



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

TEOMAR ALMEIDA DE OLIVEIRA

**AGENTES POLÍTICOS À LUZ DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**SOUSA - PB
2007**

TEOMAR ALMEIDA DE OLIVEIRA

**AGENTES POLÍTICOS À LUZ DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

**SOUSA - PB
2007**



O482a Oliveira, Teomar Almeida de.
Agentes políticos à luz da lei de improbidade administrativa. /
Teomar Almeida de Oliveira. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

94 f.

Orientadora: Prof^a. Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito Administrativo. 2. Improbidade administrativa. 3.
Agente político - improbidade administrativa. 4. Lei de improbidade
administrativa. 5. Lei 8.429/92. I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II.
Título.

CDU: 342.9(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

TEOMAR ALMEIDA DE OLIVEIRA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: _____ de _____ de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Carla Pedrosa de Figueiredo
Professora Orientadora

Examinador

Examinador

DEDICO, não só este trabalho, mas também todos os meus longos anos de estudo à minha querida mãe *Socorro* (in memoriam), ela que foi a viga mestra, a fortaleza garantidora dos meus estudos, com um apoio, dedicação e paciência incomensuráveis durante a minha árdua jornada de estudante, acreditando sempre na minha vitória; ao meu imbatível pai *Temístocles*, sustentáculo da família e exemplo de homem; à minha esposa *Stela*, aquela que suportou com paciência e entendimento todas as tempestades de nossa trajetória de vida em comunhão até hoje; aos meus rubis *Tauanã* e *Tauane*, eles que fazem a minha existência nessa vida ter significado; pessoas indispensáveis para minha ascensão moral e educacional, o meu mais infinito amor e carinho.

AGRADECIMENTO

A Deus, força suprema, orientador magistral, significado de PAZ, AMOR, FÉ e ESPERANÇA;

Aos meus pais, Temístocles e Socorro (in memoriam), por todo apoio e incentivo para sempre seguir adiante;

À minha esposa, Stela, e aos meus filhos, Tauanã e Tauane, pois a família é o princípio para o meio e fim;

Aos meus irmãos, Tenildo, Tenilson (in memoriam) e Tevânio (in memoriam), que mesmo distante sempre contribuíram para a minha ascensão intelectual;

Às minhas avós, Alice e Vicência, matriarcas das famílias Almeida e Oliveira, com seus ensinamentos sempre corretos e dignos; à minha tia, Maurisa, àquela que me serviu de inspiração pela sua inteligência e, acima de tudo, bondade; a toda a família, pelo apoio direto ou indireto;

À minha orientadora e professora, Carla Pedrosa, que tanto contribuiu para a realização deste trabalho monográfico;

A todos os amigos, em especial, Eligidério, o amigo oficial; a Vinícius Loiola, agora compadre; a Isabel, comadre e pequena notável; aos amigos inesquecíveis da residência universitária,

Aos mestres, que com toda paciência e sapiência conseguiram transmitir os conhecimentos e experiências aos alunos, da forma que podiam, demonstrando-nos os possíveis caminhos para a realização dos nossos ideais profissionais e humanos;

À Coordenação do Curso de Direito e a todos os funcionários desta Universidade, pelos serviços prestados;

Enfim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão do curso de Direito e a realização desta pesquisa bibliográfica.

"As leis são como as teias de aranha
os pequenos insetos prendem-se
nelas, e os grandes rasgam-nas sem
custo".

(Anacarsis)

RESUMO

O presente trabalho trata da polêmica decisão do STF na Reclamação n. 2.138, na qual desconsiderou a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – aos agentes políticos, considerando que estes estão afetos à Lei nº 1.079/50 – Lei de Responsabilidade – com prerrogativa de foro, portanto. Porém, considera-se que a não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, como agentes públicos que são, representa não só uma posição contrária à Constituição Federal, como também, um grande retrocesso social e jurídico, haja vista, a histórica ineficácia dos processos de responsabilização política, relatada pela doutrina majoritária. Nesse ínterim, a tutela repressiva contra os atos de improbidade administrativa por meio da Lei 8.429/1992 configura um dos mais importantes instrumentos no combate à corrupção. E, para a efetividade dos processos coletivos que apuram atos de improbidade administrativa é implacável entender que tais atos não possuem natureza criminal ou que venham a configurar os impropriamente denominados “crimes de responsabilidade”, sendo, portanto, ilícitos civis, cujo processo e julgamento estão afetos aos juízes de primeiro grau, ainda que o sujeito ativo venha a ser um agente político. Essas são as questões básicas tratadas, com o objetivo de demonstrar o equívoco da teoria adotada pelo STF em relação ao tema.

Palavras-Chaves: Improbidade Administrativa – Reclamação 2.138 – agente político.

ABSTRACT

The present work treats of the controversy decision of STF in the Complaint n. 2.138, in the which disrespected the applicability of the Law n° 8.429/92 - Law of Administrative Improbability - to the political agents, considering that these are affections to the Law no. 1.079/50 - Law of Responsibility - with forum prerogative, therefore. However, he/she is considered that the non application of the Law of Improbability to the political agents, as public agents that are, acts not only a position contrary to the Federal Constitution, as well as, a great social and juridical retreat, have seen, the historical inefficacy of the processes of political responsibility, told by the majority doctrine. In that interim, the repressive protection against the actions of administrative improbity through the Law 8.429/1992 configures one of the most important instruments in the combat to the corruption. And, for the effectiveness of the collective processes that you/they clean actions of administrative improbity it is implacable to understand that such actions don't possess criminal nature or that you/they come to configure the improperly denominated "crimes of responsibility", being, therefore, illicit civil, whose process and judgement are affections to the judges of first degree, although the active subject comes to be a political agent. Those are the treated basic subjects, with the objective of demonstrating the misunderstanding of the theory adopted by STF in relation to the theme, that, with the decision welcoming the foregoing complaint.

Word-key: Administrative Improbability - Complaint 2.138 - political agent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA LEI Nº 8.429/92 ..	15
1.1 Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública.....	15
1.2 Moralidade e Probidade	19
1.3 Evolução histórica da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro	21
1.4 Da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92	23
CAPÍTULO 2 ANÁLISE ACERCA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ..	26
2.1 Conceito do ato de improbidade administrativa	26
2.2 Objetivo da Lei nº 8.429/92.....	27
2.3 Sujeitos da improbidade administrativa.....	29
2.4 Classificação dos atos de improbidade administrativa.....	31
2.5 Ilícito civil e político-administrativo dos atos de improbidade administrativa ..	33
2.6 Sanções	35
2.7 Da declaração de bens	36
2.8 Do procedimento administrativo e judicial.....	36
CAPÍTULO 3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INADEQUAÇÃO PARA OS AGENTES POLÍTICOS SEGUNDO O STF	39
3.1 Conceituação e diferenças de institutos.....	39
3.2 Jurisdição civil da Lei nº 8429/92 e jurisdição política da Lei nº 1079/50.....	42
3.3 Natureza não-criminal dos atos de improbidade administrativa.....	44
3.4 Natureza difusa dos atos de improbidade.....	47
3.5 Desconsideração do ato de improbidade como crime de responsabilidade ..	49
3.5.1 distinção entre crime de improbidade e de responsabilidade	50
3.6 Meios de persecução dos ilícitos	51
3.7 Legitimados.....	53
3.8 Competência para julgamento	57
3.9 Diferenças entre as sanções.....	58

CAPÍTULO 4 ANÁLISE DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N° 2.138-6/DF NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	60
4.1 Tese do STF da não incidência da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade	61
4.2 Obstáculos à tese adotada do STF	64
4.3 Problemas decorrentes da decisão do STF	65
4.3.1 Separação ou independência de instâncias	66
4.3.2 Alavanca impulsionadora da impunidade	67
4.3.3 Violação do princípio da isonomia	69
4.3.4 Comprometimento da segurança jurídica	71
4.3.5 Redução de atribuição constitucional do Ministério Público	72
4.3.6 Desconsideração do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição	73
4.3.7 Retrocesso social como perigo real.....	75
4.3.8 Quebra do princípio da vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos fundamentais	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	80
ANEXOS	82

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, um dos mecanismos mais importantes no combate aos atos de improbidade administrativa é a Lei nº 8.429/1992, que tutela a probidade administrativa e que, em síntese, pode ser resumido como o dever de honestidade dos administradores públicos e o agir de forma eficiente com o patrimônio público

É inquestionável que a Lei de Improbidade Administrativa se insere em mais um caso de acesso à justiça referente às demandas coletivas, na medida em que o resguardo à probidade administrativa é um interesse difuso de toda coletividade, que espera dos agentes públicos e políticos o respeito aos princípios que regem a administração pública, dentre os quais, destacam-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

Com efeito, apesar das críticas que costumam ser endereçadas por determinada parcela da doutrina à Lei de Improbidade Administrativa, especialmente em relação à sua sistematização e incorporação de redação semelhante a textos penais, tais posicionamentos não se sustentam, pois é patente a importância da citada lei no ordenamento jurídico em vigor, vindo a se consagrar como mais um fundamental instrumento de defesa dos interesses difusos, e que surgiu justamente para suprir as deficiências e limitações da legislação então vigente, dentre as quais se destaca a Lei de Ação Popular, que, infelizmente, é de baixa utilização no Brasil, o que se explica, dentre outros fatores, pela ausência de um caráter sancionador como o que se encontra presente na Lei nº 8.429/1992.

Deste modo, sem prejuízo de outros mecanismos de combate e controle aos atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, como a punição penal, a responsabilização pelos denominados crimes de responsabilidade por meio de julgamento político, o controle exercido pelos tribunais de contas, pelo legislativo, pela ação popular etc., a Lei de Improbidade Administrativa vem a se constituir em mais um instrumento à disposição da coletividade – na verdade um dos mais importantes – para o combate à corrupção e à dilapidação da coisa pública pelos agentes ímprobos e, conseqüentemente, para a concretização dos direitos fundamentais.

Verdadeiramente, apresenta-se a Lei nº 8.429/1992 como uma ferramenta eficaz para proteção dos interesses da coletividade, na medida em que contribui para a existência de uma administração proba, resguardando-se, portanto, o patrimônio público em sentido amplo, abrangendo não só seu aspecto material, mas também moral, contribuindo, assim, para uma verdadeira cruzada contra a corrupção pública, um vandalismo nacional, que envergonha o cidadão brasileiro de bem e que tanto mal causa aos interesses da coletividade.

Com isso, resta evidenciado pela própria Constituição Federal que apenas a punição penal não se apresenta como suficiente, mormente diante das notórias deficiências de uma investigação e um processo criminal, lamentavelmente ainda de baixa densidade na punição de corruptos. Da mesma forma, é insuficiente, como se verá, a responsabilização por crimes de responsabilidade por meio de julgamento político.

Assim, é fundamental uma interpretação precisa em relação à natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992, pois daí decorrerá uma correta aplicação das regras processuais e, conseqüentemente, um efetivo combate a esses atos que tanto mal causa aos interesses da coletividade, e que comprometem a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, se entender, por exemplo, que os atos de improbidade ostentam natureza penal, acarretará graves conseqüências em relação ao juiz natural para julgar, sem contar que deverá ser abandonada a aplicação integrada das regras da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor que formam a denominada "jurisdição civil coletiva", com grande comprometimento para a tutela do patrimônio público e para a probidade administrativa. Outrossim, caso se entenda que a Lei nº 8.429/1992 não incide em relação aos agentes políticos que respondam por crimes de responsabilidade, mas tão somente na forma da Lei nº 1.079/1950, então se terá - como regra - um julgamento político, cuja conseqüência será o *impeachment*.

Trata-se, portanto, de tema de grande relevância prática, notadamente em vista de recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da não incidência da Lei nº 8.429/1992 em relação aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF. Assim, conquanto a

questão, apesar de já decidida, é conveniente enfrentá-la, com o objetivo tão-somente de contribuir com o debate já deflagrado com bastante repercussão.

Nesse ínterim, o presente trabalho tem como finalidade precípua demonstrar que a decisão proferida pelo STF no dia 13 de junho de 2007, na Reclamação nº 2.138, trará vários malefícios para a Administração Pública e à sociedade, criando precedentes jurisprudenciais para isentar os agentes políticos da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, para uma adequada análise do tema apresentado neste trabalho monográfico, utilizar-se-ão dos métodos exegético jurídico e bibliográfico, procurando-se sintetizar a maior gama possível de material doutrinário, jurisprudencial e de textos legais para dar um embasamento teórico ao presente estudo, organizado da seguinte forma:

No primeiro capítulo serão lançadas as considerações iniciais acerca da Lei nº 8.429/92; analisar-se-ão os princípios constitucionais que regem a Administração Pública; levantar-se-ão as diferenças entre os termos “moralidade” e “probidade”, os aspectos históricos da lei de Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro; e, demonstrar-se-á a sua aplicabilidade aos agentes públicos e, finalmente, estudando a sua possível inconstitucionalidade.

Já, no segundo capítulo, far-se-á um exame da lei de Improbidade Administrativa; levantar-se-á o conceito do ato de improbidade, o objetivo da Lei nº 8.429/92, os seus sujeitos, a classificação dos atos de improbidade quanto ao ilícito civil e ou político-administrativo, a declaração dos bens pelos agentes públicos e o procedimento utilizado na averiguação do crime – administrativo ou judicial.

No terceiro capítulo, levantar-se-á a questão da lei de Improbidade Administrativa e sua inadequação para os agentes políticos segundo o STF.

No quarto e último capítulo, analisar-se-ão os efeitos do julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF nos atos de improbidade administrativa; levantar-se-á um breve histórico da reclamação; estudar-se-á a tese do STF da não incidência da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade, seus obstáculos e os problemas decorrentes da decisão proferida pelo STF.

Por fim, o objetivo primordial desse trabalho será discutir a responsabilização dos agentes políticos à luz do regime da Lei nº 8.429/92, após o julgamento da

Reclamação supracitada, pelo plenário do STF, isentando os agentes políticos do regime da lei de improbidade administrativa.

CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA LEI Nº 8.429/92

Antes de analisar a lei que versa sobre a improbidade administrativa, torna-se necessário fazer uma análise acerca dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, bem como, traçar as diferenças existentes entre os termos “moralidade” e “probidade”.

Além disso, tratar-se-á no decorrer deste capítulo sobre a evolução histórica da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro, como também, é importante tecer um breve comentário sobre a sua possível inconstitucionalidade.

1.1 Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública

A definição do conceito de Estado Constitucional Democrático de Direito é aquela que discorre sobre a atuação do estado através do direito, onde este delimita o poder através de uma lei superior, sendo esta, fruto da vontade popular. Esta lei magna, conceituada de Constituição Federal de 1988, deve ser compreendida como um sistema normativo composto por princípios (implícitos e explícitos) e normas jurídicas.

Nesse íterim, todas as instituições públicas e privadas, por conseguinte, a Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder discricionário, têm que estar de acordo com seus princípios reguladores, sejam expressos ou implícitos, e demais normas jurídicas deles decorrentes.

A Carta Magna de 1988 trouxe, expressamente no caput do art. 37, os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estes princípios são de basilar importância na atuação administrativa, pois segundo o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud* Marino Pazzaglini Filho, 2000, p. 17):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio

atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

No entanto, essa violação não ocorre somente com os princípios constitucionais expressos. Os chamados princípios implícitos também o são, pois eles igualmente possuem carga atributiva, axiológica e vinculativa. Como discorre Antônio Carrazza (*apud* Pazzaglini Filho, 2000, p. 17):

Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental jurídico teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro e, não, do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, identifica-as e hierarquiza-as.

Ademais, e segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 60):

No exame dos atos de improbidade administrativa, é crucial que se levem em conta não apenas os princípios informativos explícitos, mas também os implícitos, para que se caracterize a efetiva deformação funcional e reste à calva o intuito final do agente público ímprobo.

O princípio da legalidade vem expresso no art. 5º, II, da Constituição Federal, onde "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Entrementes, para a Administração Pública, a legalidade passa a ter feições peculiares, pois, sua atuação resta condicionada ao que a lei determina, sendo permitido ao administrador público realizar somente aquelas condutas legalmente previstas.

É importante que se observe, nesse sentido, que a acepção lei não é restrita, limitando-se a esta ou aquela norma. Seu significado é muito mais abrangente, pois revela não só a lei em si, mas todo o arcabouço legal e constitucional em que está inserida.

Dessa forma, é o que disciplina Pazzaglini Filho (2000, pp. 25-26):

O princípio da legalidade, pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. [...] A

legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.

Portanto, é necessário fixar que de acordo com o referido princípio, a atuação do agente público, ou da Administração Pública, só é aceitável se permitida, concedida ou deferida por norma legal, não se admitindo qualquer atuação que não contenha prévia e expressa permissão legal.

O princípio da impessoalidade revela-se na finalidade da atuação administrativa, não podendo esta agir em benefício de interesses particulares. A conduta do administrador público deve-se pautar sempre na objetividade e parcialidade, tendo como único propósito a supremacia do interesse público.

Fere o princípio da impessoalidade tanto a promoção pessoal do administrador quanto a promoção do interesse secundário do organismo estatal a que pertence o agente público, quando destoante do interesse público primário, que é o alcance do interesse social.

Já o princípio da moralidade, restringido à moralidade administrativa, pode ser entendido como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas. Sendo aferido sob a luz da coerente adequação de meios e fins, vale dizer, considera-se observado pelo fato de não se desviar da finalidade constante da lei, o interesse público, operando por meios legais. Como bem observa Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 15):

A moralidade predetermina a seletividade administrativa dos meios e fins, impondo a eleição, pelo agente público, de opções decisórias que atendam ao interesse social sem a desconsideração da moral comumente aceita, em determinado contexto. De fato, os alvos administrativos deverão de ser sempre consentâneos com os padrões morais, vinculação de que não podem abdicar, em face de nenhuma circunstância excepcional que ao servidor se apresentar, sob pena de subverter a própria razão de ser da Administração. Interesse social sem moral social é conceito vazio.

Márcio Fernandes Elias Rosa (2006, p. 14), discorrendo sobre esse princípio, afirma que: "A probidade administrativa está relacionada ao princípio da moralidade, mas é forma qualificada da inobservância deste princípio".

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 70) apresenta conceitos sobre a conduta desvirtuosa desse princípio, como se pode observar a seguir:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com aquela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

O princípio da publicidade decorre da idéia de transparência da Administração Pública, porquanto não se concebe o trato da *res publica* sem um mínimo de satisfação para a sociedade, afinal o administrador está lidando com uma coisa que não lhe pertence. É um princípio instrumentalizador do controle externo e interno da gestão administrativa. Ademais, a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos. Com efeito, a publicidade não se confunde com propaganda ou promoção pessoal dos agentes públicos, porquanto diz respeito às ações da Administração Pública e não de seus servidores.

O dever de publicidade está intrínseco à atividade administrativa, pautando-se pela lei, com vistas ao alcance do fim público (interesse social) e de acordo com os padrões éticos e morais presentes na sociedade, mas também, com o máximo de eficiência, sob pena do ato administrativo não importar nenhum benefício para a sociedade.

Quanto ao princípio da eficiência, este foi elevado a princípio constitucional pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Cumpre ressaltar que, malgrado a eficiência ter sido elevada a princípio somente com o advento da supracitada emenda, não se vê atividade administrativa sem o dever de eficiência.

