposto no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 se coaduna com a ordem constitucional vigente, mais precisamente com o art. 37, § 4º da atual Constituição Federal, sendo cabível a aplicação de sanções outras que não as previstas no referido dispositivo constitucional” (**REsp. nº 440.178/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 08.06.2004, DJU 16.08.2004**)

³¹ “Analogicamente, veja-se que o constituinte também previu que a prática de racismo seria considerada crime, sujeitando-a a uma pena reclusiva. Inconstitucionalidade haveria se o legislador estipulasse o racismo como contravenção, ou o submetesse a uma norma cujo preceito secundário consagrasse pena detentiva. Jamais se cogitaria de inconstitucionalidade se o legislador, além da pena carcerária reclusiva, também previsse pena pecuniária, cumulativamente. A situação, aqui, é análoga” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**, 1ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1997, p. 252)

A primeira das sanções a que se faz referência é a *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*. Prevista nos incisos I e II do artigo 12, referida sanção é aplicável sempre que do ato improprio decorre enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário. Recai sobre os bens ou valores havidos indevidamente pelo agente improprio, que teve seu patrimônio por eles incrementado. É importante deixar claro que tal punição somente deve incidir sobre bens acrescidos após a prática do ato que deu ensejo à improbidade administrativa, retornando o patrimônio do agente improprio ao seu status anterior, caso contrário, configurar-se-ia confisco sem aparato legal.

Na hipótese de estar o bem em poder do autor da improbidade, deverá haver a reversão ao patrimônio público, do qual nunca deveria ter sido retirado. Por outro lado, havendo a impossibilidade de devolução do bem, ocorrerá a conversão da obrigação em pecúnia, substituindo-se a sanção de perda do bem pela de ressarcimento do dano ao patrimônio público, o qual terá o valor correspondente ao erário devolvido³². Mas nada impede que as duas sanções sejam cumuladas, o que ocorrerá sempre que, além do bem a ser devolvido, houver outros danos causados à entidade prejudicada.

A segunda sanção cominada na lei de improbidade é o *ressarcimento integral do dano*. Todos os atos que importam em improbidade administrativa são passíveis de punição nessa modalidade. Nada obstante, para que possua aplicabilidade, é necessário que da conduta impropria haja decorrido efetivo dano ao erário, a ser ressarcido, lembrando que a grande maioria da doutrina admite a indenização também por dano moral em caso de improbidade administrativa³³.

Em seguida, como sanção aplicável aos atos de improbidade administrativa, tem-se a *perda da função pública* a qual se encontra contemplada em todos os casos do art. 12 da Lei nº 8.429/1992. Impende considerar que referida sanção é aplicada exclusivamente a agentes públicos, vez que, com a sua aplicação, extingue-se o vínculo jurídico existente entre o servidor e a entidade vitimada pela improbidade. Assim, referida punição não se estende, por óbvio, ao terceiro, que nenhum vínculo mantém com o Estado.

Não há que se falar em aplicação direta desta sanção pelas vias judiciais no que concerne às pessoas que ocupam determinadas funções cujo procedimento de perda está

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p. 956.

³³ Admitem essa possibilidade, dentre outros: GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 555; OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 256; e FAZZO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 304;

referido na Constituição. Entretanto, apesar dessas restrições quanto à aplicabilidade da sanção de perda do cargo a alguns agentes públicos, mais notadamente determinados agentes políticos, nada obsta a interposição de ação de improbidade administrativa, em face dos mesmos, com o intuito de que sejam condenados ao cumprimento das demais espécies sancionatórias, conforme se verificará em momento oportuno.

A quarta sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa é a *suspensão dos direitos políticos*, sanção estabelecida já no artigo 15, V da Constituição, nos seguintes termos:

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

[...]

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

Diferentemente do que ocorre com a sanção da perda de função pública, a suspensão dos direitos políticos é aplicável a qualquer pessoa condenada pelo ato de improbidade, mas, em caso de aplicação desta àquele que de fato está em exercício de função, é decorrência imediata a própria perda do cargo, que estará sujeita, se for o caso, aos regimes especiais da perda de função.

A condenação que culmina nesta sanção deve ter o período de tempo de suspensão explicitado, uma vez que este sofre variações conforme a infração praticada (enriquecimento ilícito, oito a dez anos de suspensão; prejuízo ao erário, cinco a oito anos de suspensão; atos que atentem contra os princípios da administração pública, três a cinco anos). Caso o julgador não o determine expressamente, presumir-se-á a condenação ao mínimo legal, conforme a infração praticada³⁴.

Temos ainda a possibilidade de condenação ao pagamento de *multa civil*, sanção genérica de caráter não indenizatório, aplicável a quaisquer dos ilícitos tipificados como ato de improbidade administrativa, que culmina em sanção de caráter pecuniário, adstritos aos limites previstos na lei da seguinte forma: enriquecimento ilícito, multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; prejuízo ao erário, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; ato contra princípio da Administração, multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op cit*, p. 76..

Finalmente, a *proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios*, que também é aplicável a todos os atos de improbidade administrativa. Esta sanção se destaca por ter caráter relevante na coibição da prática de atos ímprobos por parte de pessoas jurídicas, posto que estas poderão ser impedidas de participar de licitações públicas, representando um gravame considerável a muitas empresas, que tem nas contratações com o Estado importante fonte de receita.

Feito este brevíssimo resumo acerca das sanções cominadas na Lei 8.429/1992, em si consideradas, trataremos, a partir de agora, de tema que possui relevância fundamental ao desenvolver da monografia em apreço:

3.1 A natureza jurídica das sanções estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa

Tão logo foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, iniciou-se na doutrina fervorosa discussão acerca de qual seria a natureza jurídica das sanções estabelecidas pelo novel diploma. E para se estabelecer essa natureza era necessário identificar a essência da qual se reveste o ato ilícito de improbidade, é dizer, necessitava-se que se respondesse se a conduta improba coadunava-se como ilícito penal ou como ilícito civil.

Atualmente tal discussão se encontra superada, haja vista a prevalência do entendimento de que o ato de improbidade administrativa importa na prática de ilícito de natureza civil, inobstante a existência de posicionamentos isolados em sentido diverso³⁵.

A natureza extrapenal do ilícito de improbidade pode ser demonstrada com base em diversos fundamentos.

³⁵ “Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa ‘ação civil de improbidade’ somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. [...] sob a roupagem de ‘ação civil de improbidade’, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, ‘teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns’. (Ives Gandra da Silva Martins, Aspectos procedimentais do instituto jurídico do “impeachment” e conformação da figura da improbidade administrativa, in Revista dos Tribunais, v.81, n.685. 1992, p. 286/87). Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, ‘crimes de responsabilidade’, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra Ministro de Estado ou contra integrantes de tribunais superiores (CF, art. 102, I, “c”) [...]” (WALD. 1997)

O primeiro deles decorre da própria literalidade da Constituição Federal que, no art. 37 §4º, estabelece que as punições pelos atos de improbidade administrativa serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”. Ora, da simples leitura do dispositivo se depreende facilmente a intenção do constituinte em afastar a natureza penal das infrações relativas aos atos de improbidade administrativa, vez que traduz a possibilidade de se punir penalmente àquelas mesmas condutas reprimidas através da Ação de Improbidade Administrativa, a qual, por exclusão, comina sanções de índole civil, conforme se verificará mais adiante.

Nessa toada, destacamos a lição de Alexandre de Moraes³⁶ que, com a clareza que lhe é peculiar, preceitua que:

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

O *caput* do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 reforça o que foi dito acima, na medida em que ressalva a aplicação de sanções penais para os agentes que vierem a praticar atos de improbidade administrativa.

Art. 12: Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. (grifamos)

Por outro lado, para que determinado ato se configure como infração penal é necessário que tal ato seja reprimido por sanção a qual estabeleça pena privativa de liberdade. É exatamente o que reza o art. 1º do Decreto-lei nº 3.914, de 09/12/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal), segundo o qual: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

Dentre as sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, não há nenhuma que comine pena privativa de liberdade, seja na modalidade reclusão ou na modalidade detenção. Portanto, em não havendo a cominação de sanção penal o ilícito poderá

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362/363.

ser de qualquer natureza, menos crime, pois, repise-se, para a configuração de um crime, faz-se necessário a existência de um preceito secundário que tenha como consequência uma pena. Pode-se vislumbrar facilmente o que se acabou de afirmar pelo simples fato de não haver sequer um tipo penal descrito no Código Penal Brasileiro e na legislação penal especial e extravagante que não tenha como consequência uma pena.

A natureza extrapenal do ilícito da improbidade administrativa também pode ser aferida pela abstratividade da tipificação das condutas tidas como atos de improbidade, conforme se demonstrou quando versamos acerca dos atos de improbidade em espécie.

É sabido que, nos artigos 9º, 10 e 11, a lei trata das condutas a serem enquadradas como atos de improbidade administrativa, elencando em cada dispositivo uma série de incisos os quais estabelecem róis exemplificativos de condutas que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios da administração pública (art. 11). Nada obstante, conforme reiteramos várias vezes, é plenamente possível que um ato seja enquadrado como de improbidade administrativa, mesmo que não esteja consignado expressamente na lei, desde que possa se subsumir à norma geral prevista no *caput*.

Em se considerar que tais condutas importam em infrações penais, haveria nítido desrespeito ao *princípio da reserva legal ou legalidade*, consagrado no art. 5º, XXXIX³⁷, da Constituição Federal e no art. 1º³⁸ do Código Penal. Com efeito, de acordo com referido princípio, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, decorrendo dele outro princípio, o da taxatividade, segundo o qual as condutas consideradas infrações penais devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma.

