



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

OS AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Luno Prata Fraga Resende
Maurício Gentil Monteiro

Aracaju
2015

LUNO PRATA FRAGA RESENDE

AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em 07/12/2015.

Banca Examinadora

Maurício Gentil Monteiro

Universidade Tiradentes

Martha Franco Leite

Universidade Tiradentes

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Universidade Tiradentes

OS AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Luno Prata Fraga Resende¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo a possível aplicabilidade da lei de improbidade administrativa (lei federal nº 8.429/92) aos atos praticados pelos agentes políticos, objetivando esclarecer que a responsabilização por tais atos insere-se em esfera jurídica distinta daquela decorrente da prática de crimes de responsabilidade. Para alcançar o objetivo traçado, inicia-se trazendo o precedente jurisprudencial do STF que conduziu à inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos e destrinchando as teses ali desenvolvidas. Posteriormente, para melhor delimitação do tema, a abrangência do conceito de agentes políticos é definida, utilizando-se, para tanto, de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Feita esta análise, procede-se com o estudo comparativo entre a natureza jurídica dos atos de improbidade e dos crimes de responsabilidade, de maneira a desconstituir as teses de que a aplicação de ambos diplomas legais a uma mesma conduta encontra óbice na vedação ao *bis in idem*. Concomitantemente, revela-se as incongruências decorrentes do entendimento do Supremo Tribunal Federal esposado no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, utilizando-se de ensinamentos doutrinários contemporâneos, além de delinear a nova orientação jurisprudencial sobre o tema e de destacar, ao final, a relevância da solução da controvérsia para a consolidação da efetiva e integral responsabilização dos agentes ímprobos. O trabalho se desenvolve utilizando o método qualitativo e técnicas bibliográficas mais adequados ao que se pretende estudar. Palavras-chave: Agentes Políticos. Lei de Improbidade Administrativa. Crimes de Responsabilidade. Supremo Tribunal Federal. Natureza Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a responsabilização dos agentes públicos por atos infracionais, de todas as naturezas, alavancou consideravelmente nos últimos anos. A mudança de atitude da sociedade organizada, somada à atuação um pouco mais efetiva do Ministério Público, foram essenciais para o início da destituição da rede de corrupção que assola a nação brasileira.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: luno.prata@hotmail.com.

Neste toar, muito se tem discutido acerca da submissão dos agentes políticos ao regramento da lei de improbidade administrativa (LIA), o que acarretou a propositura de incontáveis ações judiciais nas quais os Tribunais Superiores foram obrigados a traçar as diretrizes para solução do impasse, cerne do presente trabalho.

O tema desperta atenção pelo fato de envolver institutos relevantes na seara jurídica. De um lado, encontra-se o ideal de justiça e de responsabilização de todos os agentes públicos infratores, com a consequente reparação dos danos causados; ao passo que no outro extremo figura a impossibilidade da dupla responsabilização por sanções de mesma natureza jurídica, vedação esta concebida sob a égide do princípio da Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana.

Em razão desta citada complexidade, imperioso se faz compreender a abrangência do termo “agente político”, à luz dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e, posteriormente, detalhar as diferenças entre as sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa e de crimes de responsabilidade, objetivando, ao final, encontrar um modelo sancionatório que reпреenda efetivamente o infrator e que conduza o país a tempos áureos, sem que, contudo, ofenda preceitos já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Para percorrer todo esse caminho é utilizado o método de estudo qualitativo, através da técnica de pesquisa bibliográfica, a fim de trazer, com base em denso referencial teórico, as melhores noções do que está por vir.

2 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS

Como ponto de partida para o estudo aprofundado do tema, mister se faz mencionar e destrinchar a decisão do Supremo Tribunal Federal na qual ficou estabelecido que os agentes políticos, como regra, não se submetem à lei federal nº 8.429/92.

O caso emblemático, conhecido como “caso Sardemberg”, refere-se à investigação e posterior condenação, operada pela primeira instância, de um Ministro de Estado que utilizou-se indevidamente de aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB). Após toda instrução processual, o juiz federal condenou-o às penas previstas na lei de improbidade, motivo pelo qual a União ajuizou a Reclamação nº 2.138/DF, sob o fundamento de que a Constituição Federal de 1988 não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Em decisão apertada, seis

votos a cinco, o plenário da Corte Suprema acatou referida tese, desenvolvendo inúmeras razões pelas quais tais agentes não devem ser punidos com as sanções daquela lei.