Claro e brilhante, a respeito do tema, é o ensinamento de Alexandre de Moraes (1999, p. 320):

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Constata-se, entretanto, que existem outros princípios informadores de uma escorreita atividade administrativa, como o princípio da finalidade, da supremacia do

interesse público, da lealdade e boa-fé administrativa, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Porém, somente com a observância de todos esses princípios, é que a Administração Pública estará alcançando os fins objetivados pela *Lex Fundamentalis*, conseguindo assim, pautar-se pelos ditames de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

1.2 Moralidade e Probidade

Para realizar um estudo sobre a improbidade administrativa, é necessário que se faça a diferenciação sobre os conceitos de moralidade e probidade. A terminologia da palavra ímprobo vem do latim *improbus*, exprimindo o sentido de mau, perverso, corrupto, desonesto. Já, improbidade vem do latim *improbitas*, que revela o significado de imoralidade, má qualidade, malícia.

Para fins do direito positivo, exteriorizado na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, administração ímproba é aquela de má qualidade, não se reportando, necessariamente, ao caráter desonesto da atividade administrativa.

Há, entretanto, aqueles que consideram moralidade e probidade conceitos idênticos. Luiz Alberto Ferracini (*apud* Flávio Sátyro Fernandes, 1997, p. 136) preleciona: "entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter".

Por outro lado, existem aqueles que distinguem os dois conceitos, afirmando, no entanto, que probidade seria espécie de moralidade. É o que ensina Marcelo Figueiredo (*apud* Flávio Sátyro, 1997, p. 134):

Entendemos que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa a que alude, v.g., o art. 37, caput e seu §4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.

Entende-se, porém, prevalecer o entendimento contrário, pois os dois conceitos não se confundem, contudo, probidade é gênero do qual moralidade é espécie.

Verifica-se que, o princípio da moralidade norteia a conduta do administrador no sentido de que, embora se pautem na legalidade, terá que ser obrigatoriamente uma conduta de acordo com os ditames éticos e morais presentes atualmente na sociedade.

O doutrinador Pazzaglini Filho (2000, p. 127) afirma que:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.

O princípio da moralidade nada mais é do que o atendimento do bem comum, observado todos os ditames legais, sem violar a ideologia ética e moral vigente na época. Segundo o mesmo autor, é "a satisfação do interesse social com legalidade ética".

Entretanto, não significa o aludido princípio a mesma coisa do que probidade administrativa. Tanto *Lex Mater* atual, quanto a legislação infraconstitucional pertinente à matéria, leva a essa orientação.

Por meio de uma interpretação sistemática dos artigos 15, V; 37, *caput*, §4º; 5º, LXXIII; 85, V, da Constituição Federal e do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pode-se concluir a posição ora defendida.

A intenção dos legisladores foi de colocar o gênero e não a espécie nos dispositivos acima citados. Decorrente disso é que, a infração ao princípio da moralidade é apenas uma das modalidades de ato de improbidade administrativa. Isso é óbvio, pois ambas são apenáveis com as sanções previstas nos artigos supracitados, entretanto, presente neles está a expressão improbidade e não moralidade.

Tendo em vista o artigo 85, V, este reza que é crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração. Será que os atos do Presidente que violarem a moralidade não são crime de responsabilidade? Se probidade fosse espécie de moralidade o dispositivo acima

citado restaria diminuído em sua abrangência. À Constituição deve-se dar uma interpretação teleológica, visando à maior aplicabilidade e efetividade de suas normas.

A maior prova de que a moralidade seria espécie de probidade é a Lei nº 8.429/92, onde a violação àquela é uma das modalidades de configuração de ato de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, todo ato de imoralidade é ato de improbidade, porém, nem todo ato de improbidade é ato de imoralidade.

Por fim, não se pode dar outra interpretação, portanto, de que para fins do ordenamento jurídico pátrio, a moralidade e a probidade não se misturam, sendo esta, gênero daquela.

1.3 Evolução histórica da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro

Para que se possa ter uma melhor compreensão do tema ora estudado, é necessário retroceder no tempo com o objetivo de verificar a evolução legislativa no combate à improbidade administrativa no âmbito da jurisdição extrapenal, pois, assim, se verá que a preocupação com a sua prática não nasceu apenas com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei nº 8.429/1992, sendo, portanto, tema que já era objeto da atenção do legislador, ainda que não ostentasse, como se verá, a efetividade da referida lei.

No que se refere à previsão constitucional da improbidade, nenhuma outra constituição ousou abordá-la nos moldes de como se encontra na Carta Política atual.

Apenas tratavam do enriquecimento ilícito, modalidade mais incisiva da improbidade administrativa. O artigo 146, §31, *in fine*, da CF 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 de emprego em entidade autárquica".

Na Constituição de 1967, alterada pelas Emendas 1/69 e 11/78, o artigo 153, §11, previa em sua parte final que "a lei disporá sobre o perdimento de bens por

danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública".

Também preocupada com a probidade administrativa, a Constituição Federal de 1988 estabelece no § 4º de seu artigo 37 que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, representando um grande avanço em termo de repressão aos agentes ímprobos, criando, assim, um mandado dirigido ao legislador infraconstitucional, no sentido da previsão e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa.

No tocante à legislação infraconstitucional, a atividade legiferante brasileira produziu duas leis nessa área anteriores à Lei nº 8.429/92. Podendo citar a Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godoí Ilha) e a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

A Lei Pitombo-Godoí sujeitava a seqüestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha ocorrido.

Já, a Lei Bilac Pinto regulava o seqüestro e o perdimento de bens de servidor público da Administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. Complementava sua antecessora enumerando algumas hipóteses configuradoras do enriquecimento ilícito.

Foram duas leis de pouca aplicação, pois tratavam apenas do enriquecimento ilícito, sendo de rara incidência, máxime no que diz respeito à difícil caracterização daquele.

É inquestionável que, a lei de improbidade administrativa se insere em mais um caso de acesso à justiça referente às demandas coletivas, na medida em que o resguardo à probidade administrativa é um interesse difuso de toda coletividade, que espera dos agentes públicos e políticos o respeito aos princípios que regem a Administração Pública, já tratados acima. Assim, como todas as demandas coletivas, requer uma reflexão dos operadores do direito sobre noções básicas do processo civil.

Com isso, resta evidenciado pela própria Constituição Federal que apenas a punição penal não se apresenta como suficiente, mormente diante das notórias

baixa densidade na punição de corruptos. Da mesma forma, é insuficiente, como se verá, a responsabilização por crimes de responsabilidade por meio de julgamento político, sabidamente de pífia aplicação no Brasil.

Assim, é fundamental uma interpretação precisa em relação à natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/1992, pois daí decorrerá uma correta aplicação das regras processuais e, conseqüentemente, um efetivo combate a esses atos que tanto mal causa aos interesses da coletividade, e que comprometem a manutenção do próprio Estado Democrático (e Social) de Direito.

1.4 Da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92

Desde a promulgação da lei de improbidade administrativa, que se cogita sobre a questão da sua inconstitucionalidade, tornando-se imprescindível analisar a possibilidade ou não desta, antes de penetrar no estudo da lei em exame.

Primeiramente será analisada a inconstitucionalidade material. Com guarida no artigo 24, da Constituição Federal, que trata da competência concorrente da União, Estados e Municípios, há quem entenda que, a partir do caráter administrativo da Lei nº 8.429/92, sua edição não poderia ser da competência exclusiva da União, impondo-se aos demais entes federativos.

Doutrinadores de peso como Toshio Mukai (1999, p. 284) adotam esta opinião. O referido douto tem como fundamento o artigo 24 da Lei Fundamental que trata da competência concorrente da União, Estados e Municípios. Entende ele que a Lei nº 8.429/92 tem caráter administrativo e, por conseguinte, sua edição não seria da competência exclusiva da União. Veja-se o seu entendimento:

Portanto, a Lei n.º 8.429/92 pretende ser, violando o princípio federativo insculpido no art. 18 da Carta Magna, imune até mesmo à emenda constitucional (posto que a cláusula pétrea do art. 60, §4º, impede sequer a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado), diploma legal de cogência nacional. E, no caso, inexistente no texto constitucional, dentre as disposições que tratam da distribuição de competências dos entes federados, mormente no art. 24 (que dispõe sobre a competência concorrente), nenhuma autorização à União que lhe outorgue competência legislativa em termos de normas gerais sobre o assunto (improbidade administrativa). Aliás, nem poderia mesmo existir, pois, se se trata de impor sanções aos funcionários e agentes da Administração, a matéria cai inteiramente na competência

legislativa em tema de Direito Administrativo, e, portanto, na competência privativa de cada ente político.

Entretanto, acredita-se não merecer acolhido tal entendimento. A lei de improbidade administrativa não tem unicamente caráter administrativo. O ilícito decorrente do cometimento de atos de improbidade é de natureza político-civil. Maria Sylvia Di Pietro (2007, p. 751), expõe o seguinte conceito:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza 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.

Note-se que os direitos políticos, que dizem respeito fundamentalmente aos direitos de votar e ser votado, estão assegurados no título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais e só podem ser suspensos ou perdidos nos casos expressos no artigo 15, entre os quais está prevista a improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º. Seria inconcebível que cada estado ou cada município pudesse legislar a respeito ou aplicar sanção dessa natureza, mediante processo administrativo. Trata-se de matéria de direito eleitoral (já que afeta fundamentalmente os direitos de votar e de ser votado), de competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição.

Tem-se, pois, que por mais de uma razão, a Lei nº 8.429/92, disciplinadora de sanções civis e político-administrativas, não representa violação do princípio federativo e, portanto, sem eiva de eventual repugnância constitucional, enquadra-se perfeitamente no regime jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Quanto à inconstitucionalidade formal da lei de improbidade, esta é um pouco mais complicada. A sua elaboração e aprovação (da lei) não obedeceu ao sistema legislativo bicameral, instituído pelo artigo 65, parágrafo único da CF/88. Reza o referido artigo, *in verbis*:

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo Único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Alguns doutrinadores cogitam da inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa, utilizando-se do argumento de que esta afrontaria a Constituição Federal, por vício de tramitação do respectivo processo legislativo.

Tal entendimento de que a lei supracitada houvera transgredido os artigos 65 e 67 da Carta Magna não foi jamais admitido.

Tanto assim, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar, na ADIn nº 2.182-6, não reconheceu a alegada inconstitucionalidade formal da Lei nº 8.429/92, em aresto sob a seguinte ementa:

Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. Único). Aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que 'emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto' (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo.

Portanto, resta evidenciado, no caso em tela, que não há que se falar em inconstitucionalidade formal da lei de improbidade administrativa sob a alegação de desobediência do sistema bicameral de elaboração da lei, uma vez que, o projeto de lei foi apenas emendado pela Casa Revisora (Senado). E, toda emenda é acessória e está delimitada pela matéria contida na proposição anterior, não tendo efeito de uma nova proposição. O substitutivo não é projeto autônomo, mas emenda ampla a um projeto inicial.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE ACERCA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Iniciar-se-á, então, o exame da lei de improbidade administrativa, apresentando alguns conceitos e demonstrando seus sujeitos ativo e passivo, bem como, fazendo uma classificação dos atos de improbidade. Discorrer-se-á, igualmente, acerca das suas sanções, como também seu procedimento administrativo e judicial. Por fim, far-se-á alguns comentários sobre os instrumentos de combate ao ato de improbidade administrativa.

2.1 Conceito do ato de improbidade administrativa

O ato de improbidade consiste em uma ação ou omissão de um agente público, servidor ou não, conforme preceitua o artigo 2º da lei, que, em detrimento do interesse público, adota comportamentos escusos e, não raras vezes, possibilitam a obtenção de vantagens para si ou para outras pessoas, sejam elas do seu círculo familiar ou com as quais esteja envolvido socialmente. Contudo, para a caracterização desse ato dispensa-se a necessidade da efetiva ocorrência do dano para que se identifique a lesividade atribuída à improbidade administrativa.

É o ato ilícito repudiante, cometido pelo agente público, contra a Administração Pública, malferindo e malversando a confiança que lhe foi dada, para gerir, administrar, utilizar etc., os bens públicos, desvirtuando a sua finalidade em proveito próprio ou de terceiro, para auferir vantagens ilícitas, em prejuízo daquela e, conseqüentemente, dos administrados.

O conceito de improbidade administrativa para Pazzaglini Filho e outros (1999, p. 39) é o seguinte:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas 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.

As condutas estigmatizadas pelo desvio dos deveres formais de uma função pública para a obtenção de benefícios privados pecuniários ou de prestígio formam a massa mais expressiva dos atos de improbidade administrativa.

Desta forma, é possível pensar a improbidade administrativa como questão axiológica, uma vez que a conduta do agente público ímprobo não deixa entretestrar uma negação dos valores morais, presumidamente, norteadores da prestação de serviços públicos. A honestidade é um valor, a lealdade é outro.

Na concepção de Waldo Fazzio (2007, p. 74), o ato de improbidade administrativa pode ser conceituado a partir da probidade, expressando-se da seguinte forma:

[...] a probidade administrativa é compreendida como um dever-ser administrativo resultante da conjunção coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública. Essa interação principiológica produz a estrutura deontológica, jurídica e axiológica que dá sustentação à probidade administrativa.

Por fim, sob a luz do conjunto principiológico disposto na Constituição Federal e a demarcação de sua extensão, operada pelos dispositivos da Lei nº 8.429/92, numa aproximação conceitual, tem-se o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico.

2.2 Objetivo da lei nº 8.429/92

O delineamento da improbidade administrativa denota a inobservância de um dever, o de exercer a função pública com objetivos públicos. Os fins do exercício de qualquer função e a posição administrativa apontam para o dever de concretizar os direitos republicanos que respaldam o serviço público.

Segundo Luís Vacas García-Alos (2000, p. 23), a utilização deste instrumento jurídico deve ser realizada em função das causas que explicam a presença da corrupção nas sociedades democráticas. São elas:

Causas estas que, podem ser de caráter geral – a citada crise de valores que se repercute necessariamente sobre a integração social que mantém as sociedades vivas -, causas políticas – perda da fé no Estado e no poder político e falta de confiança nos valores legais e sociais que os legitimam – e, por fim, causas econômicas – o espírito da concorrência desenfreada e do enriquecimento sem limites.

Nota-se, portanto, na explicação do autor quanto a aplicação da lei de improbidade ao agente ímprobo, que se deve levar em consideração os fatores sociais que levam o homem a se corromper, quanto mais necessitado, financeiramente, estiver o funcionário público, com os baixos salários pagos pela máquina pública, mais fácil será de se desviar do seu dever de probidade.

No tocante aos fatores políticos, os elevados escândalos de corrupção na Administração Pública nos altos escalões do Estado, alardeado pela mídia, levam os demais agentes públicos acreditarem que é comum corromper ou se deixar corromper.

Por fim, em busca do enriquecimento sem causa, do dinheiro fácil, uma vez que os valores sociais e morais já se encontram desgastados, o agente público malversa o patrimônio público na tentativa de ligeiramente enriquecer, almejando, muitas vezes, o poder aquisitivo do colega de trabalho.

Com isso, a Lei nº 8.429/92 tem por objetivo proteger a Administração, alvo maior da "corrupção", de privilégios, de má gestão e mau uso do patrimônio público (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico), ressaltando-se o seu papel principal, que é o de coibir e, no caso da transgressão da norma, de fazer valer a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, no sentido de que a Administração Pública possa cumprir sua finalidade que é o bem comum.

Por conseguinte, o objetivo maior da lei de improbidade administrativa é proteger o administrado, e não apenas a Administração Pública, aqui considerada em relação ao seu patrimônio moral e material.

Em seguida, discorrer-se-á sobre os elementos integrantes da Lei nº 8.429/92.

2.3 Sujeitos da improbidade administrativa

Os sujeitos da improbidade são divididos em duas classes: os *ativos*, ou seja, aqueles que por ação ou omissão praticam atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou, ainda, que atentem contra os princípios da Administração Pública; e os *passivos*, que arcam com as conseqüências dos atos na lei dispostos como ilícitos. Tais sujeitos serão tratados a seguir:

a) Sujeito Passivo

Os sujeitos passivos (vítimas diretas) dos atos de improbidade administrativa são a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, e as entidades particulares que tenham participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita, conforme prescreve o parágrafo único do artigo 1º da Lei.

Conseqüentemente, nesse viés, são sujeitos passivos a administração direta e indireta (autarquias, sociedades de economia mista e fundações); a empresa incorporada ao patrimônio público; entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual; entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual; entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Assim, entendem-se como administração direta os órgãos próprios do Executivo; já administração indireta seria composta pelas entidades que possuem personalidade jurídica própria, criadas ou autorizadas por lei, que seriam as autarquias, sociedades de economia mista e as empresas públicas. Complementando, são sujeitos passivos de atos de improbidade as fundações e os serviços sociais autônomos, como SESI, SESC, SENAI, entre outros.

Como se destaca o ensinamento de Di Pietro (2007, p. 754):

Pelo dispositivo legal, verifica-se que o sujeito passivo abrange todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e a indireta (esta última compreendendo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); as empresas que,

mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público, porque a ele foram incorporadas; e também as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. É evidente que, neste último caso, trata-se de empresas que estão sob controle direto ou indireto do Poder Público, pois, de outro modo, não teria sentido o Estado contribuir com parcela tão significativa para a formação do patrimônio da entidade e deixar o controle em mãos do particular, em um ato de liberalidade inadmissível quando se trata de dinheiro público. Neste último caso, a natureza jurídica da entidade não é tão relevante para fins de proteção da lei como o fato de ela administrar parcela de patrimônio público.

No entanto, faz-se importante esclarecer a má redação do artigo 1º, quando fala em "administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes...". Ora, sabe-se que apenas o Poder Executivo exerce descentralização (administração indireta e fundacional), enquanto que, o Judiciário e o Legislativo, a par de suas funções institucionais, exercem excepcionalmente funções administrativas.

b) Sujeito Ativo

É o agente público, assim entendido como 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 1º da lei em epígrafe.

Igualmente, é sujeito ativo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Vale salientar o entendimento de Pazzaglini Filho e outros (1999, p. 62) que "a expressão 'no que couber' deixa claro que, ao terceiro, não se aplicará a sanção da perda de função pública, desde que não a tenha".

Nota-se, entretanto, que o leque de pessoas sujeitas à responsabilidade por atos de improbidade é muito grande, fazendo-se obrigatório o uso do bom senso e a análise do elemento subjetivo do agente na hora de imputação da conduta ilícita.

Na doutrina, há diversas classificações de agentes públicos, observando critérios variados de diferenciação entre as diversas categorias. A mais simples é a que os agrupa em:

1. agentes políticos;
2. agentes administrativos; e
3. particulares colaboradores com a Administração.

Os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais na organização política do país. Suas atribuições são fixadas na Constituição Federal e em leis complementares, uma vez que tais pessoas não guardam vínculo empregatício com o Estado. Podem se eleitos, nomeados mediante concurso público ou simplesmente exercentes de cargos de confiança. Por exemplo, os parlamentares, os juízes de direito, os membros do Ministério Público, os ministros e secretários de Estado, os membros das cortes de contas e os auxiliares diretos do Poder Executivo, embora alguma classificação os compreenda na categoria de agentes autônomos.

Agentes administrativos são as pessoas legalmente investidas em cargos públicos com vínculo estatutário ou contratual, remuneradas pelo Poder Público.