Importa abriremos, aqui, um parêntese no intuito de transcrever lição do mestre penalista Damásio de Jesus³⁹, acerca do Princípio da Legalidade no âmbito do Direito Penal:

O princípio da Legalidade, ou da Anterioridade, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, **não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinações da *sanctio juris* aplicável**. Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. (Grifamos)

³⁷ **Art. 5º**

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

³⁸ **Art. 1º**. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal

³⁹ DE JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, vol. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63

De se concluir, portanto, que, ao tipificar de modo abstrato as condutas ensejadoras da reprimenda legal por improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992 acaba por ressaltar a natureza extrapenal do ilícito, vez que tal indeterminabilidade é incompatível com o princípio basilar do direito penal, razão pela qual se afasta a natureza de crime para as condutas elencadas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Há um outro aspecto que merece atenção e que reforça a tese de que o ato de improbidade administrativa não se configura como ilícito penal. Veja-se o disposto no art. 8º da Lei nº 8.429/1992:

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

O que a lei possibilita é que os efeitos da prática dos atos de improbidade administrativa alcancem os sucessores do sujeito ativo da prática da conduta improba. Note-se que, se se tratasse de um crime, inserido no âmbito do direito penal, haveria grave violação ao *princípio da intranscendência*, insculpido no art. 5º, XLV da Constituição Federal, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo mais uma razão a reafirmar o que estamos defendendo, ou seja, que o ato ilícito de improbidade administrativa não ostenta natureza penal, e sim civil.

Na jurisprudência a questão já se encontra pacificada, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI nº 2.797/DF, ocasião em que se declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002, que havia acrescentado os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. Nessa assentada o Supremo reconheceu a natureza civil da ação de improbidade administrativa^{40 41}.

⁴⁰ “[...] 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies”. (ADI nº 2.797, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.09.2005, DJU 19.12.2006).

⁴¹ Nesse mesmo sentido, podem ser mencionadas diversas decisões do STJ que também corroboram a natureza civil da ação de improbidade administrativa. Citam-se algumas:

“[...]as sanções previstas são de natureza civil, concluindo-se que a ação está inserida na competência dos juízes de primeiro grau [...] é o juízo singular o competente para processar e julgar as ações propostas contra ex-prefeitos [...] o mesmo raciocínio deve ser estendido ao presente caso, que trata de medida cautelar preparatória para o ajuizamento de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (REsp. nº 757.194/SP, 1.º Turma, rel. Min. José Delgado, j. em 18.10.2005, DJU 14.11.2005 p. 223);

“Inexiste nulidade do processo que, examinando cumulativamente ação civil pública e ação civil por ato de improbidade, seguiu o rito ordinário [...]Na ação civil por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, pode o Município figurar, no pólo ativo, como litisconsorte facultativo” (REsp. nº 319.009, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j; em 05.09.02, DJU 04.11.02);

Não restam dúvidas, portanto, de que a Lei de Improbidade Administrativa comina sanções de natureza civil, tratando de uma Ação *Civil* de Improbidade Administrativa, sendo processada num juízo *cível*.

Conforme lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco⁴²:

No que diz respeito ao sistema utilizado para a aplicação da sanção, assumirão relevância os circunstancialismos jurídicos que envolvam a metodologia a ser utilizada, como é o caso da competência do órgão jurisdicional, do iter procedimental a ser seguido, se *cível*, penal, trabalhista, administrativo ou político, e das garantias próprias desse âmbito do direito.

A partir desses fatores, poderemos concluir que o ilícito de improbidade administrativa [...] ostenta características de natureza civil, resultando em restrições na esfera jurídica do improprio a partir de uma metodologia de igual natureza: juiz com competência *cível*, utilizando o Código de Processo Civil, ressalvadas, obviamente, as singularidades da Lei nº 8.429/1992

É claro que, considerando-se os bens jurídicos atingidos pela incidência da sanção, essa natureza civil poderá assumir feições variadas. Veja-se que as sanções de (a) multa, (b) proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios fiscais ou incentivos fiscais e creditícios, (c) ressarcimento do dano e (d) perda de bens e valores ostentam uma nítida natureza patrimonial, uma vez que incidentes exatamente sobre o patrimônio do agente responsável pelo ato de improbidade. Já no que se refere à perda da função pública, é incontestado o seu caráter funcional, adstrito à matéria administrativa; por fim, a suspensão dos direitos políticos, cuja própria consequência imediata (proibição temporária do exercício dos direitos inerentes à cidadania) lhe denota caracteres de sanção política.

O certo é que, seja com contornos patrimoniais, ou assumindo feições político-administrativas, as sanções cominadas no texto da Lei de Improbidade Administrativa representam sempre sanções de natureza civil.

“HABEAS CORPUS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA EXTRAPENAL. INADEQUAÇÃO AO INSTITUTO DO HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. - O habeas corpus não é o remédio jurídico apto para dirimir questão de competência em ação de responsabilidade civil por improbidade administrativa” (HC nº 8.491, 5.^a Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. em 15.06.200, DJU 14.08.2000).

⁴² GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op cit*, p. 529/530.

4. OS AGENTES POLÍTICOS E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

4.1. Conceito de agente político

Inicialmente, impõe-se uma conceituação do que se entende por agente político. A melhor doutrina do Direito Administrativo os define como sendo “os titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder”⁴³, “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício das atribuições constitucionais”⁴⁴.

Pode-se definir, portanto, agente político como sendo aquelas pessoas, pertencente a uma categoria especial de agente público, as quais são incumbidas no papel de direcionar os rumos do poder público, com o fito de atingir os objetivos do Estado, representando-lhe a vontade. Exercem, em última análise, parcela da soberania estatal. Possuem amplo poder decisório e independência funcional, não se submetendo às normas hierárquicas, comuns aos demais agentes públicos. Em regra, são investidos nos cargos que ocupam mediante eleição, o que lhes confere o direito a ocupar um mandato eletivo, do que decorre a transitoriedade das funções por eles exercidas. Nada obstante, alguns agentes políticos são investidos em seus cargos por meios outros que não a eleição.

A característica marcante dessa espécie de agente público está relacionada ao tipo de vínculo que os liga ao Estado: um vínculo de natureza política. Melhor dizendo, a relação jurídica travada por eles com o Estado possui cunho institucional, vez que baseada em normas insculpidas no texto constitucional, das quais decorrem seus direitos e obrigações.

Embasando-se nos ensinamentos de prestigiada doutrinadora administrativista⁴⁵, pode-se afirmar que a concepção de agente político possui uma dupla conotação: de um lado o aspecto subjetivo, que se confunde com a ideia de governo, de órgão institucionalizado; de outro, um aspecto objetivo, interligado à noção de função pública.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Malheiros. 2003, p. 75.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania. *op. cit.*, p. 486.

No rol dos agentes políticos estão o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos (chefes do Poder Executivo) e respectivos Vices, os Ministros e Secretários (auxiliares imediatos dos chefes do Executivo), além dos Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores (membros do Poder Legislativo).

Importa anotar a existência de posicionamentos doutrinários no sentido de se incluir magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas na relação de agentes políticos⁴⁶. Tal entendimento, todavia, não merece prosperar, pelo fato de que, conforme depreendido da conceituação acima exposta, o que caracteriza um agente político é o exercício de um papel de comando das diretrizes estatais, com efetivo poder de ação, de decisão, o que não se faz presente na função exercida por um magistrado, por um promotor de justiça, ou por um ministro ou conselheiro de um tribunal de contas⁴⁷. De qualquer modo, o regime especial de responsabilização sobre o qual se passará a versar também abrange essa categoria “diferenciada” de agente político, razão pela qual tal discussão não possui, pelo menos para as pretensões do presente trabalho, nenhuma relevância.

O certo é que, dada a importância do papel por eles desempenhado, os agentes políticos não se submetem às mesmas regras que são aplicadas aos servidores públicos em geral. Era necessário que se estabelecesse um regime jurídico diferenciado, o qual é definido, conforme já explicitado, por normas originadas na Constituição Federal, normas estas que estabelecem regras específicas quanto à determinadas prerrogativas e garantias a eles aplicadas, bem como à sua responsabilização política.

Ensina Hely Lopes Meireles⁴⁸ que:

[...] os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão.

Assim é que se instituiu um regime especial de responsabilização, sobre o qual se versará nos próximos parágrafos.

⁴⁶ É o pensamento defendido por Hely Lopes Meireles.

⁴⁷ Nessa mesma linha estão José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvania Zanella Di Pietro, dentro outros.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 76.

4.2 A responsabilização político-administrativa dos agentes políticos

É bom que se deixe claro, e quanto a isso não há discussão, que os agentes políticos, por maiores que sejam suas prerrogativas, sempre deverão ser responsabilizados pelos seus atos. Pretender que os agentes políticos sejam isentos de qualquer forma de responsabilização, sob a alegação de que a posição que ocupam possui o condão de imunizá-los perante a sociedade, é atentar contra os princípios basilares do sistema republicano adotado pela nossa Constituição, o qual se fundamenta na igualdade entre as pessoas.

Como bem salienta Paulo Brossard de Souza Pinto⁴⁹, citado por José Afonso da Silva.

Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata, ou imediatamente resultante do sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizeram uma vez que ‘governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático’

Nessa mesma direção, temos o posicionamento de Saihd Maluf⁵⁰:

No Estado de Direito, sob o regime constitucional, seja qual for a técnica de organização política que se adote, não há que se falar em irresponsabilidade total dos governantes. A irresponsabilidade é própria das monarquias absolutistas fundadas no dogmatismo arcaico do direito divino dos reis. Para o direito público moderno a ideia de responsabilidade é inseparável do exercício das funções de governo.

Ora, o governante (na acepção ampla do termo) é alguém que recebeu uma outorga de seus semelhantes, através da qual irá exercitar um *múnus* público. Trata-se de um mandato que, se exercido de maneira distorcida, acarretará consequências ao agente dele incumbido. É certo, portanto, que os agentes políticos se submetem a um regime especial de responsabilização; o que se discute é se se trata de regime exclusivo, ou se há conjugação com os demais regimes.

Os agentes públicos em geral, pelos atos que praticam no exercício de sua função, submetem-se, em regra, a três tipos de responsabilização: civil, penal e administrativa ou funcional. Entretanto, quando se está diante de um agente político, o quadro se torna deveras diferente. Surge a figura da responsabilização político-administrativa, consubstanciada nos

⁴⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 *apud* PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 9.