Segundo o ministro relator Nelson Jobim, os atos de improbidade administrativa previstos no art. 9, 10, 11 da Lei nº 8.429/92 são espécies de crimes de responsabilidade, os quais encontram-se disciplinados pela lei nº 1.079/51. Por tal razão, a aplicação dessas sanções pelo juízo de primeira instância viola diretamente a CF/88, tendo em vista que seu artigo 102, inciso I, alínea “c”, preceitua a competência originária do STF para julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelos Ministros de Estado.

Em seu voto, o Relator asseverou que:

Não se cuida de se assegurar ao Ministro de Estado um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. Não tenho a menor dúvida de que o Ministro de Estado não se submete ao regime geral da Lei de Improbidade. O entendimento contrário importaria no completo esvaziamento da competência do Supremo para se processar e julgar por crimes de responsabilidade os Ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores e os dos Tribunais de Conta da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, Recl. nº 2138/DF, Relator: Nelson Jobim, 2007)

Aduziu, ainda, que a possibilidade de um juiz de primeira instância condenar o Presidente da República a uma sanção de perda do cargo ou de suspensão dos direitos políticos ocasionaria um instabilidade político-institucional extrema, com consequências nefastas à sociedade brasileira.

O referido voto foi acompanhado pelos ministros Maurício Correia, Ellen Gracie, César Peluso, Ilmar Galvão e Gilmar Mendes, tendo este último acrescentado que, embora não sujeitos aos ditames da lei de improbidade administrativa, os Ministros de Estado podem ser responsabilizados civilmente para ressarcir o erário público mediante ação civil pública.

Entre os votos divergentes, o ministro Joaquim Barbosa asseverou que a possibilidade de os agentes políticos, que figuram no alto escalão do governo e estão envolvidos diretamente na tomada das decisões fundamentais da nação, receberem tratamento mais brando que os demais agentes públicos quanto à responsabilização por atos infracionais representa um “retrocesso institucional”, vez que propõe o retorno “à barbárie da época do absolutismo”. Defendeu, no entanto, que apenas as sanções de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos não se inserem no rol das competências do juízo de primeira instância, ante a natureza eminentemente política destas punições.

As incontáveis teses apresentadas durante o julgamento, além da acirrada votação, bem demonstram a complexidade do tema, o qual vem sendo objeto de constantes debates desde o referido caso, julgado em 2007, podendo se observar, inclusive, uma tendência de mudança de posicionamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que será abordada posteriormente.

3 TEORIAS ACERCA DA ABRAGÊNCIA DO TERMO “AGENTE POLÍTICO”

Releva asseverar, inicialmente, que o conceito de agentes políticos não se confunde com o de agentes públicos. Este é gênero do qual aquele é espécie. Considera-se agente público todo aquele que exerce, de forma remunerada ou não, uma atividade ou função pública, sob qualquer forma de vinculação, conceito este expressamente insculpido no art. 2º da lei federal nº 8.429/92.

Celso Antônio Bandeira Mello esclarece que a concepção de agentes públicos:

[...] é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam ocasional ou episodicamente. (2015, p. 250)

No que atine aos agentes políticos, por sua vez, parcela dos doutrinadores brasileiros, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, posiciona-se no sentido de que tais agentes são as pessoas nomeadas, eleitas, designadas ou delegadas para exercer atribuições constitucionais no primeiro escalão do governo e da Administração.

Trata-se da teoria mais ampliativa que, nas lições de Meirelles, englobaria os chefes dos Poderes Executivos e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários); os membros das Casas Legislativas; os membros do Poder Judiciário; os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunal de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem no comando e na execução de atividades essenciais para o país. O fundamento constitucional para tal conclusão é a interpretação literal e teleológica do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, o qual, claramente, supõe a desvinculação entre conceito de agente político e a exigência de elegibilidade, ao expressar os termos “dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos”. (MEIRELLES, 2015, p. 78-80)

Por outro lado, doutrinadores consagrados, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, adotam uma concepção mais restritiva sobre o tema.

Segundo esta corrente, adotada pela doutrina majoritária, para que os agentes públicos sejam considerados políticos, necessário se faz o preenchimento de três requisitos: exercer atividade de governo, desempenhar suas funções de forma transitória (mandato) e possuir como forma de investidura a eleição. Como exceção a essa regra, acrescentam-se os Ministros e os Secretários de Estado, ocupantes de cargo em comissão de livre escolha do Chefe do Poder Executivo. (PIETRO, 2015, p. 654-656; CARVALHO FILHO, 2015, p. 612-613)

Mello define que:

São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (2015, p. 254)

