

3º Concurso de Monografias da CGU – 2008

Categoria Universitária

Tema: “Combate à Corrupção”

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS  
AGENTES POLÍTICOS**

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>2</b>  |
| <b>1 HISTÓRICO .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>2 OS AGENTES PÚBLICOS E SUA TRADICIONAL RESPONSABILIZAÇÃO .....</b>  | <b>12</b> |
| <b>3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>  | <b>17</b> |
| 3.1 CONCEITO .....  | 17        |
| 3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....   | 19        |
| 3.2.1 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Penal .....   | 19        |
| 3.2.2 Ato de Improbidade Administrativa e Crimes de Responsabilidade .....  | 23        |
| 3.2.3 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Administrativo.....   | 27        |
| 3.2.4 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Civil .....   | 29        |
| 3.3 ASPECTOS DA LEI FEDERAL 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) .....  | 32        |
| 3.3.1 Sujeitos Passivos .....   | 33        |
| 3.3.2 Sujeitos Ativos.....  | 33        |
| 3.3.3 Atos de Improbidade Administrativa.....   | 34        |
| 3.3.4 Sanções .....   | 35        |
| 3.3.5 Procedimentos .....   | 39        |
| <b>4 AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>   | <b>44</b> |
| 4.1 ABRANGÊNCIA CONCEITUAL DAS ATIVIDADES DOS AGENTES POLÍTICOS.....  | 44        |
| 4.2 APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS... 45   |           |
| 4.2.1 Limitação Constitucional à Aplicação das Sanções de Perda do Cargo ou<br>Função e Suspensão dos Direitos Políticos aos Agentes Políticos.....       | 46        |
| 4.2.2 Improbidade Administrativa e Foro por Prerrogativa de Função .....  | 48        |
| 4.3 RECLAMAÇÃO 2138 – APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS<br>AGENTES POLÍTICOS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..... | 50        |
| 4.3.1 Conceito de Reclamação Constitucional.....  | 50        |
| 4.3.2 Aspectos da Reclamação 2138.....  | 52        |
| 4.3.2.1 Síntese da tese prevalecente .....  | 53        |
| 4.3.2.2 Defesa argumentativa da tese vencida .....  | 59        |
| <b>SÍNTESE CONCLUSIVA.....</b>  | <b>68</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>74</b> |

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Reclamação 2138, por maioria de votos, afastou a aplicação da lei de improbidade administrativa a certo ministro de Estado, abrindo precedente nessa questão, no sentido de que nenhum outro juízo, senão a própria Egrégia Suprema Corte, teria competência para aplicar sanção política a determinados agentes políticos.

No bojo do julgamento – que não se ateve apenas à questão processual da competência, mas imiscuiu-se no mérito – levantaram-se argumentos para afastar a aplicabilidade da Lei 8.429/1992 a alguns agentes políticos, sob um pretenso *bis in idem* que confere caráter político e penal ao ato de improbidade administrativa, confundindo-o com os chamados crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/1950.

A Lei 8.429/1992 nos agracia com a facilidade de ter previamente conceituado o ilícito de improbidade administrativa, que efetiva-se sempre que o agente público (em sua acepção mais ampla) enriquecer ilicitamente às custas de dinheiro público ou usurpando a função, causar prejuízo ao erário público, de forma direta ou indireta, ou atentar contra os princípios da Administração, o que abrange um sem número de situações.

De forma específica, ela exemplifica os possíveis atos a serem praticados destinando a eles sanções graves, como o ressarcimento ao erário, multa civil e perda de função ou cargo público.

Por sua vez a Lei de Crimes de Responsabilidade se presta a responsabilizar alguns agentes políticos que incorram em infrações políticas que indiquem inaptidão para o exercício da função para a qual foram designados,

dirigindo-lhes sanções de cunho estritamente político.

Será que podemos vislumbrar na Lei 8.429/1992 a tipificação de infrações políticas?

Sabemos que se pretendeu com ela dar um passo no sentido de banir de vez a tolerância presenciada por todos nós diante dos tão corriqueiros atos ímprobos daqueles que detêm o poder, pois a certeza da impunidade é, sem dúvida, o maior incentivo à prática de atos ímprobos.

Assim, é inegável a importância da Lei 8.429/1992 como forma de controle social repressivo sobre os atos dos agentes políticos, em especial.

Teria o dito precedente judicial tornado esse importante instrumento letra morta no ordenamento jurídico brasileiro?

O presente trabalho se destinou, conforme o método dogmático-positivo, a confrontar os argumentos alinhavados na tese vencedora da Reclamação 2138 – que constituiu o *leading case* da questão – com o entendimento doutrinário nacional, e a elucidar esse tema, relevando os desdobramentos constitucionais implicados na exploração da figura da improbidade administrativa, na tentativa de descobrir se existem bases jurídicas para rebater a tese que prevaleceu no referido julgamento, utilizando-nos também do brilhante voto vencido do ministro Joaquim Barbosa.

## 1 HISTÓRICO

A má gestão pública, intrinsecamente relacionada à corrupção no Poder Público, é preocupação antiga. Por óbvio, esse fenômeno vem sendo enfrentado há inúmeras gerações, não só pelo Brasil, mas por todos os países ao redor do mundo, como bem observa Caio Tácito (*apud* COSTA, 2005, p. 37): “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos aqui e alhures”.

Delson Lyra da Fonseca, além de aludir a esse fato, destaca que a corrupção não respeita limites ideológicos ou partidários, e acrescenta:

[...] Freqüenta com a mesma desenvoltura governos democráticos e autoritários, sejam eles ditos de direita ou de esquerda. Não faz por menos em razão do sistema econômico adotado, se capitalista ou estatal, se de plena liberdade de mercado ou de absoluto dirigismo. (FONSECA, 2003, p. 51).

Depreende-se do valioso artigo de Humberto Pimentel Costa (2005, p. 37) os ensinamentos de George Sarmiento (*apud* COSTA, 2005, p. 37), que, admitindo que a corrupção nos setores públicos é um mal que assola todas as nações contemporâneas, adverte que no Brasil “tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras”.

Raymundo Faoro (*apud* COSTA, 2005, p. 39), buscando as raízes dessa realidade atribui parte da responsabilidade por nossa cultura corruptível ao Período Colonial. Ao descrever a organização administrativa do Brasil-Colônia, destaca que “os vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza”. Para Carlos Alberto Ortiz (*apud* COSTA, 2005, p. 39): “Da mistura dos nobres

governantes com os degredados enviados por Portugal nos primórdios de nossa colonização, sobrou-nos a tradição das vestes talares e a corrupção.”

O livro do jornalista australiano Patrick Wilcken nos remete ao período imperial:

A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. O afluxo repentino de milhares de burocratas exilados criou terreno fértil para os abusos, de modo que foram devidamente construídas fortunas misteriosas pelos freqüentadores dos círculos íntimos da Corte. Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganhado legitimamente. [...] Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga. (WILCKEN, 2005, p. 121).

Francisco Bilac Moreira Pinto (*apud* COSTA, 2005, p. 40), filho do Deputado Bilac Pinto, autor do projeto que resultou na Lei nº 3.502/58, que levou seu nome, afirmou em sua obra a respeito do enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, de 1960, que: “A corrupção, em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada”.

Já na década de 1980, seguindo ainda a excelente pesquisa do professor Humberto Pimentel Costa (2005, p. 40), José Carlos de Assis (1984), observando a situação, percebeu que, na administração pública brasileira, “os braços operacionais do Estado vergam ao peso dos interesses particulares, do tráfico de influência, do apaniguamento de protegidos”.

Também se fizeram conhecer ao longo do tempo diversas manifestações populares buscando a implementação de uma boa administração pública. O sistema normativo brasileiro apresenta algumas dessas manifestações, que muitas vezes não produziram de forma satisfatória os efeitos desejados.

Vejamos, pois, os dispositivos jurídicos brasileiros que buscaram, ainda que de forma infrutífera, proteger o interesse público de atos imorais e abusivos cometidos por membros do Poder Público.

Ao longo de nossa história, nenhuma outra Constituição brasileira ousou versar sobre atos de improbidade administrativa. Sua abordagem na Constituição de 1988 constituiu, portanto, uma novidade em nosso ordenamento jurídico.

O art. 146 da Constituição da República de 1946 estatuiu o seguinte: “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica”. (DI PIETRO, 2004).

A Constituição de 1967, alterada pelas emendas 1/69 e 11/78, em seu artigo 153, § 11, previa em sua parte final que a lei disporia “sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”. (DI PIETRO, 2004).

Durante sua vigência, foi publicado o Ato Institucional nº 5, de 13 de janeiro de 1968. Em seu artigo 8º, o AI-5 previa que o Presidente da República podia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (DI PIETRO, 2004).

Tal previsão que implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial, contrariava norma expressa do artigo 150, § 11 da Constituição. A Emenda Constitucional nº 11/78, em seu artigo 3º revogou “os atos institucionais e complementares, no que contrariem a Constituição

Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. (DI PIETRO, 2004).

Quanto à legislação infraconstitucional, alguns passos já haviam sido dados antes da Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa):

O Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública. O seqüestro pode atingir bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso do prejuízo não ser coberto por essa forma, deve ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo (DI PIETRO, 2004, p. 698).

Para dar cumprimento ao disposto na Constituição de 1946, foi editada a Lei nº 3.164 de 1957 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha). Essa lei sujeitava a seqüestro “os bens de servidores públicos, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal cabível”, o que indica a natureza civil dos atos por ela previstos. “As medidas eram decretadas no juízo cível, sendo o processo promovido por iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo”. (DI PIETRO, 2004, p. 698).

A Lei Pitombo-Godói Ilha instituiu, ainda, àqueles a quem pretendia controlar, a obrigatoriedade de registro público de seus bens e valores. (DI PIETRO, 2004).

A Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502 de 21 de janeiro de 1958), veio, sem revogar a anterior, regular o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. (DI PIETRO, 2004).

Maria Sylvia Zanella di Pietro classifica as importantes inovações dessa lei que manteve a natureza civil de suas sanções, aplicáveis sem prejuízo da ação penal cabível:

[...] (a) deixou claro que o seqüestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (c) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais; (d) definiu, nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o seqüestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso dessas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o seqüestro é medida acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda dos bens seqüestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade. (DI PIETRO, 2004, p. 699).

Não se pode negar que tais leis “traduziram uma concepção reducionista de corrupção”, pois restringiam a infração aos casos de enriquecimento ilícito, não retratando as demais formas de improbidade administrativa, cada vez mais argutas e eficientes. (MURTA, 2003, p. 44).

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 inseriu em nosso ordenamento jurídico o princípio da moralidade ao qual está sujeita toda a Administração Pública. O artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, fundamentando-se nesse princípio, instituiu a propositura da ação popular. O § 4º do artigo 37 de nossa Carta Maior estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por sua vez, o artigo 15, inciso V, ao relacionar os

casos em que se dá a perda ou suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”. (DI PIETRO, 2004, p. 700).

A 02 de junho de 1992 foi promulgada a lei que regulamentaria o §4º do artigo 37 da Constituição da República: a Lei Federal nº 8.429 - Lei da Improbidade Administrativa. Essa lei, muito significativa para o presente trabalho, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, havendo revogado expressamente, em seu artigo 25, as citadas Leis nº 3.164/1957 e 3.502/1958. Ela representa considerável avanço no sentido de coibir a prática de atos ímprobos cometidos por membros da Administração Pública, apresentando um rol de sanções dotadas de alto teor de severidade como a suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo ou função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (BRASIL, 1992).