Particulares colaboradores com a Administração Pública são pessoas físicas que prestam relevantes serviços ao Poder Público, sem vínculo empregatício, remunerados ou não. Embora sua investidura transitória seja regular, não se caracteriza o nexo laboral; não são profissionais da Administração, mas agentes públicos de fato. São pessoas físicas que servem ao Estado, sem liame de emprego, remuneradas ou não, por requisição, delegação, nomeação, designação ou advento de situação emergencial.

Com isso, percebe-se que o gênero agente público fraciona-se nas três espécies acima citadas, para possibilitar a incidência da Lei nº 8.429/92 a cada uma delas especificadamente.

2.4 Classificação dos atos de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 tem em seu corpo três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam:

- a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);
- b) atos que importam dano ao erário (art. 10); e
- c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Seria conveniente trazer à baila os casos previstos expressamente na lei de improbidade administrativa, enfatizando, contudo, que são casos meramente

exemplificativos. Essa interpretação decorre da expressão "notadamente" presente no *caput* dos artigos em questão. Essa é a opinião do douto Marino Pazzaglini e outros (1999, p. 42): "não é rol taxativo ou exaustivo, o que fica claro pela utilização, no *caput*, do advérbio notadamente para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado".

Os limites do presente estudo impedem a transcrição pormenorizada de cada uma das hipóteses prevista na lei, onde se sugere aos propensos leitores uma análise dos artigos acima citados. De qualquer sorte, convém lembrar que as hipóteses previstas no artigo 11 acompanham qualquer outro ato de improbidade. Assim, se determinado agente enriquece ilícitamente, porque se utiliza, por exemplo, de máquinas e equipamentos em proveito próprio – artigo 9º, IV –, terá, incidentalmente, violado o princípio da moralidade e perpetrado também a improbidade prevista no artigo 11 da mesma lei.

Vê-se, portanto, que o núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito, previstas no artigo 9º, é a obtenção de vantagem econômica. Seus núcleos verbais resumem-se em receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar. Atente-se para o fato de que todas essas modalidades só se caracterizam na forma dolosa.

Quanto aos atos que importam em dano ao erário estão dispostos no artigo 10, faz-se imperioso frisar a questão do dano. Reza o artigo 21 que a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não depende da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Mais uma vez, a referida lei peca por má redação, pois, *in casu*, patrimônio público e erário público são usados como sinônimos. Ainda, segundo Pazzaglini Filho e outros (1999, p. 75), para se configurarem as hipóteses do artigo 10 necessitam, obrigatoriamente, da ocorrência do dano:

A importante regra do art. 21 da Lei Federal 8.429/92, segundo a qual a aplicação das sanções que a lei em foco estabelece independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, deve ser entendida com cautela. Leia-se 'nem todas as sanções' que prescreve estão vinculadas à ocorrência de dano concreto ao erário, porque, se as espécies dos arts. 9º e 11º realmente não se subordinam ao dano concreto, pecuniariamente mensurável, as modalidades insertas no art. 10 dependem sim, para sua configuração, de efetiva lesão aos cofres públicos e não ao patrimônio público.

Merece atenção especial o fato de que a responsabilidade do agente público fundada na culpa *stricto sensu* somente é prevista na modalidade dos atos de

improbidade que causem prejuízo ao erário. Entretanto, aos agentes políticos em geral, não se aplica a responsabilização civil lastreada nos padrões comuns da culpa, para a caracterização de infração culposa nas hipóteses presentes no artigo 10 da Lei nº 8.429/92. A sua responsabilização somente poderá ser fundamentada na culpa grave.

Com relação aos membros da Magistratura e do Ministério Público, não se aplica a modalidade culposa, inclusive na modalidade de culpa grave, em decorrência de normas específicas que restringem sua responsabilização pessoal e civil somente na hipótese de dolo.

Nos atos que atentam contra os princípios administrativos, o dispositivo legal atua como regra, pois, se a conduta importar em enriquecimento ilícito ou dano ao erário será enquadrada nestas modalidades.

2.5 Ilícito civil e político-administrativo dos atos de improbidade administrativa

Uma questão de suma importância e obrigatória é a de definir ilicitudes a que se filiam os atos de improbidade administrativa.

Desde logo, cabe-se afastar a eventual incidência penal do ato de improbidade administrativa. Se, de fato, a qualificação jurídica do ato de improbidade oferece grande similaridade com o procedimento de adequação típica, do direito penal; se, realmente, a definição do elemento volitivo propende mais para a consideração do dolo e da culpa, consoante os parâmetros penais, a Constituição Federal (artigo 37, § 4º) afasta, expressa e completamente, qualquer possibilidade de conotação penal dos atos de improbidade administrativa. Quando se vale da expressão sem prejuízo da ação penal cabível, o mandamento maior anuncia, sem hesitação, que as cominações nele declaradas não são substitutivas do conjunto de sanções penais fixado na legislação para os crimes funcionais contra a Administração Pública. Concorrem com eles, sem substituí-los, nem excluí-los.

Como bem frisa o mestre Waldo Fazzio (2007, p. 83):

“Fica claro: o dispositivo remete à legislação menor, matéria não penal. Daí por que, como conclui o Des. Rui Stoco, as sanções que a Lei

8.429/92, como norma reguladora, estabelece são desprovidas de substrato criminal”.

Depois, não bastasse a enunciação do Texto Maior, a lei de improbidade estabelece sanções de caráter civil e político-administrativo, não sem antes ressaltar que são aplicáveis, sem prejuízo da ação penal cabível. Não resta dúvida de que tais condutas poderão tipificar crime previsto em outra norma, deixando patente o caráter não penal do preceito da referida lei.

Entretanto, não há regra específica que promova a assimilação penal das condutas reprovadas na Lei nº 8.429/92. Segue-se que a ação de improbidade administrativa é caracterizada como sendo uma ação de natureza cível.

Senão, veja-se a lição de Hely Lopes Meyrelles (2006, p. 219) sobre a aplicação do procedimento:

[...] a chamada ação de improbidade tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei n.º 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público, em virtude do ato de improbidade impugnado, e a punição dos responsáveis, aí incluindo o perdimento dos bens e vantagens obtidos ilícitamente e o seu afastamento da Administração Pública, tanto com a perda de cargos e funções como com a proibição de contratações futuras e a suspensão de direitos políticos.

Em contrapartida, se não se trata de ilícito penal, por igual não se configura em ilícito exclusivamente civil. O caráter civil do ilícito aqui examinado não é puro. Efetivamente, a responsabilidade cogitada pelo artigo 37, § 4º da Constituição Federal e disciplinada na Lei nº 8.429/92 não é puramente civil, dado que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão dos direitos políticos atingem as esferas administrativas e políticas. Daí porque ao consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas, torna-se viável adotar, para efeito de estudo, o epíteto responsabilidade civil e político-administrativa.

Por fim, considerando a pluriofensividade dos atos de improbidade que a conduta ilícita se dirige, fundamentalmente, contra a probidade administrativa e, depois, contra o patrimônio público econômico, interesses metaindividuais que demandam tutela processual especial e específica, é que a lei de improbidade administrativa é, sem sombra de dúvida, a mais adequada para coibir e punir a prática de tais condutas.

2.6 Sanções

Inicia-se o estudo das sanções aplicáveis aos crimes de improbidade administrativa com a lição do mestre Waldo Fazzio (2007, p. 334):

As sanções podem ser vistas como reações sociais, plasmadas nas normas, em face da inobservância de deveres relevantes para a produção e reprodução da vida em sociedade. As relações sociais se processam sob os parâmetros que a própria sociedade imprimiu em comandos que demandam acatamento e, para tanto, se utiliza da técnica sancionatória.

A prática de atos de improbidade administrativa sujeita o agente a sanções de natureza extrapenal, civil e político-administrativa. Como já foi dito, o ato de improbidade não possui natureza penal.

As sanções previstas na Carta Magna (artigo 37, § 4º) são as seguintes:

- a) suspensão dos direitos políticos;
- b) perda da função pública;
- c) indisponibilidade dos bens; e
- d) ressarcimento ao erário.

Já, o legislador ordinário ampliou o rol, e a gravidade da conduta indicando a sanção a ser aplicada, estabelecendo a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 12, a graduação das penas, conforme o ato perpetrado. Iniciando-se com os atos que importam enriquecimento ilícito: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos (oito a dez anos); e) pagamento de multa civil (até três vezes o valor do dano); f) 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 (dez anos).

Os atos de improbidade que causem dano ao erário são apenáveis com: a) ressarcimento integral do dano; b) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) perda de função pública; d) suspensão dos direitos políticos (cinco a oito anos); e) pagamento de multa civil (até duas vezes o valor do dano); f) proibição de contratar com o Poder Público (cinco anos).

Por fim, os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública têm como pena: a) ressarcimento integral do dano; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; d) pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e) proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.

Conforme a Lei nº 8.429/92, artigo 20, duas observações são importantes: 1) o ressarcimento ao patrimônio público é imprescindível (CF, art. 37, § 5º); 2) as sanções da perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2.7 Da declaração de bens

A posse e o exercício de agente público estão sempre condicionados à apresentação de declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio privado (artigo 13 da Lei nº 8.429/92). A declaração deve incluir todos os bens, móveis e imóveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abranger os bens e valores de outras pessoas (cônjuge, companheiro, filhos etc.). A atualização da declaração é obrigatória e anual, podendo ser suprida pela declaração apresentada à Receita Federal, desde que atualizada.

O dever de apresentação de declaração dos bens e valores é instrumento importante para prevenir atos de improbidade administrativa. Além de disponibilizar dados para a averiguação de eventual enriquecimento ilícito. Devendo ser instaurado processo administrativo disciplinar contra o agente público que se recusar a apresentar declaração dos bens e valores na data própria, ou que a prestar falsa, ficando sujeito à demissão.

2.8 Do procedimento administrativo e judicial

No tocante ao procedimento administrativo, qualquer cidadão pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada a

investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A rejeição, entretantes, não obstará a investigação dos fatos pelo Ministério Público.

O interessado ainda pode representar diretamente ao Ministério Público, bem como, pode este, de ofício, requisitar instauração do procedimento administrativo através de inquérito policial.

Instaurado o processo administrativo, a comissão processante dará ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, podendo estes, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Entende Flávio Sátyro (1997, p. 43) que "os processos de prestação de contas dos diferentes agentes públicos, cujo julgamento cabe ao Tribunal de Contas, valem como os procedimentos administrativos a que se reporta a Lei nº 8.429/92".

Com relação ao procedimento judicial previsto na lei em comento, pode-se resumi-lo nos seguintes pontos: medida cautelar de seqüestro dos bens do responsável por lesão ao erário ou enriquecimento ilícito; medida cautelar de bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior, no caso de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário; a ação principal terá o rito ordinário; a pessoa jurídica interessada pode propor a ação ou figurar como litisconsorte do Ministério Público; são vedados o acordo, a transação e a composição; o MP pode propor ação ou funcionar no processo como fiscal da lei; a Fazenda Pública promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público; a sentença de procedência da ação determinará o pagamento à pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, do valor dos danos; a sentença de procedência da ação determinará a reversão dos bens à pessoa jurídica prejudicada, no caso de enriquecimento ilícito.

No tocante a ação civil pública, como remédio constitucional que é, considera-se um instrumento idôneo para o Ministério Público combater ferozmente a improbidade administrativa, segundo Flávio Sátyro (1997, p. 51):

Ao co-legitimar o Ministério Público para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos, minimizando 'os obstáculos técnicos e econômicos que inibem a participação popular na formação do processo', suprir a inacessibilidade ao Poder Judiciário e impedir que se reduza 'a ordem jurídica afirmada a uma ordem não efetivamente garantida.

Tendo em vista, que o ressarcimento do erário é medida inserta na ação civil prevista na Lei nº 8.429/92 e podendo o Ministério Público manejar a ação civil pública para a proteção de interesses difusos (em que se incluem a proteção do patrimônio público e da probidade administrativa), é de todo óbvio que tem aptidão para acionar o Judiciário, nessa direção, tanto em pedido conjunto com outras sanções, como isoladamente.

Portanto, a peculiaridade da ação civil pública reside, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.

CAPÍTULO 3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A SUA INADEQUAÇÃO PARA OS AGENTES POLÍTICOS SEGUNDO O STF

A Lei nº 8.429/92 foi criada em virtude de amplo apelo popular contra certas vicissitudes que assolavam ou assolam o serviço público, tendo em vista a ineficácia do diploma então vigente (Decreto-Lei Federal nº 3.240/41), destacando-se por sua função teleológica e por possibilitar, na seara cível, a punição de agentes públicos ímprobos.

Decorreu, pois, aquele diploma legal, da necessidade de acabar com os atos atentatórios à moralidade administrativa e causadores de prejuízo ao erário público ou ensejadores de enriquecimento ilícito, infelizmente tão comuns no Brasil, como é de conhecimento popular.

Com o advento da aludida legislação, os agentes públicos passaram a ser responsabilizados na esfera civil pelos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º, 10 e 11 daquele diploma, ficando sujeitos, conforme se analisará mais adiante, às penas do artigo 12 daquela lei.

Anote-se, por oportuno, que a existência de esferas distintas de responsabilidade (civil, penal e administrativa) impede falar-se em *bis in idem*, já que, ontologicamente, não se trata de punições idênticas, embora baseadas no mesmo fato, mas de responsabilização em esferas distintas do Direito.

Acontece que, em contramão ao amplo entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias, o Egrégio Supremo Tribunal Federal (Rcl. nº 2.138-6/190-DF), no dia 13 de junho do corrente ano, proferiu decisão no sentido de que os agentes políticos não estão sujeitos ao regime previsto nessa norma, em virtude da natureza especial do cargo por eles ocupados.

3.1 Conceituação e diferenças de institutos

A Lei nº 8.429/92 mostrou-se bastante pertinente no combate à improbidade, já que possibilitou a punição dos agentes públicos na esfera cível, atendendo à sua

dupla finalidade preventivo-repressiva e consagrando a proteção, em especial, aos princípios da moralidade e da probidade.

Por já ter sido tratado o conceito do ato de improbidade no capítulo anterior, será retomada a definição de improbidade administrativa, para que seja melhor entendida mudança na Lei nº 8.429/92, através de uma decisão proferida pelo STF.

Os atos de improbidade administrativa, conforme previsão dos artigos 9º, 10 e 11, daquela supracitada lei, engloba as condutas que venham solapar os princípios da Administração Pública, que causem prejuízo ao erário, ou que ocasionem enriquecimento ilícito.

Corroborando a definição acima referida, põe-se ao lume o sempre pertinente magistério de Alexandre de Moraes (2004, p. 320):

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.

Prescinde-se, pois, para responsabilização dos agentes públicos sob o regime da Lei nº 8.429/92, de investigação acerca da moralidade do ato, bastando que se trate de conduta que venha a ferir a probidade administrativa, ainda que aparentemente não se lhe possa atribuir à pecha de violadora do princípio da moralidade.

Não se quer dizer, com isso, que a referida lei tenha deixado ao segundo plano a proteção ao princípio da moralidade, muito pelo contrário, tal diploma legal foi um avanço legislativo na condução do tema, resguardando a observância à probidade, de alcance mais amplo, como dito, de forma que a moralidade administrativa também resta devidamente protegida, ainda que de forma indireta.

No que pertine aos diferentes institutos de persecução do ato ilícito de improbidade administrativa, far-se-á um breve comentário a respeito da jurisdição civil, política, administrativa e criminal, vez que, será tratado mais detalhadamente adiante.

Observando-se a tese do STF, no julgamento da Reclamação nº 2.138, percebe-se que a Suprema Corte não realizou a devida distinção entre as diferentes instâncias de responsabilização por cometimentos de atos de improbidade administrativa.

Com efeito, inexistindo dependência entre as diferentes esferas de responsabilidade (administrativa, civil e penal) não se pode afirmar, que o regime previsto no Decreto-Lei nº 201/67 impeça a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de *bis in idem*.

De fato, embora se pretenda punir o mesmo fato, trata-se de punições em esferas distintas do direito. A condenação do réu ímprobo no processo penal, por exemplo, não lhe assegura o direito de não responder, pelo mesmo fato, nas esferas civil e administrativa.

O posicionamento do STF, data vênia, acarreta a institucionalização da impunibilidade de agentes políticos ímprobos, ao menos na esfera civil, representando um retrocesso em matéria de fiscalização das contas públicas e de zelo aos princípios da moralidade, da probidade e da legalidade.

Nada impede que, o agente político seja duplamente punido, civil e penalmente, já que se trata, como esclarecido, de esferas de competência distintas.

Nesse diapasão, leciona Alexandre de Moraes (2004, p. 322):

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula sem prejuízo da ação penal cabível. Portanto, o agente público que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público responderá, nos termos do art. 9º da Lei nº 8429/92, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial.

Dessa forma, não procede, a alegação, de que a prerrogativa de foro dos agentes políticos se sobrepõe à lei de improbidade, porque garantida constitucionalmente, vez que, as instâncias de aplicabilidade são distintas e independentes, podendo ser aplicada sem prejuízo uma da outra.

Saliente-se, ainda, que a imunidade aos efeitos da Lei nº 8.429/92, conseqüência da malsinada decisão do STF, deferida aos agentes políticos, além de produzir nefastos efeitos políticos, incorre em flagrante ferimento à Constituição Federal de 1988, que garante a proteção aos Princípios da Moralidade, da Legalidade e da Probidade.

Ademais, trata-se de decisão que vem solapar o Princípio da Isonomia Simétrica, já que inexistente fundamento constitucional, para concessão da dita imunidade, tratando-se de forma diferenciada os servidores públicos que continuam

a responder por atos de improbidade às previsões da Lei nº 8.429/92 e limitando-se indevidamente o campo de aplicação de norma legal que procurou diminuir as mazelas sociais do país, em grande parte, devidas ao desrespeito à probidade administrativa.

3.2 Jurisdição civil da Lei nº 8.429/92 e jurisdição política da Lei nº 1.079/50

Para uma correta avaliação sobre a aplicabilidade ou não da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, faz-se necessário analisar a abrangência da jurisdição observando-se a lei de improbidade e a jurisdição no tocante aos crimes de responsabilidade dispostos na Lei nº 1.079/50.

A Lei que rege os crimes de responsabilidade possui uma característica que marcou profundamente a sua história. Esse traço reside no seu processo de conhecimento e julgamento dos chamados “crimes de responsabilidade”, cujo juízo é exclusivamente político (jurisdição política). A marca histórica corresponde à sua ineficácia quase absoluta, porquanto em mais de meio século de existência, essa lei foi empregada apenas uma vez, conforme relata Fábio Konder Comparato (2000, p. 111), no famoso caso Collor, que resultou no *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello, cujos direitos políticos foram suspensos por oito anos. Aliás, foi nessa oportunidade que afirma Amaury de Souza (2000, p. 127): “O Congresso brasileiro acionou pela primeira vez em mais de 100 anos de regime presidencial o que James Madison chamou de a máquina decisiva do impeachment.”