No que atine aos membros da Magistratura e do Ministério Público, embora não estejam sujeitos ao crivo da escolha popular, tampouco exerçam mandatos, há doutrinadores nesta corrente que admite sua inclusão entre os agentes políticos. Os primeiros em função de exercerem atividade intrínseca à efetivação do fundamento constitucional da soberania do Estado, enquanto que os demais em razão das competências que lhes foram atribuídas pela Constituição, sobretudo a de fiscalizar a atuação estatal e os serviços de relevância pública. (PIETRO, 2015)

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.977-2/SP, no qual se discutia o enquadramento dos magistrados na categoria de agentes políticos, já havia se pronunciado neste sentido, tendo o relator Néri da Silveira assentado que:

[...] embora seja considerado um *agente público* – que são todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório -, os magistrados se enquadram na espécie *agente político*. Estes são investidos para o exercício de *atribuições constitucionais*, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, requisitos, aliás, indispensáveis ao exercício de suas funções decisórias. (grifo do original) (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE nº 228.977-2/SP, Relator: Néri da Silveira, 2002)

Pode-se concluir, então, em consonância com a doutrina majoritária, que agentes políticos são aqueles titulares de cargo situado no topo da hierarquia das atividades de governo e de Administração do país, atuando com independência e autonomia no

desempenho de suas atribuições político-constitucionais, amparados, como regra, pelo preenchimento dos requisitos da transitoriedade e elegibilidade.

4 FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS: CRIMES DE RESPONSABILIDADE (LEI Nº 1.079/51 E DECRETO-LEI Nº201/67) X IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92)

Os crimes de responsabilidade são infrações de natureza político-administrativa previstas nos arts. 52, I e II, 85, e 102, I, “c” da CF/88, atualmente disciplinadas pela lei nº 1.079/51 e pelo decreto-lei nº 201/67. Destaque-se, por oportuno, que enquanto a primeira regula as infrações cometidas por agentes titulares de cargos federais ou estaduais (Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários), a segunda insere-se no âmbito municipal (Prefeitos e Vereadores).

Extrai-se das normas constitucionais que regem a matéria que os crimes de responsabilidade representam quaisquer atos atentatórios aos ideais republicanos, federalistas e democráticos praticados pelos agentes políticos. Neste toar, pune-se, por exemplo, atos que gerem danos à “existência da União”, à livre atuação dos Poderes e ao “cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

Carlos Ayres Britto, em artigo publicado recentemente, destacou, em referência aos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, que:

O que se tem pelo artigo 85, destarte, é a Constituição a se autorreferir. A se autorreferir para se proteger por um modo mais repressivamente drástico. Para ordenar ao presidente do Brasil que não incorra em atos funcionais atentatórios dela. Que não ouse fazer do Brasil ‘um barco juridicamente à deriva’, que é um barco sem o timão dela própria. Sob pena de incidir em crime de responsabilidade, punível, centralmente, com a perda do cargo e a inabilitação para a função pública, por oito anos (parágrafo único do artigo 52). É o que prosaicamente se chama de impeachment ou impedimento de prossecução no exercício do mandato presidencial. Mas impeachment pela perpetração de atos infracionais que têm natureza própria ou inconfundível com a de qualquer outra ilicitude: penal, civil, eleitoral, de contas. Por isso que explicitamente chamados de ‘crimes de responsabilidade’, a ter por lógico pressuposto um atentado à Constituição como o específico bem jurídico a que visa proteger a norma incriminadora em que o artigo 85 se traduz. (BRITTO, 2015)

Cumprir esclarecer que, embora o termo “crime” inquestionavelmente conduza ao pensamento de que se trata de instituto penal, certo é que em nada se assemelha a este, sobretudo porque refere-se a atos políticos e administrativos puníveis com sanções que em

muito divergem das sanções penais (BRITTO, 2015), visto que estas exigem necessariamente a cominação de pena privativa de liberdade. Em outros termos, busca-se aqui proteger o Estado Democrático de Direito, privando o agente político do poder, tendo em vista que a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública é a punição propriamente dita, e não consequências da condenação, como ocorre no âmbito penal. (ALVES e GARCIA, 2014)

Outro ponto que merece destaque é o fato de que os chefes do Poder Executivo serão submetidos a julgamento por crime de responsabilidade perante o Poder Legislativo, o que denota o caráter político destas sanções. Assim, o Presidente da República, o Governador e o Prefeito serão julgados pelo Senado Federal, pela Assembleia Legislativa e pela Câmara de Vereadores, respectivamente. Outros agentes políticos, no entanto, ainda que possam ser responsabilizados por tais infrações, estão sujeitos a julgamento realizado por um Tribunal, como é o caso dos Ministros de Estado, com a ressalva do art. 52, inciso I, da CF/88, questão invocada durante a sessão de julgamento da Reclamação 2.138/DF.