Dois outros atos normativos, anteriores à Lei 8.429/1992 e até mesmo à Constituição de 1988, foram também criados com o intuito de frear o desvio da função pública. Nossa menção tardia a tais dispositivos tem uma explicação: pretende-se dar a eles maior relevo conquanto foram destinados a regular especificamente os atos de determinados agentes políticos, e, como veremos adiante (especialmente a Lei 1.079/1950) constituem a *razão de ser* da discussão que se pretende analisar com a presente monografia, a respeito da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que se

sujeitam às sanções por eles previstas.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, define os chamados “crimes de responsabilidade”, e regula o respectivo processo e julgamento. Ela alcança o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados. A sanção cabível é a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52 da Constituição Federal e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, da *lex mater*. Apesar do nome, os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas, como veremos adiante. (BRASIL, 1950).

Resta saber se tais infrações se confundem com os atos de improbidade administrativa como entendeu a maioria dos membros da Suprema Corte no julgamento da Reclamação nº 2138 contrariando entendimento de parcela significativa da doutrina e da própria composição do referido Tribunal.

Com relação aos Prefeitos Municipais e vereadores, as infrações político-administrativas estão disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/1967, em seu artigo 4º. Curiosamente, essa lei se presta a distinguir os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/1950. Ressalte-se que aqui cabe a mesma discussão: aplica-se a Lei 8.429/1992 cumulativamente às infrações político-administrativas do Decreto-lei 201/1967 aos prefeitos e vereadores? (BRASIL, 1967).

Posto isso, constatamos que não é recente o anseio social por uma Administração Pública coerente, pautada em valores morais, livre da corrupção. Isso se explica pelo fato de que a malversação da coisa pública se fez consolidada ao longo de toda a nossa história. No entanto, apesar da indignação popular, tímidas foram as conquistas capazes de coibir tais atos tão enraizados em nossa cultura, prevalecendo quase sempre os interesses da aristocracia política nacional.

## **2 OS AGENTES PÚBLICOS E SUA TRADICIONAL RESPONSABILIZAÇÃO**

A corrupção, patologia caracterizada como o uso indevido das atribuições públicas para a obtenção de benefícios privados (OSÓRIO, 2007), desde sua forma mais tênue até a mais grave, deve ser repudiada pelo ordenamento jurídico. A prática dos atos que constituem corrupção, em sua forma mais ampla, merece repressão rigorosa sempre que provada e evidenciada por meio do procedimento adequado, garantidos, em quaisquer casos, o contraditório e a ampla defesa, gerando, assim, a responsabilização do agente público ímprobo.

Consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 226), entende-se por agentes públicos todos os “sujeitos que servem o Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente”.

Em suma, agentes públicos configuram o gênero do qual são espécies os agentes políticos (como Deputados, Prefeitos e o Presidente da República), os servidores estatais (sejam titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público, no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo, sejam servidores empregados das pessoas jurídicas supra-referidas e também das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas instituídas pelo Poder Público) e, finalmente, os particulares em colaboração com o Poder Público, isto é, aqueles que não perdem sua qualidade de particulares mas exercem função pública, ainda que episodicamente (como membros da Mesa receptora ou apuradora de votos nos períodos eleitorais). (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

De acordo com o posicionamento majoritário da doutrina são três as esferas de responsabilidade dos agentes públicos: criminal, civil e administrativa. Hely Lopes Meirelles (2004), no entanto, se refere a quatro tipos de responsabilidade, pois distingue das já citadas a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Tal divergência deve-se ao posicionamento de cada doutrinador com relação à natureza dos atos de improbidade. Alguns entendem se tratar de um ilícito civil, outros, entendem ser ilícito administrativo, e há ainda quem julgue ser o ilícito de improbidade um crime. Sendo esta uma questão filosófica, buscaremos estudá-la em momento oportuno. Interessa-nos agora tentar esclarecer o que a ciência, no estado atual em que se encontra, entende sobre cada esfera de responsabilidade e por último os aspectos mais importantes da responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Responsabilidade civil é aquela de ordem patrimonial, prevista no artigo 186 do Novo Código Civil que prevê que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, desde que haja relação de causalidade e culpa ou dolo. (DI PIETRO, 2004).

Assim, sempre que o servidor causar dano patrimonial à Administração ou a terceiro por culpa ou dolo no desempenho de suas funções, será obrigado a repará-lo.

“Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária [...]”. (MEIRELLES, 2004, p. 476).

Faz-se necessária primeiramente a distinção entre danos causados a terceiros e danos causados à Administração.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 477) observa que “a responsabilização civil de servidor por danos causados a terceiros no exercício de suas atividades funcionais depende da comprovação de sua culpa em ação regressiva proposta pela pessoa jurídica de Direito Público depois de condenada à reparação (CF, art. 37, § 6º)”.

No caso de dano causado ao Estado, a apuração é feita pela própria Administração, mediante processo administrativo. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 519), afirma que boa parte das leis estatutárias estabelece um sistema de auto-executoriedade (em que não é necessária a intervenção judicial), meio pelo qual a Administração desconta o montante a ser ressarcido dos vencimentos do infrator. Isso, no entanto, não impede seja acionado o judiciário pelo interessado, “quer como medida cautelar que suste a decisão administrativa, quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou”.

A responsabilidade penal se materializa quando o servidor pratica crime ou contravenção. A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida no Código Penal (artigos 312 a 326 e artigos 359-A a 359-H), mas nada impede que lei especial federal estabeleça outras infrações (MEIRELLES, 2004).

Para efeitos penais, considera-se servidor público quem, “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, e ainda, “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (artigo 327, *caput* e § 1º do Código Penal). (BRASIL, 1940).

Quando houver prejuízo à Fazenda Pública fica o réu sujeito, desde o indiciamento, ao seqüestro de bens (MEIRELLES, 2004).<sup>1</sup>

Ainda, podemos aludir à responsabilização pelos chamados crimes de responsabilidade que, abrange apenas alguns agentes políticos. Para alguns autores, os crimes de responsabilidade geram responsabilização penal. No entanto, há quem atribua às infrações previstas pela Lei 1.079/1950 caráter não-penal, com fulcro no artigo 3º da própria lei que dispõe que: “A imposição da pena referida no artigo anterior *não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum*, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal”.<sup>2</sup> Veremos adiante de forma mais detalhada que, o agente público que incorrer em tais infrações poderá sofrer sanção de perda da função ou cargo, com inabilitação de até cinco anos para o exercício de qualquer função pública. (BRASIL, 1950).

Todas as infrações citadas geram ações de natureza pública, “o que permite a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público”. (MEIRELLES, 2004, p. 479).

Por sua vez, a responsabilidade administrativa sanciona o servidor que incorrer em ilícitos funcionais definidos na legislação estatutária, que atentem contra o bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados.

Aqui, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar o procedimento cabível, sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa. (DI PIETRO, 2004).

---

<sup>1</sup> Vide artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal a respeito do processo de crimes funcionais e artigos 12 a 28 da Lei 4.898/65 a respeito dos crimes de abuso de autoridade.

<sup>2</sup> Em seu livro “O impeachment” Paulo Brossard define os chamados crimes de responsabilidade como “infrações político-administrativas”, por razões que veremos adiante. V. também artigo 4º Dec.-lei 201/67 para a responsabilidade político-administrativa de prefeitos e vereadores.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 520), “os meios de apuração previstos nas leis estatutárias são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar [...]”.

As penas previstas pela Lei 8.112/1990 seguem desde mera advertência até cassação de aposentadoria, gozando a Administração de relativa discricionariedade quanto à imposição das mesmas, já que deve obedecer ao princípio da motivação das decisões e a certas limitações impostas por lei. (BRASIL, 1990).

Observa-se, assim, que a doutrina se presta a limitar os campos de ilicitude passível de ser cometida pelo agente público conferindo maior relevância à qualidade da *responsabilização* desse agente, se esquecendo de se debruçar sobre a natureza do próprio ato por ele praticado, o que gera perplexidades, pois em situações limites - onde as sanções não-penais se aproximam muito das penais – pode haver a confusão e a negativa de vigência de algumas normas por motivos como o *bis in idem*, ou até mesmo divergência quanto aos órgãos naturais de jurisdição, o que se agrava quando são somados ao rol acima as sanções previstas na *lei de improbidade administrativa* (Lei 8.429/1992), pois é impossível dar a elas uma só definição com base simplesmente em suas sanções, uma vez que variam de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente até perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

#### 3.1 CONCEITO

O conceito de improbidade administrativa nos remete, inicialmente, a dois dos princípios constitucionais aos quais deve se curvar a Administração Pública: os princípios da legalidade e da moralidade.

O princípio da legalidade determina que os atos administrativos sejam sempre praticados “com estrita observância dos pressupostos legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema” normativo vigente em determinado momento histórico. (GARCIA & ALVES, 2006, p. 61).

Segundo os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 71), “não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público”. Assim, o princípio da moralidade, complementando a legalidade a qual deve se ater o administrador, impõe mais a ele, objetivando não apenas que se obedeça estritamente à lei, mas principalmente que se siga rigorosamente o quadro axiológico traçado pela Constituição.

O agente público probo é aquele que atua de acordo com a moralidade, a boa-fé, a lealdade, a ética. É aquele que em seus atos vinculados se atém ao que a lei determina e, tanto nestes quanto nos atos discricionários, se pauta nos valores de honestidade e boa-fé.

A Constituição da República prevê aos agentes públicos uma atuação de acordo com o princípio da moralidade (artigo 37, *caput*). Pode-se afirmar que ele representa a viga-mestra de todo ato administrativo. Sua violação em qualquer caso caracteriza improbidade administrativa para os fins da Lei 8.429/1992,

apesar de que essa não é a única hipótese de incidência da lei, como veremos. (BRASIL, 1988).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 696) esclarece que “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”, e lembra:

[...] com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito. (DI PIETRO, 2004, p. 696).

A inserção desse princípio à Constituição resultou na evolução do princípio jurídico da legalidade, mitigando o positivismo jurídico puro e simples. Dessa forma, a legalidade foi acrescida de valores tais como a boa-fé e a razoabilidade.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 89) entende que a moralidade administrativa constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. Aludindo a Judith Martins Costa, faz uma comparação entre a moralidade e a boa-fé objetiva do Direito Privado. Ambas seriam vistas como normas de comportamento leal ou modelos de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, “obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.

Diante disso, podemos definir Improbidade Administrativa como:

[...] a 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 às 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. (PAZZAGLINI FILHO; ROSA & FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 39).

Em outras palavras, improbidade administrativa corresponde à má gestão pública, ao desvio da função pública, tanto pela ineficiência quanto pela inidoneidade do administrador, contrariando os imperativos éticos da Administração, afetando sobremaneira a persecução do bem estar social.

### 3.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É de suma importância para a correta compreensão do que nos dispomos a discutir, o estudo da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, ou seja, sua essência e classificação no âmbito do Direito Administrativo.

#### 3.2.1 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Penal

São poucos os doutrinadores que defendem essa classificação. Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, em texto extraído do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, na Reclamação 2138, entendem que:

[...] Em verdade, a análise das conseqüências 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**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “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”**. [...] (WALD & MENDES *apud* BRASIL, RCI. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 127, grifo nosso).

Percebemos que, não obstante o fato de que os referidos autores relacionam os atos de improbidade administrativa aos crimes de responsabilidade (e não aos crimes comuns), há atribuição de conteúdo penal a tais atos (o que indica que para eles a natureza dos crimes de responsabilidade não é político-administrativa como vem entendendo a doutrina majoritária<sup>3</sup>).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 702), porém, rechaça a hipótese de confusão entre o ilícito penal e o ato de improbidade administrativa, baseando-se no texto constitucional, que, ao tratar da improbidade administrativa, após indicar as medidas sancionatórias cabíveis aos atos de improbidade, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, §4º, CRFB/1988). Assim, entende que os ilícitos definidos em lei como atos de improbidade podem perfeitamente corresponder a um crime definido em lei penal, “sendo claramente possível a coexistência de uma ação criminal e uma ação de improbidade administrativa”.