⁵⁰ MALUF, Saihd. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1974, p. 250

chamados crimes de responsabilidade que, conforme se verificará, não configuram verdadeiramente crimes. É bom que se reitere que esse tipo de responsabilidade é aplicado somente a determinados agentes políticos.

O grande cerne da discussão é saber se, além dessa responsabilização político-administrativa, os agentes políticos também se sujeitam às outras esferas de responsabilidade. A problemática é a seguinte: sabe-se que, ladeada pelas outras três modalidades de responsabilidade, existe uma quarta (responsabilidade político-administrativa), aplicada exclusivamente aos agentes políticos. O que se pretende investigar é se somente se lhes aplica essa quarta modalidade de responsabilização ou, pelo contrário, além dela, submetem-se os agentes políticos às outras três formas de responsabilidade, comuns aos demais agentes públicos.

Referida discussão é atinente ao tema central da presente monografia, razão pela qual será travada em momento adequado, quando da apreciação da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa (e suas modalidades de responsabilização) aos agentes políticos.

Passemos, por ora, a analisar os principais aspectos referentes à sobredita responsabilização político-administrativa consubstanciada nos crimes de responsabilidade, com o objetivo de se obter subsídios para o enfrentamento da questão de como se situam os agentes políticos, puníveis pelos crimes de responsabilidade, em face da Lei de Improbidade Administrativa.

Crimes de responsabilidade são infrações cometidas pelos agentes políticos, no desempenho de suas funções, que acarretam, como principais consequências, a perda da função pública, ou, como mais comumente conhecida, o *impeachment*, e a suspensão dos direitos políticos.

É preciso compreender que, em que pese a terminologia adotada, não se tem propriamente, nos crimes de responsabilidade, pelo menos no sentido estrito da expressão, a prática de condutas criminosas. A sua natureza é político-administrativa, de sorte que não se está diante de instituto adstrito à matéria penal. Para José Frederico Marques⁵¹:

Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão-

⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 376

só o caráter de *sanctio juris* política, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais.

É bem verdade que a gravidade das sanções cominadas dá ensejo a aplicação de alguns preceitos próprios desse ramo do direito (penal), o que não poderia ser diferente, até mesmo em prestígio aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Assim é que, na reprimenda das condutas ensejadoras de crimes de responsabilidade, deverão ser observadas algumas normas de garantia, como, por exemplo, os princípios da lesividade, ampla defesa, contraditório, juiz natural, intransmissibilidade da pena, dentre outros. Mas que fique claro: o julgamento dessas infrações é político, e deve observar as normas estabelecidas no texto constitucional, bem como nos diplomas afetos à matéria, não se lhes aplicando o Código Penal, tampouco a legislação penal extravagante.

Prova-se o que se acabou de afirmar mediante uma análise das instâncias julgadoras dos crimes de responsabilidade. Veja-se que elas obedecem a critérios que se diferenciam das instâncias julgadoras dos crimes comuns. Algumas autoridades são julgadas por órgãos do Poder Legislativo; outras obedecem a um sistema constitucional de prerrogativa de foro em razão da função. Diferenciam-se, assim, daqueles que são processados pela prática de crime comum, os quais tem seu julgamento efetivado exclusivamente pelas vias ordinárias do Poder Judiciário.

Ademais, a própria exposição de motivos da Lei nº 1.079/1950, que é principal diploma regulamentador dos crimes de responsabilidade, reforça essa conotação política, senão vejamos:

[...] ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo 'sui generis', que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins.

Por fim, arremata-se o raciocínio com a ideia de que a decisão em um processo de apuração de crime de responsabilidade é proferida com base em valores político-ideológicos, não havendo a obrigatoriedade de vinculação do mérito da decisão a parâmetros legais, até mesmo porque não há subsunção à regra da motivação, própria das decisões judiciais. Ora, quando os senadores decidem pelo *impeachment* do presidente da república, a decisão é tomada com base em valores que levam em conta as circunstâncias políticas do país, à época do julgamento. Repise-se, sem medo de nos tornarmos repetitivos: crimes de responsabilidade são julgados politicamente, realçando-se a natureza híbrida desse tipo de julgamento que

formalmente obedece a regras pré-estabelecidas no direito positivo, mas as decisões proferidas no mérito não se vinculam necessariamente ao direito posto, consubstanciando-se em um julgamento de valor.

4.3 O regime jurídico dos crimes de responsabilidade

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 85⁵², trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, elencando um rol exemplificativo de condutas ensejadoras desses crimes. Dispõe também acerca das regras gerais a serem observadas quanto ao processamento de tais infrações, consignando competir à Câmara dos Deputados a autorização para o julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas (caso estes hajam incorrido em crimes conexos ao do Presidente), julgamento este que será realizado pelo Senado Federal⁵³.

Por outro lado, o art. 102, I, *c* da Carta Constitucional determina competir ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar “nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”, desta feita, quando praticados isoladamente, ou seja, sem conexão com crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República.

Já o parágrafo único do art. 85 preceitua que “os crimes de responsabilidade deverão ser definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. Enquanto não sobrevém uma legislação específica a tratar da matéria, os crimes de responsabilidade são regulamentados por dois diplomas que, apesar de defasados e com alguns ranços de inconstitucionalidade, continuam a ser aplicados, pelo menos em tese, no que deles haja sido recepcionado pela Constituição. São eles a Lei nº 1.079/1950 e o Decreto-lei nº 201/1967, sobre os quais se passará a abordar.

⁵² 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.

⁵³ É o que se depreende do art. 86, caput, *c/c* arts. 51, I e 52, I, todos da CF/88.

A Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950 é o diploma legal que regulamenta os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República e Ministros de Estado. Dispõe também acerca da prática desses crimes pelos Ministros do STF e pelo Procurador-Geral da República, os quais, todavia, não serão tratados no presente estudo, pelo fato de não se enquadrarem no conceito, por nós sustentado, de agente político. Ressalte-se que o art. 74 dessa lei prevê a possibilidade de também os Governadores de Estado e seus Secretários terem seus mandatos cassados, desde que pratiquem qualquer das condutas previstas na lei. Mas para tal é necessário que haja previsão da respectiva Constituição Estadual no sentido de permitir referida responsabilização, mediante julgamento pela Assembleia Legislativa.

O art. 2º da lei estabelece que “os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação [...] para o exercício de qualquer função pública”. Trata-se de duas sanções distintas, aplicadas cumulativamente. Além de deixar o cargo que ocupa, o gestor ficará impossibilitado de exercer qualquer outro cargo independentemente do modo de investidura. Assim, por um período determinado, não poderá o imputado assumir qualquer função pública, seja através de eleições, seja pela aprovação em concurso público ou mesmo mediante a nomeação para ocupar cargo de confiança.

Nos artigos 4º a 12 estão consignados os atos que caracterizam a prática de crime de responsabilidade por parte do Presidente da República e, obliquamente, por parte dos Ministros de Estado e por Governadores e Secretários. É importante obtemperar que a Lei nº 1.079/1950 encerra uma série de condutas, muitas das quais se assemelham sobremaneira com aquelas estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa. Alias, intitulou-se um dos capítulos como “Dos crimes contra a probidade na administração”.

Veja-se, a título de exemplo, o art. 9º, item 5:

Art. 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração
[...]
5. Infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

Suponhamos que o Governador de determinado Estado nomeie vários correligionários seus em cargos para os quais se exige prévia aprovação em concurso público. Perceba-se que o ato do Governador encontra-se tipificado tanto no supracitado art. 9º da Lei

nº 1.079/1950, quanto no art. 11, incisos I e V da Lei nº 8.429/1992,⁵⁴ é dizer, configuraria, pelo menos em tese, um crime de responsabilidade e, ao mesmo tempo, um ato de improbidade administrativa. O mesmo ocorre com diversas outras condutas elencadas nos vários capítulos da Lei nº 1.079/1950 dedicados a descrever os crimes de responsabilidade.

Nos artigos seguintes, o diploma legal em comento estabelece as normas atinentes ao processamento dos crimes de responsabilidade aplicáveis ao Presidente da República e seus Ministros de Estado (quando partícipes). É o processamento do *impeachment*. Regula-se, assim, a denúncia, a acusação e o julgamento desses crimes de responsabilidade. Quanto aos Governadores e Secretários de Estado, as regras gerais de processamento são fornecidas pelos artigos 75 a 79, sendo respeitada a forma estabelecida em cada Constituição Estadual, aplicando-se, também, subsidiariamente, os regimentos internos das Assembleias Legislativas e Tribunais de Justiça respectivos, bem como o Código de Processo Penal⁵⁵.

O outro texto legal que regulamenta a prática de crime de responsabilidade, desta feita no tocante àqueles cometidos por Prefeitos Municipais, é o Decreto-lei nº 201 de 27 de Fevereiro de 1967. Trata-se de um instrumento normativo um tanto confuso que mistura conceitos, razão pela qual merece cuidado em sua análise.

A legislação em tela traz duas distintas modalidades de figuras delituosas: crimes funcionais e crimes de responsabilidade. O *caput* do art. 1º cuida de “crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores”, o que é seguido por uma série de incisos que tipificam as condutas. Percebe-se facilmente a impropriedade legislativa, consubstanciada no equívoco de designar de crimes de responsabilidade condutas que, na verdade, encerram delitos a serem julgados nas vias ordinárias do Poder Judiciário, sem qualquer conotação de julgamento político. Na verdade, nessa parte, temos uma lei penal específica que afasta, em termos, a aplicação do Código Penal.

Os verdadeiros crimes de responsabilidade passíveis de cometimento pelos prefeitos municipais estão definidos no art. 4º, cujo *caput* estabelece o seguinte:

⁵⁴ 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 da competência.

[...]