Certo é que todos os agentes políticos, independentemente se julgados por Tribunal ou pelo Poder Legislativo, possuem foro por prerrogativa de função em ações que versem sobre crimes de responsabilidade por expressa disposição constitucional. Aqui jaz o primeiro argumento desconstitutivo da tese apresentada pelo ex-ministro Nelson Jobim de que os atos de improbidade são espécies de crimes de responsabilidade. O Supremo Tribunal Federal, após inúmeros debates, já pacificou que os agentes públicos não possuem foro privilegiado em ações de improbidade administrativa, entendimento este, ressalte-se, acertado. Ora, inadmissível concluir então que os atos de improbidade são espécie de crimes de responsabilidade, se a própria Constituição e, conseqüentemente, a Corte Suprema conferem tratamento diferenciado aos dois institutos no que atine à existência de foro privilegiado. (COUTO, 2015)

Em complemento, cumpre ressaltar ainda que, embora sejam considerados agentes políticos, não há na Constituição Federal, tampouco na Lei 1.079/51, qualquer menção aos Senadores e Deputados Estaduais e Federais, razão pela qual não estão sujeitos ao processo de *impeachment*, tão somente ao regramento da LIA. (NEVES e OLIVEIRA, 2014)

A Constituição Federal não se restringiu a responsabilizar os agentes políticos em razão de infrações político-administrativas, tendo criado, em verdade, outra forma de punição com foco no agente desonesto, antiético e imoral. Tais infrações encontram-se

positivadas no art. 37, § 4º da Constituição Federal, tendo sido regulamentada pela lei federal nº 8.429/92.

Martins Júnior (2001) esclarece que improbidade administrativa representa um desvirtuamento do agente público no desempenho de sua atividade funcional para angariar ou distribuir vantagem ilegal ou imoral, inobservando os princípios e ditames que regem a Administração Pública. Trata-se, portanto, de infrações funcionais no trato da coisa pública, nas quais os agentes políticos violam diretamente as pedras angulares do regime jurídico-administrativo, quais sejam: os princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público.

Neste sentido:

[...] improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob as diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta e afronta aos 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. (FAZZIO JÚNIOR, PAZZAGLINI FILHO e ROSA, 1999, p. 39-40)

Imperioso salientar que a improbidade administrativa não se confunde com o despreparo do gestor público e com a má administração, sendo que neste caso será cominada uma sanção mais branda, por se tratar de simples infrações funcionais, não sendo, pois, aplicada a lei de improbidade administrativa.

Em outros termos, para caracterização do agente ímprobo mister se faz comprovar o dolo ou a culpa em sua conduta, “de acordo com as circunstâncias periféricas ao caso concreto, como o conhecimento dos fatos e das consequências, o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas”. (ALVES e GARCIA, 2014, p. 437)

A lei de improbidade administrativa destaca, logo em seu art. 1º, que qualquer agente público podem praticar ditas infrações, o que necessariamente inclui a espécie “agentes políticos”, tendo-as distribuído, exemplificativamente, em três grandes espécies: os que importam em enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra a Administração Pública.

Segundo Pietro (2015), a lei federal nº 8.429/92 não se preocupou em definir o conceito de improbidade administrativa, tampouco em exaurir as hipóteses de sua incidência, tendo, em verdade, apresentado apenas um rol exemplificativo de condutas omissivas e comissivas que se enquadram como “atos de improbidade administrativa”.

No que atine às sanções, a lei nº 8.429/92 tratou de ampliar aquelas já previstas no art. 37, § 4º, da CF/88, prevendo que o juiz pode condenar o agente ímprobo ao perdimento dos bens adquiridos ilicitamente, ao ressarcimento dos danos causados, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos, à pena de multa e à proibição de contratar com o poder público e/ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

Questão polêmica e que fora suscitada durante o julgamento da Reclamação nº 2.138/DF refere-se à natureza jurídica das sanções dos atos de improbidade administrativa. Embora haja na doutrina adeptos da concepção penal de instituto, sua proposta pode ser integralmente rechaçada pela simples interpretação literal do dispositivo constitucional que rege a matéria, ao prever que os atos de improbidade ensejarão diversas punições, “sem prejuízo da ação penal cabível”. Ademais, o conceito de crime no Brasil exige como consequência um pena privativa de liberdade, punição esta não encontrada no rol da LIA. (ALVES E GARCIA, 2014)

Alves e Garcia (2014) acrescentam que o emprego do vocábulo “notadamente” no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA tem caráter “meramente enunciativo”, fato que por si só ofende o princípio da estrita legalidade, que rege a seara penal, segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, de que os atos de improbidade são crimes de responsabilidade, tal como assentado no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, representa a concepção político-administrativa. Segundo esta vertente, a natureza jurídica de ambas as espécies são idênticas, razão pela qual deve-se prevalecer a lei de crimes de responsabilidade, em aplicação ao princípio da Especialidade, ainda que a LIA disponha que todos os agentes públicos estão sujeitos às sanções dela decorrentes.