Partilhando do mesmo entendimento, Fábio Medina Osório (2007, p. 246) acrescenta que “não se pode transformar em um ilícito penal o que se considera não-penal na Constituição”.

Presumimos ser mais correta a postura que rebate a teoria afirmativa da natureza penal dos atos de improbidade administrativa.

Um olhar atento aos preceitos contidos na *teoria geral do delito* pode apresentar argumentos ainda mais sólidos para a estruturação desse entendimento.

---

<sup>3</sup> Paulo Brossard de Souza Pinto (1992, p. 69) afirma que “não é o nome que faz o conceito e nem sempre o *nomem iuris* corresponde ao conceito jurídico”. Ele ensina que a expressão *crime de responsabilidade* nem sempre corresponde a infração penal, “quando motiva o impeachment, por exemplo [...] o ilícito a ele subjacente não é penal”. Ensina que se aos crimes de responsabilidade política se reservasse, como faz a o Decreto-lei 201/1967, o termo *infrações políticas*, “melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas”.

Não se pretende abordar o tema em minúcias, mas sim observá-lo em seus aspectos mais importantes, perfilhando o presente posicionamento.

Inicialmente, podemos afirmar a existência de duas correntes doutrinárias que debatem acerca da estrutura do crime, a saber, a teoria bipartida e a teoria tripartida. Para a primeira o crime constitui-se em fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena. A segunda corrente integra ao conceito de crime a culpabilidade, desconsiderando sua ocorrência quando da falta desse elemento. Sem a pretensão de defender uma das correntes, passemos ao estudo dos três elementos considerados.

Francisco de Assis Toledo (2002, p. 80-82) considera que o crime é um comportamento humano (ação ou omissão) “que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos”. A seu ver, para que esse comportamento possa caracterizar verdadeiramente um crime “será necessário submetê-lo a uma trílice ordem de valoração: *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*”.

Não se discute que o ato de improbidade constitui um ato ilícito e culpável, isto é, é um ato dotado de antijuridicidade e reprovabilidade.

No entanto, falta-lhe a tipicidade inerente ao ente penal.

A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime inserido na lei penal:

[...] Ao estudar o conceito dogmático de crime, salientamos que a tipicidade é uma de suas notas essenciais. Para que uma conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime (TOLEDO, 2002, p. 125).

O tipo pode servir tanto para identificar as condutas criminosas como para discriminar os fatos atípicos. No entanto, essa discriminação não exclui a possibilidade de ilicitude desses mesmos fatos, que podem vir a configurar um ilícito

não-penal. O fato atípico pode, portanto, ser antijurídico, mas jamais poderá ser um injusto penal. (TOLEDO, 2002).

Infere-se, assim, que não basta, para a configuração de um ato ilícito como crime, que suas sanções tenham conotação penal segundo entendem alguns doutrinadores. Um fato jamais poderá ser considerado crime a não ser que seja “*expressamente previsto em lei como tal*”. (TOLEDO, 2002, p. 129, grifo nosso).

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli esclarecem a questão de forma abrihantada:

O tipo é logicamente necessário, porque sem o tipo nos poríamos a averiguar a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta que, na maioria dos casos, resultaria sem relevância penal alguma.

Assim, por exemplo, se tivéssemos que averiguar se é delito a falta de pagamento de uma parcela do preço de compra de uma máquina de lavar roupas, e não dispuséssemos do conceito do tipo penal, primeiro veríamos que se trata de uma conduta; depois comprovaríamos que a conduta é antijurídica – porque o não cumprimento de uma obrigação civil é contrário ao direito –; em seguida comprovaríamos que é culpável, porque o devedor podia pagar e lhe era exigível que o fizesse, e, por último, após todas estas etapas, resultaria que esta conduta antijurídica e culpável não é delito, porque não é sancionada com uma pena pelo direito penal. Nisto reside a nossa afirmação de que o tipo é logicamente necessário para uma averiguação racional da delituosidade de uma conduta. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 1997, 445-446).

Portanto, simplesmente por faltar ao ato de improbidade a tipicidade, este nunca será um ilícito penal, ou seja, nunca terá um conteúdo penal.

A título de exemplo sobre o que aqui tratamos, suponhamos que um Ministro de Estado descumpra o pagamento previsto em contrato de concessão de obra milionário sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário ou enriquecer ilícitamente. Isso com certeza gerará ao Estado a obrigação de pagar juros e multa moratórios.

Tal conduta, obviamente, por não fazer parte de um tipo penal, não constitui um crime. Porém, é certo que por força da lesão ao patrimônio público, constitui ato de improbidade administrativa.

É óbvio que, a depender das circunstâncias em que o ato de improbidade é praticado, haverá conseqüências mais ou menos gravosas a seu autor, de maneira que se assemelhem às implicações da prática de um delito, como é o caso da suspensão dos direitos políticos e da perda de cargo ou função pública. Todavia, essas respostas da lei ao ato de improbidade são simples *conseqüências* desse ato, não o constituindo em si.

Portanto, querer atribuir conteúdo penal aos atos de improbidade apenas por conta de algumas conseqüências jurídicas previstas na Lei 8.429/1992, é de forma destorcida encarar o objeto, não pelo que realmente é, mas por seus efeitos.

### **3.2.2 Ato de Improbidade Administrativa e Crimes de Responsabilidade**

Vimos que parte da doutrina atribui caráter penal aos chamados crimes de responsabilidade e que, diante dessa ótica, jamais poderiam ser confundidos com atos de improbidade administrativa.

Entretanto, prevalece o entendimento de que os atos elencados pela Lei 1.079/1950 configuram infrações político-administrativas, ao contrário do que se pode inferir em análise a sua popular designação. (JESUS, 2000).

Longe de corresponder a um tipo penal, o crime de responsabilidade tem natureza estritamente política, relacionada apenas ao exercício da função pública:

Entre nós [...] como no direito norte-americano e argentino o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos. Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo,

sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário. [...] Não visa a punir delinqüentes, mas proteger o Estado. [...] tem por objeto separar a autoridade do cargo, independentemente de considerações de ordem criminal. (PINTO, 1992, p. 76 a 78).

A Lei 1.079/1950 disciplina o processo e julgamento do agente político por infrações de natureza político-administrativa e carrega em seu bojo a responsabilidade do *Presidente da República*, dos *Ministros de Estado*, do *Procurador Geral da República*, dos *Ministros do Supremo Tribunal Federal*, dos *Governadores dos estados e seus Secretários*.

Quanto aos *prefeitos e vereadores* a regulamentação é feita pelo Decreto-lei 201/1967.

As infrações praticadas pelo Presidente da República (e todas aquelas que forem conexas a elas) serão processadas e julgadas pelo Senado Federal. Já os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão julgados pela Corte Suprema. Os Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios serão julgados pela respectiva Assembléia Legislativa. Por sua vez, o julgamento dos Prefeitos será realizado pela Câmara de Vereadores.

É evidente o caráter eminentemente político de suas sanções. Aquele que incorrer em infrações político-administrativas pode sofrer a perda do cargo ou função e a inabilitação, por até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública.

A intenção do legislador foi, nitidamente, visando o interesse público, retirar do cenário político aquele que se mostre incapaz de exercer a função para a qual foi designado, e só.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 435) asseveram, justamente, que o processo a que se submetem os agentes políticos quando da

prática de crimes de responsabilidade (*impeachment*) consiste em um “instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar”.

Paulo Brossard de Souza Pinto (1992, p. 78) evidencia, ainda, que o referido processo “não atinge nem a pessoa nem seus bens, mas simplesmente desveste a autoridade de sua capacidade política”.

Assim, não seria sensato sustentar uma possível coincidência entre os referidos dispositivos e a lei 8.429/1992 mesmo que considerados em sua natureza político-administrativa.

Enquanto a finalidade dos primeiros é a extirpação política daquele que lesionar o interesse público, a Lei 8.429/1992 se propõe, especificamente, a albergar o patrimônio público e cercar a Administração pública de lealdade e de ética com esse intuito primordial, baseada, a nosso ver, nas máximas jurídicas do *neminem laedere* e da proibição do enriquecimento indevido.

Tanto é assim que, em análise às sanções dirigidas aos atos ímprobos, notamos que elas se prestam fundamentalmente a recompor ao erário o que dele haja sido subtraído, e recuperar das mãos do agente público faltoso o que quer que tenha aproveitado ilicitamente, ao passo que as demais sanções se aplicam – quando assim o permitir a Constituição – a depender da gravidade do ilícito.

Ora, seria interessante ao Estado manter no cargo um agente que lhe cause danos ou aja de forma lesiva a seus interesses? Por certo que não.

Assim, quando já houver previsão constitucional atribuindo competência a órgãos diversos do juiz de primeira instância para o afastamento do cargo do agente político, em procedimento específico para tanto, haverá duas

ações: uma de improbidade administrativa, para que se restabeleça o patrimônio público, impondo-se sanção pecuniária ao agente faltoso, de modo que o Estado se recomponha e o interesse público seja protegido, e outra, de conotação política, para que se possa analisar a hipótese de perda do cargo ou função, determinada constitucionalmente.

Porém, quando não houver qualquer previsão de competência específica para que se retire do cargo o agente de que trata a ação de improbidade, poderá fazê-lo o próprio juiz singular designado para apreciar a ação de improbidade, de acordo com o que determina a própria Constituição em seu artigo 37, § 4º.

O entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que há coincidência de tipificação entre as duas leis também não pode prosperar.

Tal juízo estabelecido na Reclamação 2138 se baseia no artigo 9º da Lei 1.079/1950 que dispõe sobre os crimes de responsabilidade que atentam contra a probidade na Administração. Todavia, os sete incisos do referido artigo, considerados em sua vagueza, em nada coincidem com os tipos legais da Lei 8.429/1992, como veremos em momento oportuno.

Tal reforça o entendimento de que se trata de dois diplomas legais distintos, cujos escopos se fazem totalmente diversos.

No tocante aos agentes políticos [...] não se vê em que medida possam estar descartados do raio de incidência da [Lei 8.429/1992], conquanto o STF possa decidir em sentido contrário, acolhendo a tese de que tal diploma legal consagraria crimes de responsabilidade para determinados agentes políticos. [...] Deve se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a [Lei de Improbidade Administrativa], com objetivos diversos [...]. (OSÓRIO, 2007, p. 208-209)

A própria Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/1950 dispunha a respeito dessa diferenciação:

[...] 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** (GARCIA & ALVES, 2006, p. 436, grifo nosso).

Questão altamente discutível é o fato de que, embora a Lei 1.079/1950 e o Decreto-lei 201/1967 disponham sobre os crimes de responsabilidade que atingem os agentes políticos citados, a Constituição da República impõe a um sem número de agentes públicos o julgamento por essas mesmas infrações (artigo 102, I, c; artigo 105, I a; artigo 108, I, a, *CRFB/1988*). Como fica a responsabilização de tais autoridades diante do entendimento da Suprema Corte de que os atos de improbidade se confundem com as infrações político-administrativas, visto que não há qualquer previsão legal que disponha sobre o processo e julgamento de tais atos para esses agentes públicos? Estariam tais agentes autorizados a cometer tais infrações pela absoluta ausência de lei que delimite os seus crimes de responsabilidade, como afirma o promotor Carlos Alberto Hohmann Choinski? (CHOINSKI, 2006).

Portanto, julgamos ser inadmissível e altamente nociva ao bom andamento da máquina administrativa e ao interesse público, de forma geral, a adoção da teoria pretendida pela Egrégia Suprema Corte.