Em substituição ao profissionalismo de instituições que integram a Justiça, como é o caso do Ministério Público, ou então, da própria pessoa jurídica interessada, tem-se um processo iniciado, via de regra, exclusivamente pelo cidadão comum que, para tanto, há de assumir a pesada incumbência de denunciar os integrantes dos mais elevados cargos da República, expondo-se a represálias, sem a proteção das garantias constitucionais conferidas aos promotores de Justiça e procuradores da República (vitaliciedade no cargo, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios), garantias que, somadas à independência funcional, conferem a esses agentes do povo a segurança necessária para o desempenho do grave encargo acusatório.

Sem rechaçar a importância do direito do cidadão de agir em nome da *polis*, questionando as autoridades públicas – o que se constitui na própria essência da cidadania –, essa exclusividade não se tem demonstrado eficaz. Segundo os artigos 14, 41 e 75 da Lei nº 1.079/50, compete privativamente ao cidadão denunciar por crime de responsabilidade, o Presidente da República e os Ministros de Estado, nos crimes conexos aos do presidente, os Governadores e Secretários Estaduais, nos crimes conexos com os daqueles, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República. Somente em alguns casos admite-se a iniciativa conjunta do Ministério Público, jamais, no entanto, em relação às mencionadas autoridades.

Somando-se a falta de qualquer garantia ao cidadão denunciante, o que historicamente tem inibido a iniciativa popular, o processo da Lei nº 1.079/50 possui intrincado rito, que se inicia na Câmara dos Deputados (em alguns casos no Senado), numa fase preliminar de admissibilidade da acusação (tribunal de pronúncia), e termina no Senado Federal (tribunal de julgamento), onde se fará o juízo de mérito da imputação, apreciação essa marcada pela lógica política e partidária – trata-se de jurisdição política –, no lugar de um julgamento cercado das garantias do devido processo legal, baseado no Direito, na Justiça e aplicado pelo Poder Judiciário. Este chamado de jurisdição civil.

De encontro ao processo jurisdicional político supracitado vai a Lei nº 8.429/92 que assegura a total garantia do devido processo legal contra o agente ímprobo, que através da Ação Civil Pública, dá legitimidade ao órgão do Ministério Público e à pessoa jurídica lesada, de perseguir judicialmente o infrator e contra ele intentar a referida ação, para que seja proporcionado um mínimo de ressarcimento ao erário e condenando o infrator nas penas previstas no artigo 12, incisos I, II e III da lei supracitada, ocasionando, o julgamento, efeitos não só civis, mas também, políticos, uma vez que, podem ser declarados suspensos os direitos políticos do agente declarado ímprobo, dependendo da gravidade do ato.

Observa-se na lição de Waldo Fazzio (2007, p. 84) que:

O caráter civil do ilícito aqui examinado não é puro. Efetivamente, a responsabilidade cogitada pelo art. 37, § 4º, da Carta Magna e disciplinada na Lei nº 8.429/92 não é puramente civil, dado que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão dos direitos políticos atingem as esferas administrativas e política. Daí por que ao consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas, torna-se viável

adotar, para efeito de estudo, o epíteto *responsabilidade civil e político-administrativa*. (grifos do autor)

Concluindo, percebe-se que a diversidade da ilicitude do ato de improbidade impulsiona a abrangência das diversas áreas de jurisdição, que podem ter atuação concomitante, devido ao caráter político-civil-administrativo do ato ímprobo, que assim se apresenta, por este ser lesivo ao patrimônio público econômico e aos interesses metaindividuais.

3.3 Natureza não-criminal dos atos de improbidade administrativa

Enquanto algumas das condutas consideradas como atos de improbidade administrativa tenham correspondência com tipos penais, como crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (artigos 312 a 326 do CP), de responsabilidade dos prefeitos (artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67) etc., os atos de improbidade administrativa não são considerados ilícitos criminais, muito menos se situam em um “meio termo” entre o ilícito penal e o civil, tendo inquestionável natureza civil, como se verá a seguir.

Para a tipificação dos atos de improbidade administrativa o legislador se valeu da técnica do conceito jurídico indeterminado, o que é perfeitamente possível, levando-se em conta que a prática de muitos atos de improbidade administrativa configura violação de princípios, e estes, como se sabe, ostentam um conceito jurídico indeterminado, o que os diferencia das regras jurídicas. Aliás, é importante observar que, as regras da Lei nº 8.429/92 que tipificam os atos considerados de improbidade se traduzem em proibições com finalidade autônoma, que em muitos casos vedam ações do agente público não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o atingimento de um determinado objetivo do Estado Democrático de Direito.

São oportunas as lições de Luiz Luisi (1991, p. 18), que ao comentar o princípio da legalidade, com acerto ensina que:

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando

ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastes de entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

A própria Constituição Federal, no artigo 37, § 4º, deixa claro que as punições pelos atos de improbidade administrativa serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

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

Da mesma maneira a lei de improbidade administrativa, em seu artigo 12, ressalva a aplicação de sanções penais para os agentes que vierem a praticar atos de improbidade administrativa.

Assim foi a conclusão a que chegaram Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues (2001, p. 177), que após tecerem considerações acerca da atecnia de alguns termos penais utilizados pelo legislador, como “Das Penas” (Capítulo III), “Das Disposições Penais” (Capítulo VI), asseveram:

Toda essa crítica poderia levar à conclusão – não tão descabida assim – de que a lei, em sua grande parte, seria manifestamente inoperante. Todavia, graças à clareza do texto constitucional e sua supremacia em relação à lei específica, restou bem nítida a posição da Carta Magna ao isolar as sanções tão comentadas daquelas que seriam objeto de uma ação penal típica. Assim sendo, dúvida não pode haver de que se trata, todas elas, de sanções não-penais, e que devem ser julgadas e apreciadas pelo juízo civil.

Se a própria Carta Magna, como visto, distingue e separa nitidamente a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções nela previstas da ação penal cabível, é inexorável concluir que aquela demanda não ostenta natureza penal.

Portanto, malgrado uma distinção ontológica entre ilícito penal e ilícito civil seja na visão de muitos, impraticável, ao menos em face do direito positivo, é aceitável um critério distintivo relativo ou contingente, não fixável *a priori*, da suficiência ou insuficiência das sanções não-penais. Assim, somente quando a

sanção civil não se afigura como suficiente para a reintegração da ordem jurídica é que se lança mão da enérgica sanção penal, não obedecendo ao legislador à outra orientação.

Nesse diapasão, sendo conveniente a sanção civil para um ato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, não há motivo para a utilização da reação penal, eis que estas representam o último recurso para “conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do estado”.

A Lei nº 8.429/92 no seu artigo 8º afasta a natureza penal dos atos de improbidade administrativa. Com efeito, sendo possível que algumas das sanções por atos de improbidade administrativa alcancem os herdeiros, é inexorável concluir mais uma vez pela natureza não-penal de tais atos, do contrário, estar-se-ia violando o princípio da intranscendência previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, pelo qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Não só os argumentos de ordem jurídica, mas também podem ser invocados outros de natureza política para obstar o equivocado entendimento de que os atos de improbidade administrativa configuram ilícitos penais.

Prosperando-se o entendimento de que os atos de improbidade administrativa são de natureza penal ter-se-ão inúmeras conseqüências comprometedoras da efetividade do processo e, conseqüentemente, para a tutela da probidade administrativa.

Como a que trata da imunidade formal (relativa) dos parlamentares (senadores, deputados federais e estaduais) prevista no artigo 53, § 3º, da Constituição Federal, que possibilita a sustação do processo por provocação de partido político com representação na respectiva Casa. Os estudiosos da matéria bem sabem que referida regra acaba sendo uma absurda forma de se esquivar do processo crime, sendo uma verdadeira blindagem para a prática de atos ilegais, notadamente quando a suspensão em questão é possível para qualquer tipo de crime cometido, até mesmo aqueles que não guardam relação com o desempenho do mandato, bastando que o parlamentar o tenha cometido durante o exercício do seu cargo.

Esse despautério, felizmente, não encontra previsão em sede processual civil, bastando observar a Constituição Federal, que só se refere a crime, bem como o Código de Processo Civil, que trata da suspensão do processo no artigo 265,

prevendo situações plausíveis para sustar a marcha processual, diferentemente do que ocorre em sede criminal.

Em considerando os atos de improbidade administrativa como de natureza penal, conseqüentemente a ação será penal, sendo impossível valer-se dos princípios do processo coletivo previstos na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, o que comprometerá sobremaneira a efetividade do processo para apuração de atos de improbidade administrativa.

Por tudo o que foi exposto, não resta dúvidas de que as condutas consideradas como atos de improbidade administrativa não ostentam natureza penal.

3.4 Natureza difusa dos atos de improbidade

Sabe-se que é pela atividade administrativa que o Estado consegue atender às necessidades essenciais da coletividade, visando promover o bem-estar geral. Por outro lado, o desenvolvimento dessa atividade administrativa só é possível com a observância dos princípios que regem a administração pública, daí porque foram eles expressamente consagrados pela Constituição Federal (artigo 37, caput), que também previu, para a máxima efetividade do atendimento do interesse público, severas sanções para os atos de improbidade administrativa (artigo 37, § 4º). Portanto, não por outro motivo que a Lei nº 8.429/92 exige dos agentes públicos o estrito cumprimento das normas legais e regulamentares na prática dos atos administrativos, sancionando-os em caso de descumprimento.

Com isso, é inegável o interesse público existente na tutela da probidade administrativa, pois, por meio de sua defesa, torna-se possível permitir ao Estado realizar o dever de prestar aos cidadãos os direitos sociais de forma concreta e efetiva, e, conseqüentemente, proporcionando a todos os membros da coletividade uma melhora na qualidade de vida, que é, sem dúvida alguma, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme se depreende da análise dos artigos 1º e 2º da Constituição Federal.

Observe-se, porém, que o interesse público tutelado pela lei de improbidade administrativa é o denominado “interesse público primário”, ou seja, aquele

pertencente a toda coletividade, ao povo, que configura obrigação do Estado, não se confundindo, portanto, com aquele conhecido como “interesse público secundário”, que se refere ao interesse privado do Estado, como pessoa jurídica de direito público, e que só podem ser exercidos quando não colidirem com os primeiros.

Aliás, importante observar que, essa obrigação do Estado de atuar positivamente na prestação dos direitos sociais é, como destaca Marcelo Abelha Rodrigues (2004, pp. 55-56), uma superação da postura omissiva, não intervencionista, do Estado Liberal, que se desenvolveu e se transformou, na atualidade, em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, como destaca o autor:

Em conclusão ao que foi exposto, podemos dizer que com a transformação do Estado de liberal para social, o interesse público deixou de ser aquilo que não era individual para ser aquilo que é do povo. Essa mudança de postura estatal (de omissiva a comissiva) fez com que diversos direitos relativos à entrega de qualidade de vida passassem a ser exigidos pela sociedade, impondo-se um dever ao Estado de prestá-los. Nesse ponto, o papel do Estado passou a ser o de efetivar os interesses públicos primários (cujo titular é o povo), separando-os daqueles que correspondem ao seu interesse privado (secundário) e que só podem ser perseguidos quando não confrontem com o interesse primário. O conteúdo desses interesses primários, numa sociedade pluralista como a nossa, só se define no caso concreto, pela proteção destas ou daquela situação pelo ente político competente no exercício de sua função. O fim almejado na adoção desta ou daquela posição do Estado deve ter por norte as regras e princípios constitucionais abstratamente considerados. Os direitos difusos seriam, portanto, esses interesses protegidos pelo Estado em cada caso concreto.

Os atos de improbidade administrativa atingem interesse difuso da coletividade, eis que revelam condutas que, no plano concreto, atingem interesse do povo, na medida em que compromete seriamente o bom funcionamento da administração pública e, conseqüentemente, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para a boa qualidade de vida da população. Com efeito, ninguém duvida que a conduta ímproba, especialmente aquelas que revelam atos de corrupção e de dilapidação do erário, acaba comprometendo seriamente várias prestações sociais assumidas pelo Estado para o bem-estar social, como o direito à saúde, à educação, à moradia, à segurança pública, ao lazer, ao meio ambiente equilibrado etc., inclusive com grande comprometimento para economia nacional

Dessa maneira, é inegável a necessidade de um combate efetivo aos atos de improbidade administrativa, pois, como destacado, recursos que poderiam ser

direcionados às áreas acima descritas, acabam sendo desviados, numa verdadeira inversão de valores, desrespeitando princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o particular e o da razoabilidade.

Logo, é fácil perceber que a tutela da probidade administrativa configura interesse de cada um e de todos ao mesmo tempo, sendo exatamente por isso inquestionável que possuem também uma “veia pública”. Daí porque é inexorável concluir que tais interesses podem perfeitamente ser compreendidos entre aqueles considerados de natureza difusa, conforme, inclusive, já reconhecido pela jurisprudência.

3.5 Desconsideração do ato de improbidade como crime de responsabilidade

Por tudo que já foi exposto, e em contrapartida à tese do STF utilizada para conhecimento da Reclamação nº 2.138-6, não há como considerar o ato de improbidade cometido por agente político como crime de responsabilidade. Realmente, sem embargo das posições em sentido contrário, o aludido posicionamento é equivocado, pois, na verdade, acaba desconsiderando o comando existente no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, na medida em que elimina a possibilidade de incidência da lei de improbidade administrativa em relação aos agentes que respondem pela prática dos atos considerados crimes de responsabilidade, submetidos, portanto, a um julgamento político, que poderá ter como consequência o *impeachment* do agente, com possibilidade apenas das sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública, ambas aplicadas cumulativamente, conforme não deixa dúvida o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

Ademais, a tese logo mais tratada também tenta conferir o direito de foro por prerrogativa de função para referidos agentes, numa patente afronta à Constituição Federal e, conseqüentemente, ao princípio do juiz natural, especialmente em relação ao aspecto do plano da fonte, ou seja, da necessidade de se respeitar o princípio da reserva legal em termos de atribuição de jurisdição.

Portanto, a decisão da Suprema Corte na Reclamação supracitada colocou em cheque a eficácia de um dos mais importantes instrumentos legais de combate à corrupção pública em todas as suas esferas, qual seja, a Lei nº 8.429/92.

Contudo, não se pode aceitar o mencionado posicionamento que se concretizou com a decisão do dia 13 de junho do corrente ano, ao menos doutrinariamente, vez que, contra ela podem ser apresentadas algumas objeções, conforme se verá adiante.

3.5.1 Distinção entre crime de improbidade e de responsabilidade

Decerto, pode-se afirmar que a tese do STF desconsidera a distinção ontológica existente entre crimes de responsabilidade e atos de improbidade administrativa. Com efeito, os atos de improbidade administrativa não se confundem com os impropriamente denominados crimes de responsabilidade, uma vez que os primeiros configuram ilícitos de natureza civil (extrapenal) – muito embora tenha conseqüências na esfera administrativa –, enquanto os segundos são infrações político-administrativas.

Daí porque os primeiros – os atos de improbidade administrativa - estão sujeitos a um processo e julgamento realizado exclusivamente pelo Poder Judiciário, isto é, na esfera jurisdicional, valendo-se de um rito próprio sem qualquer aspecto político, enquanto que os segundos – os crimes de responsabilidade -, conforme destacado, estão sujeitos em relação a alguns agentes a processo e julgamento pelo Legislativo (Senado Federal, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais), tendo, assim, forte carga política em sua condução.

Em vista das sanções possíveis de serem aplicadas, tem-se mais um reforço para a distinção feita. Realmente, não há previsão na Lei nº 1.079/50 de outros tipos de penalidades a não ser a perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública, diferentemente do que ocorre em relação aos atos de improbidade administrativa, que, de conformidade com o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, prevê para o agente ímprobo as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sendo, ainda, complementado pelo artigo 12 da Lei nº

8.429/92, que regula a aplicação das sanções, do que se denota haver uma clara distinção entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa.

Percebe-se, portanto, que os denominados crimes de responsabilidade não se confundem com os crimes comuns e com outros ilícitos de natureza extrapenal, como os atos de improbidade administrativa, sendo, assim, possível a tramitação de processos simultâneos pelo mesmo fato que importe em responsabilidade civil, por crime de responsabilidade e por crime comum, não ocorrendo uma dupla punição.

3.6 Meios de persecução dos ilícitos

Não há na Lei nº 8.429/92 nenhuma norma afirmando, expressamente que a ação civil de improbidade é uma ação civil pública. Apenas impõe que seja proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Consoante Hugo Nigro Mazzili (2001, p. 32):

A expressão ação civil pública, no início, significava apenas ação não penal proposta pelo Ministério Público, mas com a ampliação da titularidade ativa e o direcionamento aos interesses difusos e coletivos, na Lei nº 7.347/85, a expressão ganhou um enfoque subjetivo-objetivo.

No entanto, é cada vez mais abrangente o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar as disposições específicas da lei de improbidade, a Lei nº 7.347/85. E, sob esse prisma, o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa, com ampla aceitação pela jurisprudência dominante.

Concebe-se dessa forma, analisando-se o artigo 129, inciso III, da Carta Magna, que ampliou os objetivos da ação civil pública, com relação à redação original da Lei nº 7.347/85, que apenas a permitia em situação de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O preceito constitucional fala em ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Conseqüentemente, o artigo 1º da referida lei recebeu mais um

inciso, para abranger as ações de responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Aplica-se, portanto, essa lei quando não contrariar os dispositivos expressos da lei de improbidade. Entende-se, no entanto, que essa visão do STF é distorcida, quando exclui os agentes políticos do cenário de agente público, para que sejam julgados de acordo com a lei de responsabilidade, com todas as benesses desmerecidas.

Waldo Fazzio (2007, p. 296) que:

Se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, especificamente do patrimônio público; se, também, tem legitimação concorrente à ação cabível no âmbito da improbidade administrativa (art. 17 da LIA); se a Lei nº 8.429/92 não especifica a natureza da ação que regula, limitando-se a definir-lhe o rito (ordinário), inexistente razão, de matriz jurídica, a desaconselhar a entendimento que eleva a ação civil de improbidade administrativa ao nível de ação civil pública.

Portanto, a ação civil pública é o meio mais adequado, o remédio processual absolutamente necessário para assegurar a inviolabilidade administrativa, no rumo ditado pelos princípios definidos no artigo 37, *caput*, bem como, no artigo 129, III, ambos da Constituição Federal.

Também estão previstas na lei de improbidade algumas medidas de natureza cautelar, como por exemplo: a indisponibilidade dos bens, aplicável quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito devendo incidir sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito; o seqüestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade, processando-se de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do CPC. Investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais; afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Na ótica da decisão do STF, do dia 13 de junho do corrente ano, nem o Ministério Público, nem a pessoa jurídica lesada, nem tampouco a ação adequada será ação civil pública para julgar os agentes políticos por atos de improbidade, e sim, a ação terá de ser iniciada por um cidadão comum, do povo, através de denúncia, para que o tribunal ou a casa legislativa do infrator julgue o suposto crime contra a Administração Pública, julgamento este, eminentemente político. E, os

cidadãos comuns, que mal têm acesso aos juízes *a quo*, terão acesso aos tribunais ou casas *ad quem*?

Conclui-se, pois, a partir do agregado normativo e doutrinário colacionado, pela plena aplicabilidade da Lei nº 7.347/85 para a persecução dos autores de atos de improbidade administrativa praticados por agentes públicos ou políticos.