Ocorre que a Constituição Federal claramente distingue tais institutos ao prevê-los em dispositivos distintos. Enquanto que os crimes de responsabilidade estão previstos nos arts. 52, I e II, 85, e 102, I, “c” da CF/88, os atos de improbidade foram disciplinados no art. 37, § 4º, fato este que, como dito anteriormente, conduziu o Supremo a conferir, acertadamente, tratamento diferenciado quanto à aplicação do foro privilegiado.

A este respeito:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a “atos de improbidade” e a “crimes de responsabilidade”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*. (ALVES e GARCIA, 2014, p. 635).

Por fim, a concepção civil das sanções dos atos de improbidade é a que se adequa ao teor das normas disciplinadoras da matéria. Neste sentido, Alexandre de Moraes proclama que a natureza cível dos atos de improbidade decorre do próprio texto constitucional, que consagra 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’”. (2006, p. 319)

Alves e Garcia (2014) ratificam esse entendimento ao dispor sobre a natureza civil dos atos de improbidade, que conduzem a restrições na esfera jurídica do ímprobo a partir de um juiz de competência cível, utilizando o Código de Processo Civil, com ressalva das normas procedimentais da LIA, e aplicando as sanções com a observância das garantias daquela seara. Neste sentido:

Principiando pelo bem jurídico a ser subtraído ou restringido, é possível afirmar que as sanções de multa, proibição de contratar com o poder público, proibição de receber benefícios fiscais ou incentivos fiscais e creditícios, ressarcimento do dano e perda de bens e valores têm natureza patrimonial. A sanção de perda da função pública, no plano mediato, assume contornos patrimoniais, e, no imediato, tem contornos funcionais. Neste último caso, a dissolução do vínculo é consequencial, estando atrelada à esfera jurídica em que situado o ilícito (penal, cível, administrativa ou política). Quanto à sanção de suspensão dos direitos políticos, que restringe o direito de votar e ser votado, alijando o ímprobo do processo político, sua natureza é política. Note-se, no entanto, que o designativo “política” é empregado no sentido de participação na organização das estruturas estatais de poder, não mantendo qualquer correlação com o órgão responsável pela aplicação da sanção ou os critérios de conveniência e oportunidade característicos dessa seara. (2014, p. 624)

Conforme exaustivamente demonstrado, a tese central do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF não fora acatada pela doutrina majoritária, restando assentado que, em verdade, as sanções decorrentes dos atos de improbidade possuem natureza jurídica civil.

5 CRÍTICAS AO POSCIONAMENTO DO STF

O entendimento conferido pelo STF à matéria representa um retrocesso social-institucional, à medida em que os agentes políticos, embora detentores de mais poderes e responsabilidades, se sujeitam a regime sancionador mais brando que os demais agentes públicos, fato que, no Brasil, considerando o histórico de corrupção no primeiro escalão do governo, ganha contornos catastróficos.

O primeiro ponto a se rechaçar é a tese de que, em razão do princípio da especialidade, a lei de crimes de responsabilidade, dirigida para punir exclusivamente os agentes políticos, exclui a incidência da lei genérica de Improbidade, tendo em vista que, conforme ressaltado em tópico anterior, as duas modalidades de responsabilização possuem natureza jurídicas distintas, podendo haver, portanto, a dualidade de punições, sem que isso importe em violação ao princípio do *Non Bis In Idem*.

Pietro alerta que:

A improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos. (2015, p. 985)

O ministro Joaquim Barbosa aduziu em seu voto que se trata de disciplinas normativas distintas, ainda que preservem o mesmo princípio constitucional, qual seja, o da moralidade administrativa. Asseverou ele que enquanto a LIA resguarda a ética na Administração Pública, utilizando-se de tipificação cerrada, a lei de crimes de responsabilidade possui um objetivo constitucional mais elevado, visando “lançar no ostracismo político o agente político faltoso”, cujas ações representem risco ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual as condutas descritas nesta lei muitas vezes se confundem com desvios na atuação funcional do alto escalão do governo.