### **3.2.3 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Administrativo**

Francisco Octavio de Almeida Prado (2001) nos ensina que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com sanções disciplinares, nem ao menos tem mesma natureza e fundamento destas. O

próprio artigo 12 da lei determina que somente o Judiciário poderá aplicar as sanções nela contidas: “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”, além de esclarecer que o responsável pelo ato estará sujeito a suas cominações “**independentemente das sanções penais, civis e administrativas**, previstas na legislação específica”. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Dessa forma, quando praticado por servidor público, o ato de improbidade corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação (Estatutos dos Servidores), o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar procedimento adequado para apuração da responsabilidade (Processo Administrativo Disciplinar- PAD), sem prejuízo da ação de improbidade. (DI PIETRO, 2004).

Ressalte-se que as medidas sancionatórias em pauta podem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar (DI PIETRO, 2004).

Nesse diapasão, é certo que o ato de improbidade administrativa não caracteriza ilícito administrativo quando considerado como aquele ato punível pela pessoa jurídica lesada, da qual fizer parte o agente, por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar (Lei 8.112/1990).

Entretanto, forçoso admitir que aos atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração, previstos no artigo 11 da Lei 8.429/1992, podemos atribuir natureza administrativa, vez que fogem do caráter eminentemente civil das outras duas modalidades de atos (que causem dano ao erário ou gerem enriquecimento ilícito), de acordo com o que veremos em seguida.

### 3.2.4 Ato de Improbidade Administrativa e Ilícito Civil

Vimos que a doutrina e a jurisprudência divergem amplamente sobre a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa. No entanto, é majoritária a compreensão de que tais atos não se encaixam na esfera penal, nem tampouco na esfera das infrações político-administrativas, embora possam ter conseqüências em tais esferas, com a concomitante instauração de processo-crime ou de procedimento político (conforme o caso). (DI PIETRO, 2004).

A nosso ver, a posição mais plausível é a de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 703) que assim define o ato de improbidade administrativa: “um ilícito de *natureza civil e política*, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário”.

Apesar de se pautar somente nas sanções previstas aos atos de improbidade administrativa para definir sua natureza – o que é arriscado visto que, muitas vezes, os ramos do Direito se misturam quanto a elas, a exemplo da prisão civil por débitos alimentares – tal postura nos parece razoável.

O ato de improbidade administrativa configura, essencialmente, uma ofensa a bens jurídicos civilmente tutelados. A Lei 8.429/1992 tem como objetivo principal – porém, não exclusivo – a tutela do patrimônio público.

Causar prejuízo ao erário, ou seja, ao conjunto de bens do ente estatal, gera o dever de ressarcir, de acordo com a Teoria Geral da

Responsabilidade Civil do Código Civil Brasileiro (artigo 927, Código Civil, 2002)<sup>4</sup>. (BRASIL, 2002).

O enriquecimento ilícito também é um fenômeno punível no âmbito civil, gerando a necessidade de restituição do que haja sido indevidamente auferido (artigos 884 a 886, Código Civil, 2002)<sup>5</sup>. (BRASIL, 2002).

Como já pincelado, as sanções destinadas a quem atentar contra os princípios da Administração, visam a proteção ao bom andamento da máquina administrativa de uma forma geral, e abrangem todos os outros atos ímprobos que não necessariamente gerem enriquecimento ilícito ou causem prejuízo ao erário. Os princípios da Administração têm guarida no Direito Administrativo, o que nos leva a concluir que tais atos também são vinculados a esse ramo do Direito.

Nesse ínterim, podemos inferir que a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa é de ilícito **civil e administrativo**.

Pode-se questionar se as duas sanções políticas previstas aos atos de improbidade (perda do cargo ou função política e suspensão dos direitos políticos), afastam o caráter primordialmente civil do ilícito, uma vez que o Direito Civil não encampa tais espécies de sanção. Todavia, a existência de sanções de natureza diversa do ilícito praticado não o desnatura, uma vez que, como já mencionado, a natureza de um ilícito é determinada pelas características intrínsecas a ele e não pelas sanções a ele impostas – a exemplo do que ocorre com o referido ilícito civil praticado pelo devedor de alimentos.

Outrossim, visto que foram constitucionalmente instituídas de forma específica aos atos de improbidade, que, como vimos, de forma geral configuram

---

<sup>4</sup> Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>5</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

ilícitos civis, não há o que se discutir quanto a elas, a não ser o fato de que a própria Constituição se excepciona, afastando-as em alguns casos, como veremos.

Vários precedentes jurisprudenciais pacificaram a natureza de ilícito civil *ou* administrativo dos atos de improbidade administrativa<sup>6</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal, curiosamente, vislumbrou tal entendimento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2797, que assentou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal:

EMENTA: [...] 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. (BRASIL, ADI 2797/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15 de setembro de 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, grifo nosso).

Assim, ao adentrarmos a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, criamos uma forte ferramenta argumentativa contra o entendimento da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal de que as sanções aos atos de improbidade administrativa (de natureza civil e administrativa) não podem ser cumuladas com as sanções a agentes políticos pelo chamado crime de responsabilidade (de natureza político-administrativa), pois isso caracterizaria *bis in idem*, isto é, se estaria punindo duas vezes uma pessoa pelo mesmo ato, o que é inadmissível visto se tratarem de institutos bem diferentes, que podem ser simultaneamente aplicados, como se objetiva demonstrar ao longo desta reflexão.

---

<sup>6</sup> REsp 757194/SP, 1.º Turma, rel. Min. José Delgado (14.11.2005); REsp 319009, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon (04.11.02); HC 8491, 5.ª Turma, rel. Min. Félix Fischer (14.08.2000); Reclamação n.º 591, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves (15.05.2000).

### 3.3 ASPECTOS DA LEI FEDERAL 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

É inegável o avanço trazido pela promulgação da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa, editada para regulamentar o artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988. Ela representa o principal instrumento legislativo da história para o combate à corrupção administrativa e defesa do patrimônio público pela sociedade, e do qual se tem valido o Ministério Público brasileiro, seu principal operador e por enquanto o maior responsável por sua efetiva operacionalização.

Além de prever, em seu artigo 17, a propositura da ação principal de improbidade administrativa pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada, essa lei reitera a garantia consolidada pelo artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição<sup>7</sup> que possibilita ao cidadão representar perante a autoridade administrativa competente, respeitadas as formalidades exigidas<sup>8</sup> (artigo 14). (BRASIL, 1992).

Fábio Medina Osório (2007, p. 181) assim define a lei 8.429/1992: “um Código Geral de Conduta, com normativa jurídica, força coercitiva cogente, alcance nacional e balizador de todo o setor público, em suas vertentes fundamentais.”

---

<sup>7</sup> Art. 5º. XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder [...].

<sup>8</sup> Art. 14. [...]

§1º- A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§2º- A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§3º- Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

### 3.3.1 Sujeitos Passivos

O artigo 1º da lei elenca os sujeitos passivos do ato de improbidade, ou seja, todos aqueles que podem sofrer os danos causados pelos atos de improbidade administrativa constantes da lei. São eles:

[...] 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. (BRASIL, 1992).

O § 1º ainda acrescenta:

[...] 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. (BRASIL, 1992).

Notamos, assim, que o rol de pessoas jurídicas passíveis de sofrer atos de improbidade administrativa se faz bastante notável, abrangendo, inclusive, aquelas que não compõem a Administração, mas que a ela estejam vinculadas.

### 3.3.2 Sujeitos Ativos

São sujeitos ativos os agentes públicos (artigo 1º) e os terceiros que eventualmente induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta e indireta (artigo 3º). Agente público, na acepção da lei (artigo 2º), é “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”. Existem algumas peculiaridades quanto à aplicação da lei aos agentes políticos, o que será discutido adiante. (BRASIL, 1992).

### **3.3.3 Atos de Improbidade Administrativa**

Ao contrário do que se podia encontrar nos dispositivos anteriores, a nova lei referiu-se ao enriquecimento ilícito como apenas uma das hipóteses de ato de improbidade (artigo 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11). (BRASIL, 1992).

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004) explica que o vocábulo “ato” de improbidade, ora empregado, não é sinônimo de ato administrativo porque compreende, além desse, uma omissão, uma conduta.

O artigo 9º prevê que “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 e notadamente” os atos indicados nos doze incisos nele contidos. (BRASIL, 1992).

Segundo o artigo 10 “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens

ou haveres das entidades referidas no art. 1º e notadamente” os atos indicados em seus treze incisos. (BRASIL, 1992).

Finalmente, o artigo 11 prevê que “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” os atos indicados em seus sete incisos. (BRASIL, 1992).

Este último artigo deve ser interpretado com cautela visto que sua aplicação pode vir a ser muito abrangente, uma vez que inúmeros são os princípios que regem a Administração Pública. Há que se analisar precipuamente a intenção do agente, ou seja, verificar se houve dolo ou culpa. (DI PIETRO, 2004).

### **3.3.4 Sanções**

A Constituição da República relaciona as medidas aplicáveis aos agentes públicos e terceiros que incorrerem em atos de improbidade administrativa.

De acordo com os parágrafos 4º e 5º do artigo 37 da Lei Maior, o agente ficará sujeito, sem prejuízo da ação penal cabível, à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, “sendo *imprescritível* a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário”. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 264).

Na Lei 8.429/1992 as sanções cabíveis (relacionadas no artigo 12) vão além do que foi determinado pela Constituição. Assim, o agente ímprobo também poderá sofrer:

[...] a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a 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. (DI PIETRO, 2004, p. 715).

O artigo 12 é bem específico quanto à aplicação das sanções previstas na lei, dosando-as de acordo com cada espécie de ato praticado pelo agente. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004) facilita o entendimento do artigo ao perceber que o legislador estabeleceu uma gradação decrescente em termos de gravidade do ato praticado: os atos mais graves, que acarretam enriquecimento ilícito, teriam sido dispostos em primeiro lugar; em segundo lugar viriam os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.

O inciso I prevê que, nas hipóteses do artigo 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), caberá:

**[...] 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; [...]. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

O inciso II, por sua vez, dispõe sobre as sanções cabíveis quando o ato praticado inserir-se no artigo 10 (atos que causam dano ao erário):

**[...] 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; [...].(BRASIL, 1992, grifo nosso).

Finalmente, no inciso III, temos as sanções direcionadas àqueles atos que atentam contra os princípios da Administração (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. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

A *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente* objetiva devolver ao acervo patrimonial tudo o que lhe foi retirado (BARBOSA, 1999). Tal sanção, não prevista no texto constitucional, não constitui de maneira alguma uma inconstitucionalidade por não se tratar propriamente de uma punição e sim de um restabelecimento do *status quo ante*.

Francisco Octavio de Almeida Prado (2001) esclarece que não é essencial a comprovação do prejuízo para que se aplique a sanção em comento.

A Constituição prevê apenas a indisponibilidade dos bens do agente, uma medida cautelar claramente instituída para impedir que sejam dissipados os valores extirpados do erário público. (PAZZAGLINI FILHO; ROSA & FAZZIO JÚNIOR *apud* BARBOSA, 1999).

O *ressarcimento integral do valor do dano* se refere a qualquer tipo de dano causado ao patrimônio público, diferenciando-se da perda dos valores acrescidos do artigo 9º porque independe de enriquecimento ilícito pelo agente, tendo como requisito apenas a ocorrência do dano. (BARBOSA, 1999).

A *multa civil* imposta traduz claramente a natureza civil da sanção por ato de improbidade administrativa. Ela será exigida em “qualquer ato de improbidade cometido pelo agente, independentemente de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário”. (BARBOSA, 1999).

*A perda da função pública* é aplicável em todos os níveis de atos de improbidade administrativa previstos na lei. Sua aplicação sofre restrições constitucionais por razões de segurança nacional, sendo indicados textualmente a forma e os limites desta penalidade, como veremos oportunamente. (BARBOSA, 1999).

O princípio da presunção de inocência fundamenta a regra de que a perda da função pública não será aplicada enquanto pendente qualquer recurso, ainda que se valha de efeito meramente devolutivo. (PRADO, 2001).