3.7 Legitimados

Já se ressaltaram diversas vezes, em momentos anteriores do presente estudo, que os sujeitos do pólo ativo da ação de improbidade são o Ministério Público e a pessoa jurídica diretamente interessada, como legitimados à propositura da ação nos termos da Lei nº 8.429/92. No entanto, o objetivo central deste trabalho é analisar o pólo passivo da ação de improbidade, ou melhor, a exclusão dos agentes políticos desse pólo, por decisão do STF, o qual virará precedente jurisprudencial. Como se verá a seguir.

Antes de adentrar no mérito do estudo, veja-se o que Di Pietro (2007, p. 755) discorre a respeito dos sujeitos ativos dos crimes de improbidade administrativa:

[...] não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa. Qualquer pessoa que presta serviço ao Estado é agente público, tal como definimos no item 13.2, incluindo as três modalidades ali referidas: (a) os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); e (c) os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Com relação aos agentes políticos que podem ser responsabilizados pelos crimes de responsabilidade, torna-se necessário uma análise da Constituição Federal e da Lei nº 1.079/50. Sendo assim, iniciar-se-á pela Constituição que, em rol taxativo, prevê os seguintes agentes como sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade, e legitimados passivos da respectiva ação:

- 1) O Presidente e o Vice-Presidente da República (artigos 52, *inciso I* - primeira parte - e 85 da CF). Interessante notar que o artigo por último

citado tipifica algumas condutas consideradas crimes de responsabilidade, dentre as quais o ato do Presidente da República que atente contra a probidade administrativa (artigo 85, *inciso V*, CF);

- 2) Os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (artigos 52, *inciso I - segunda parte - e 102, inciso I, "c"*, da CF);
- 3) Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (artigo 52, *inciso II*, da CF);
- 4) Os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (artigo 102, *inciso I, "c"*, segunda parte, da CF);
- 5) Os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Constas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Constas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (artigo 105, *inciso I, "a"*, da CF);
- 6) Os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral e os membros do Ministério Público da União (artigo 108, *inciso I, "a"*, da CF).

Questão curiosa, e que certamente traz em seu bojo grandes conseqüências, é que a Lei nº 1.079/50 não prevê como sujeito ativo da referida infração todos os agentes relacionados na Constituição Federal. Com efeito, analisando a citada lei infraconstitucional, podem ser relacionados os seguintes agentes:

- 1) Presidente da República (art. 4º);
- 2) Ministros de Estado (art. 13);
- 3) Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39);
- 4) Presidentes de Tribunais Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes, no que diz respeito aos aspectos orçamentários (art. 39-A, parágrafo único);

- 5) Procurador-Geral da República (art. 40);
- 6) Advogado Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, inc. II);
- 7) Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, inc. II, do art. 40-A, da Lei nº 1.079/1950);
- 8) Governadores e Secretários de Estado (art. 74 da Lei nº 1.079/19). Curioso notar que não há previsão na Constituição Federal de que os Governadores e Secretários dos Estados venham a responder por crimes de responsabilidade. Porém, considerando que o STF considera que a Lei nº 1.079/1950 foi recepcionada pela Constituição Federal, é praticamente pacífico a incidência da referida lei quando vier os mesmos praticar algumas das condutas típicas.

Entretanto, fazendo-se uma comparação entre as regras da Constituição Federal e as da Lei nº 1.079/50, nota-se que existem casos em que embora a Constituição Federal não faça qualquer menção de que determinado agente responde por crime de responsabilidade, prevê, todavia, essa possibilidade na Lei nº 1.079/50, como ocorre, conforme visto acima, com os governadores e secretários dos Estados. Apesar de existir reservas em relação ao foro por prerrogativa de função, entende-se até plausível esse entendimento, diante dos princípios da simetria e do pacto federativo, dos quais se extrai a possibilidade de que a matéria venha a ser disciplinada nas respectivas constituições estaduais.

No entanto, questão delicada se dará quando a Constituição Federal trouxer a possibilidade de o agente ser processado pelos crimes de responsabilidade, porém, não encontrar previsão na Lei nº 1.079/50, que traz a tipificação dos citados ilícitos político-administrativos. É o que ocorre, por exemplo, com os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Com efeito, em relação a esses agentes, a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao inciso II do art. 52 da CF, prevendo expressamente a possibilidade deles

responderem pelos crimes de responsabilidade. Porém, ao contrário do que ocorre com os membros do Supremo Tribunal Federal e com o Procurador-Geral da República, não há atualmente previsão na Lei nº 1.079/50 de crimes de responsabilidade praticados pelos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Com isso, embora haja previsão constitucional, de lege lata, é impossível responsabilizar os aludidos agentes pelos crimes de responsabilidade, por falta de previsão na lei, já que a Constituição Federal se limita a dizer que eles serão julgados pelos referidos crimes perante o STF, contudo, sem especificar as condutas que caracterizariam crimes de responsabilidade. O mesmo raciocínio deverá ser aplicado a outros agentes que estejam em semelhante situação.

Importante observar que não há na Constituição Federal ou na Lei 1.079/50 previsão de que os parlamentares (senadores e deputados federais e estaduais e vereadores) possam praticar crime de responsabilidade. Sendo assim, também não estão tais agentes sujeitos ao processo de *impeachment*, isto é, às sanções da lei supracitada.

Por conseguinte, em relação aos prefeitos municipais, não há naquela lei – como também na Constituição Federal – previsão de que venham a responder por crimes de responsabilidade, o que é explicável do ponto de vista da legislação infraconstitucional, já que para esses agentes os citados atos estão previstos no Decreto-lei nº 201/67, mais precisamente em seu artigo 4º, sob a denominação de “infrações político-administrativas”, cujo processo e julgamento, como se sabe, caberá à respectiva Câmara Municipal.

Nem se iluda que os denominados crimes de responsabilidade praticados por prefeitos municipais são aqueles previstos no artigo 1º do Decreto-lei 201/67, pois, na verdade, o que se tem no aludido artigo são crimes comuns, com previsão de sanção de pena privativa de liberdade, inclusive sujeito a julgamento pelo respectivo Tribunal de Justiça do Estado, sendo reconhecida pela jurisprudência e parte da doutrina a impropriedade contida no referido artigo, já que, como destacado, os verdadeiros crimes de responsabilidade são os previstos no artigo 4º do mesmo diploma legal.

3.8 Competência para julgamento

Em relação à competência para o processo e julgamento dos denominados crimes de responsabilidade, caberá ao Legislativo ou ao Judiciário, tudo a depender do sujeito ativo. Com efeito, em sendo os agentes os chefes dos executivos federal, estaduais e municipais, encontra-se uma exceção ao monopólio do Poder Judiciário, vez que o julgamento caberá ao Poder Legislativo.

Assim, sendo o agente o Presidente ou o Vice-Presidente da República o julgamento dos crimes de responsabilidade caberá o Senado (artigo 52, *inciso* I, da CF), após a admissão da instauração do processo pela Câmara dos Deputados (artigo 51, *inciso* I, da CF). Note que também ao Senado caberá o julgamento em relação aos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com os do Presidente e o Vice-Presidente da República (artigo 52, *inciso* I, segunda parte, da CF), bem como o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (artigo 52, *inciso* II, da CF).

Por sua vez, o julgamento dos Governadores dos Estados caberá às respectivas Assembléias Legislativas, enquanto os prefeitos municipais serão julgados pelas Câmaras Municipais.

Nas demais hipóteses, o julgamento estará afeto ao Poder Judiciário (STF, STJ, TRF e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal), tudo a depender do agente político.

Como a Lei nº 8.429/92 silencia a competência para o processamento da ação civil de improbidade administrativa, vale-se dos subsídios do artigo 2º da Lei nº 7.347/85. Com respaldo neste, a ação deve ser aforada no local do evento danoso ou da prática do ato de improbidade.

O aludido dispositivo reza que o juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa, razão pela qual, a competência territorial se reveste de natureza absoluta.

Por isso, o juiz competente para apreciar a demanda é o da vara cível, nada obstando seja o da vara da Fazenda Pública, se assim o determinar a respectiva norma de organização judiciária.

Até o julgamento da Reclamação nº 2.138-6 o foro por prerrogativa de função era inexistente para os agentes políticos na ação civil de improbidade administrativa. A prerrogativa presente em matéria penal, não se estendia às ações em questão. Após a decisão do STF, na referida reclamação, os agentes políticos passaram também a gozar dos benefícios do foro por prerrogativa de função nos crimes de improbidade administrativa, ou melhor, na ótica daquela Suprema Corte os agentes políticos estão sujeitos às normas da lei de responsabilidade e às da lei de improbidade.

Em contrapartida, a doutrina majoritária e a jurisprudência de primeira instância acredita, acertadamente, que a competência originária para o julgamento daquelas autoridades, permanece no 1º grau de jurisdição.

3.9 Diferenças entre as sanções

Já tendo sido tratado no subtítulo 2.3 do capítulo 2, o tema das sanções impostas aos crimes de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, cabendo-se fazer uma distinção entre as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aos agentes políticos de acordo com a Lei nº 1.079/50.

Não há coincidência entre as condutas e as sanções prescritas por esses diplomas, do que se conclui que, diversamente da construção jurisprudencial que vem-se definindo, essas duas modalidades de responsabilidade se completam, não se excluindo.

No caso da Lei nº 1.079/50, como a iniciativa é do cidadão e o processo é político, o julgamento do mérito incumbe ao Senado, e há tão-somente sete modalidades de condutas caracterizadas como crimes de responsabilidade contra a probidade na administração, sujeitando-se os seus autores somente às sanções de perda do cargo e inabilitação, por tempo certo, para o exercício de função pública.

Diferentemente, a Lei nº 8.429/92 prevê a iniciativa da pessoa jurídica interessada e do Ministério Público, por meio de processo cujo julgamento compete ao Poder Judiciário, sendo definidas como atos de improbidade administrativa três modalidades de ilícitos: os resultantes em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública, e

subdividem-se num total de trinta e duas condutas especificadas nos incisos da Lei. As sanções: perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, multa civil, proibição temporária de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Afora a coincidência dessas últimas sanções, aplicáveis também nas hipóteses do cometimento de crime de responsabilidade, não há como se equiparar uma e outra categoria de responsabilidade, regulando a Lei nº 1.079/50, de um lado, e a Lei nº 8.429/92, de outro, espécies diferentes, sujeitas, cada uma delas, ao seu específico regime jurídico constitucional (artigo 85, V e 37, § 4º) e infraconstitucional, em consonância com o que dispõem esses respectivos diplomas.

Veja-se a lição do mestre Waldo Fazzio (2007, p. 335):

Como a responsabilidade do agente público, por atos praticados em razão do exercício do cargo, função, mandato ou emprego, não é meramente civil, mas civil e político-administrativa (ilícito civil de responsabilidade), as sanções correspondentes também são *híbridas*, envolvendo, por exemplo, o dever civil de reparar o dano causado pelo ato ilícito e, simultaneamente, a suspensão dos direitos políticos por seu exercício subvertido. Ou, por outro lado, o dever civil de devolver o produto do locupletamento e, ao mesmo tempo, a perda da função pública desconsiderada pela sua conduta.

Portanto, a Lei nº 8.429/92 possui uma forte carga civil, em razão de suas sanções de natureza pecuniária (perda de bens e valores, ressarcimento dos danos, multa civil e proibições de contratar e receber benefícios de ordem financeira), e duas sanções políticas. A Lei nº 1.079/92 contempla apenas sanções políticas.

Assim, em breves linhas, foram apresentados alguns dos principais pontos relacionados aos impropriamente denominados crimes de responsabilidade e sua disciplina legal, cabendo-se agora adentrar no cerne do presente estudo, ou seja, se os agentes políticos que respondem pelos citados atos estão isentos da aplicação da Lei nº 8.429/92? Tal indagação será analisada no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4 ANÁLISE DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6/DF NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em setembro de 2002, O Supremo Tribunal Federal, através da relatoria do Ministro Nelson Jobim, deferiu liminar na Reclamação Constitucional nº 2.138-6, requerida pela Advocacia-Geral da União, a qual suspendeu a eficácia de decisão judicial condenatória proferida em ação de improbidade administrativa, pelo juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em demanda movida pelo Ministério Público Federal contra Ronaldo Sardemberg, então ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Por meio dessa reclamação, objetivou-se, preliminarmente, preservar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar ministro de Estado com base na lei de responsabilidade; e, no mérito, afastar a aplicação da Lei nº 8.429/92 em relação aos agentes políticos (Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores, Secretários dos Estados etc.), sob o argumento de que a Constituição de 1988 reservaria a tais autoridades outro regime de sancionamento, a saber, aquele catalogado pela Lei nº 1.079/50, que regula os crimes de responsabilidade.

A ação de improbidade administrativa contra o ex-ministro junto à Justiça Federal foi contestada na reclamação, com base no artigo 102, *inciso* I, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal. Para a União, Ministro de Estado não está sujeito a lei de improbidade administrativa, respondendo, neste ponto, por crime de responsabilidade, junto ao Supremo.

O relator, ministro Nelson Jobim (aposentado), em sessão plenária de novembro de 2002, votou pela competência do STF para o julgamento de Sardemberg e declarou extinto o processo que gerou a Reclamação. Também os ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa (aposentado), Ilmar Galvão (aposentado) e Cezar Peluso votaram no mesmo sentido. Já, o ministro Carlos Velloso (aposentado) votou pela improcedência da reclamação.

Superada a questão preliminar em outro julgamento, que declarou em ação direta de inconstitucionalidade, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.628, de 24/12/2002, a qual, alterando o artigo 84 do Código de Processo Penal,

havia estendido a prerrogativa de foro em matéria criminal para ex-autoridades e também para aquelas processadas em ações de improbidade administrativa, passou-se ao julgamento da questão meritória proposta na Reclamação nº 2.138-6.

E, finalmente, em 13 de junho do corrente ano, o pleno do STF embalou o carrossel da impunidade, julgando, por maioria, procedente a referido reclamação que desconsidera a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos com o seguinte julgado publicado no DOU do dia posterior:

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR MAIORIA, DELIBEROU PELA REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE SUSCITADA PELO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS SENHORES MINISTROS CARLOS BRITTO, CELSO DE MELLO E SEPÚLVEDA PERTENCE. EM SEGUIDA, O TRIBUNAL TAMBÉM REJEITOU A QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA PELO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, NO SENTIDO DE SOBRESTAR O JULGAMENTO, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS SENHORES MINISTROS JOAQUIM BARBOSA E CELSO DE MELLO. VOTOU A PRESIDENTE. NO MÉRITO, POR MAIORIA, O TRIBUNAL JULGOU PROCEDENTE A RECLAMAÇÃO, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS CARLOS VELLOSO, JOAQUIM BARBOSA, CELSO DE MELLO E SEPÚLVEDA PERTENCE, QUE A JULGAVAM IMPROCEDENTE. VOTOU A PRESIDENTE, MINISTRA ELLEN GRACIE, EM ASSENTADA ANTERIOR. NÃO PARTICIPARAM DA VOTAÇÃO, QUANTO AO MÉRITO, A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, E OS SENHORES MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU E CARLOS BRITTO, POR SUCEDEREM, RESPECTIVAMENTE, AOS SENHORES MINISTROS NELSON JOBIM, CARLOS VELLOSO, MAURÍCIO CORRÊA

Percebe-se, claramente, que foi uma decisão infeliz da Corte Suprema, uma vez que, abriu-se um precedente para legalizar a impunidade na Administração Pública, colocando um forte escudo na proteção dos malfeitores dos bens públicos em detrimento da sociedade.

4.1 Tese do STF da não incidência da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade

Como já observado, há uma corrente defendida por alguns autores no sentido de que a Lei nº 8.429/92 não terá incidência quando o agente público também possa ser responsabilizado pela prática de “crime de responsabilidade”, previsto na Lei nº

1.079/50, pois eles seriam submetidos a um regime próprio de responsabilidade previsto na Constituição Federal.

Referido posicionamento tenta encontrar fundamento na Constituição Federal, notadamente pela regra inserta no artigo 85, *inciso* V, que considera crime de responsabilidade do Presidente da República, dentre outros, a prática de ato que atente contra a probidade administrativa, estando sujeito a julgamento pelo Senado Federal, de conformidade com o artigo 86, § 1º, *inciso* II, da Carta Magna, sendo que, eventual condenação somente poderá ser proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, limitando-se “à perda do cargo, com inabilitação por oito anos, para o exercício da função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal).

Também se invoca para sustentar a citada corrente a própria Lei nº 1079/50, pois como restou observado anteriormente a lei em questão também define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento, sujeitando ainda ao seu regime, dentre outros, como vimos anteriormente, os governadores dos Estados e seus secretários, quando praticarem os atos definidos como crime na lei.

Consoante o que já foi discorrido, a referida tese ganhou coro no próprio STF, como se pode notar pelo julgamento da Reclamação 2.138-6/190-DF, proposta pela União em desfavor do juiz federal substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Na citada reclamação, o Ministro Nelson Jobim, então relator, concedeu liminar, suspendendo a eficácia da sentença de primeiro grau. O Ministro, dentre outras teses, fundamentou sua posição em Gilmar Mendes e Arnaldo Wald, acolhendo o argumento da reclamante no sentido de considerar impossível a incidência da Lei nº 8.429/92 em relação ao Ministro de Estado, vez que os atos considerados como improbidade administrativa pela citada lei correspondem aos crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/50, sendo essa a norma a ser-lhe aplicada, ainda assim em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, *inciso* I, c, da Constituição Federal.

Para aclarar, transcrever-se-á parte da argumentação da reclamante extraída do voto do referido ministro relator, *in verbis*:

Ministro de Estado não responde, por improbidade administrativa com base na Lei n. 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade – em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Neste particular, uma interpretação sistemática da Constituição, somada à compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, conduz à conclusão de que esses agentes não podem ser perseguidos por meio da ação de improbidade administrativa e leva à necessidade de se firmar uma redução teleológica do teor da norma constante do art. 2º da Lei n. 8.429/1992.

(...) O exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade (...) em virtude da necessária liberdade funcional inerente ao desempenho de das funções que a Constituição entrega aos agentes políticos, eles não devem estar sujeitos ao sistema de supervisão e repressão comum dos demais agentes públicos. Eles não podem estar sujeitos aos critérios e procedimentos de apuração de responsabilidade próprios do servidor administrativo (...) a responsabilidade do agente político não deverá ser apurada pelo mesmo padrão e nem pelos mesmos meios com que se averigua a responsabilidade do agente administrativo.

Posteriormente, no julgamento de mérito da citada reclamação, o relator, Ministro Nelson Jobim, proferiu seu voto, confirmando o posicionamento anteriormente explicitado e julgou procedente a reclamação, aduzindo, em síntese, o seguinte:

Entendo que, aos MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da lei de improbidade. Há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Não se cuida de assegurar ao MINISTRO DE ESTADO um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. O MINISTRO DE ESTADO há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo.

(...).

Por outro lado, em termos de economia processual, mais sentido faz o ajuizamento dessas ações perante corte de responsabilidade institucional. As demandas serão deslindadas impedindo a inevitável interposição de recursos sucessivos com sérios prejuízos para todo o sistema. Não impressiona, também, a consideração segunda a qual a ação de improbidade seria dotada de caráter reparatório e por inafastável submissão aos juízes de primeiro grau. O sistema brasileiro é rico em ações destinadas à defesa do patrimônio público. Para essa finalidade específica, existem as ações populares, as ações civis públicas, todos os procedimentos ordinários e cautelares. E elas poderão ser ajuizadas na sede própria, conforme a jurisprudência assente desta Corte. Até mesmo o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO tem poderes de provocar o arresto na defesa do patrimônio público (L. 8.443, 16.07.1992, art. 61). O que não se pode admitir é, valendo-se da possibilidade de pedidos cumulativos, transformar uma nítida ação de natureza penal ou punitiva em ação de caráter reparatório.