Acrescentou ainda que:

[...] se a Constituição permite o mais, que é a cumulação da responsabilidade política com a responsabilidade penal, por que haveria de proibir o menos, isto é, a combinação de responsabilidade política com responsabilidade por improbidade administrativa?. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, Recl. nº 2138/DF, Relator: Nelson Jobim, 2007)

Repise-se que o próprio STF entra em contradição ao inicialmente assentar que os atos de improbidade são espécies de crimes de responsabilidade, ou seja, possuem natureza política, e, posteriormente, posicionar-se no sentido de que os agentes ímprobos não se sujeitam ao foro privilegiado previsto no art. 102, “c” da Constituição Federal, devendo a respectiva ação ser processada pelas instâncias ordinárias.

Outra questão que merece críticas é o fato de que a grande maioria das condutas descritas na LIA, cujas sanções são mais rigorosas, não estão descritas nas leis de crimes de responsabilidade. Com a inaplicabilidade da Lei nº8.429/92, os agentes políticos estariam imunes e livres para infringir diversos preceitos que conduzem a Administração Pública.

A este respeito, Fazzio Júnior esclarece que:

[...] interpretada literalmente, a Constituição não impede, mas até admite expressamente (no §4º do art. 37) essa duplicidade de regimes. Até porque nem todos os atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 estão tipificados como crimes de responsabilidade pela Lei nº 1.079/51. Assim sendo, o duplo regime somente se configuraria concretamente, em relação às figuras típicas coincidentes, não quanto às demais. E são poucas. (2015, p. 52)

Outro viés intrinsecamente relacionado à impunidade reflete-se com relação ao prazo para deflagração das ações. Enquanto que as ações de crimes de responsabilidade só podem ser instauradas enquanto o agente político estiver no exercício de suas funções, as ações de improbidade, à luz do art. 23 da LIA, podem ser proposta dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos contados do término do mandato, do cargo em comissão ou de função de confiança, ressalvadas as ações de ressarcimento que são imprescritíveis. Assim, por exemplo, um Ministro de Estado que, utilizando-se de má-fé, frustra a licitude de um concurso público restará imune caso tenha renunciado um dia antes da descoberta da fraude, se admitirmos a exclusão dos agentes políticos no rol de sujeitos ativos da LIA. (ALVES e GARCIA, 2014)

O ministro relator da Reclamação utilizou-se também do argumento de que a submissão aos dois regimes de responsabilização implicaria em situações esdrúxulas e inconstitucionais, como o afastamento cautelar do Presidente da República. Para a solução da controvérsia basta recorrer ao instituto do *periculum in mora* inverso (PEREIRA NETO, 2015), pacificamente utilizado pelos Tribunais pátrios, segundo o qual, na apreciação de pleitos cautelares, o magistrado deve observar a incidência de grave risco de dano irreparável ao réu, que ocorrerá quando se tratar de Presidente da República, desdobramento do

princípio da Razoabilidade. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE nº 762692/PB, Relator: Roberto Barroso, 2013)

Outra tese defendida pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal contesta a possibilidade de o juízo de primeira instância decretar a perda do cargo do Presidente da República. A primeira ressalva a se fazer é que a própria Constituição ao prever expressamente a perda do cargo público como sanção decorrente dos atos de improbidade administrativa e ao distingui-los dos crimes de responsabilidade anuiu com essa possibilidade. Ademais, consoante o art. 20 da LIA, tal providência só se processará com o trânsito em julgado da decisão, o que pressupõe a faculdade do réu de interpor diversas espécies de recursos, com reais chances de o Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria.

Couto (2015) defende que se o Constituinte Originário quisesse ampliar o foro privilegiado às ações de improbidade, assim teria feito expressamente no art. 37, §4º da CF. Assevera que não se trata de descuido do Constituinte, mas sim de vedação irrestrita à improbidade administrativa. Esclarece, ainda, que:

A CF/88 pretendeu mostrar à sociedade que os agentes políticos mais importantes do país devem dar o exemplo de probidade e, caso não procedam desta maneira, serão punidos da mesma forma que o mais simples servidor público. (2015, p. 531)

Alexandre de Moraes (2006) acrescenta que tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, somente possuem competência originária para processar e julgar as hipóteses previstas na CF/88, dentre as quais não se incluem as ações de improbidade administrativa contra as altas autoridades da República. Em outros termos, o rol de hipóteses em que se fixará o foro privilegiado é taxativo, não podendo haver interpretação ampliativa do texto constitucional, em respeito ao princípio do Juiz Natural.