V – frustrar a licitude de concurso público;

⁵⁵ Art. 79 da Lei. 1.079/1950

Art. 4º. São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I - Impedir o funcionamento regular da Câmara;

II - Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;

III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;

IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade;

V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária;

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro,

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;

VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;

IX - Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores;

X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

Aqui, mais uma vez, temos uma série de atos que, em quase sua totalidade, confundem-se com aqueles sancionados na Lei de Improbidade Administrativa, o que deu azo às controvérsias sobre a aplicabilidade desta, também aos prefeitos. Exemplifica-se com o disposto no inciso VIII (“Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura”) que encerra conduta que poderia muito bem configurar muitas das hipóteses de prejuízo ao erário, estabelecidas no art. 10, *caput* e incisos, da Lei 8.429/1992.

Veja-se que, no supramencionado *caput* do art. 4º, estabeleceu-se como sanção apenas a cassação do mandato, ou seja, a perda da função pública, silenciando-se quanto à inabilitação para o exercício de função pública (suspensão dos direitos políticos), diferentemente do que ocorre na Lei nº 1.079/1950.

Uma questão que merece relevo é a da competência para o processamento de prefeito municipal em face do cometimento de crimes de responsabilidade propriamente ditos (ou, nos termos do art. 4º, infrações político-administrativas). Trata-se de assunto polêmico que levantou muita polêmica no meio jurídico.

Reza o art.5º do Decreto-lei que os prefeitos deverão ter seu mandato cassado mediante julgamento pela Câmara Municipal. Já o art. 29, X⁵⁶ da Constituição Federal

⁵⁶ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:[...]
X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça

estabelece que os prefeitos devem ser julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado em que se encontra o município. Com base nesse dispositivo, chegou-se a defender que o art. 5º do Decreto-lei não havia sido recepcionado pela Constituição, que teria estendido a prerrogativa de foro ao cometimento de crimes de responsabilidade propriamente ditos, ou seja, os do art. 4º. Mas essa não nos parece ser a melhor solução. É que a redação do inciso X do art. 29 não especifica quais as infrações abrangidas pela norma, de modo que faz parecer crer que a prerrogativa de foro é aplicada apenas aos crimes comuns. Nesse sentido já se posicionou diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça⁵⁷.

Em resumo, em se tratado de crime tipificado pelo art. 1º do Decreto-lei a competência para julgamento é do Tribunal de Justiça, por se tratar de crime comum. Em sendo hipótese de crime do art. 4º do Decreto-lei a competência, nos termos do art. 5º do diploma em apreço, é da Câmara de Vereadores respectiva, por se tratar de crime de responsabilidade propriamente dito.

Referenciados os principais aspectos concernentes ao regime de responsabilização político-administrativa dos agentes políticos, com o que se pretendeu contribuir para o estabelecimento das premissas do presente estudo, passemos agora à temática central do trabalho monográfico em apreço.

⁵⁷ “Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato [...] Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos” (REsp 1.066.772/MS. Rel: Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 25.08.2009, DJU 03.09.2009)

“O art. 1. do Decreto-lei n. 201/67 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como "crimes de responsabilidade", e são julgados pelo Poder Judiciário. [...] O art. 4. do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de "infrações político-administrativas", também chamadas de "crimes de responsabilidade" ou "crimes políticos", e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais e do que o "impeachment". O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/92) determina o "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça"; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns” (HC 73.210/RJ 5ª Turma. Rel.: Laurita Vaz, j. em 27.11.2007, DJU 17.12.2007 p. 243)

5. DISCUSSÃO SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS

Nesse ponto do trabalho, lançadas as premissas necessárias ao enfrentamento do tema, inicia-se o questionamento central a que se nos propomos: a Lei nº 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos?

Para melhor visualização da problemática, imaginemos a seguinte situação hipotética: o (a) Presidente da República, utilizando-se de sua influência perante os órgãos da Administração Pública Federal, direciona um processo de licitação para a construção de uma grande usina hidrelétrica, com vistas ao favorecimento da Empresa X, a qual vem a ser a vencedora do certame licitatório. A obra, então, mediante os mais diversos e escusos expedientes, vem a ser superfaturada, de tal sorte que o chefe do Poder Executivo Federal receba parcela dos valores obtidos irregularmente pelos proprietários da Empresa X, como forma de compensação pelo direcionamento da licitação. Suponhamos, a título de ilustração, que o montante total de recursos públicos os quais hajam sido transferidos ao patrimônio do Presidente, durante todo o transcurso da obra, tenha atingido a cifra dos R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Em conformidade com o que foi abordado nos capítulos anteriores, vislumbram-se, pelo menos em princípio, três consequências jurídicas distintas no que tange à responsabilização do Presidente, nessa dada situação hipotética. É dizer, teoricamente, a nefasta conduta praticada pelo representante mor da nação poderia ser enquadrada como:

- Crime de responsabilidade, com fulcro no art. 4º, inciso V c/c art. 9º, item 7, ambos da Lei nº 1.079/1950, a ensejar a perda do cargo (*impeachment*) bem como a inabilitação para o exercício de qualquer função pública.

- Ato de improbidade administrativa, consubstanciado nos seguintes dispositivos: art. 9º, incisos I, II e XI; art. 10, incisos I, VIII e XII; e art. 11, inciso V, todos da Lei nº 8.429/1992, com a consequente aplicação cumulativa de todas as sanções previstas no art. 12, a saber, perda dos bens, ressarcimento ao erário, multa civil, além da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

- Crime de corrupção passiva, tipificado no art. 317 do Código Penal, cuja pena é reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos e multa.

Perceba-se que a prática de uma mesma conduta poderia vir a gerar uma multiplicidade de enquadramentos, a encerrar três distintas esferas de responsabilização. É exatamente esse suposto conflito de instâncias que acarreta uma das mais polêmicas discussões travadas atualmente no meio jurídico: poderia o agente político, a um só tempo, responder por crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa com base em uma mesma conduta? Haveria incidência do fenômeno do *bis in idem*? Passemos às considerações necessárias.

5.1. Independência das instâncias civil, política, administrativa e penal

Concluiu-se, no capítulo terceiro do presente trabalho monográfico, que as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa possuem natureza civil. Faz-se tal afirmação tomando-se por referência o regime de aplicação destas sanções e seus consectários (critérios de competência para o processamento, regras de procedibilidade, etc.).

Por sua vez, os chamados crimes de responsabilidade, albergados na Constituição da República e regulados pela Lei nº 1.079/1950, conforme demonstrado anteriormente, consolidam um regime de responsabilização de índole político-administrativa, através de julgamentos cujas regras obedecem a critérios valorativos distintos daqueles orientadores de um julgamento por crime comum. Portanto, a repressão pelos crimes de responsabilidade não possui feição penal. Trata-se da responsabilização política, externada através das regras de processamento dos agentes políticos.

Evidenciam-se, assim, nesse primeiro plano, dois distintos modelos de responsabilização: de um lado, a responsabilização civil da Lei nº 8.429/1992; do outro, a responsabilização político-administrativa, regulamentada tanto na Constituição quanto na Lei nº 1.079/1950 e no Decreto-lei nº 201 de 1967.

Mas não é só. Uma conduta descrita seja como crime de responsabilidade, seja como ato de improbidade administrativa, aciona também outras esferas de responsabilização.

Na esfera administrativa, em linhas gerais, havendo previsão em lei específica, geralmente estatutária, poderá se sujeitar o agente, em razão do cometimento de determinada conduta, à sanção administrativa previamente disposta, mediante competente processo administrativo, sem que para isso se demande atuação jurisdicional. Ou seja, há atos que

figuram nas leis de improbidade ou de crime de responsabilidade que também figuram como atos puníveis no próprio âmbito da Administração Pública, independentemente de processamento nas demais esferas.

Não se pode olvidar, ainda, da responsabilização penal das condutas atentatórias aos princípios da Administração Pública, especialmente no que tange à moralidade administrativa. O Código Penal Brasileiro dedica um capítulo inteiro aos crimes praticados “por funcionários públicos contra a administração em geral”, dentre os quais se destacam o peculato (art. 312)⁵⁸, a concussão (art. 316)⁵⁹, a corrupção passiva (art. 317)⁶⁰ e a prevaricação (art. 319)⁶¹, infrações penais que tipificam condutas muitas das vezes coincidentes com aquelas descritas nos outros regimes de responsabilização.

Temos, então, em resumo, quatro esferas de responsabilização pelas quais são distribuídos os ilícitos praticados contra a Administração Pública em geral, saber: a) ato de improbidade administrativa, a ser processado no juízo cível; b) crime de responsabilidade, o qual enseja julgamento político; c) ilícito administrativo, que será apurado mediante processo administrativo e, finalmente; d) ilícito penal, que dará origem à competente ação penal, em conformidade com as regras específicas desta seara do direito.

Essa coexistência de regimes de responsabilização é regida por um princípio básico, qual seja, o princípio da independência das instâncias, segundo o qual as várias instâncias só se comunicam de modo excepcional. Isto posto, o julgamento no juízo penal não influencia o juízo cível, tampouco a autoridade administrativa na apuração de infrações funcionais⁶².

⁵⁸ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

⁵⁹ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

⁶⁰ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

⁶¹ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁶² Nesse sentido: “*O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal*” (STF MS 25.880/DF. Rel: Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 06.02.2007, DJU 16.03.2007, p. 101-102);

Veja-se o que leciona José Armando da Costa⁶³, ao tratar das distintas esferas de responsabilização a que se submetem os agentes públicos:

Constitui postulado, implícito e explícito, do nosso ordenamento jurídico o princípio segundo o qual as punições civis, penais e disciplinares são cumuláveis. Equivale a dizer que o mesmo fato anômalo poderá ensejar a responsabilização do agente público acusado nessas três instâncias. Isso, obviamente, quando tal conduta chegue a afetar essas três projeções do direito. Não se trata de *bis in idem*, pois que este somente se verifica quando alguém, com a prática do mesmo fato, seja responsabilizado, mais de uma vez, nas instâncias penal, civil e disciplinar, respectivamente.