(...).

Não tenho a menor dúvida de que o MINISTRO DE ESTADO não se submete ao regime da lei de improbidade. O entendimento contrário importa no completo esvaziamento da competência do STF para processar e julgar, por crime de responsabilidade, os MINISTROS DE ESTADO e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos

Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, "c"). Desapareceria a competência constitucional da alínea c, do inciso I do art. 102.

Para dar maior clareza ao citado julgamento, vale observar que, o entendimento do Ministro Carlos Velloso não diverge totalmente do voto do relator, pois entende que:

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

Portanto, percebe-se que o Ministro Carlos Velloso também afasta a possibilidade de aplicação da Lei nº 8.429/92 em relação aos agentes políticos quando a mesma tipificação estiver prevista como crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50). Contudo, caso a conduta praticada pelo agente não encontre previsão de tipificação como crime de responsabilidade será plenamente possível a incidência da lei de improbidade administrativa.

Porém, com a devida vênia aos Ministros do STF, podem ser apresentadas algumas objeções a respeito do entendimento da não incidência da lei de improbidade administrativa em relação aos denominados agentes políticos, conforme será demonstrado a seguir.

4.2 Obstáculos à tese adotada do STF

Não se concebe a tese acima. Realmente, sem embargo das posições em sentido contrário, o aludido posicionamento aparenta-se um tanto quanto equivocado, pois, na verdade, acaba desconsiderando o comando existente no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, na medida em que elimina a possibilidade

de incidência da lei de improbidade administrativa em relação aos agentes que respondem pela prática dos atos considerados crimes de responsabilidade, submetidos, portanto, a um julgamento político, que poderá ter como consequência o *impeachment* do agente, com possibilidade apenas das sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública, ambas aplicadas cumulativamente, conforme não deixa dúvida o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

Não bastasse isso, a aludida tese também tenta conferir o direito de foro por prerrogativa de função para referidos agentes, numa patente afronta à Constituição Federal e, conseqüentemente, ao princípio do juiz natural, especialmente em relação ao aspecto do plano da fonte, ou seja, da necessidade de se respeitar o princípio da reserva legal em termos de atribuição de jurisdição.

Portanto, a comunidade jurídica nacional e a população em geral sofreram uma enorme perda com a referida decisão, colocando em cheque a eficácia de um dos mais importantes instrumentos legais de combate à corrupção pública em todas as suas esferas: a Lei nº 8.429/92.

Contudo, é inconcebível aceitar o mencionado posicionamento que ganhou corpo no STF, vez que, contra ele podem ser apresentadas algumas objeções, conforme se verá adiante.

4.3 Problemas decorrentes da decisão do STF

Ante esse desusado processo da Lei nº 1.079/50, diploma edificado sob a égide da Constituição de 1946, pergunta-se: terá a Constituição de 1988 ratificado todos os seus termos, afastando qualquer outra forma de responsabilidade dos agentes políticos, que não a responsabilidade por crime político?

Com efeito, a anunciada procedência da Reclamação nº 2.138, reduzindo o alcance da Lei nº 8.429/92, inaugurou novo entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional brasileira, que finalizou o controle judicial de parcela dos atos de corrupção, quais sejam, aqueles cometidos por agentes políticos contemplados na Lei nº 1.079/50, o que está produzindo e produzirá a conseqüente revisão das decisões judiciais já proferidas nas ações civis públicas movidas pelo Ministério

Público contra esses agentes. Outro efeito igualmente negativo é a construção de uma intransponível barreira pretoriana, impedindo que as promotorias de Justiça e as procuradorias da República apresentem novas ações contra tais autoridades públicas perante as respectivas Justiças Estaduais e Federais.

4.3.1 Separação ou independência de instâncias

A tese adotada pelo STF desconsidera o princípio da separação ou independência entre as instâncias, consagrado na legislação pátria, artigo 935 do Código Civil de 2002, olvidando que a ilicitude, enquanto contrariedade do fato à norma de direito, pode se estender a diversos ramos do mesmo ordenamento jurídico, podendo um único fato constituir tanto ilícito penal com civil, administrativo e disciplinar, para citar apenas algumas.

Ora, a própria Carta Magna não deixa dúvidas ao dispor que a punição pelos crimes de responsabilidade não impede a incidência de outras sanções judiciais cabíveis (artigo 52, par. único, parte final), podendo, portanto, a referida norma ser interpretada no sentido de que será possível responsabilizar o agente pela prática de crime ou até mesmo de eventual ilícito civil, como os que caracterizam atos de improbidade administrativa. Assim, não há que se falar em contradição ou superposição de instâncias, uma vez que também é possível que a condenação criminal gere a suspensão ou a perda dos direitos políticos, da mesma forma como é possível pela condenação por improbidade administrativa, como se nota pelo artigo 15, *incisos* III e V, da Constituição Federal.

Portanto, não é obstáculo a esse entendimento o argumento de que em alguns casos os atos de improbidade administrativa encontrem correspondência com os crimes de responsabilidade, pois isso também ocorre com certos delitos previstos no Código Penal ou em leis especiais, bastando aqui lembrar, para exemplificar, o crime de corrupção passiva previsto no artigo 317 do CP, que também é considerado como ato de improbidade administrativa, conforme se nota pelo artigo 9º, *inciso* I, da Lei nº 8.429/92, não impedindo, pelo princípio da independência de instâncias, a incidência simultânea de ações civis e penais, e até mesmo político-administrativa.

Nesse ínterim, são oportunas as observações de Rogério Ponzi Seligman (2004, p. 246), que em interessante artigo sobre o princípio da proporcionalidade em relação aos atos de improbidade administrativa - após destacar que a regra do artigo 37, § 4º da Constituição Federal, reiterada pelo art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92, deixa claro que os atos de improbidade são de natureza extrapenal, estando sujeitos a regime próprio de responsabilização, que independe das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica - asseverando que:

Fica claro o objetivo da norma constitucional de impor responsabilidades outras não apenas as de natureza criminal, as quais ressalvou. Nada mais coerente com o Direito brasileiro, que respeita a independência entre a responsabilidade penal e a civil, prevendo o art. 935 do Código civil que a sentença penal somente fará coisa julgada no civil nas hipóteses de decisão sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor. Também é do Direito brasileiro a separação entre a esfera judicial e administrativa, sendo defeso a lei afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Logo, percebe-se que a defesa da probidade administrativa, como destaca Fernando Grella Vieira (2005, p. 178), não pode ficar sob a exclusiva tutela da Lei dos Crimes de Responsabilidade, o que comprometeria seriamente a efetividade no controle e combate das condutas consideradas ímprobas, além de restar claro pelo citado artigo 15, III, da Constituição Federal que os atos de improbidade administrativa diferem dos crimes de responsabilidade.

4.3.2 Alavanca impulsionadora da impunidade

A decisão em tela pode acabar proporcionando terreno fértil para a impunidade. De fato, é necessário lembrar que a responsabilização por atos de improbidade administrativa pode-se dar até mesmo depois que o agente tenha deixado o cargo, emprego ou função pública, encontrando limites para aplicação de suas sanções apenas no prazo prescricional previsto no artigo 23 da Lei nº 8.429/92.

Por outro lado, a responsabilização pelos atos considerados crimes de responsabilidade só é possível enquanto o agente público estiver no cargo, como não deixa dúvida o artigo 15 da Lei nº 1.079/50 ("A denúncia só poderá ser recebida

enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”).

Assim, o entendimento de não incidência da lei de improbidade administrativa para os agentes que respondem por crimes de responsabilidade, comprometeu seriamente a efetividade no combate à corrupção, à improbidade administrativa, abrindo-se perigosa válvula de escape para a impunidade, colocando em risco todo o sistema criado pela Lei nº 8.429/92 para fiscalizar e punir os ocupantes de cargos públicos, desconsiderando, assim, a orientação constitucional contida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, no sentido de se permitir a responsabilização de todos os agentes públicos (em sentido amplo) que atentem contra a probidade administrativa, sem qualquer ressalva de sua aplicação em relação a qualquer agente.

De fato, bastará ao agente político deixar o cargo antes do recebimento da denúncia para ser impossível a sua responsabilidade pelos ilícitos político-administrativos previstos na Lei nº 1.079/50. Nesse caso, é de se indagar: será possível a incidência da Lei 8.429/1992?

A questão é demasiadamente polêmica. Entende-se que será no mínimo estranho aplicar uma lei que antes era considerada inaplicável ao caso, apenas pelo fato do agente ter deixado o cargo, especialmente por absoluta falta de previsão legal. Ademais, a incidência da Lei nº 8.429/92 para os ex-agentes e a não incidência para agentes políticos que estejam no cargo, acabará acarretando inequívoca situação de desigualdade, com grande risco para a segurança jurídica.

Enfim, são tantos os problemas decorrentes, são tantas as indagações, que é praticamente certo que se entenderá – e não faltarão defensores dessa tese – que a Lei nº 8.429/92 continuará a ser inaplicável, mesmo que o agente político venha a deixar o cargo, levando-se em conta apenas a lei que tinha incidência na época do fato. Em outras palavras, está sacramentada a impunidade.

Acrescente-se a isso as notórias dificuldades de ter iniciado um processo por crime de responsabilidade, uma vez que para ser possível o julgamento pelo Senado (ou pela Assembléia Legislativa, no caso dos Governadores) se exige em alguns casos – como processo contra o Presidente da República e os Governadores dos Estados –, a aquiescência dos parlamentares (Câmara Federal ou Assembléias Legislativas), sendo desnecessário maiores comentários a respeito de como será moroso o caminho para se chegar finalmente a um julgamento, fato que não ocorre

com as ações civis por atos de improbidade administrativa, que dispensam qualquer autorização legislativa para o seu processamento.

Não por outro sentido que Paulo Brossard (1992, pp. 5-14), apesar de destacar que o processo pelos crimes de responsabilidade é um julgamento político que inicia e termina no seio do Poder Legislativo, sendo por isso um importante instrumento para o aprimoramento da democracia, através da apuração da responsabilidade política do Presidente da República, ressalva que em cem anos o processo jamais funcionou, seja porque as denúncias nunca foram objeto de deliberação, seja porque as normas constitucionais têm feito exigências cada vez maiores, motivo pelo qual conclui que:

A República não foi feliz ao abandonar a solução construída consuetudinariamente, à margem da Constituição, sem lei que a prescrevesse ou sequer a permitisse, atendendo antes à lógica das instituições democráticas, que há de consagrar a responsabilidade dos eleitos, e a coerência e harmonia entre os Poderes.

Muito embora as observações do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal tenham sido feitas antes do emblemático caso Collor, elas continuam a ter atualidade, pois o processo de *impeachment* a que foi submetido o ex-presidente foi uma exceção na história brasileira, tanto que depois não se teve notícia de efetiva aplicação de qualquer outro processo de igual natureza, inclusive em relação a outras autoridades, como governadores dos Estados, sendo que as tentativas de sua instauração encontraram obstáculo intransponível no legislativo, o que só vem a atestar a ineficácia do julgamento político, sabidamente sujeito a pressões e interesses de todos os tipos.

4.3.3 Violação do princípio da isonomia

A tese da não incidência da Lei nº 8.429/92 para os agentes políticos acaba por macular claramente o princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal, na medida em que possibilita a punição por atos de improbidade administrativa para determinada categoria de agentes públicos, deixando de fora aqueles que justamente deveriam dar o exemplo no trato com a coisa pública,

mormente quando dotados de maior independência do que os outros agentes, meros “mortais”, criando verdadeiro “*apartheid* jurídico”.

Nesse diapasão, é a posição de Sérgio Monteiro Medeiros (2003, p. 37), membro do Ministério Público Federal, que em obra comentada sobre a Lei de Improbidade Administrativa, ao analisar a decisão liminar proferida no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, destaca que:

[...] essa decisão, se vier, instituirá um sistema de castas na Administração Pública, onde uns poderão ser responsabilizados, enquanto que outros, por maiores que sejam os prejuízos causados ao erário, ficarão indenados. O pequeno peculatório da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, continuará – como é certo, aliás – sendo processado e punido na forma preconizada pela Lei de improbidade Administrativa, já o ministro de Estado, por exemplo, que vier a se utilizar do cargo para defraudar as finanças do Estado, em milhões, estará livre de responder pela improbidade perpetrada – o que é errado -, pelo menos ex vi da Lei de Improbidade Administrativa.

Além disso, uma situação recorrente em processos de improbidade administrativa confirma a violação ao princípio da igualdade, que são os casos em que o ato é cometido por mais de um agente, sendo que nem todos estão sujeitos ao processo por crimes de responsabilidade, por não serem considerados agentes políticos. Logo, a solução para os defensores da tese da não incidência da Lei nº 8.429/92 seria a seguinte: o agente político estaria sujeito ao processo de *impeachment*, na forma da Lei nº 1.079/50, enquanto que o outro agente (público ou não) estaria sujeito ao processo pelas regras da lei de improbidade administrativa, já que a primeira lei, pelas suas peculiaridades e em face das sanções que comina, não teria qualquer incidência sobre outros agentes, como o terceiro particular que concorre ou é beneficiado pelo ato ímprobo.

Por conseguinte, consagra-se uma patente violação ao princípio da isonomia, pois o agente político como destacado, estará isento de ser responsabilizado pela Lei nº 8.429/92, só podendo estar sujeito ao processo de *impeachment* enquanto estiver no cargo por outro lado, os demais agentes públicos e terceiros beneficiados estarão sujeitos ao processo e às sanções de improbidade administrativa, pouco importando que os agentes públicos estejam ou não no exercício do cargo, emprego ou função.

Com essa exclusão, estar-se-á criando duas categorias de agentes no serviço público. Os servidores públicos comuns, sujeitos às sanções da Lei nº 8.429/92 e,

portanto, a um processo submetido à racionalidade jurídica, levado a cabo pelo Poder Judiciário e, de outro lado, reforçando deletério fator cultural presente em nossa realidade, denominado de “cultura de improbidade” – da qual são representantes o coronelismo, o filhotismo, o nepotismo e o empreguismo –, uma casta incólume de agentes públicos. Enfim, rompendo-se com o princípio republicano, instituir-se-á uma verdadeira categoria fidalga sujeita somente às já mencionadas sanções da Lei nº 1.079/50, de índole política, cujos integrantes não serão alcançados pelas sanções de índole civil aplicáveis aos demais servidores públicos (ressarcimento, perda de bens, multa civil e proibições) –, além de um processo “punitivo” político, subordinado à racionalidade política – e não jurídica – historicamente inexistente, exatamente porque sujeito à conveniência da vontade dos próprios pares e à oportunidade política.

Não há dúvida de que essa indevida quebra do princípio da igualdade, com a separação entre os que estão sujeitos ou não à Lei nº 8.429/92, não encontra justificativa plausível no sistema normativo, como já observado, violando o regime jurídico especial constitucionalmente estabelecido para essa nova modalidade de responsabilidade, que prevê a isonomia de tratamento entre os agentes públicos (servidores públicos em geral e agentes políticos), por não haver razão aceitável para a discriminação.

Excluírem-se aqueles alcançados pela Lei nº 1.079/50 do regime da Lei nº 8.429/92, implica a negativa de parcela importante dessa responsabilidade dos mandatários, concedendo-lhes o privilégio de não serem atingidos pelas mencionadas medidas de natureza civil, porquanto aquele diploma nada dispõe a esse respeito. Essas sanções de natureza econômica previstas na lei de improbidade são de grande relevância, na medida em que retiram do ímprobo a tão almejada riqueza sem causa justa, salvaguardando os interesses do erário.

4.3.4 Comprometimento da segurança jurídica

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal configura grave risco para o princípio da segurança jurídica, pelo qual se evitam alterações surpreendentes que provocarão instabilidade na situação dos administrados, bem

como dos efeitos traumáticos que decorrem de novas disposições jurídicas que alcançarão as situações em curso

Com efeito, o referido entendimento da não incidência da Lei nº 8.429/92 em relação àqueles agentes políticos quando sua conduta também configurar crime de responsabilidade, atingirá seriamente o princípio da segurança jurídica, na medida em que inúmeras ações de improbidade em curso serão fatalmente atingidas, com inequívoco prejuízo para a efetividade do processo e para o combate aos atos de improbidade administrativa.

Ademais, tal situação não passou despercebido pelo então Ministro do STF Carlos Velloso, que em seu voto proferido no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, traz um alarmante dado, aduzindo:

Recebi do Ministério Público do Paraná, da ilustre Procuradora-Geral de Justiça daquele Estado, Dra. Maria Teresa Uille Gomes, que é, também, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, o ofício nº 2.333, de 18.11.2002, no qual sou informado de que, no levantamento do número de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, propostas em face de agentes políticos, em catorze estados brasileiros, constatou-se a existência de 4.191 (quatro mil, cento e noventa e um) feitos. Em praticamente a metade dos estados-membros, há, portanto, em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento no sentido de que agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente.

Por isso, afirma-se que, impedir o controle judicial da corrupção representa um perigo concreto para a sociedade brasileira, submetendo-a às graves conseqüências desse fenômeno. Importa sujeitar a supremacia e indisponibilidade do interesse público ao interesse particular do ocupante do poder político. Significa aceitar a corrupção e a impunidade, gerando pobreza, injustiça e desigualdade, em detrimento da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, CF/88).

4.3.5 Redução de atribuição constitucional do Ministério Público

Por todo o disposto acima, a atribuição conferida ao Ministério Público brasileiro, prevista no *inciso* III do artigo 129 da Constituição Federal, foi reduzida,

excluindo-se de seu alcance os agentes políticos. A norma constitucional que atribui ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, função essa, em grande parte, regulada pela Lei nº 8.429/92, perdeu parcialmente sua eficácia, numa transgressão da Constituição, que não limita essa atividade ministerial. Em consonância com o entendimento edificado no STF, apenas o cidadão – ressalvada a exceção indicada – poderá denunciar os atentados contra a probidade na Administração Pública protagonizados por agentes políticos, nos termos da Lei nº 1.079/50, numa interpretação onde a norma infraconstitucional anterior restringe o alcance da norma constitucional que a recepcionou, o que não é adequado.

Quais poderão ser as conseqüências decorrentes da não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos? Perderá o Ministério Público um instrumento de preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa? Sim. Perderá o Judiciário um meio de controle dos demais Poderes, tal como concebido há muito, muito tempo, - como um sistema de freios e de contrapesos -, por Montesquieu? Sim. Mas a maior perdedora será, sem dúvida, a sociedade brasileira, que ficará privada de uma importante ferramenta de regulação e combate contra aos agentes que trilharem na via inversa da realização do interesse público.

4.3.6 Desconsideração do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição

Esse parcial esvaziamento das funções do Ministério Público gerará outra conseqüência grave: a debilitação da garantia constitucional prevista no inciso XXXV do artigo 5º, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pode-se observar a aludido na lição do mestre Nelson Nery Júnior (1994, p. 91) o qual afirma que “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”.