Por sua vez, a *proibição de contratar com a Administração Pública ou receber os benefícios fiscais ou creditícios* se estende à pessoa jurídica da qual o agente da improbidade seja sócio majoritário, bem como à pessoa do cônjuge, nos casos de casamento com comunhão de bens, haja vista a comunicabilidade dos aqüestos dele decorrente. (OSÓRIO *apud* BARBOSA, 1999).

Já a *suspensão dos direitos políticos* é uma sanção retirada da própria Constituição sendo aplicada gradualmente, a critério do juiz, de acordo com a gravidade do ato ímprobo (artigo 37, § 4º, CRFB/1988; artigo 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/1992). Ela consiste na privação temporária ao exercício da cidadania, com o que a pessoa se vê impedida da prática de quaisquer atos para os quais se exija o pleno gozo desses direitos, como é o caso da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado). No entanto, ressalte-se, tal privação não gera perda do cargo que já esteja sendo exercido, nem tampouco a perda da nacionalidade. (PRADO, 2001).

Imperioso ressaltar que o juiz, na fixação de todas as penas aludidas, deve atentar à extensão do dano causado, e ao proveito patrimonial obtido pelo agente (artigo 12, parágrafo único, Lei nº 8.429/1992). (BRASIL, 1992).

Pela análise do artigo 21 podemos inferir, ainda, que a aplicação das sanções previstas na lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Isso quer dizer que não é requisito indispensável para a configuração da improbidade administrativa o prejuízo causado ao erário público. (BRASIL, 1992).

Marcelo Figueiredo (*apud* DI PIETRO, 2004, p. 713) entende que, com essa disposição, a lei tentou demonstrar que não se presta a punir apenas danos materiais causados à Administração, mas também violações ao princípio da moralidade administrativa, ou seja, danos morais causados a ela, mesmo que isso não resulte em prejuízo de ordem econômica.

Ressalte-se que o dano ao patrimônio público referido no inciso I do artigo em questão deve ser interpretado restritamente, significando dano ao patrimônio de valor econômico somente (e não aos bens de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, como define a Lei de Ação Popular). (DI PIETRO, 2004).

Por fim, podemos destacar um detalhe importante: o mesmo ato pode configurar qualquer das hipóteses de atos de improbidade e, até mesmo, todos eles, sendo que todas as sanções descritas podem ser aplicadas independentemente das sanções administrativas, civis e penais cabíveis, como visto na subseção 3.2.

### **3.3.5 Procedimentos**

A Lei nº 8.429/1992 prescreve duas modalidades de procedimentos

para a apuração e processamento dos atos de improbidade administrativa:

a) *Procedimento Administrativo:*

O artigo 14 da Lei nº 8.429/1992 confere a qualquer pessoa o poder de representar à autoridade administrativa competente visando instaurar procedimento administrativo de investigação para apurar prática de ato de improbidade. (BRASIL, 1992).

Qualquer das pessoas jurídicas enumeradas pelo artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, quando interessada, poderá realizar o procedimento investigatório. Quando a pessoa jurídica em questão for eminentemente privada – havendo apenas recebido recursos públicos, subvenções ou incentivos – a entidade competente para processar a investigação será aquela de onde provieram os recursos a ela carreados, uma vez que sua inclusão no rol do artigo 1º se deve ao seu contato com dinheiro público. A lei se refere claramente à autoridade competente como “autoridade administrativa”, mesmo porque não dispõe uma entidade privada de aparatos capazes de operacionalizar uma investigação. (PRADO, 2001, p.167).

A autoridade competente referida no artigo 14 “será aquela designada em norma interna da pessoa jurídica destinatária da representação”. (PRADO, 2001).

O § 3º do artigo 14 prevê que, caso sejam atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a apuração dos fatos e que, em se tratando de servidores federais, seria aplicado o disposto nos artigos 148 a 182 da Lei 8.112/1990 e, em se tratando de servidor militar, seriam aplicados os respectivos regulamentos disciplinares. Tal previsão é infundada uma vez que os referidos artigos da Lei 8.112/1990 tratam do processo administrativo disciplinar dos

servidores federais, gerando, quando necessário, a aplicação de sanções disciplinares, o que se reputa inconcebível, até porque a própria Lei 8.429/1992 impossibilita a imposição de penalidades por atos de improbidade administrativa mediante mero processo administrativo. Em seu artigo 12 a lei assevera: “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”. Já o artigo 20 dispõe que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o *trânsito em julgado da sentença condenatória*”. (PRADO, 2001, p. 168-169, grifo nosso).

A respeito disso, conclui-se que ao final do procedimento administrativo disposto na lei, seja em razão de ato ímprobo de agente federal, estadual, municipal ou militar, jamais se admitirá a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, servindo esse procedimento simplesmente como base para se concluir pela necessidade ou não da propositura da ação judicial de improbidade administrativa. (PRADO, 2001).

O § 1º do artigo 14 determina, ainda, seja a representação escrita ou reduzida a termo, e assinada pelo representante, cuja qualificação deverá constar da peça inaugural. Além disso, prevê a necessidade de se fornecer informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. De acordo com o § 2º a autoridade administrativa competente poderá rejeitar a representação em despacho fundamentado caso ela não cumpra as formalidades estabelecidas no § 1º, sem prejuízo da representação ao Ministério Público, nos termos do artigo 22 da lei. (BRASIL, 1992).

*b) Processo judicial:*

A ação de improbidade administrativa, como visto, pode ser

intentada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (qualquer uma das previstas no artigo 1º da Lei 8.429/1992), caso em que o Ministério Público funcionará como *custos legis*. No caso de medidas cautelares, a lei determina que a propositura deve se dar em até trinta dias (artigo 17). (BRASIL, 1992).

Há discussão doutrinária a respeito da possibilidade da ação civil pública ser cabível no campo da improbidade administrativa, porém, para não haver delongas indesejáveis, falaremos sempre em “ação de improbidade administrativa”.

No que concerne ao procedimento, a ação de improbidade administrativa, de natureza cível, segue o rito ordinário, cabendo sua propositura “na Justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme o caso, sempre na primeira instância”. (COSTA, 2001, p. 79).

É expressamente vedada a transação, acordo ou conciliação (artigo 17, §1º). (BRASIL, 1992).

Faz-se necessária, a princípio, a notificação do indiciado com o fito de proporcionar a ele o direito à defesa prévia, antes do recebimento da inicial, de acordo com os preceitos do artigo 17 da lei 8.429/1992 (§7º). Tal previsão intenta evitar o ajuizamento de ações temerárias, destituídas de justa causa, e não apenas garantir o contraditório, que será exercido posteriormente com a contestação (artigo 17, § 9º). No entanto, essa imposição legal só prospera quando a ação não for precedida do respectivo inquérito civil, uma vez que este já cumpre o papel de evitar lides temerárias. (MURTA, 2003).

A lei prevê a possibilidade de concessão das seguintes medidas cautelares: indisponibilidade dos bens, para os casos de lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito (artigo 7º); o seqüestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade (artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil); investigação,

exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior nos termos da lei e dos tratados internacionais (artigo 16, § 2º); afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (artigo 20, parágrafo único), lembrando que esta última é a única hipótese que pode ser adotada também durante o procedimento administrativo. (DI PIETRO, 2004).

“O valor da indenização e os bens perdidos pelo indiciado reverterão em benefício da pessoa jurídica prejudicada pelo ato ilícito (artigo 18 da Lei nº 8.429/92)”. (DI PIETRO, 2004, p. 720).

A lei prevê em seu artigo 20 que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Como visto no tópico que elenca as sanções aos atos de improbidade administrativa, tal se justifica pelo princípio da presunção da inocência: as sanções previstas no artigo 20 não serão aplicadas enquanto pendente qualquer recurso, ainda que se valha de efeito meramente devolutivo. (PRADO, 2001).

O artigo 23 trata do prazo prescricional para se propor ação de improbidade. O inciso I prevê que a ação pode ser proposta “até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”; o inciso II prevê que pode a ação ser intentada “dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. Já as ações de ressarcimento por danos causados pelo agente, servidor ou não, nos termos do artigo 37 da Constituição da República em seu parágrafo 5º, são imprescritíveis. (BRASIL, 1992; BRASIL, 1988).

## 4 AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 4.1 ABRANGÊNCIA CONCEITUAL DAS ATIVIDADES DOS AGENTES POLÍTICOS

Podemos definir agentes políticos, de acordo com os brilhantes ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 229), como sendo “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado, e, portanto, o esquema fundamental do Poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.”

Para Hely Lopes Meirelles (2004, p. 76) “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Sua classificação inclui tanto os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.”

Maria Sylvia Zanella di Pietro, compartilhando da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que são agentes políticos no direito brasileiro, por exercerem atividades típicas de governo e mandato, para o qual são eleitos:

[...] apenas os Chefes dos Poderes Executivo federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e

Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos mediante nomeação. (DI PIETRO, 2004, p. 433).

A ilustre doutrinadora nos remete, ainda, à atual tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Os primeiros assim seriam classificados porque suas decisões correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado. Já tal classificação direcionada aos membros do Ministério Público se deveria às funções a eles atribuídas a partir da Constituição de 1988 (artigo 129), especialmente a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

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

A aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos cerca-se de algumas particularidades.

De um lado, observam-se certas limitações quanto à aplicação da sanção de afastamento do agente político da função exercida em face de reserva constitucional de competência.

Outrossim, forçoso rememorar a fervorosa discussão quanto à extensão do foro por prerrogativa para o processamento da ação de improbidade (interpretação constitucional rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797, como veremos).

Ademais dessas questões, devemos reconhecer que a aplicação Lei de Improbidade Administrativa sofreu, como já salientado, grave mitigação pelo Supremo Tribunal Federal em seus recentes julgados, mais particularmente, na

Reclamação 2138, cuja decisão a tornou inaplicável aos agentes políticos submetidos à responsabilização especial direcionada aos chamados Crimes de Responsabilidade.

#### **4.2.1 Limitação Constitucional à Aplicação das Sanções de Perda do Cargo ou Função e Suspensão dos Direitos Políticos aos Agentes Políticos**

Dos artigos 85 e 86 da Constituição da República Federativa do Brasil depreende-se que o Presidente da República somente poderá perder o cargo se acusado, ou pela prática de crime comum, sendo então julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ou pela prática de infrações político-administrativas, caso em que será julgado pelo Senado Federal. (BRASIL, 1988).

A acusação deverá ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados, quando, então, se realizará o processo de *impeachment* ou o processo judicial. Por ser essa questão especificamente delimitada pela Constituição, não há que se falar em outras formas de *perda de função* pelo Presidente da República, como bem explica o professor João Batista Machado Barbosa:

Com efeito, havendo um regramento constitucional específico em relação à perda da função pública do mais alto mandatário do país, cujo objetivo é a estabilidade das relações institucionais da nação, fica expressamente vedada a aplicação dessa sanção cível por ato de improbidade administrativa. (BARBOSA, 1999).

Outrossim, o mesmo professor, aludindo a Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, assevera que também não se aplica ao Presidente da República a pena de suspensão dos direitos políticos, uma vez que, o livre gozo desses direitos está intimamente relacionado à própria essência da função por ele exercida.

O eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, em seu voto-vista na referida Reclamação 2138, que será examinada a seguir, apesar de entender pela sujeição dos agentes políticos à lei de improbidade, afirma que não cabe a um juiz de primeiro grau, muito menos em ação de improbidade, decretar àquelas autoridades detentoras de prerrogativa de foro a perda do cargo político, “pois isto configuraria um fator de desestabilização político-institucional para a qual a lei de improbidade administrativa não foi vocacionada”, o que nos parece bastante plausível. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 251).

A aplicação das referidas sanções também sofre restrições quanto aos Senadores e Deputados Federais. Tais agentes políticos só podem ser afastados de sua *função* e ver suspensos seus direitos políticos nas hipóteses arroladas taxativamente no artigo 55 da Constituição.