Ainda no que atine à aplicação da perda do cargo aos agentes políticos, releva frisar, por fim, que o magistrado deve ponderar a gravidade da infração e a real necessidade da penalização nesta proporção, podendo, a depender do caso, optar por afastar tal sanção, em obediência aos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Neste sentido:

Cabe lembrar, no entanto, que toda disciplina punitiva subordina-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que contém a razoabilidade e que impõe equivalência entre agressão e repressão, que restaria definitivamente comprometida com a obrigatoriedade de imposição da totalidade de uma extensa relação de penalidades a fatos substancialmente diferentes no que concerne ao comprometimento dos bens tutelados pelo Direito. O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, envolvendo a conformidade ou adequação (razoabilidade), a

exigibilidade ou necessidade (seleção do meio menos oneroso) e a proporcionalidade em sentido restrito (meio proporcionado ao fim), impõe-se como diretriz a dosagem das penalidades e seleção daquelas que se apresentem compatíveis com a efetiva gravidade das infrações. Assim, o Judiciário, atento aos ditames desse princípio, deverá considerar cada caso concreto em face dele, podendo, perfeitamente deixar de aplicar uma ou mais sanções dentre as previstas no art. 12 da Lei 8.429, de 1992. (PRADO, 2001, p. 153)

Por fim, no que atine a eventual crescente de deflagrações de ações de improbidade com propósitos exclusivos de desgastar a figura do gestor público, sobressalta-se que o direito pátrio detém uma gama de mecanismo jurídicos de reparação de danos que podem ser utilizados pelo gestor público, com fulcro nos arts. 5º, V, da CF/88 e 186 e 927 do Código Civil. Ressalte-se, ainda, que o art. 19 da LIA tipifica como crime a representação por ato de improbidade quando o representante conhece a inocência do representado, além de que o autor, Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, poderá responder por litigância de má-fé, nos termos do art. 16, 17 e 81 do Código de Processo Civil.

6 NOVAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

A composição da Corte Suprema se alterou significativamente desde o julgamento daquele caso emblemático, restando apenas três ministros da antiga formação, o que tem conduzido a uma mudança de posicionamento na apreciação do tema.

Em 2012, o Supremo assentou que a decisão proferida durante o julgamento da Reclamação nº 2.138/DF restringe-se aos casos de Ministros de Estado, estando os chefes do Poder Executivo municipal sujeitos às sanções da LIA e também às decorrentes da prática de crimes de responsabilidade prevista no decreto-lei nº 201/67, admitindo a dualidade de punições. Ou seja, a Corte Suprema possibilitou que o juízo de planície julgue os prefeitos em atos de improbidade administrativa, mesmo a CF/88 estipulando o foro por prerrogativa de função a tais agentes em seu art. 29, inciso X, em evidente mudança de posicionamento quanto à natureza jurídica destas infrações. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, AgRg na MC na Recl.6.034-9/SP, Relator: Ricardo Lewandovisk, 2008).

O STF decidiu que não há identidade material entre os casos citados, de modo que todas ações que versem sobre os demais agentes políticos devem ser objeto de apreciação do plenário, ante a complexidade do tema, não tendo, pois, a decisão proferida na Reclamação nº 2.138/DF efeito *erga omnes* aos agentes políticos. Ratificou, ainda, a necessidade de

novos debates sobre o tema, levando-se em consideração a votação acirrada ocorrida durante o caso “Sardemberg” e a nova composição da Corte.

De igual maneira, durante o julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3585/RS, que versava sobre ato ímprobo praticado por ex-Governador de Estado, o ministro relator Celso de Mello enfatizou que a Corte Suprema tem prolatado decisões reiteradas no sentido de ser aplicável aos agentes políticos o regime jurídico fundado na lei nº 8.429/92, reconhecida, em tais hipóteses, a competência do magistrado de primeiro grau. O Relator destacou que, após o julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, o STF, ao se deparar com idêntica temática, consolidou o entendimento de que os agentes políticos estão sujeitos a uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, AgRg na AC nº 3585/RS, Relator: Celso de Mello, 2014)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 2790/SC, que os agentes políticos estão sujeitos à LIA, ressalvada a figura do Presidente da República, *in verbis*:

Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, Recl. Nº 2790/SC, Relator: Teori Albino Zavascki, 2009)

Percebe-se, portanto, que os Tribunais Superiores gradativamente vêm alterando seu posicionamento inicial, buscando encontrar um modelo sancionatório legal, suficientemente severo e proporcional à elevada carga de responsabilidades e de poderes que os agentes políticos detêm.