Paradoxalmente, o próprio Poder Judiciário, por sua mais elevada Corte, decidiu o contrário, excluindo assim de sua apreciação, em oposição ao princípio

constitucional da inafastabilidade da jurisdição, as lesões cometidas contra o erário, violando o direito coletivo à probidade na Administração Pública, direito que integra a esfera de direitos de toda a sociedade brasileira, ou seja, o seu inviolável direito de levar à Justiça, por intermédio do Ministério Público, os corruptos, os corruptores e quaisquer beneficiários de atos de improbidade administrativa, para a sua adequada e devida punição, conforme o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal: “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”. Essa lei de que fala a norma constitucional é exatamente a Lei nº 8.429/92, reguladora da matéria. Vingando a interpretação no sentido de que se aplica aos agentes políticos unicamente a Lei nº 1.079/50, o julgamento do mérito dos atos contra a probidade na Administração passou a ser da competência do Senado Federal, ressalvadas as exceções constantes dos artigos 102, *inciso* I, b e 105, *inciso* I, a, da Constituição Federal.

Não bastasse, decisão afirmando a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 para agentes políticos, contrariou a regra constante do parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, que preceitua: “Nos casos previstos nos *incisos* I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. Mais claro é impossível: o julgamento dos crimes de responsabilidade, inclusive os cometidos contra a probidade na Administração, não inibem, de qualquer modo, as demais sanções judiciais cabíveis.

Assim, é o entendimento do eminente Alexandre de Moraes (2004, p. 105):

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça do direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Apesar da regra constitucional, o voto condutor da Reclamação nº 2.138 impôs a exclusividade do processo por crime de responsabilidade, isentando os agentes políticos de que trata a Lei nº 1.079/50 do alcance de sanções judiciais, do

controle judicial e, portanto, imunizando-os das condutas classificadas como atos de improbidade, eximindo-os das punições respectivas e do processo judicial, temas regulados pela Lei nº 8.429/92. A Lei Maior quer exata e indubitavelmente o contrário, ou seja, a aplicação das demais sanções judiciais cabíveis, dentre as quais as decorrentes do cometimento de atos de improbidade administrativa.

4.3.7 Retrocesso social como perigo real

Por todo o exposto, é extremamente preocupante a tese adotada pelo STF no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, pois, compromete seriamente a efetividade das ações coletivas no combate à improbidade administrativa, mormente da sua vertente mais nefasta: a corrupção, representando, portanto, um sério risco para o Estado Democrático de Direito, pois é inegável o papel cada vez mais crescente das ações de improbidade administrativa para a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado.

Deste modo, com a devida vênia ao posicionamento dos ministros do STF, é patente o vício de inconstitucionalidade da tese encampada no julgamento da aludida reclamação, vez que há enorme risco de que se ocorra verdadeiro retrocesso social, olvidando que a Constituição Federal consagra implicitamente o princípio de proibição de retrocesso social, decorrente do Estado Democrático de Direito, e que assegura o respeito às conquistas sociais obtidas e já estabelecidas, do que decorre que “nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social”. De igual forma, também não pode a interpretação dos Tribunais – inclusive do STF – invalidar ou esvaziar quase que por completo normas que funcionam como forma de ampliação dos direitos fundamentais.

Não obstante, sobre tal princípio são oportunas as seguintes observações de Luís Roberto Barroso (2005, pp. 44-45):

O legislador pode revogar estas disposições legais concretizadas, mas não se considera legitimado a anular, neutralizar ou reduzir o nível já alcançado da realização do princípio. A justificação do fenômeno é fornecida de várias maneiras: criação de um direito subjetivo público, alicerçamento de uma pretensão subjetiva derivada, proibição do venire contra factum proprium,

princípio da confiança, autovinculação do legislador. Todavia, se as aproximadas concretizações do princípio não beneficiarem do pressuposto do consenso básico e da radicação na consciência jurídica geral continua por ficar a explicar a força heterovinculante ou heterodeterminante que se pretende atribuir à concretização legislativa. É que, nestes casos, não é apenas importante, sob o ponto de vista político, que o retrocesso social constitua um limite para o legislador, interessa também que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, esse retrocesso surja como arbitrariedade violador das imposições ou programa constitucional. Mais do que um simples "princípio de confiança" do legislador ou de uma "justiça do sistema" (Systemgerechtigkeit), prefere-se falar da força dirigente irradiante das normas constitucionais directivas e da constitucionalização (pelo menos material) dos preceitos legais concretizadoras.

Portanto, é inequívoco que a ação civil pública, como já demonstrado, é atualmente um importante mecanismo para concretização dos direitos sociais já incorporadas à Constituição Federal, sendo incabível a reversão do sistema no sentido de dificultar, sem apresentar qualquer medida compensatória, o exercício de tal ação, como o que ocorreu com a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 em relação aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade, sacramentando uma verdadeira *reformatio in pejus* para os direitos da pessoa humana. Daí porque, julga-se perfeitamente possível invocar, como obstáculo para o aludido entendimento do STF, o princípio da proibição do retrocesso social.

4.4.8 Quebra do princípio da vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos fundamentais

O artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal não deixa qualquer dúvida quanto existência de um comando da necessidade de proteção suficiente ao princípio da probidade administrativa, punindo severamente os agentes que contra ele atentarem, o que é plenamente justificado, vez que o desrespeito à probidade administrativa impede – em diversas hipóteses – que recursos públicos sejam corretamente aplicados, comprometendo a prestação de direitos de segunda dimensão, como o direito à saúde, educação, moradia, alimentação etc., acarretando, portanto, a diminuição na qualidade de vida da população.

Portanto, como não poderia ser diferente, há um verdadeiro mandado constitucional de penalização para os agentes ímprobos, que desconsideram os princípios básicos da boa Administração Pública. Daí porque, deve haver uma

efetividade no combate aos atos que caracterizam atos de improbidade administrativa, sendo inconstitucional qualquer tentativa – legislativa ou judicial – em se diminuir a efetividade das regras existentes para a tutela do patrimônio público, notadamente quando da sua proteção depende a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado na Constituição Federal.

Assim sendo, com o posicionamento adotado pelo STF na Reclamação nº 2.138-6/DF, violou-se o princípio da vedação da proteção insuficiente, que configura um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, pois esse princípio – dentre outros significados – não quer significar apenas a vedação de proibição de excesso dirigida ao legislador e ao aplicador do direito, mas, também, a vedação de proteção insuficiente de determinados bens jurídicos fundamentais para a pessoa humana. Portanto, haverá de se ter presente sempre a noção defendida por Juarez Freitas (1997, pp. 56-57) de que:

“o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

Deste modo, tendo o legislador constituinte originário erigido e definido medidas protetivas para a probidade administrativa, não cabe ao intérprete restringir esse alcance, sob pena de proteger de forma insuficiente referido bem jurídico, fundamental para a manutenção do próprio Estado Democrático (e Social) de Direito.

E, isso é exatamente o que ocorrerá com a tese edificada pelo STF, da não incidência da Lei nº 8.429/92 em relação a determinados agentes políticos, pois diante de tudo que foi abordado, a referida tese acabará frustrando o dever de proteção do Estado, no sentido de atuar de modo suficiente para a proteção constitucionalmente exigida de bens ou princípios fundamentais para a própria dignidade da pessoa humana, como o respeito à probidade administrativa, deixando, portanto, de cumprir um imperativo constitucional.

Dessa maneira, restaram-se esfacelados os comandos de proteção suficiente existentes na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realização de seu mister, o administrador público se depara com uma série de situações em que é possível o desvirtuamento de sua conduta, de modo que, tendo em vista essa facilidade, agora mais ainda, não raras vezes constatam-se casos de atos de improbidade na administração pública.

Consoante tudo o que foi discorrido ao longo do presente trabalho, a lei de improbidade administrativa surgiu como um forte mecanismo de combate a corrupção administrativa, aplicada até então a todos os agentes públicos.

Dessa maneira, a vigência e a efetividade legislação em questão desestimulou consideravelmente a prática de atos de improbidade, vez que, os agentes públicos poderão ser investigados e punidos nas esferas administrativa, criminal e civil, aplicando-lhes, nessa última hipótese, com exceções dos “agentes políticos”, as regras do direito civil em conjunto com os severos dispositivos da lei de Improbidade

Portanto, em que pese a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, ainda que o agente político possa ser responsabilizado pela prática de atos considerados como crimes de responsabilidade, acaso sua conduta também configure ato de improbidade administrativa tipificado na Lei nº 8.429/92, também poderá ser submetido ao processo civil coletivo, sujeitando-se às sanções previstas na citada lei, em consonância ainda com o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que configura, como já destacado, o regramento constitucional para responsabilização dos agentes que atentam contra a probidade administrativa, sem constar qualquer ressalva em relação aos agentes políticos, como, aliás, não poderia ser diferente, diante do princípio da isonomia de tratamento em se tratando do exercício da *res publica*.

Preservar a possibilidade de incidência da Lei nº 8.429/92 para todos agentes políticos é fundamental para que se tenha o respeito ao princípio constitucional da isonomia, bem como, para que se tenha uma proteção suficiente da probidade administrativa, conforme determinou a Constituição Federal em seu artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, como também, fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito enfim, é fundamental para que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, no estágio atual da realidade brasileira, em que se multiplicam os atos de corrupção, com grande risco para o efetivo e concreto cumprimento das prestações sociais pelo Estado, mais do que nunca se reclama da necessidade de se conferir a máxima efetividade à lei de improbidade administrativa, o que - com certeza - tornou-se seriamente comprometido com a sua inaplicabilidade em relação a determinados agentes, criando uma verdadeira sociedade de castas entre os agentes públicos em sentido amplo, com efeitos nefastos perante toda a coletividade.

Com isso, a tese adotada pela Suprema Corte Federal do país abriu espaço para que os maus gestores da coisa pública - os agentes políticos - escapem impunes dos atos de malversação e dilapidação do bem público. Criando-se com isso uma divisão da categoria de agentes públicos, no que tange sua responsabilidade por cometimento de crime contra a Administração Pública, os do alto escalão: Presidente da República; Senadores; Deputados Federais; Governadores; Deputados Estaduais; Prefeitos; Vereadores; Ministros; Secretários; Juizes e Promotores etc., formando a pequena categoria de agentes públicos denominada de "Agentes Políticos" pela Carta Magna, que não mais responderão por crimes de improbidade, segundo o STF, em detrimento do escalão inferior, isto é, a força de trabalho do Estado, os subordinados, que não praticam atos em nome próprio, mas se responsabilizarão por eles quando se configurarem em improbidade administrativa.

Ademais, com o esvaziamento da Lei nº 8.429/92 para os agentes políticos, a sociedade sofreu um dos mais duros golpes no combate incessante contra a corrupção pública, impulsionando cada vez mais o carrossel da impunidade.

Por fim, a referida decisão do STF ocasionou um lamentável retrocesso no combate à malversação das verbas públicas e à improbidade administrativa, ao excluir os agentes políticos do campo de aplicação da Lei nº 8.429/92, deferindo-lhes privilégio inconstitucional e em flagrante ferimento ao art. 1º daquele diploma normativo, que não autoriza, data vênua, a exclusão deferida por aquela Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, especialmente p. 44-45.

BROSSARD, Paulo. O Impeachment. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

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

DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Organizador. Manuais de Legislação Atlas - Constituição da República Federativa do Brasil. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. – 20. ed. – 2. reimp. – São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Flávio Sátyro. Improbidade Administrativa. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 136, out/dez, 1997.

FILHO, Marino Pazzaglini. Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

FILHO, Marino Pazzaglini.; ROSA, Márcio Fernando Elias.; JÚNIOR, Waldo Fazzo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1999.

FREITAS, Juarez O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107196>

JORGE, Flavio Cheim.; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A Tutela Processual da Probidade Administrativa. Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

JÚNIOR, Waldo Fazzo. Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Interesses difusos. Revista Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo nº 132. São Paulo: Lex, 1996.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Lei de Improbidade Administrativa. Comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa. Boletim de Direito Administrativo. Novembro de 1999.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à Justiça. Tradução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

PECES-BARBA. Sobre la Corrupción. Apud GARCÍA-ALOS, Luís Vacas. Os instrumentos específicos da jurisdição do Tribunal de Contas contra a corrupção. Revista do Tribunal de Contas de Portugal. N.º 33 – Janeiro a Junho de 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50. Ainda do mesmo autor: Ação Civil Pública e Meio Ambiente. 2. ed. São Paulo: Forense. 2004.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo, volume 19. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Amaury. O impeachment de Collor e a reforma institucional no Brasil. In: Rosenn, Keith S., Downes, Richard (orgs). Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92. Revista de Direito Administrativo, nº 238, p. 246, outubro/dezembro-2004.

TJSP – AC 143.998.5/5-00 – Rel. Dês. Scarance Fernandes – J. 21-11-2000.

VIEIRA, Fernando Grella. Ação Civil Pública de Improbidade – Foro Privilegiado e Crime de Responsabilidade. In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. (Coord.) Edis Milaré, 2005.

ANEXOS

ANEXO A – Lei de Improbidade Administrativa	83
ANEXO B - Decisão do STF na Reclamação nº 2.138-6	90

ANEXO A

Lei de Improbidade Administrativa

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I Das Disposições Gerais

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

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

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

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

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

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

CAPÍTULO II Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção II Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

CAPÍTULO III Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

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

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

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

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

CAPÍTULO IV Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Regulamento)

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo .

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 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.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6º (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 7º (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 9º (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 10. (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 11. (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 12. (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

CAPÍTULO VI Das Disposições Penais

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - 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.

CAPÍTULO VIII Das Disposições Finais

Art. 24. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Ficam revogadas as Leis n°s 3.164, de 1° de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171° da Independência e 104° da República.

FERNANDO COLLOR
Célio Borja

ANEXO B

Decisão do STF na Reclamação nº 2.138-6

**Rcl 2138 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECLAMAÇÃO****Relator(a)**

Min. NELSON JOBIM

Partes

RECLAMAÇÃO N. 2.138-6
 PROCED.: DISTRITO FEDERAL
 RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
 RECLTE.: UNIÃO
 ADV.: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 RECLDO.: JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 14ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO
 DISTRITO FEDERAL
 RECLDO.: RELATOR DA AC Nº 1999.34.00.016727-9 DO TRIBUNAL REGIONAL
 FEDERAL DA 1ª REGIÃO
 INTDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Julgamento

11/09/2002

Publicação

DJ 17/09/2002 PP-00052

Despacho

DESPACHO : 1. OS FATOS. 1.1. DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Ministério Público Federal propôs Ação de Improbidade Administrativa contra RONALDO MOTA SARDEMBERG, Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE da Presidência da República, hoje Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. A ação originou-se "..... do inquérito conjunto civil nº 01, firmado pelos Procuradores da República no Distrito Federal " (fls. 32) Foi "..... distribuída à 14ª Vara Federal do Distrito Federal sob o nº 1999.34.00.016727-9." (fls. 3) Nos termos da inicial, a improbidade administrativa consistiria "..... na solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais. A solicitação de aeronaves deu-se a partir de comunicações feitas pelas autoridades federais ao Chefe de Gabinete do Ministro da Aeronáutica em Brasília-DF, e a utilização ilegal das aeronaves ocorreu a partir de Brasília-DF ou nela foi finalizada." (fls. 32) E, também "..... pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica." (fls. 3). Requereu a condenação do "..... VI - reu, pelos atos de improbidade descritos, com a aplicação em concurso material das sanções legais para cada ato de improbidade, em benefício da União, nos seguintes termos: A) requer a condenação do réu por ter infringido o 'caput' e incisos IV e XII do art. 9º da Lei de Improbidade ... B) requer a condenação do réu por ter infringido o 'caput' e incisos IX e XIII do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa ... C) requer a condenação do réu por ter infringido o 'caput' e o inciso I, do artigo 11 da Lei de Improbidade ..." (fls. 50/51) Manifestou-se a União e argüiu "..... a incompetência absoluta [da] Justiça Federal de Primeiro Grau para processar e julgar a presente ação, requerendo ... seja declinada da competência para o [STF] ..., com amparo no artigo 102, inciso I, letra 'b' da [CF] ..." (fls. 68). O SR. RONALDO MOTA SARDEMBERG, Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, contestou (fls. 69/104). Alegou a incompetência absoluta do juízo, bem como a inépcia da inicial. No mérito, sustentou a legalidade do uso das aeronaves da FAB, bem como sua boa-fé, baseada na praxe administrativa. Houve réplica (fls. 105/151). 1.2. DA SENTENÇA. O JUIZ FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL julgou procedente o pedido "..... para condenar o réu nas penalidades previstas na lei de improbidade, art. 12, e art. 37, § 4º da [CF] ..." (fls. 159) O RÉU e a UNIÃO apelaram (fls. 161/176 e 177/245). O Ministério Público Federal apresentou suas contra-razões à apelação (fls. 251/266). As apelações foram recebidas em seus efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 249). Nos termos da inicial, "..... O Ministério Público Federal ofertou parecer para que seja negado provimento aos recursos. Os recursos (AC Nº 1999.34.00.016727-9) estão conclusos com o Relator, no Tribunal Regional Federal/1ª Região." (fls. 4) 2. A RECLAMAÇÃO. A UNIÃO propõe a presente Reclamação "..... em face do ... Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Charles Renaud Frazão de Moraes, nos autos da ação de Improbidade Administrativa nº 1999.34.00.016727-9, e do e. Relator da AC nº 1999.34.00.16727-9..." (fls. 2)