E segue o prestigiado autor afirmando que as diferentes instâncias, “desde que não haja ocorrido prescrição, poderão ser dinamizadas de modo simultâneo ou sucessivamente, a qualquer tempo, devendo o decisório de uma independe do que for decidido na outra”.

Referida regra da independência das instâncias de julgamento pode ser inferida da inteligência do artigo 935 do Código Civil combinado com os artigos 66 do Código de Processo Penal, e 125 da Lei nº 8.112/1990, senão vejamos.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

O que se pretende ressaltar é o fato de que a regra de independência das instâncias é aplicada também à responsabilização político-administrativa, dos crimes de responsabilidade, que se coadunam como uma quarta esfera de responsabilização. Logo, temos que a decisão proferida em julgamento político não tem o condão de eximir o imputado de uma condenação na esfera criminal ou na esfera civil, e assim por diante. Dessa forma, o agente pode ser condenado em todas as esferas, em nenhuma, ou, ainda, ser condenado em uma e absolvida em outra. Perceba-se que se trata de âmbitos completamente independentes entre si, que não se excluem, mas, pelo contrário, coexistem harmoniosamente.

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. - Procedimento administrativo disciplinar. demissão de servidor público. Ato de improbidade. Separação das instâncias administrativa e penal” (STJ MS 7080/DF, Rel: Fontes de Alencar, 3ª Turma, j. em 11.09.2001, DJU 29/10/2001, p. 180);

‘A realização de processo administrativo disciplinar, bem como de qualquer medida prévia à sua instauração, não pode ser considerada como condição para a propositura de ação de improbidade administrativa. Prevalece, no caso, a regra da independência das instâncias’ (TRF2 AI 2007.02.01.015979-6. Rel: Luiz Paulo S. Araújo, 7ª Turma, j. em 30.11.2007, DJU 28.10.2008, p. 211)

⁶³ COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 160.

A partir dessas considerações sobre a incomunicabilidade entre as várias instâncias de responsabilidade, a conclusão outra não se pode chegar senão a de que a responsabilização política pelo cometimento de crimes de responsabilidade não anula a responsabilização oriunda dos atos de improbidade administrativa na forma da Lei nº 8.429/1992.

No que diz respeito à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade, o assunto já foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de uma Reclamação Constitucional pelo Pretório Excelso, concluído em 2007 e que até hoje repercute nas rodas de discussão acerca da matéria. Dada a importância desse julgado, passaremos a analisá-lo um pouco mais detalhadamente.

5.2. A Reclamação Constitucional nº 2.138/DF

Em 1999 o Ministério Público Federal impetrou Ação de Improbidade Administrativa em face do senhor Ronaldo Mota Sardemberg, então Ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE da Presidência da República (posteriormente designado ao cargo de Ministro das Relações Exteriores). De acordo com o *parquet*, o ato de improbidade administrativa do ministro consistiria “na solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais [...] e pela fruição do Hotel de Trânsito da Aeronáutica”⁶⁴, na ilha de Fernando de Noronha.

O feito foi distribuído ao Juiz Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, após manifestação do réu e da União, julgou procedente a ação condenando o ministro nas penas cominadas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, dentre elas a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Houve apelação.

A questão chegou ao Supremo mediante o ajuizamento, pela União, de Reclamação Constitucional em face do juiz federal prolator da sentença condenatória. A

⁶⁴ Trecho retirado do relatório que acompanhou o voto do Ministro-relator Nelson Jobim, proferido em 22/11/2002, na RCL nº2.138/DF do STF, disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL_2138_DF%20_13.06.2007.pdf. Acesso em: 25/04/2011.

relatoria coube ao Ministro Nelson Jobim que deferiu medida liminar suspendendo a eficácia da sentença proferida pelo juízo monocrático.

O objeto da Reclamação era, preliminarmente, a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento de ministro de Estado pelo ato de improbidade que lhe foi imputado e, no mérito, o afastamento da aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 em relação aos agentes políticos, sob o argumento de que a Constituição Federal de 1988 haveria lhes garantido um regime de responsabilização próprio e exclusivo, o dos crimes de responsabilidade, disciplinado pela Lei nº 1.079/1950.

O voto do relator, proferido em 20/11/2002, foi no sentido de que os agentes políticos seriam regidos por normas especiais de responsabilidade, não se lhes aplicando a Lei de Improbidade Administrativa. Pedimos licença ao leitor para transcrevermos alguns trechos do voto do eminente ministro-relator Nelson Jobim.

Cuida-se, aqui, de MINISTRO DE ESTADO que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública (cargo efetivo de MINISTRO DE 1ª CLASSE do Ministério das Relações Exteriores) mediante sentença do juízo da 14ª. Vara Federal por fatos ligados ao exercício de sua função ministerial.

Daí alegar-se, na presente RECLAMAÇÃO, que, diante dos termos do art. 102, I, c, da CF, compete ao STF processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os MINISTROS DE ESTADO, dentre outras altas autoridades. Poder-se-ia configurar, assim, - é o que se afirma na presente Reclamação - a usurpação de competência deste Tribunal para processar e julgar MINISTROS DE ESTADO por crime de responsabilidade.

A questão é relevante.

Não parece haver alternativas:

(a) ou, os MINISTROS DE ESTADO, submetidos ao regime de responsabilidade especial da Constituição, submetem-se igualmente ao regime da Lei de Improbidade;

(b) ou, os MINISTROS DE ESTADO, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência do regime comum da Lei de Improbidade.

[...]

O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhe tratamento distinto dos demais agentes públicos.

[...]

Não tenho dúvida de que os agentes políticos estão regidos por normas próprias. Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político.

[...]

Fica demonstrado, pelas consequências, a inadmissibilidade do convívio dos dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos.

O convívio dos dois sistemas propiciaria que um juiz substituto de primeiro grau suspendesse, em caráter provisório, a pedido de um diligente membro do Ministério Público prestes a encerrar o estágio probatório, do exercício de suas funções, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, MINISTROS DE ESTADO, O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, OU O COMANDANTE DO EXÉRCITO.

O que se indaga, no presente caso, é se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos:

(a) o previsto no art. 37, §4º, e regulado pela L. 8.429, de 1992, e

(b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, “c” da Constituição e disciplinado pela L. 1.079, de 1950.

[...]

Entendo que, aos MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam às regras comuns da lei de improbidade.

Há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição.

Não se cuida de assegurar ao MINISTRO DE ESTADO um regime de imunidade em face dos atos de improbidade.

O MINISTRO DE ESTADO há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo.

Ademais, praticamente todos esses delitos político-administrativos configuram igualmente crimes comuns, podendo ser devidamente perseguidos na esfera penal perante os tribunais competentes.

[...]

O que não se pode admitir é, valendo-se da possibilidade de pedidos cumulativos, transformar uma nítida ação da natureza penal ou punitiva em ação de caráter reparatório.

O elemento central da ação de improbidade não é o reparatório. Para esta finalidade existem dezenas de ações adequadas.

[...]

A simples possibilidade de superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie.

Os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência recomendam um preciso esclarecimento da matéria.

[...]

Seria inconsistente e, por isso, implosivo para o sistema, outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com a ameaça da perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo, como ocorreu na hipótese dos autos.

[...]

Essas consequências demonstram que a ação de improbidade contra MINISTROS DE ESTADO, em primeiro grau de jurisdição, é totalmente incompatível com a ordem constitucional vigente.

[...]

Demonstrei que a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade. Não há como aceitar o bis in idem que se pratica em detrimento da competência desta Corte. Julgo procedente a presente reclamação.⁶⁵

Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso. Por sua vez, o Ministro Carlos Velloso, discordando de seus pares, proferiu voto contrário ao do relator, para julgar improcedente a reclamação, considerando ser aplicável a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

O julgamento da reclamação foi interrompido sucessivas vezes em decorrência de inúmeros pedidos de vista por parte dos demais ministros. O fato é que o julgamento definitivo da matéria deu-se apenas em junho de 2007, transcorridos mais de cinco anos do ajuizamento da reclamação. Após acalorados e intensos debates em plenário, por seis votos a cinco venceu a tese defendida pelo relator, ou seja, a inaplicabilidade, *in casu*, da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos. A decisão foi publicada com a seguinte ementa:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.

2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c,

⁶⁵ Trechos retirados do voto do Ministro-relator Nelson Jobim, proferido em 22/11/2002, na RCL nº 2.138/DF do STF, disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL_2138_DF%20_13.06.2007.pdf. Acesso em 25/04/2011.

(disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II.

3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.

4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.

5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Com o devido respeito aos ministros que votaram no sentido de julgar procedente a reclamação, para afirmar a existência de um regime de responsabilidade especial (e único) aplicável aos agentes políticos, não se pode concordar com esta solução que, em última análise, representou um grande retrocesso jurisprudencial, consubstanciando-se num importante revés na luta contra a corrupção administrativa no Brasil. E razões para tal discordância não são poucas.

5.3. A coexistência harmônica dos regimes de responsabilização por crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa

A tese vitoriosa na Reclamação nº 2.138, conforme se pôde depreender, foi a de que aos agentes políticos não seria aplicável o regime sancionatório constante da Lei nº 8.429/1992. Os defensores desta tese se alinham com aqueles que sustentam ser a Lei de Improbidade Administrativa diploma normativo de “forte conteúdo penal”⁶⁶, apresentando

⁶⁶ Posição defendida por Gilmar Mendes que, em seu voto sustentou que “a simples possibilidade de suspensão dos direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar [...] o forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos da ação de improbidade. [...] A sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, sobretudo na perspectiva do equilíbrio jurídico constitucional” (Trecho retirados do voto do Ministro-relator Nelson Jobim, proferido em 22/11/2002, na RCL nº 2.138/DF do STF, disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL_2138_DF%2013.06.2007.pdf. Acesso em 25/04/2011.).

sanções de essência idêntica à das infrações políticas. Em outras palavras, afirmam basicamente que o cometimento de um ato de improbidade administrativa por parte de um agente político representa, em verdade, a prática de um crime de responsabilidade. É como se um regime absorvesse o outro, de modo que somente subsistiria o julgamento político, sob a falsa impressão de se estar emprestando efetividade ao princípio da especialidade, sendo a Lei 1.079/1950 específica em relação ao diploma de 1992.