Contudo, Senadores e Deputados não sofrem responsabilização pelos chamados crimes de responsabilidade, sendo uníssono o entendimento de que a eles se aplicam normalmente as demais sanções da Lei 8.429/1992.

O Supremo Tribunal Federal pacificou tal entendimento:

EMENTA: Agravo regimental. Reclamação. Ação civil pública. Membro do Congresso Nacional. 1. **Os julgados desta Corte apontados como ofendidos, Reclamação nº 4.895/DF e nº 2.138/DF**, não tratam da mesma situação destes autos, porquanto cuidaram da competência para o processamento de ação de improbidade contra ato praticado por Ministro de Estado (art. 102, I, "c", da Constituição Federal), circunstância diversa da presente, que envolve **membro do Congresso Nacional, relativamente ao qual a legislação infraconstitucional não prevê crime de responsabilidade**. 2. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, Rcl-AgR 5126/RO – RONDÔNIA. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Menezes Direito. Julgamento: 22.11.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, grifo nosso).

Aos demais agentes políticos, a quem a Constituição não reservou competência específica para sua aplicação, a sanção de perda do cargo ou função pública bem como a de suspensão dos direitos políticos, poderão – ou deveriam poder – ser inegavelmente aplicadas pelo próprio juiz de primeira instância competente para a ação de improbidade administrativa.

#### **4.2.2 Improbidade Administrativa e Foro por Prerrogativa de Função**

Alguns agentes políticos, diferentemente dos servidores públicos comuns, possuem como função a tomada de decisões básicas do Estado e, por isso, gozam de um regime de prerrogativas. Hely Lopes Meirelles ensina de forma clara o que se pretende demonstrar:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque 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, ante o temor da responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. (MEIRELLES, 2004, p. 78).

A respeito dessa liberdade funcional conferida constitucionalmente aos agentes políticos, conclui-se que não poderia haver responsabilização por erros inerentes à função, para que não sejam tais agentes tolhidos de seu exercício. Como exemplo, podemos citar a promulgação de lei inconstitucional votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. Responsabilizá-los por tal ato seria impedir o regular exercício da função política.

O ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, não contemplou prerrogativa de foro aos agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa. A Constituição, sempre que intentou assegurar qualquer prerrogativa o fez de forma expressa.

Nesse contexto, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2797/2006, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei 10.628/2002 que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 84 do Código de Processo Penal. O referido parágrafo segundo afirmava que a ação de improbidade seria proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o agente detentor de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, que prevaleceria (de acordo com o parágrafo primeiro) ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função. (BRASIL, ADI 2797/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15 de setembro de 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

O Excelso Pretório entendeu pela inconstitucionalidade formal da lei, vez que o novo parágrafo primeiro correspondia a evidente reação legislativa ao cancelamento do Enunciado de Súmula 394 que garantia justamente a manutenção da competência especial por prerrogativa de função, mesmo que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após cessação do exercício da função. Além disso, a decisão afirmou que não pode lei ordinária tentar impor interpretação à Constituição, caracterizando-se uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra em questão de interpretação constitucional.

No que tange ao mérito, a decisão salientou que só a própria Constituição pode excetuar-se, entendendo ser inaceitável “equiparar a ação de

improbidade administrativa de natureza civil (CF, art. 37, § 4º) à ação penal contra os mais altos dignatários da República”. Uma vez que no bojo da Constituição nada consta estendendo a garantia às ações de improbidade administrativa, **não cabe foro por prerrogativa de função nessas ações**. (BRASIL, ADI 2797/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15 de setembro de 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

No entanto, tal decisão em nada prejudicou a Reclamação 2138, que estava à época, em andamento. Enquanto na ADI 2797 foi vedado o julgamento com foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa, na Reclamação 2138, o entendimento foi o de que a lei de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos que se submetem às regras dos “crimes de responsabilidade”, uma vez que com eles se confundem. Assim, não se admite foro por prerrogativa para a ação de improbidade administrativa, mas já que a lei de improbidade não se aplica aos agentes políticos abrangidos pela lei de crimes de responsabilidade, quando agirem de forma ímproba, responderão perante os tribunais a que se submetem quando da prática de crimes de responsabilidade, isto é, a ADI 2797 não alcança esses agentes políticos.

### **4.3 RECLAMAÇÃO 2138 – APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

#### **4.3.1 Conceito de Reclamação Constitucional**

O instituto da Reclamação Constitucional se destina a viabilizar a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo

Tribunal Federal (art. 102, I, “I”, CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “I”, CF/88).

Sua natureza jurídica, no entanto, é motivo de muita divergência doutrinária.

Há quem entenda tratar-se de incidente processual, de recurso ou de ação.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2212 do estado do Ceará, a Ministra Relatora Ellen Gracie consagrou o posicionamento de que “a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal.” Seria, portanto, a reclamação simples representação perante o tribunal em questão em que se requer o saneamento de uma decisão abusiva que haja usurpado sua autoridade. (BRASIL, ADI 2212/CE. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 2 de outubro de 2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Segundo a mesma decisão, a Reclamação se aplica perfeitamente no âmbito dos Estados-membros, em respeito ao princípio da simetria, tendo como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual e preservar a competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

Qualquer que seja sua natureza, o certo é que a Reclamação configura um instrumento processual, posto à disposição de qualquer interessado, para que sempre que entenda haver usurpação da competência e da autoridade das

decisões dos tribunais, possa exigir dos mesmos a análise do ato contestado e providências no sentido de anulá-lo bem como seus efeitos.

#### **4.3.2 Aspectos da Reclamação 2138**

O Ministério Público Federal, segundo dados extraídos do acórdão da Reclamação 2138, propôs Ação de Improbidade Administrativa contra Ronaldo Mota Sardemberg, atual chefe da Missão Diplomática Permanente junto à ONU, então Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, por ter utilizado indevidamente aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) e pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica. O juízo federal acolheu a denúncia condenando-o a ressarcir o erário público e à perda dos direitos políticos por oito anos, decisão ratificada em segunda instância. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 97 a 99).

A União ajuizou, então, segundo o mesmo documento, uma Reclamação contra o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e contra o Relator da Apelação Cível 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região órgãos prolores da decisão em testilha, pretendendo preservar a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a referida ação de Improbidade.

A condenação fundamentou-se nos artigos 9º, IV, XII; 10, IX, XIII e 11, I, todos da Lei 8.429/1992, sendo que no mérito, o ex-Ministro de Estado apenas alegou não haver proibição legal para o uso das aeronaves, bem como sua boa-fé,

baseada na praxe administrativa, pautando sua defesa prioritariamente na incompetência do juízo.

A parte reclamante argüiu que, apesar de não haver qualquer previsão legal expressa concedendo à Suprema Corte a competência para julgar Ministro de Estado por ato de improbidade administrativa, deveria ser, por analogia, confrontando-se a Lei 8.429/1992 com a Constituição Federal, atribuída a competência para julgamento de tais atos ao Supremo Tribunal Federal ainda porque os delitos contidos na Lei 8.429/1992 configurariam crimes de responsabilidade.

A Reclamação pedia a declaração da incompetência do Juiz de Primeiro Grau e do Relator para julgarem e processarem a demanda com base no artigo 102, I, “c”, da Constituição e a conseqüente anulação dos atos decisórios com fulcro no artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil, uma vez inafastáveis as prerrogativas de foro concedidas a determinadas autoridades públicas em função do cargo exercido.

#### **4.3.2.1 Síntese da tese prevalecente**

O voto do Ministro Relator Nelson Jobim, que compôs o entendimento majoritário dos membros do Supremo, baseou-se eminentemente no parecer do então Vice-Procurador-Geral da República, Haroldo Ferraz da Nóbrega, que consignou que por estarem submetidos a regime especial de responsabilidade (Lei 1.079/1950) os agentes políticos não seriam abrangidos pela lei de improbidade administrativa, sendo a competência para atos de improbidade atraída pela competência para infrações político-administrativas, por abrangência de tipificação.

Assim, afirmou que aqueles agentes contidos no artigo 102, I “c”, da Constituição Federal, quais sejam, “os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”, deveriam ser julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal quando cometessem atos de improbidade por se confundirem esses com os chamados “crimes de responsabilidade”, sendo então julgados com foro por prerrogativa de função. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 121).

A seu ver, a aplicação de ambos os dispositivos (Lei 8.429/1992 e 1.079/1950) caracterizaria *bis in idem*, isto é, se estaria punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. A solução que reputou mais coerente para o problema seria aplicar a lei que em sua opinião seria mais específica, a lei de crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950), uma vez que a lei de improbidade administrativa se dirige a todos os agentes públicos e a primeira se dirige apenas a alguns agentes políticos.

O Vice-Procurador-Geral da República alegou, ainda, não haver qualquer fundamento legal para a denúncia em tela, contexto em que o Relator votou pelo arquivamento puro e simples da ação de improbidade proposta em primeira instância.

Em sua tese, o Vice-Procurador-Geral afirmou que:

[...] a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. **Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente.** Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim.

Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 121, grifo do autor).

Em citação a artigo do advogado e ex-Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga (Caderno Direito & Justiça, do Jornal Correio Brasiliense do dia 30.09.2002), conclui que:

Pode não ser o desejável por muitos, que desconfiam da eficácia sancionatória, quando se trata de foro por prerrogativa de função, mas *legem habemus* e urge cumprir a lei que nos rege, principalmente quando essa lei é a Constituição da República Federativa do Brasil. Seu descumprimento torna inviável o Estado de Direito democrático. (ALVARENGA *apud* BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 123).

O voto do Relator se pautou basicamente no já aludido texto de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes:

[...] Em verdade, a análise das conseqüências 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**. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “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”. [...] 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 MINISTROS DE ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores [...]. (WALD & MENDES *apud* BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 127, grifo nosso).

Assim, defende que pela gravidade das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, violaria preceitos constitucionais permitir sua apreciação por juízo monocrático, uma vez que o foro por prerrogativa é garantido inclusive para aplicação de sanções menos severas (como a multa) e que nem toda norma que atribui competência no Brasil deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, cita entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça,

Eduardo Ribeiro (Reclamação 591, São Paulo, Relator: Min. Nilson Naves, DJ 15.05.2000):

[...] Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal ou mesmo, conforme o caso, pelo Supremo. Entretanto, a admitir-se a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do Supremo Tribunal Federal e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 128).

Em seguida, cita o trecho do livro de Hely Lopes Meirelles, já transcrito neste trabalho (subseção 5.2.2.), segundo o qual os agentes políticos exercem funções diferenciadas quando comparadas com aquelas dos demais agentes públicos, e para que não sejam tolhidos de tal exercício, deve-se garantir a eles ampla liberdade funcional. E afirma que “todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos”, e que submetê-los ao arquétipo a que são submetidos os agentes públicos “comuns” é “cometer uma grotesca subversão”, proibida constitucionalmente, uma vez que o exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 133-134).

Sustenta, ainda, que inúmeras são as razões que levam “não poucos agentes incumbidos da persecução” a intentar ações contra autoridades de maior representatividade política, dentre elas, a busca por notoriedade, a intenção de participar do debate político por outros meios, mas que a maioria delas é destituída de qualquer fundamento: “O propósito notório é de dar ao perseguidor

uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível”. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 134).

No mérito, em defesa dos atos do ex-Ministro de Estado, sujeito da ação que justificou a presente Reclamação, o ministro Nelson Jobim relembra seus tempos de Ministério da Justiça ao afirmar:

Qualquer pessoa informada sabe que, normalmente, um titular de cargo ministerial jamais tira férias ou conhece períodos de recesso. Em verdade, somente em tempos recentes houve reconhecimento do direito a férias por parte de autoridades ministeriais. Trabalha-se, em geral, nos fins de semana com a mesma intensidade com que se atua de 2<sup>a</sup> a 6<sup>a</sup> feira. As viagens de fim de semana a algum local são, em geral, viagens a serviço. Ou, se não eram, acabam se tornando, pela demanda de contatos por parte de autoridades locais e pela continuidade do programa rotineiro de serviço que não sofre qualquer interrupção. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 134).