Alega que "..... a presente reclamação objetiva seja preservada a competência do [STF] ... para processar e julgar, originariamente, o pedido formulado na Ação de Improbidade Administrativa nº 1999.34.00.016727 (14ª Vara Federal do Distrito Federal), já remetida ao [TRF/1ªR] sob o nº AC nº 1999.34.00.016727-9." (fls. 5) Quanto ao cabimento da ação "..... a União espera que se acolha a reclamação para que se reconheça que constitui usurpação da competência do [STF] julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade, processando agente político com base na Lei de Improbidade nas instâncias ordinárias." (fls. 5/6) Fundamenta sua alegação no art. 102, I, b e c da CF. Em preliminar, sustenta ainda que "..... essa competência é absoluta, 'insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas)', daí porque deve ser declarada de ofício pelo juiz, independentemente de alegação da parte, à luz do disposto no art. 113 do [CPC]. Em que pese não existir uma previsão legal expressa no sentido de que a competência para processar e julgar a ação de improbidade proposta contra Ministro de Estado pertença ao [STF], não há como deixar de se inferir através de interpretação analógica, e confrontando a Lei nº 8.429/92 com a [CF], que a competência para o processamento da presente ação pertence ao Tribunal indicado na [CF]. Até porque não há dúvidas de que os delitos previstos na Lei nº 8.429/92 correspondem a crimes de responsabilidade." (fls. 6/7). Por fim, "..... Impõe-se a inevitável conclusão, portanto, de que se mostra absoluta a incompetência do Juiz de Primeiro Grau, nos autos da Ação de Improbidade nº 1999.34.00.016727-9 e do Relator da AC nº 1999.34.00.016727-9, para processarem e julgarem a presente demanda, diante da competência implícita que emerge do comando da norma insita no art. 102-I, 'c', da [CF]. Ora, se o sistema eleito pelo constituinte conferiu prerrogativa de foro a determinadas autoridades públicas, em função do cargo exercido, inafastável a competência do Supremo Tribunal Federal no caso em apreciação. Faz-se mister, então, seja declarada a incompetência absoluta do juízo para processar e julgar a ação em comento, em razão da competência originária do STF, e, consequentemente, a nulidade 'ab initio' de todos os atos decisórios, com fulcro no art. 113, §2º, do CPC." (fls. 14). Superada a análise da incompetência absoluta anteriormente defendida, "..... ainda por outra causa, a ação por improbidade invade competência do [STF]. É que Ministro de Estado não responde, por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade - em ação que somente pode ser proposta perante o [STF]. ... uma interpretação sistemática da Constituição, somada à compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, conduz à conclusão de que esses agentes não podem ser perseguidos por meio da ação de improbidade administrativa e leva à necessidade de se firmar uma redução teleológica do teor da norma constante do art. 2º da Lei nº 8.429/92." (fls. 15) No mérito, sustenta "..... o destaque, no gênero dos agentes públicos, daqueles que ocupam cargos e funções previstas na Constituição e que nela encontram a sede direta das suas atribuições, prerrogativas e responsabilidades. Estes são os agentes políticos, categoria subtraída da assimilação aos servidores públicos em geral não somente pela legislação como por toda a doutrina relevante do Direito Administrativo brasileiro. é característico do agente político a independência na sua atuação e a capacidade de tomar decisões que se remetem ao exercício da própria soberania do Estado. O exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade. Em virtude da necessária liberdade funcional inerente ao desempenho das funções que a Constituição entrega aos agentes políticos, eles não devem estar sujeitos ao sistema de supervisão e repressão comum dos demais agentes públicos. Eles não podem estar sujeitos aos critérios e procedimentos de apuração de responsabilidade próprios do servidor administrativo. a responsabilidade do agente político não haverá de ser apurada pelo mesmo padrão e nem pelos mesmos meios com que se averigua a responsabilidade do agente administrativo. É a índole das funções próprias das autoridades que desempenham missão política que leva a tal ilação - consequência necessária para que se preserve a indispensável liberdade de ação e de decisão dos agentes que dão voz à soberania do ação. Admitir que um juiz do primeiro grau de jurisdição possa fazer pesar sobre um Ministro de Estado a sanção da perda dos direitos políticos e a perda do cargo, até em sede liminar, em primeira instância de jurisdição, não é consentâneo com o sistema de proteção da liberdade de agir do agente político propiciada ... pelo constituinte. ... a não se seguir o entendimento aqui preconizado, deslocar-se-á para a primeira instância praticamente todo o sistema de responsabilidade de agentes políticos. Um juiz de primeiro grau poderá, assim, se arrogar a função de censor da justiça e do bom desempenho de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, decretando-lhe a perda do cargo, se entender, v.g., que a motivação de uma decisão não foi adequada, prejudicando o erário. Nem se argumente que a sentença poderia ser, mais adiante, reformada. É justamente o custo político e de liberdade de ação que a mera decisão desfavorável em primeiro grau gera que induz a criação do mecanismo próprio de apuração de responsabilidade de agente político em sede especial. A responsabilidade do agente político, pois, quando a ele se imputa a acusação de improbidade, deve ser apurada pelo meio específico ideado pelo constituinte - a propositura de ação por crime de responsabilidade. O constituinte não deixa dúvida de que a responsabilidade dos agentes políticos é especial, ao submetê-lo a foro especial para a apuração desse tipo de ação. Daí não se poder processar o agente político com base na Lei nº 8.429/92. A responsabilidade desses agentes, mesmo que por ato capitulado como improbidade administrativa, deve ser vista, segundo o prisma constitucional, como subsumível à averiguação em sede de processo por crime de responsabilidade. A própria Lei nº 8.429/92 ... no art. 14, §3º, [ao trazer] que, no momento administrativo da aplicação da lei, a representação contra o agente público 'em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da [L. 8.112/90] e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares'. Como os agentes políticos não se submetem a tal regência, fica reforçada a tese de que nem mesmo o legislador de 1992 quis abrangê-los no âmbito normativo da Lei de Improbidade. O agente político pode responder por ato de improbidade administrativa; mas esses atos, no caso dos agentes políticos, são tratados como crimes de responsabilidade, a eles não se aplicando a Lei nº 8.429/92, mas a Lei nº 1.079/50. O art. 9º [da L. 1079/50] capitula hipótese de crime contra a probidade na administração, chegando a ser mais rigoroso do que a própria Lei de

improbidade, já que no item 7 do mesmo artigo contempla como causa de punição conduta definida de modo particularmente amplo. ... Na realidade, os chamados crimes de responsabilidade tanto se referem a crimes propriamente ditos como a infrações político-administrativas. ... Vê-se, pois, que a lei dos crimes de responsabilidade define condutas de ordem administrativa, verdadeiros ilícitos político-administrativos, que podem levar a conseqüências semelhantes às previstas na lei de improbidade de 1992. ... A solução para prevenir o 'bis in idem' há de ser o critério da especialidade. Sendo a lei de improbidade dirigida genericamente a todo agente público, e sendo a lei dos crimes de responsabilidade orientada para punir os agentes políticos, a lei específica exclui a incidência da lei geral em casos de acusação de improbidade imputada a Ministros de Estado, a integrantes do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. ... Entender que o agente político está sujeito à lei de improbidade ... é desprezar o sistema de responsabilização especial expressamente desejado pelo constituinte e por ele instituído, apartando-se do princípio da máxima efetividade que se deve buscar para as normas constitucionais. ... impõe-se a conclusão de que o art. 2º da Lei nº 8.429/92 deve ser compreendido mediante uma redução teológica do seu significado. Não se podem enxergar os agentes políticos como abrangidos pela norma. Tais agentes não podem ser vistos como sujeitos às regras dispostas naquela Lei de 1992, dado que, por suas particularidades de essência, têm o regime de responsabilidade administrativo-política definido por lei específica (a Lei nº 1.079/50, com alterações posteriores), diploma que atende ao propósito do constituinte de assegurar tanto mais ampla liberdade de ação aos agentes que expressam a vontade do Estado soberano. ... É certo, pois afirmar que fatos tidos como de improbidade administrativa não podem ser imputados a agentes políticos, como o Ministro de Estado, a não ser por meio da propositura da competente ação por crime de responsabilidade, para a qual é competente esse Supremo Tribunal Federal. Processar o Ministro de Estado com base na lei de improbidade comum (Lei nº 8.423/92), como aconteceu neste caso, é usurpar a competência do STF para processar e julgar os fatos tidos como de improbidade por meio da ação por crime de responsabilidade, a ser proposta pelo membro do Ministério Público que tem competência para atuar perante a Suprema Corte. ... (fls. 15/28). 2.1. O PEDIDO. Requer a União, em liminar, a suspensão "..... da eficácia da sentença reclamada, sustando-se a prática de qualquer ato processual relacionado com a mesma." (fls. 28). Por fim, "..... dado que qualquer ação envolvendo assunto de improbidade contra o Ministro de Estado não poderia ser proposta senão no [STF] e por membro do [MP] competente para atuar na Suprema Corte, a União requer que o processo em curso nas instâncias ordinárias seja, de imediato, extinto sem o julgamento do mérito. Ou, pelo menos, que, nos termos do art. 161, I, II e III, do [RISTF], requer seja avocado o conhecimento do processo, ordenada sua remessa à essa c. Corte e cassada a v. sentença prolatada." (fls. 28/29). 3. A DECISÃO. O tema da ação de improbidade contra agentes políticos tem sido objeto de controvérsia. Não são poucas as vozes que defendem hoje a limitação da prerrogativa de foro e saúdam o uso da ação de improbidade contra toda e qualquer autoridade. Outros observam que, no sistema constitucional vigente, não há espaço para o manejo indiscriminado da ação de improbidade contra agentes políticos. Estariam estes submetidos a um regime próprio de responsabilidade previsto na Constituição e em leis específicas. A questão assume relevo peculiar tendo em vista a disciplina da Lei de improbidade. A Lei 8.429/92, a partir de tipos extremamente genéricos arts. 10 e 11, autoriza o afastamento cautelar e condenação à perda do cargo e dos próprios direitos políticos dos agentes públicos em geral, art. 12. A propósito da controvérsia, leio em GILMAR MENDES e ARNOLDO WALD: "A instituição de uma 'ação civil' para perseguir os casos de improbidade administrativa coloca, inevitavelmente, a questão a respeito da competência para o seu processo e julgamento, tendo em vista especialmente as conseqüências de eventual sentença condenatória, que nos expressos termos da Constituição, além da indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, poderá acarretar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do réu em caso de eventual sentença condenatória (CF, art. 37, § 4º). Não há dúvida aqui, pois, sobre o realce político-institucional desse instituto. A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma "ação civil" de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos. Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne pacífica a competência dos juizes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429/92, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de cortes superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal. De observar que, enquanto na esfera penal são raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, art. 47, I, e 92, I), na "ação civil" de que trata a Lei nº 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até 10 anos, além da perda da função pública (Lei cit., art. 12). As implicações da sentença condenatória em "ação civil de improbidade" são destacadas por Cláudio Ari Mello, ao anotar que "o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos", (Improbidade Administrativa - Considerações sobre a Lei nº 8.429/92, in RT - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 3ª, nº 11, p. 58, abr/jun 95). É evidente, pois, que, tal como anotado pela doutrina, a sentença condenatória proferida nessa peculiar "ação civil" é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, é certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal. Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, com efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de "atos de improbidade", constante do art. 9º da Lei nº 8.429/92, com os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, art. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321). Tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na "ação civil", com sérias conseqüências para todo o sistema jurídico." (Competência para julgar a improbidade administrativa, in: Revista de Informação Legislativa n. 138, abril/junho 1998, p. 213/214) Sobre a eventual confusão ou interpolação entre os conceitos de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, leio, ainda, em ARNOLDO 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". (Ives Gandra da Silva Martins, Aspectos procedimentais do instituto jurídico do "impeachment" e conformação da figura da improbidade administrativa, in Revista dos Tribunais, v.81, n.685, 1992, p. 286/87). Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, "crimes de responsabilidade", então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra ministros de Estado ou contra integrantes de tribunais superiores (CF, art. 102, I, "c") (Cf Competência para julgar ação de improbidade administrativa, cit, p. 213/215). Poder-se-ia sustentar, é verdade, como já fez o STJ, com o voto de desempate de seu então Presidente PÁDUA RIBEIRO, que, ante a ausência de disposição legal definidora da competência, não poderia aquela Corte processar e julgar as ações por ato de improbidade administrativa (Rcl 591, Relator: Min. Nilson Naves, DJ 15.05.2000). Houve dissenso. Enfatizou-se que a controvérsia não é no plano da lei, mas no da Constituição. Leio em EDUARDO RIBEIRO: "Se partíssemos do princípio de que todas as normas jurídicas que atribuem competência hão de ser interpretadas estritamente, não se podendo sequer ter como por elas abrangidas outras hipóteses que, por força de compreensão, houvessem de sê-lo, a questão seria de fácil deslinde, pois indubitavelmente não existir, no texto constitucional, disposição que, expressamente, estabeleça ser este Tribunal competente para a matéria. Não me parece, entretanto, que a tradição do nosso direito e a jurisprudência do País placitem tal entendimento. Alguns exemplos podem ser citados e o ilustre advogado o fez da tribuna. Permito-me acrescentar outros dois. O Tribunal Federal de Recursos, com aprovação do Supremo Tribunal, se bem me recorde, entendeu que era de sua competência julgar, originariamente, os deputados estaduais nos crimes ditos federais. Não havia na Constituição, entretanto, norma que assim dispusesse. Competente seria, por certo, a Justiça Federal, em razão do contido no artigo 125, IV do texto constitucional então vigente. E como o artigo 122 disso não cogitava, a competência não seria do Tribunal Federal de Recursos, mas do juiz de primeiro grau. Decidiu-se, entretanto, do modo indicado. A atual Constituição determina, expressamente, que cabe aos Tribunais de Justiça o julgamento dos prefeitos. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, estabeleceu distinções. Tratando-se de crime eleitoral, será o prefeito julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral; se acusação referir-se a crime federal, o julgamento far-se-á por Tribunal Regional Federal. Nenhuma disposição, entretanto, atribui, para isso, competência a tais Cortes. Vê-se que se admitiu fosse ampliado o que está explícito no texto, para fazer compreender outras hipóteses que, logicamente, tendo em vista o sistema, nele se haveriam de ter como contidas. No caso, solução análoga se impõe. A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de função pública, por prazo que pode chegar a dez anos. 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. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível com o sistema." (RCL 591) Na mesma linha, o MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: "Ouvi com grande atenção as brilhantes considerações aqui desenvolvidas pelos Srs. HUMBERTO Demócrito Reinaldo e Fontes de Alencar. Parece-me, contudo, Sr. Presidente, que a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja, aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do Direito Civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais. É muito comum existir o dispositivo de natureza em leis penais e vice-versa. Por isso, Sr. Presidente, enxergando nessas sanções natureza eminentemente punitiva, acompanho o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro e aqueles que o seguiram." (RCL 591). Não impressiona o argumento concernente à competência estrita ou da inextensibilidade da competência deste Tribunal ou de outros Tribunais Federais para conhecer de determinadas ações. A interpretação compreensiva do texto constitucional, também em matéria de competência, tem sido uma constante na jurisprudência do STF e do judiciário nacional em geral. Recentemente, o STF reconheceu a sua competência para processar todo mandado de segurança, qualquer que fosse a autoridade coatora, impetrado por quem teve a sua extradição deferida pelo Tribunal - RCL 2069, VELLOSO, sessão de 27.06.2002). No caso não se afigura decisiva essa discussão, que poderá, todavia, ter aplicação em outras hipóteses. Também não se afigura relevante discutir se ação de improbidade, em eventual hipótese de desvio de poder, estaria sendo utilizada em lugar da adequada ação criminal. É verdade, porém, que este Tribunal, por decisão de seu Presidente - MARCO AURÉLIO - deferiu liminar, em reclamação, em situação assemelhada: "O fato é de molde a atrair, conforme precedentes citados na inicial (Habeas Corpus n. 42.108, Relator: Ministro Evandro Lins, Revista Trimestral de Jurisprudência 33/791 e Inquérito n. 1504, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 17 de junho de 1999), a competência desta Corte para o inquérito, pouco importando haja sido rotulado de civil público. Sobrepe-se ao aspecto formal a realidade, o tema de fundo, objetivo colimado" (RCL. 1110). Diversa é a situação que se coloca no presente feito. Cuida-se, aqui, de Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 08 anos e a perda da função pública (cargo efetivo de MINISTRO DE 1ª CLASSE do Ministério das Relações Exteriores) mediante sentença proferida pelo Juiz da 14ª. Vara Federal por fatos ligados ao exercício de sua função ministerial. Daí alegar-se na presente RECLAMAÇÃO que, diante dos termos do art. 102, I, "c", da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado, dentre outras altas autoridades. Poder-se-ia configurar, assim, - é o que se afirma na presente reclamação - a usurpação de competência deste Tribunal para processar e julgar ministros de Estado por crime de responsabilidade. A questão é relevante. Não parece haver alternativas: (a) ou os agentes submetidos ao regime de responsabilidade especial da Constituição submetem-se igualmente ao regime da Lei da improbidade; (b) ou os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de

responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto do regime comum da Lei de improbidade. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos. Está em HELY LOPES MEIRELLES: "Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder" (Direito Administrativo Brasileiro, 27a. edição, 2002, p. 76). Na mesma linha observa que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política. Transcrevo: "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 opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados" (Direito Administrativo, cit., p. 77). Não parece haver dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias, tendo em vista a peculiaridade do seu afazer político. Não é por acaso que a Constituição define, claramente, os agentes que estão submetidos a um regime especial de responsabilidade, como é o caso dos Ministros de Estado. É verdade, também, que o STF tem conferido realce a essa distinção e dela extraído consequências relevantes. No RE 228.977-SP (NÉRI DA SILVEIRA) assentou-se que "a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados [uma vez que] os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de duas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica" (INFORMATIVO 259). Este Tribunal, em homenagem ao caráter eminentemente político da função, recusou a possibilidade de que se pudesse instaurar processo-crime contra o Governador sem a autorização de dois terços da Assembléia Legislativa. Trata-se de requisito de procedibilidade desenvolvido pela jurisprudência do STF a partir da ponderação sobre o próprio significado no princípio democrático no texto constitucional. Destaco em CELSO DE MELLO, no HC 80.511-6; "... Funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira 'destituição indireta de suas funções'" (DJ 14.0901). Essa exigência traduz uma dimensão do princípio democrático. Não se admite a destituição indireta de autoridade sufragada pelo voto popular sem o consentimento expresso dos representantes do povo. Não parece haver outra interpretação possível. Do contrário, seria muito fácil comprometer o livre exercício do mandato popular, com a propositura de ações destinadas a afastar, temporariamente, o titular do cargo. Diferentemente, a Lei de Improbidade Administrativa admite o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sempre que a medida se fizer necessária à instrução processual, art. 20, parágrafo único. Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92) 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); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo; (b) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL e do PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS nas mesmas condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I "b") e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II); (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; (d) o afastamento cautelar ou definitivo de MINISTRO DE ESTADO, dos COMANDANTES DAS FORÇAS ARMADAS, de GOVERNADOR DE ESTADO, nas mesmas condições dos itens anteriores; (e) o afastamento cautelar ou definitivo do PROCURADOR-GERAL em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores. Essas hipóteses demonstram deixar ser um argumento ad absurdum o exemplo referido por REZEK no Conflito de Atribuições n. 35: "Figuro a situação seguinte: amanhã o Curador de Interesses Difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das Varas Cíveis da Capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso currículo viria anexo." (RT 650/201). Assim, a admissão do convívio dos dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos propicia que um juiz substituto de primeiro grau suspenda, em caráter provisório, a pedido de um diligente membro do Ministério Público prestes a encerrar o estágio probatório, do exercício de suas funções, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ALGUNS MINISTROS DE ESTADO, O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, OU O COMANDANTE DO EXÉRCITO. O que se indaga é se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos: (a) o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei n. 8.429, de 1992, e (b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, "c" da Constituição e disciplinado pela Lei n. 1.079, de 1950. 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). Por outro lado, a teor do

art. 3º da L. 1.079/1950, a imposição da pena referida no art. 2º não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais penais. Assim, em análise preliminar, não parece haver dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, são delitos político-administrativos. É certo que se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-á uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. Se, ao contrário, se entender que aos agentes políticos, como os Ministros de Estado, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da lei de improbidade, há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Conclui-se também, num juízo preliminar, que, na segunda hipótese, não se cuida de assegurar ao agente político um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. O agente político há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo. Também não impressiona, nesta fase inicial de análise, a consideração segundo a qual a ação de improbidade seria dotada de caráter reparatório. A simples possibilidade de superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie. Os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência também parecem recomendar um preciso esclarecimento da matéria. Dos elementos aduzidos sugerem a plausibilidade jurídica do pedido e a notória relevância jurídico-política do tema. De outro lado, há o risco pela mora, consistente na possibilidade de julgamento das ações por órgãos judiciais absolutamente incompetentes. Defiro a liminar. Suspendo a eficácia da sentença reclamada. Susto a tramitação do processo até posterior deliberação. Solicitem-se informações. Após, vista ao Sr. Procurador-Geral República. Brasília, 11 de setembro de 2002. Ministro NELSON JOBIM Relator