Alegam para tanto que a incidência simultânea dos dois regimes em face dos agentes políticos implicaria em afronta ao princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual uma mesma conduta não pode ser punida mais de uma vez por sanção da mesma natureza. Com a máxima vênia devida, tal posicionamento é nitidamente equivocado, razão pela qual com ele não se pode concordar.

Com efeito, advoga-se, aqui, a tese de que os dois sistemas, ou seja, o de responsabilização político-administrativo instituído no julgamento por crimes de responsabilidade e o da responsabilização civil inaugurado pela Lei nº 8.429/1992, convivem harmoniosamente lado a lado, complementando um ao outro.

Faz-se tal afirmação com base na elementar circunstância de se tratar de esferas completamente diferentes e autônomas. De um lado temos o controle político dos crimes de responsabilidade, muitos dos quais encerram condutas que configuram atos de improbidade, feito pelos órgãos incumbidos constitucionalmente de tal mister, no qual os representantes do povo se reúnem e julgam um de seus pares, embasados em valores que extrapolam o universo jurídico. Do outro, temos o controle judicial da improbidade administrativa, de índole técnica, com a apuração dos atos atentatórios à moralidade na Administração Pública feita de maneira imparcial, de acordo com os preceitos estabelecidos nas normas processuais vigentes, a culminar numa decisão jurisdicional vocacionada a dar efetividade à vontade do constituinte de 1988, que previu a tutela da improbidade administrativa mediante as sanções estabelecidas no §4º do art. 37. Aplica-se, portanto, a regra da incomunicabilidade entre as instâncias, de modo que o julgamento na instância política não interfere no processamento perante o juízo cível.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco⁶⁷, em sua excelente obra sobre improbidade administrativa, ao criticarem a decisão do Supremo, ilustram muito bem o que se está querendo dizer:

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir consequências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte originário não impôs tal vedação será legítimo, ao pseudo-intérprete impô-la? Não é demais lembrar que o próprio substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.446/1991, apresentado pelo Senado e que redundou na Lei nº 8.429/1992, era expresso ao reconhecer que os atos de improbidade (principal) também configuravam crimes de responsabilidade (secundário), sendo certo que *“a instauração de procedimento para apurar crime de responsabilidade não impede nem suspende o inquérito ou processo judicial referido nesta Lei”* (art. 11⁶⁸). Percebe-se, assim, a difusão do entendimento de que são figuras distintas, bem como que a interpenetração dos sistemas dependeria de previsão legal expressa.

Prosseguem os autores:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a “atos de improbidade” e a “crimes de responsabilidade”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em bis in idem. Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

O que gerou toda essa celeuma foi o fato de que, na Lei de Improbidade Administrativa cominou-se sanções que, sob o ponto de vista do bem jurídico restringido, coincidem com as sanções do regime de responsabilização adstrito aos crimes de responsabilidade, por possuírem também cunho político-administrativo. Em tempo: a Lei nº 1.079/1950 impõe as sanções político-administrativas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de qualquer função pública. Já a Lei nº 8.429/1992, reproduzindo o teor do texto constitucional, trata da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública, além de quatro outras modalidades de sanção, estas de caráter reparatório.

Ocorre que, em se afastando totalmente a Lei de Improbidade do âmbito de incidência dos agentes políticos, estes não poderão ser submetidos às sanções patrimoniais estabelecidas no diploma legal. Não poderão, por exemplo, ser condenados na devolução ao erário dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio. E isso é inconcebível, pois se está descumprindo um preceito constitucional, segundo o qual tal sanção é de ser aplicada na reprimenda dos atos de improbidade administrativa.

⁶⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 539

⁶⁸ Esclareça-se que o artigo 11 a que se está fazendo referência é o do Projeto de Lei 1.441/1992 que redundou na criação da Lei de Improbidade Administrativa.

A solução mais adequada, a nosso sentir, é a compatibilização dos dois regimes, conforme defendido pelo Ministro Carlos Velloso, em seu brilhante voto de divergência, no qual deixou consignado que:

[...] é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público, certo que “reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. (Lei 8.429/92, art. 2º)

[...]

A aplicação da Lei de Improbidade a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições. Por exemplo, ao Presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF.⁶⁹ (grifamos)

Desta feita, as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos nos termos da Lei de Improbidade Administrativa não seriam aplicáveis ao Presidente da República. Veja-se o disposto no art. 86:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento [...] perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º - O Presidente ficará suspenso de suas funções:

[...]

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

[...]

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

Por outro lado, de acordo com o art. 52, parágrafo único da Constituição, em caso de condenação do Presidente pela prática de crime de responsabilidade, se limitará ela à perda do cargo com inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis. A interpretação do texto constitucional nos leva a crer que, pela prática de conduta atentatória à probidade administrativa (art. 85, V), o Presidente da República só poderia se ver retirado de seu cargo, ou ter seus direitos políticos suspensos, nos

⁶⁹ Trecho retirado do voto do Ministro Carlos Velloso, proferido em 14/12/2005, na RCL nº 2.138/DF do STF, disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/filesJUS2/STF/IT/RCL_2138_DF%20_13.06.2007.pdf. Acesso em 25/04/2011.

moldes definidos constitucionalmente⁷⁰. Nada obstante, no que concerne às outras sanções, de caráter patrimonial, não há porque afastar sua incidência, mesmo em face do Presidente da República, até porque não há nenhuma previsão constitucional nesse sentido.

Dito isto, naquela situação hipotética fornecida no início do presente capítulo, após competente instrução probatória, o Presidente da República poderia muito bem ser condenado, já em primeira instância, na devolução dos R\$ 10.000.000,00 desviados dos cofres públicos ou, ainda, em sendo o caso, poderia ter decretado o perdimento de bens, no intuito de saldar a dívida com o erário, além de se sujeitar ao pagamento de multa civil. Aproveitar-se-ia, assim, da Lei nº 8.429/1992 aquilo que não se incompatibiliza com o regime de responsabilização do Presidente da República.

O mesmo se dá em relação aos membros do Congresso Nacional. É cediço que a Constituição Federal prevê, em rol taxativo, as hipóteses em que os Deputados Federais e os Senadores poderão ter seus mandatos cassados, assim dispondo em seu art. 55, *verbis*:

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

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[..]

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

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

De acordo com o disposto, em qualquer das hipóteses, a perda do mandato será condicionada ao prévio pronunciamento do Poder Legislativo, seja pelo voto dos demais membros da Casa Legislativa (art. 55, § 2º), seja por declaração da mesa da Casa respectiva (art. 55, § 3º), o que faz com que se afaste a possibilidade de que a perda do mandato advinha de sentença proferida em ação civil em que sejam perquiridos os ilícitos praticados pelos membros do Congresso Nacional.⁷¹ Quanto à suspensão dos direitos políticos, igualmente nos

⁷⁰ Nesse sentido: MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do Juiz Natural e sua aplicabilidade na Lei de Improbidade Administrativa**. Maringá: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181/182; TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa - Ação de Improbidade e Controle Principlológico**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 215. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *op. cit.* p. 138/139.

⁷¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.* p. 586.

parece impossível de ser decretada no juízo cível porque, em conformidade com o inciso V do supracitado art. 55, a suspensão dos direitos políticos do congressista acarretará a perda do cargo. Ou seja, se um juiz de primeiro grau suspender os direitos políticos de um parlamentar, estará, indiretamente, fazendo com que este venha a perder o cargo, o que, como visto, não se afigura possível. Assim, identificada a improbidade praticada por um deputado federal ou de um senador, ao juiz restará somente a aplicação das demais sanções cominadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, é dizer, aquelas de caráter reparatório.

Convém anotar que, por força dos artigos 27, § 1º e 32, § 3º da Constituição Federal, aplicam-se aos Deputados Estaduais e Distritais “as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”. Logo, tudo o que foi dito em relação aos parlamentares federais, também se aplica aos Deputados Estaduais e Distritais, por previsão expressa da Constituição. Não se pode dizer o mesmo quanto aos vereadores, para quem a Constituição não dispensou tratamento semelhante, de modo que os parlamentares municipais, pelo menos em princípio, estariam sujeitos aos dois regimes de responsabilização.

Já no que concerne aos Ministros de Estado, parece-nos que a vontade do constituinte foi a de estabelecer, na responsabilização por crime de responsabilidade desses agentes políticos, uma espécie de prerrogativa de foro. Note-se que, a rigor do que estabelecido no art. 102, I, c⁷², o julgamento dos Ministros de Estado por crimes de responsabilidade compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal, o que descaracteriza o julgamento político. Ora, ao condenar um Ministro de Estado por crime de responsabilidade, decretando a perda de seu cargo e a consequente inabilitação para o exercício de função pública, o Supremo não pode embasar sua decisão em valores alheios ao Direito; ao contrário, tem que fazê-lo de acordo com os preceitos jurídicos atinentes ao caso, com a devida motivação. Trata-se de uma verdadeira condenação penal. Portanto, o crime de responsabilidade praticado por Ministro de Estado ganha conotação de crime comum. Aqui, mais uma vez utilizando-se como premissa a incomunicabilidade entre as instâncias, nesse caso entre as instâncias civil e penal, torna-se perfeitamente possível a condenação, proferida pelo juízo cível, a todas as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, inclusive as de perda da

⁷² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) [...] nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I [...]

função pública e de suspensão dos direitos políticos, sem que se cogite de ofensa à regra do *ne bis in idem*.