Assevera que se o membro do Ministério Público e o Juiz atuantes na causa em questão tivessem um conhecimento mínimo dessa “realidade” teriam chegado a uma conclusão diferente.

Outrossim, critica ferozmente a sentença reclamada por ter afirmado que o hotel militar em que se hospedou o referido Ministro superava em muito o conforto então disponível. Afirma que uma autoridade pode perfeitamente se hospedar em hotel militar do local para o qual viaja quando nele não houver hospedagem adequada. Além disso, afirma que viagem feita em época de feriados nacionais para Salvador e Fernando de Noronha (como foi o caso) pode perfeitamente caracterizar uma viagem oficial.

Assim, entende pela inaptidão e inexperiência do juiz por desconhecer tais “realidades” e completa:

[...] é possível que qualquer dos integrantes desta Corte venha a responder a uma ação de improbidade porque se dirigiu à UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA em carro oficial. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 136, grifo do autor).

Afirma que quase todos os ministros carregam ações de improbidade administrativa, e que se fossem julgadas por tribunais dotados de “experiência e responsabilidade políticas”, certamente seriam rejeitadas liminarmente.

Posteriormente, retrata a questão do afastamento do cargo ou função, sanção trazida pela lei de Improbidade Administrativa, como já explicitado. Entende pelo absurdo de um juiz de primeiro grau afastar do cargo determinados agentes políticos, e acrescenta:

Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA [...] mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b c/c art. 86, *caput*); [...] (c) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; [...]. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 140, grifo do autor).

Questiona, também, se há permissão constitucional para a co-existência de dois regimes de responsabilidade para os agentes políticos:

Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950. Ela disciplina os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração - art. 9º). A pena prevista também é severa (art. 2º - perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos). (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 142).

Finalmente, conclui seu entendimento afirmando que a ampliação da competência para julgar atos de improbidade, se alcançar os agentes políticos submetidos a regime de responsabilidade especial levará a uma ab-rogação do disposto no artigo 102, I, “c”, da Constituição. Que se, ao contrário, entender-se pela aplicação tão-somente da lei 1.079/1950 a esses agentes, a competência seria exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgar tais causas, nas hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional. Que, se assim for, não se trata de atribuir imunidades aos agentes políticos em face aos atos ímprobos, pois o agente político responderá pelas infrações perante os órgãos competentes. E que se se entender de forma diversa, haveria o risco de mora pela inconsistência das ações julgadas por órgãos jurisdicionais incompetentes.

Acompanharam tal entendimento seis dos onze ministros da Corte Suprema, mas queda-se imperioso ressaltar que quatro ministros de sua atual composição (Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia) deixaram de proferir votos por terem substituído ministros aposentados que já haviam votado. Assim, existe a possibilidade de que a Suprema Corte venha a modificar tal entendimento.

#### **4.3.2.2 Defesa argumentativa da tese vencida**

Com base nos argumentos até aqui aventados e na excelente tese vencida da votação em tela, ora configurada no voto-vista do eminente ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto do ministro Carlos Velloso, perfilharemos o entendimento favorável à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos abrangidos pela Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Em seu voto, a princípio, o ministro relacionou os artigos da Lei 8.429/1992 abrangidos pelo ilícito em que incorreu o ex-ministro de Estado, quais sejam:

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 esta lei, e notadamente:

[...] IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...] XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

[...] 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, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

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

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

[...] 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. (BRASIL, 1992).

Dessa feita, fixou sua argumentação inicial asseverando que os fatos pelos quais o ex-ministro respondia não se enquadravam nos dispositivos da Lei 1.079/1950 (Lei dos crimes de responsabilidade), cuja tipificação é a seguinte:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;

5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo. (BRASIL, 1950).

O ministro Carlos Velloso evidenciou em seu voto justamente o fato de que os tipos abertos da lei de crimes de responsabilidade não abrangeriam os tipos restritos previstos na lei de improbidade, havendo necessidade de preservação do princípio da moralidade, que melhor se vê albergado pela última. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 163).

O que se pretende inferir é que não há que se afirmar a existência de coincidência de tipificação, ou a configuração de um possível esvaziamento da lei dos crimes de responsabilidade diante da aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes nela contidos. Como se pode perceber, o conteúdo, alcance e especialidade das duas leis, no que tange aos atos ímprobos, são assaz diversos.

Do mesmo entendimento comunga o professor Fábio Medina Osório:

Deve-se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a [Lei 8.429/1992], com objetivos diversos, cuja compatibilidade somente pode ser discutida pontualmente, no tocante à incidência do princípio constitucional do *non bis in idem*, correlato ao postulado da proporcionalidade, afastando-se ou atenuando-se uma ou outra medida punitiva. (OSÓRIO, 2007, p. 209).

Em última análise aos dispositivos da lei 1.079/1950, observemos o artigo 13 que cuida especificamente dos crimes de responsabilidade dos ministros de Estado:

Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado;  
1 - os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados;  
2 - os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem;

- 3 - A falta de comparecimento sem justificção, perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra casa do Congresso os convocar para pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado;
- 4 - Não prestarem dentro em trinta dias e sem motivo justo, a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, as informações que ela lhes solicitar por escrito, ou prestarem-nas com falsidade. (BRASIL, 1950).

Assim, não restam dúvidas quanto à não abrangência de tipificação da Lei 1.079/1950 sobre a Lei 8.429/1992, uma vez que a lei de improbidade administrativa prescreve os atos de forma muito mais específica do que o faz a primeira, e visa claramente a objetivos distintos.

Ainda, no voto do ministro Joaquim Barbosa, segue que os motivos que levaram à propositura da ação de improbidade pelo Ministério Público Federal contra o ex-ministro de Estado, por não se enquadrarem na tipificação da Lei 1.079/1950, não são passíveis de responsabilização política, não sendo aplicado o artigo 102, I, “c” da Constituição Federal. O ministro acrescenta, outrossim, que há no ordenamento jurídico brasileiro uma dupla normatividade em matéria de improbidade: por um lado, existe a lei 8.429/1992, de tipificação cerrada, que abrange um vasto rol de possíveis acusados, inclusive aqueles que não são agentes públicos; por outro, existe a lei 1.079/1950, relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, em especial ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado (artigo 85, V, CRFB/1988), e ensina que “trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos”. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 333-334).

A Lei 8.429/1992, de acordo com o voto do ministro e com o que se buscou sedimentar com o presente trabalho, visa, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, coibir os tão recorrentes atos de corrupção pelos agentes públicos, impondo a eles, de acordo com uma tipificação mais ampla e específica para cada tipo de conduta, sanções mais severas.

Por outro lado, a Lei 1.079/1950 tem seu escopo bem distinto, e mais elevado, uma vez que procura equilibrar o exercício do Poder por meio do que se chama *Checks and Balances*, mecanismo de controle recíproco entre os *Poderes* Judiciário, Executivo e Legislativo, típico do regime presidencialista de governo<sup>9</sup>. Assim, explica o ministro o objetivo das sanções previstas para as infrações político-administrativas:

[...] o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a [...] confiança da Nação. Iguamente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados com esse instituto é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 336).

Outrossim, a Lei 1.079/1950, explica o ilustre ministro, ao definir os atos que atentam contra a probidade na Administração, “longe de apontar para a exigência da prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como ímprobos”, o faz de forma bastante vaga, imprecisa, o que se explica por sua finalidade intrinsecamente política, uma vez que é a versão local do *impeachment* norte americano, exceto no que tange à competência do Judiciário em alguns casos:

---

<sup>9</sup> Sabe-se que o Poder é uno, o que existe é a divisão de parcelas de seu exercício. Os chamados “Poderes” (que na verdade são órgãos que exercem parcela do Poder) são independentes entre si para que se possam controlar reciprocamente, evitando a concentração do Poder em mãos de um só, e isso é o que se denomina, no sistema jurídico americano, “Checks and Balances”.

Em razão da sua natureza intrinsecamente política, para caracterizá-las, basta a *maladresse* política, o mau exemplo por parte do dirigente, basta a atitude conivente ou omissa em relação à necessária punição dos subordinados que eventualmente incorram em deslizes funcionais graves, ou a ação explícita ou dissimulada no sentido do acobertamento desses deslizes funcionais. [...] São pura e simplesmente delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de dano, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 338).

Nesse sentido, remetemos à subseção 3.2.2 em que citamos os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 435), que entendem ser o *impeachment* um “instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar”, tendo, portanto, conotação puramente política.

Por sua vez, como bem explanado na subseção 3.2.4, o objetivo precípua da Lei 8.429/1992 é a tutela do erário público bem como dos princípios da Administração. Isso lhe confere natureza mista, isto é, civil e administrativa. O fato de ter como consequência sanções políticas ou de qualquer outra natureza não altera sua essência, pois a natureza de um instituto é formada mediante as características intrínsecas a ele, não por meio de seus efeitos.

Dada a distinção entre os dois institutos, não se pode deixar de salientar, como bem fez o ilustre ministro, que ambos podem, perfeitamente, “ser processados separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos embora desencadeados pelo mesmo fato”. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 339).

Isso porque é muito comum em nosso Direito a concomitância de ações nas diversas esferas existentes. Um mesmo fato pode originar ações de

naturezas diversas. Um exemplo é o que ocorre quando se instauram ações por crime de responsabilidade e crime comum pela prática de um só ato (conforme, aliás, reconheceu o STF no caso Collor), ou quando um ato configure ilícito penal gerando responsabilização na esfera cível, ou ainda, quando o agente público responda a processo penal e administrativo ao mesmo tempo. (DI PIETRO, 2004).

A Constituição Federal expressamente prevê a comunicabilidade de instâncias no artigo 37, § 4º, em que se consignou que a sanção cível por ato de improbidade não prejudicaria a sanção penal; já no artigo 52 prevê que a condenação por crime de responsabilidade se dará *sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis*. Se pretendesse determinar a incidência somente da esfera de responsabilidade político-administrativa, a Lei Maior o faria expressamente, e excluiria a expressão “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. (BRASIL, 1988).

O artigo 3º da Lei 1.079/1950 também dispõe que a imposição da pena pelo crime de responsabilidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

A própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em seu artigo 12, determina que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica” está o responsável pelo ato de improbidade sujeito a suas cominações.

Nesse contexto, o ministro questiona se não seria absurdo entender pela impossibilidade de se admitir o menos, que seria responsabilizar um agente, a um só tempo, por infração político-administrativa e por ato de improbidade, uma vez que se permite o mais, que é a cumulação de responsabilização penal comum com a responsabilização por infração político-administrativa.

Diante disso, pode-se considerar que a aceitação da tese que se consolidou configura um contra-senso, um ilogismo, ferindo o princípio da supremacia da Constituição, ao criar para o Supremo Tribunal Federal competência que não lhe foi destinada pelo taxativo rol do artigo 102, e da isonomia, uma vez que permite que determinados agentes políticos, agentes públicos dotados de maior responsabilidade social, se furtem de responder mediante sanções rigorosas e muito mais efetivas que as previstas para as infrações político-administrativas.

O ministro descreve o despropósito da hipótese em que um servidor comete ato de improbidade, sujeitando-se à Lei 8.429/1992. Caso ele assuma um cargo ministerial, sem se exonerar do anterior, ficará imune às sanções da referida lei, submetendo-se apenas à perda do cargo político e à inabilitação pelo prazo de oito anos para o exercício de qualquer função pública.

É inadmissível que se eximam de responder efetivamente pelo ilícito cometido justamente aqueles a quem mais se confiou os interesses da coletividade. Nesse sentido, o notável ministro assevera que “nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos”. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 343).