Certo é que o tema deve ser objeto de novos debates no âmbito da Suprema Corte, sobretudo em razão das inúmeras ações em desfavor de agentes políticos que o Ministério Público deflagrou nos últimos anos. Não se pode permitir a criação de um vazio legislativo na responsabilização de tais agentes, anulando uma importante conquista democrática com fundamento em uma interpretação equivocada da Carta Magna de 1988. A Lei de Improbidade Administrativa representa um dos meios mais eficientes de controle sobre os Administradores e sobre a *res publica*, razão pela qual deve ser integralmente aplicável a

todos os agentes públicos, sob pena de fomentar a impunidade daqueles responsáveis por atos infracionais que emperram a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Constituinte Originário foi claro ao tratar da responsabilização dos agentes públicos por seus atos infracionais, distribuindo-a em três esferas distintas, quais sejam, penal (crimes funcionais), civil (atos de improbidade administrativa) e política (crimes de responsabilidade).

Conforme debatido ao longo do trabalho, as finalidades e as sanções decorrentes dos atos de improbidade e dos crimes de responsabilidade são essencialmente distintas. Enquanto que naqueles pune-se, mediante julgamento jurídico, o agente por desvios na atividade administrativa e por ofensa ao princípio da moralidade administrativa, nestes busca-se unicamente afastar, por intermédio de sanções políticas, o agente político que abusou de suas prerrogativas constitucionais. A própria CF/88 consagrou esta distinção, estabelecendo plena autonomia e independência entre as instâncias de responsabilização, ao não estender o foro por prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa, além de ter disciplinado os institutos em dispositivos distintos.

Neste toar, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, no sentido de que os atos de improbidade administrativa são espécies de crimes de responsabilidade, estando os agentes políticos “absolvidos” das sanções provenientes da lei nº 8.429/DF, representa ofensa direta à CF/88 e um consentimento com a impunidade dos agentes ímprobos, que dilapidam o patrimônio público e ofendem os princípios norteadores da Administração Pública, o que importa consequências drásticas à sociedade brasileira.

Por outro lado, a aplicação integral da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, conforme já estabelecido pela CF/88, alavancará consideravelmente a repreensão e a reparação dos danos causados por estes, de modo que o combate à corrupção, tão invocado atualmente, ganhará uma importante aliada, responsável por dissipar os agentes desonestos da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 201/67, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei Ordinária nº 1.079/50, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.html> Acesso em 01 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 861666/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336774/agravo-de-instrumento-ai-861666-mg-stf>>. Acesso em 01 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138/DF. Reclamante: União Federal. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>>. Acesso em 04 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.977-2/SP. Recorrente: José Antônio Lavouras Haicki. Recorrido: Elias Antônio Jorge Nunes. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 12 de abril de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252829>> Acesso em 01 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 762692/PB. Recorrente: Energisa Paraíba. Recorrido: Estado da Paraíba. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24210674/recurso-extraordinario-re-762692-pb-stf>>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.790/SC. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8577160/reclamacao-rcl-2790-sc-2008-0076889-9-stj>>. Acesso em 25 de setembro de 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimes-responsabilidade-presidente>>. Acesso em 07 de outubro de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

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

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. **Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da lei nº 8.429/92**. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/531737 > Acesso em 27 de setembro de 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

ABSTRACT

This article has the purpose the possible applicability of the administrative improbity law (federal law 8.429/92) in the acts of the political agents, in order to stablish that the accountability for such acts belongs to a judicial sphere diferente from the one stemming from the practice of reponsability crimes. In order to reach the defined purpose, it begins bringing out the judicial precedent of Federal Supreme Court (STF), which led to the inapplicability os the administrative improbity law to the political agents, examining the theses developed there. Afterwards, to limit the theme in a better way, the dimension of the political agent concept was defined, using both doctrinaire and jurisprudential understanding. Having analysed that, it proceeds with the comparative study between the legal nature os the improbity acts and the responsability crimes, in order to deconstitute the

theses in which the application of both legal texts to the same conduct faces a impediment due to bis in idem prohibition. Concomitantly, the inconsistencies of STF understandings regarding the judgement of Complaint nº 2.138/DF are reveled, based on contemporary doctrinal teaching, and it also limits the jurisprudential orientation about the theme and, by the end, the importance of solving the controversy of the effective and fully responsabilizations of agents who practice improbity acts. The work is developed using a qualitative method and bibliographic techniques that are more appropriate to what is studied. Keywords: Political Agents. Administrative Improbity Law. Responsibility Crimes. Federal Supreme Court (STF). Legal Nature.