Finalmente, com relação aos Chefes dos Poderes Executivos Estaduais e Municipais, bem como seus auxiliares, a Constituição Federal silencia em relação à responsabilização político-administrativa desses agentes políticos. Em outras palavras, ao contrário do que ocorre com o Presidente da República, Ministros de Estado e membros do Congresso Nacional, e, por via reflexa, parlamentares estaduais e distritais, não há regras no texto constitucional que estabeleçam os parâmetros para a cassação dos mandatos de Governadores de Estado e Prefeitos. Assim, o regime aplicável aos crimes de responsabilidade se baseia apenas no art. 74 e seguintes da Lei nº 1.079/1950 (no caso dos Governadores e Secretários Estaduais) e nos artigos 4º e 5º do Decreto-lei nº 201 de 1967 (no que tange aos Prefeitos), de modo que convivem lado a lado a responsabilização política (crimes de responsabilidade) e a responsabilização civil (atos de improbidade administrativa), com base na premissa, aqui sustentada, da autonomia das instâncias. De se concluir, pois, que tanto Governadores, quanto Prefeitos se sujeitam à todas as sanções do art. 12 da Lei de Improbidade.

O que se espera tenha ficado claro é o posicionamento, aqui defendido, de que é possível a concomitância dos dois regimes de responsabilização a que estão submetidos os agentes políticos, de modo que lhes é aplicada a Lei de Improbidade Administrativa, com as ressalvas referentes a determinados agentes políticos que somente se sujeitam às sanções de caráter patrimonial. Solução diversa, no sentido de se excluir totalmente a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, em conformidade com o que o Supremo Tribunal Federal entendeu, representa um verdadeiro desserviço à nação, uma atrocidade para com as instituições democráticas do país, pois, como muito bem salientado pelo Ministro Joaquim Barbosa⁷³:

a tese abraçada pela maioria que já se formou [...] cria no nosso sistema jurídico [...] uma situação de absoluta perplexidade, que fere os princípios isonômico e republicano que informam a nossa organização político-jurídica. A perplexidade a que me refiro, inaceitável em uma democracia, consistiria na anomalia que estaria sendo consolidada, caso prospere a tese que está a se esboçar nesta ação. Ela é particularmente perversa especialmente em matéria de servidor público. Explico. É que, à luz da Constituição Federal e da lei 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas

⁷³ Trecho retirado do voto do Ministro Joaquim Barbosa, proferido em 13/06/2007, na RCL nº 2.138/DF do STF, disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RCL_2138_DF_%20_13.06.2007.pdf. Acesso em 25/04/2011.

na lei 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir um posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: o afastamento do cargo público (político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública. Uma tal discrepância contraria um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norte-americano se traduz na elucidativa expressão “accountability”, e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há que ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos.

Retirar os agentes políticos do âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa é fomentar ainda mais a corrupção administrativa que, há séculos, tanto assola nosso país e que, apenas a partir do advento da Lei nº 8.429/1992, passou a encontrar alguma resistência.

Veja-se o tamanho do despropósito: o legislador ordinário, obedecendo a um preceito constitucional, cria um louvável instrumento normativo que, mediante severas sanções aplicáveis por decisão jurisdicional, reprime de modo extremamente eficaz os atos atentatórios à probidade na Administração Pública, instituindo um amplíssimo rol de sujeitos ativos passíveis de cometer a conduta ilícita, do qual fazem parte os agentes públicos em geral. Quinze anos mais tarde, numa interpretação completamente equivocada, vem o nosso Tribunal Constitucional pretender afastar dos agentes políticos essa moderna legislação de controle da improbidade.

Trata-se, em verdade, de uma deplorável tentativa de esvaziamento da Lei de Improbidade Administrativa, com a qual não se pode concordar. Ao não se aplicar a Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos, na prática, o instrumento normativo perde seu sentido, pois é notório que os atos de improbidade administrativa são cometidos essencialmente por esses agentes estatais, que possuem um grande poder decisório, já que não se submetem à regras hierárquicas, o que, por si só, propicia e facilita o cometimento de atos de improbidade. Excluídos os seus principais destinatários, a Lei nº 8.429/1992 restará esvaziada, perdendo grande parte de seu poder de coerção, pois, repita-se, são os agentes políticos os principais atores do universo de corrupção que assola o nosso país.

Por outro lado, a interpretação do Supremo representou um enorme retrocesso no controle da corrupção no Brasil. É que, historicamente, os instrumentos de responsabilização política se caracterizam por uma ineficácia quase que absoluta. Tome-se como parâmetro a Lei nº 1.079/1950, que “em seus mais de 60 anos de existência, só foi aplicada no Brasil uma única vez, no caso Collor, que resultou no impeachment do então presidente Fernando Collor

de Mello, cujos direitos políticos foram suspensos por 08 anos⁷⁴”. Essa pouca eficácia talvez seja explicada pelas dificuldades impostas pelo próprio legislador, que sujeitou o início da persecução à iniciativa do cidadão comum, desprovido de qualquer garantia ou prerrogativa, o que inibe sua participação, além de haver instituídos truncados ritos de admissibilidade e processamento perante o Congresso Nacional, que comprometem à efetividade da decisão, o que, aliás, é próprio de julgamentos políticos.

Paulo Bonavides⁷⁵ já descrevia a Lei nº 1.079/1950 como “um processo lento, penoso, aflitivo e controverso, de uso raro e duvidoso préstimo, situando-se na fronteira cinzenta que separa a função política da função judicial”. No mesmo sentido, Paulo Brossard⁷⁶, para quem o *impeachment* representa um instituto “incapaz de solucionar as crises constitucionais, paradoxalmente, (o impeachment) contribui para o agravamento delas. O instituto, que, pela sua rigidez, não funciona a tempo e a hora, chega a pôr em risco as instituições, e não poucas vezes elas se estilhaçam”.

Restringir, portanto, a responsabilização dos agentes políticos a um sistema ineficiente, e, por que não dizer, ocioso, deixando-se de lado um outro sistema de responsabilização, muito mais eficaz e robusto, implica, na verdade, ao contrário do que consignou a maioria dos Ministros do STF que participaram do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, num desprestígio à vontade do Constituinte de 1988, que deixou claro sua intenção de potencializar os mecanismos de proteção da probidade na Administração Pública, com vistas ao fortalecimento dos princípios do Direito Administrativo, especialmente o da moralidade, razão pela qual o precedente estabelecido na Corte Suprema brasileira há que ser visto com muitas reservas.

Felizmente a questão da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ainda é um tema em aberto. Em primeiro lugar, porque a decisão proferida na Reclamação nº 2.138/DF possui apenas efeitos *inter partes*, de modo que o que foi decidido no Supremo não vincula as demais autoridades judiciárias⁷⁷, apesar de funcionar como importante (e perigoso)

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O processo do impeachment e a importância constitucional do caso Collor**. In: ROSENN, Keith S e DOWNES, Richard (orgs). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000. p. 111-126.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 342.

⁷⁶ PINTO, Paulo Brossard de Souza, *op. cit*, p. 68.

⁷⁷ O STF decidiu reiteradas vezes que a decisão, à época pendente de conclusão, da Reclamação 2.13S/DF não constituía causa prejudicial ao prosseguimento das ações de improbidade administrativa, haja vista a índole subjetiva do *decisum* referenciado. (Rcl. nº 4.400/MG, Rel: Carlos Britto, j. em 06.06.2006; e Rcl. nº 4.40S/RJ, Rel: Cezar Peluso, j. em 13.06.2006; Rcl. nº 4.767/CE, Rel: Carmem Lúcia, j. em 14.11.2006)

precedente a ser utilizado no enfrentamento de futuras lides semelhantes pelo judiciário⁷⁸. Em segundo lugar, porque, ousa-se afirmar, tão logo a matéria chegue novamente ao Supremo Tribunal Federal, deverá haver uma mudança de posicionamento do Tribunal Constitucional pátrio. É que, quando do julgamento definitivo da Reclamação, quatro dos ministros que haviam votado pela procedência da reclamação (e, conseqüentemente, pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos) já haviam se aposentado, de modo que os ministros que os substituíram não puderam exprimir seus posicionamentos. Outrossim, quando da análise da petição nº 3.923/SP, em que o requerente, condenado por prática de improbidade administrativa, postulava que o processo fosse encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, visto ter sido eleito Deputado Federal, os Ministros Carlos Brito, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia, os quais não participaram do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, votaram no sentido de indeferir o pedido, reconhecendo a possibilidade de agente político ser processado por ato de improbidade administrativa, sem direito a foro por prerrogativa de função, tese, alias, que prevaleceu no julgamento⁷⁹ da petição. Veja-se, assim, que dos atuais onze membros do Supremo, pelo menos seis tem um posicionamento que vai de encontro ao decidido na Reclamação nº 2.138.

Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça já possui sedimentado entendimento de que os prefeitos municipais e vereadores estão sujeitos, concomitantemente, ao Decreto-lei nº 201 de 1967 e à Lei nº 8.429/1992, corroborando inúmeras decisões de primeiro grau que condenaram administradores municipais às sanções da Lei de Improbidade Administrativa⁸⁰,

⁷⁸ O temerário posicionamento do Supremo tem embasado, nos últimos anos, reiterados requerimentos de suspensão de Ações de Improbidade Administrativa ajuizadas por agentes políticos que figuram como réus nestes processos, especialmente prefeitos municipais que, valendo-se da decisão proferida na Reclamação 2.138/DF postulam a extinção dos feitos ou, pelo menos, o reconhecimento da incompetência do juízo cível para o julgamento dos mesmos, o que vem sendo, na maioria das vezes, denegado.

⁷⁹ “A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, [...] é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo” (STF. Pet. nº 3.923/SP. Rel: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 13.06.2007, DJU 20.06.2007)

⁸⁰ “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condutas praticadas por prefeitos no exercício do mandato, além de estarem sob o crivo do Decreto-Lei 201/67, também sujeitam-se à Lei 8.429/92, não sendo aplicável a estas autoridades a Lei 1.079/50” (STJ REsp nº 1.029.842/DF. Rel: Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 15.04.2010, DJU 18.04.2010);

“Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis, sobretudo pela diferença entre a natureza das sanções e a competência para julgamento” (STJ REsp nº 1.147.329/SC. Rel: Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 13.04.2010, DJU 23.04.2010);

do que se pode inferir que a tendência é a aplicação cada vez maior da Lei 8.429/1992 aos prefeitos e vereadores.