O ministro Carlos Velloso aduz que “isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe”. (BRASIL, Rcl.

2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 176).

Por essa razão, podemos concluir que não há melhor caminho para se tentar frear tamanho absurdo que “dar a máxima eficácia à lei de improbidade”. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 176).

Forçoso registrar que a decisão que entendeu pela não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa àqueles que se submetem às sanções por crimes de responsabilidade tem efeito *inter partes*, isto é, se aplica apenas às partes daquela ação de forma específica. Assim, outros agentes políticos que queiram livrar-se das ações de improbidade administrativa já intentadas contra eles, terão que passar novamente pelo crivo da Suprema Corte, que desta vez, conta com nova composição, podendo vir a modificar o entendimento até então assentado. É o que se espera.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, e bem assim, de seus valores mais intrínsecos, não se pode deixar levar por interesses políticos, nem tampouco se render aos mandos e desmandos das classes dominantes. Pelo contrário, a Corte Suprema representa a proteção à ordem e à justiça pretendidas pelo Constituinte, devendo, assim, buscar, em suas decisões a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceitua nosso texto Constitucional (artigo 3º). (BRASIL, 1988).

## SÍNTESE CONCLUSIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente, em seu artigo 37, o dever de moralidade a que devem se curvar os agentes públicos, quaisquer que sejam suas funções. O parágrafo quarto do mesmo artigo impõe sanções àqueles que declinarem desse modelo ético. O legislador constituinte não fez qualquer ressalva quanto ao alcance desse ditame.

Ao mesmo tempo, em diversas oportunidades, o mesmo legislador dispõe acerca dos crimes de responsabilidade, infrações com caráter estritamente político, imputáveis a um limitado número de indivíduos, em razão da função por eles exercida, demonstrando o claro propósito de impedir que aqueles que demonstrem inaptidão continuem a ocupar os mais altos cargos públicos da nação.

O Brasil possui um histórico já há muito comprometido pelo desvirtuamento do funcionalismo público. Desde o período colonial, voltado à exploração de bens e riquezas, em que não se buscava de fato edificar uma nação, não havendo *animus* de permanência por parte dos que aqui aportavam, parece-nos que se instituiu um juízo segundo o qual a coisa pública a ninguém pertence.

Tal noção parece ter potencializado a corruptibilidade do cidadão brasileiro, adaptado à idéia do famoso “jeitinho”, o que tem se mostrado mais evidente nas últimas décadas.

Justamente diante de um contexto como esse, irrompeu-se uma movimentação jurídico-científica visando a aniquilar essa visão conformista e descabida.

A Lei de Improbidade Administrativa, concretizando a disposição constitucional, constituiu um significativo avanço e foi criada com o intuito de gerar o

máximo de ônus àquele que venha a lesionar a coisa pública, esteja ele a serviço do Estado, seja ele particular, ao contrário do que se observava nos dispositivos jurídicos até então vigentes.

Apontando com minudência (apesar de não taxativamente) os diversos atos de improbidade administrativa passíveis de serem praticados, ela submete a sanções realmente severas todos aqueles que neles incorrerem. Seu objetivo, tendo em vista a proteção ao erário e à moralidade administrativa, é punir com rigidez o agente faltoso de modo a coibir a prática de atos de improbidade, e por esta razão, não se limita a sanções políticas, indo além: impõe sanções de cunho pecuniário.

Não obstante haja divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, e assim, das sanções a ele previstas, demonstramos que o bem jurídico principal a ser protegido pelo referido diploma é o patrimônio público, visto que, das três modalidades de atos ímprobos dispostas na lei, duas se encaixam no âmbito do Direito Civil, quais sejam: atos que importem enriquecimento ilícito e atos que causem dano ao erário.

De outro lado, constatamos que, ao prever os atos que atentem contra os princípios da Administração, a Lei claramente intentou albergar bens jurídicos tutelados pelo Direito Administrativo, em especial a moralidade administrativa, o que nos leva a inferir que a natureza jurídica desses atos é mista, isto é, os atos de improbidade administrativa são, a um só tempo, ilícitos civis e administrativos.

Assim, pudemos demonstrar que não há que se confundir os referidos atos com os chamados crimes de responsabilidade. Estes últimos têm natureza político-administrativa e a responsabilização cabível contra eles (perda da

função pública e inabilitação para exercer qualquer função pelo prazo máximo de cinco anos) tem por finalidade simplesmente destituir de seu posto o agente político que se mostre inapto para ocupá-lo e extirpá-lo do cenário político por certo período, não constituindo meio efetivamente eficaz de combate à improbidade administrativa.

No entanto, a maioria dos membros da Suprema Corte entendeu de modo diverso.

Como vimos, a tese que prevaleceu no julgamento da Reclamação 2138 afirmou que os ministros de Estado já estariam submetidos a regime especial de responsabilidade, previsto pela Lei 1.079/1950 – Lei de Crimes de Responsabilidade – devendo ser julgados originariamente pela Suprema Corte, o que alcançaria todos os agentes previstos no artigo 102, I, “c” da Constituição da República.

Tal decisão se fundamentou na suposta especificidade da Lei 1.079/1950, que ao tratar, em seu artigo 9º, a respeito dos crimes de responsabilidade *contra a probidade na Administração* já compreenderia todos os atos previstos pela Lei 8.429/1992, isto é, haveria abrangência de tipificação, devendo apenas a primeira lei ser aplicada, visto tratar de forma específica a responsabilização de apenas alguns agentes políticos.

Verificamos que o entendimento concebido na referida decisão abriu precedente para que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplicasse a nenhum agente político submetido à responsabilização por infrações político-administrativas pois teria aquela lei “forte conteúdo penal”, e que a incidência de dois diplomas legais, prescrevendo sanções por atos que supostamente teriam mesma natureza, caracterizaria *bis in idem*.

É certo que não se pode determinar a natureza jurídica de um instituto analisando apenas suas sanções, seus efeitos, deve-se observar suas características.

Já foi evidenciado que a natureza jurídica dos dois institutos não se confunde, nem tampouco seus objetivos, tipificação e alcance – enquanto os atos de improbidade administrativa configuram ilícitos civis e administrativos, as infrações político-administrativas constituem ilícitos eminentemente políticos.

Outrossim, bem se observou que os tipos legais previstos nas duas leis em nada se assemelham, realçando ainda mais essa diferença.

Em face de tal julgamento estritamente dogmático, que, diga-se de passagem, torna aleijada a Lei 8.429/1992 – cuja função precípua é a defesa da Administração e principalmente do patrimônio público – questionamo-nos se realmente vivemos numa democracia, entendida esta como algo além da mera garantia de escolha dos governantes, antes negada pelo regime autoritário instalado em 1964.

Marilena Chauí nos confere um valioso norte na busca de tal resposta, quando assevera que:

Nossa sociedade é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas, em qualquer circunstância, em inferiores, que devem obedecer, e superiores que devem mandar. [...] O autoritarismo social e as desigualdades econômicas fazem com que a sociedade brasileira esteja polarizada entre as carências das camadas populares e os interesses das classes abastadas e dominantes, sem conseguir ultrapassar carências e interesses e alcançar a esfera dos direitos. Os interesses, porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados. **Estes, porque são portadores dos conhecimentos técnicos e científicos, são os 'competentes', cabendo-lhes a direção da sociedade.** (CHAUÍ, 1997, p. 435-436, grifo nosso).

Ora, até que ponto podemos negar que a referida decisão da Corte Suprema não reproduz exatamente o modelo descrito pela filósofa?

Se é certo que vivemos em um país de privilégios e privilegiados, seria legítimo – sem sustentarmos nos mais fundamentais pilares confiados pela Constituição da República – simplesmente prescindirmos de qualquer valiosa exigência legal de condutas éticas impostas àqueles que justamente detêm o dever de alterar tal contexto?

Impedir a incidência da Lei 8.429/1992 sobre alguns agentes políticos é dizer que estes, hoje, não se responsabilizariam civil e administrativamente, ao menos não de forma satisfatória, por atos de improbidade administrativa.

Esta – tomada até intuitivamente como conduta antijurídica, contrária ao interesse público – tende a aumentar o atual abismo social, ainda mais quando vem acompanhada da idéia de corrupção que:

[...] se constitui em sério obstáculo ao desenvolvimento nacional, acarreta o desperdício de preciosos recursos públicos, impõe custos elevados ao país e, reflexamente aos cidadãos, provoca descrédito institucional, solapa instituições públicas, subverte o sistema jurídico, coloca em cheque órgãos e entidades públicas, afeta a credibilidade do Estado, encoraja o esbanjamento de recursos coletivos, estimula a evasão de tributos e implementa acentuados riscos à governabilidade. (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 11).

Cria-se, assim, um círculo vicioso, em que os altos índices de improbidade e corrupção comprometem a real consolidação do Estado Democrático de Direito, levando à carência material e intelectual de uma massa miserável incapaz de desenvolver uma consciência crítica e exercer controle sobre a própria atuação política, contentando-se de forma submissa com “esmolas” clientelistas.

Tal decisão, ao limitar a aplicação dessa lei justamente aos agentes a quem mais se confiou as diretrizes do Estado, tende a agravar essa realidade.

“Esse entendimento, engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira.” (GARCIA & ALVES, 2006, p. 436).

A máxima incidência da Lei 8.429/1992 constitui meio eficaz de se reduzir a impunidade bem como aniquilar a corrupção e a imoralidade no âmbito público. Esperamos que não demore muito para que sobrevenham novas manifestações da Egrégia Suprema Corte nesse sentido, vez que, como já alinhavado, ela pode vir a reverter tal entendimento em virtude da alteração de sua composição e graças ao efeito *inter partes* da referida decisão.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, João Batista Machado. **Os Agentes Políticos e as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa**, 1999. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina90.doc>>. Acesso em: 17.03.2008.

BRASIL, **Código Penal, 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e define o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2008.

\_\_\_\_\_, **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0201.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

\_\_\_\_\_, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 10 dez. 2007.

\_\_\_\_\_, **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2007.

\_\_\_\_\_, **Código Civil, 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação – Rcl. 2138/ DF – Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Reclamante: União. Reclamados: Juiz singular substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC 1999.34.00.016.727-9 do Tribunal Regional da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20

abril de 2008. Publicação: Dje-070; Divulg. 17-04-2008; Public. 18-04-2008; Ement. Vol.- 02315-01; PP-00094.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2797/DF – Distrito Federal**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 de março de 2008. Publicação: DJ 19-12-2006; PP-00037; Ement. Vol.-02261; PP-00250.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação – Rcl-AgR 5126/RO - Rondônia**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 22 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 fev. de 2008. Publicação: Dje-165; Divulg. 18-12-2007; Public. 19-12-2007; DJ 19-12-2007 PP-00014 Ement. Vol.-02304-01; PP-00092.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI 2212/CE - Ceará**. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 2 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 de abril de 2008. Publicação: DJ 14-11-2003; Ement. Vol.-02132-13; PP-02403.

COSTA, Humberto Pimentel, **Corrupção e Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, n. 15, Jan./Jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Políticos: Conceito e Suspensão por Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 6, Jul./Dez. 2001.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Lei de Improbidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade**. Revista “Temas de Proteção ao Patrimônio Público”, Ministério Público do Estado do Paraná. Março, 2008. P. 65-88.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

FONSECA, Delson Lyra. **A Corrupção como Entrave ao Desenvolvimento**. Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 11, Jul./Dez. 2003.

GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

JESUS, Damásio de. **Ação penal sem crime**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2000. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>. Acesso em: 02 abr. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MURTA, Carolina Luna Martines. **A Notificação na Ação de Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 11, Jul./Dez. 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

WILCKEN, Patrick. **Império à Deriva – A Corte Portuguesa no Rio de Janeiro 1808 – 1821**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.