O que nos parece certo é que a jurisprudência pátria precisa evoluir cada vez mais no sentido de reafirmar a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos de uma forma geral, fazendo-se, evidentemente, as adaptações necessárias, a depender de cada situação concreta. Espera-se, pois, que futuramente o Supremo Tribunal Federal, adote, em definitivo, este posicionamento o qual, sem espaço para dúvidas, é o que mais guarda identidade com a perseguição dos postulados básicos nos quais se assenta a ordem jurídica brasileira.

“Os vereadores não se enquadram dentre as autoridades submetidas à Lei nº 1.070/50, que trata dos crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. O precedente do STF invocado pelos recorrentes – Rcl2.138/RJ – em apoio à tese sobre o descabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, não se presta, porque cuida de caso específico de Ministros de Estado” (STJ REsp nº 1.135.767/SP. Rel: Carlos Meira, j. em 25.05.2010, DJU 09.06.2010)

CONCLUSÕES

1. A Lei de Improbidade Administrativa, ao disciplinar ilícitos *civis*, estabelecendo o *juízo cível* como competente para o processamento desses ilícitos, ostenta uma série de sanções cuja natureza jurídica não pode ser outra que não a civil, muito embora tais sanções possam assumir, sob o ponto de vista do bem restringido, caracteres políticos, sendo certo que o objeto da tutela jurídica pretendida pela lei sempre será a probidade na Administração Pública.

2. Os agentes políticos, entendidos estes como os detentores do poder de gestão e direção dos rumos do país, nas várias instâncias administrativas e políticas, pela posição que ocupam, estão sujeitos a um regime de responsabilização próprio, com regras específicas trazidas à baila pela Constituição Federal e pela legislação federal infraconstitucional. A característica marcante deste regime especial de responsabilização é o seu cunho político-administrativo, sendo o objeto mediato da tutela jurídica a preservação das instituições sob as quais se assenta o regime democrático e republicano, e o objeto imediato a disponibilidade do cargo ocupado pelo agente imputado pela prática do crime de responsabilidade.

3. O direito brasileiro alberga a regra da incomunicabilidade entre as várias instâncias de responsabilidade, sendo o entendimento mais acertado aquele que aponta para a incidência, por vias reflexas, desta regra ao sistema de punição por crime de responsabilidade quando ladeado pelo sistema de responsabilização civil da Lei nº 8.429/1992, o que implica asseverar que ambos os sistemas podem conviver de modo harmônico.

4. Dadas as peculiaridades ostentadas por cada categoria de agente político, as quais encontram na Constituição Federal parâmetros básicos a serem observados no que concerne à perda de suas funções e, em alguns casos, à suspensão dos seus direitos políticos, o enquadramento de tais agente ao regime da Lei de Improbidade Administrativa há que ser feito mediante algumas adaptações, restringindo-se a aplicação de algumas das sanções cominadas, subsistindo, porém, a aplicação das demais, de modo a não haver razões para se cogitar a inaplicabilidade Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

O que não se pode aceitar é o afastamento por completo desta especial categoria de agentes estatais do âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, sob o argumento de que se trata de regime incompatível com a posição por eles assumida, a revelar ofensa à regra do *ne bis in idem*.

Ao prevalecer o entendimento de que os agentes políticos estão imunes à Lei de Improbidade Administrativa, tese que é respaldada por equivocada decisão do Supremo Tribunal Federal, que não representa o posicionamento dos seus atuais componentes, estar-se-ia diante de um absurdo jurídico que equivale a um inaceitável descumprimento da Constituição Federal, a qual previu expressamente a punição pelos atos de improbidade administrativa, independentemente de quem os cometa. Representa, pois, uma grave e injustificável ofensa ao princípio da isonomia.

5. Por outro lado, é inquestionável o alto grau de eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente se contemplada em relação à baixa, ou quase nenhuma, eficiência da legislação adstrita aos crimes de responsabilidade. Dados⁸¹ do Conselho Nacional de Justiça apontam que até outubro de 2010 cerca de 3 mil pessoas já haviam sido condenadas, com trânsito em julgado, nas sanções do diploma de 1992, afora a gigantesca cifra que representa a quantidade de ações que aguardam decisão final. Some-se isso ao fato de que as sanções da Lei de Improbidade atingem o que talvez seja o ponto mais vulnerável do agente corrupto: o seu patrimônio. Segundo o mesmo relatório do CNJ, o valor pecuniário de todas as condenações já proferidas atingiu a marca dos R\$ 221,68 milhões, valores que, mediante as técnicas de execução judicial, deverão aos poucos retornar aos cofres públicos. A constatação é das mais animadoras: a lei está efetivamente cumprindo o seu papel.

6. Os agentes políticos se afiguram como os mais importantes autores em potencial de práticas que dão ensejo a improbidade administrativa. A teoria demonstra tal circunstância a partir de uma simples análise das funções técnicas exercidas pelos agentes políticos que, a bem da verdade, detém em suas mãos a máquina administrativa que move o Estado, o que, somado à certeza de impunidade e a pouca fiscalização dos órgãos competentes, redundam num estímulo ao cometimento de desvios.

Mas é a constatação da realidade prática que indica o quão estão os agentes políticos propensos à corrupção. De fato, a classe política brasileira tem demonstrado, salvo raras exceções, estar imiscuída em um antro generalizado de práticas atentatórias aos mais básicos preceitos da boa gestão com a coisa pública.

⁸¹ Disponível em <http://jusclip.com.br/pais-tem-3-mil-condenados-em-aco-es-civis-por-improbidade/>. Acesso em 17/05/2011

7. Muito mais do que desmotivadora, a situação da corrupção no Brasil é preocupante no sentido de que o desenvolvimento socioeconômico do país fica comprometido. Não é difícil perceber que existe estreita relação entre os altos níveis de corrupção e os baixos índices sociais. Hoje o Brasil apresenta uma economia em franca expansão, caminhando rumo à solidez, muito embora a maioria de sua população se veja envolta a um abismo social representado por uma péssima distribuição de renda, sem acesso a sistemas de saúde e educação públicas de qualidade, vivendo em cidades com precárias infraestruturas de transporte, de saneamento, etc. Nesse parâmetro o Brasil ainda é uma nação muito atrasada, e o escandaloso grau de corrupção na gestão pública é indiscutivelmente um dos mais importantes fatores que contribuem para tal, haja vista que os recursos públicos acabam por ser desviados, indo incrementar o patrimônio particular dos governantes. E o Brasil já perdeu muito com isso. Recentemente a Fundação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP concluiu em um estudo⁸² que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, gira em torno de R\$ 41,5 a 69,1 bilhões de reais. É um preço muito alto pago pelo contribuinte, que não vê o dinheiro dispendido nos tributos se transformar em resultados práticos, em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do país. Ainda de acordo com o estudo, não fosse um país corrupto, a renda *per capita* do Brasil seria de cerca de US\$ 9 mil, 15,5% mais elevada que o nível atual. Salta aos olhos os males causados pela corrupção ao Brasil, de modo que qualquer mecanismo que venha a combatê-la possui grande valia.

8. Nessa linha de ideias é que se vem concluir que a aplicação aos agentes políticos do regime sancionatório constante da Lei de Improbidade Administrativa, muito mais do que uma possibilidade demonstrada pela análise das nuances jurídicas atinentes à problemática posta, é uma exigência que visa a satisfazer os interesses da sociedade como um todo. Não se pode mais aceitar passivamente o locupletamento disseminado do patrimônio público. A corrupção na Administração Pública brasileira é um mal que precisa ser combatido, e de modo sério, com robustez. O Direito, nessa missão, possui papel relevantíssimo, por fornecer à sociedade instrumentos eficientes de combate a essas práticas, como o é a Lei nº 8.429/1992 que, como nenhum outro regramento, reprime e pune quem ofende a probidade na administração, contribuindo, assim, para a efetiva supremacia do interesse público e da moralidade, como há de ser em qualquer sistema jurídico minimamente

⁸² Disponível em:

<http://www.fiesp.com.br/competitividade/downloads/custo%20economico%20da%20corrupcao%20-%20final.pdf>. Acesso em 17/05/2011

sério. Resta ao Poder Judiciário cumprir efetivamente o seu papel, aplicando corretamente os instrumentos de controle da improbidade na administração pública, mediante, é claro, a provocação dos órgãos fiscalizadores, em especial do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, e da própria Administração Pública que, como vítima, pode perseguir a reparação dos danos que lhes foram causados pelo agente improbo, de modo a fazer com que o rigor da lei contribua para uma (tão almejada) mudança na atual realidade política brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17^a ed. São Paulo: Método, 2007.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **O processo do impeachment e a importância constitucional do caso Collor**. In: ROSENN, Keith S e DOWNES, Richard (orgs). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 2^a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, vol. 1. 28^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa**. 2^a ed. América Jurídica, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAZZO JUNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Marcelo, **Probidade Administrativa**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6912>>. Acesso em: 02 de abril de 2011.
Acesso em 02 de abril de 2011.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010

MALUF, Saihd. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1974.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **Breve apanhado sobre a lei de Improbidade Administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2384>>. Acesso em: 23 de março de 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa – Comentários e Anotações Jurisprudenciais**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Malheiros. 2003.

MELO, Nara Lopes de. **A responsabilização do agente político à luz da Reclamação nº 2.138 do STF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2862, 3 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19026>>. Acesso em: 10 de maio 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do Juiz Natural e sua aplicabilidade na Lei de Improbidade Administrativa**. Maringá: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PAZZAGLINI FILHO, Marino, e outros. **Improbidade administrativa – aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros,

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**, 1ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1997.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TOURINHO, Rita. **Discrecionariade Administrativa - Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VALENÇA, Danielle Peixoto. **Improbidade administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4008>>. Acesso em: 25 maio 2011.

WALD, Arnold, e, MENDES, Gilmar. **Ação de Improbidade Administrativa. Competência**, in Rev. Jurídica Consulex, nº 05. 1997