

# Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos

Yeline Carvalho Cordeiro

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

William Paiva Marques Júnior

Graduado em Direito. Especialista em Direito Processual Penal pela ESMEC/UFC. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará.

**Resumo:** O presente artigo aborda a controvérsia existente acerca da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos quando o fato ilícito praticado também configurar crime de responsabilidade. Analisa a probidade administrativa, que deve ser entendida como princípio autônomo em relação ao princípio da moralidade, e sua intrínseca relação com os demais princípios orientadores do Direito Administrativo. Demonstra os aspectos diferenciadores entre os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade, apontando a diversidade de natureza jurídica dos institutos. Analisa também o posicionamento adotado pela doutrina e pela jurisprudência a respeito do assunto, com destaque para a discussão acerca da eventual existência de *bis in idem* caso haja a aplicação em conjunto dos citados institutos. Conclui que os agentes políticos podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa, de acordo com a Lei n. 8.429/1992, independentemente da responsabilização pela prática de crimes de responsabilidade, efetivando os princípios da probidade e da isonomia.

**Palavras-chave:** Probidade administrativa. Agentes políticos. Atos de improbidade. Crimes de responsabilidade. Natureza jurídica diversa.

**Abstract:** This paper addresses the controversy related to the enforcement of Administrative Misconduct Law to political agents when the practiced illicit fact is characterized, at the same time, as a liability crime. It also analyzes the administrative probity, which must be understood as autonomous principle in relation to the principle of morality, and its intrinsic relationship with the other guiding principles of administrative law. It demonstrates different aspects between misconduct acts and responsibility crimes, focusing the legal nature diversity of institutes. It discourses the emplacement adopted by doctrine and jurisprudence related to the subject, focusing the discussion about the possible existence of bis in idem when there is an application to both institutes. In conclusion, political actors can be liable for misconduct administrative acts, based on Law 8.429/1992, independent if they are liable for responsibility crimes, in order to effect the constitutional principles of probity and isonomy.

**Keywords:** Administrative probity. Political actors. Misconduct acts. Liability crimes. Legal nature diversity.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O princípio da probidade administrativa. 3 O ato de improbidade administrativa e o crime de responsabilidade: diversidade de natureza jurídica dos institutos. 3.1 A natureza jurídica do ato de improbidade. 3.2 A natureza jurídica do crime de responsabilidade. 4 Possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos. 4.1 Delimitação conceitual dos agentes políticos. 4.2 Análise doutrinária. 4.3 Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a probidade administrativa, como dever funcional de boa administração, passou a ser tutelada de forma expressa no ordenamento jurídico, tendo respaldo no art. 37, § 4º, da Carta Maior, que dispõe acerca do regime sancionatório aplicável aos agentes públicos no caso de prática de atos caracterizadores de improbidade administrativa.

Na evolução jurídico-constitucional brasileira, foi editada a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) com o escopo de proporcionar uma maior efetividade na tutela da probidade no âmbito da Administração, tendo em vista que seus agentes, no exercício de atividades de titularidade originária do Estado, podem perpetrar atos que ocasionem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

A despeito de a Lei de Improbidade Administrativa encontrar-se em vigor há décadas, ainda persistem inúmeras controvérsias a respeito de sua correta aplicação, ocasionando um grande número de demandas nas quais são questionados alguns dos conceitos básicos dispostos na lei, de acordo com notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>.

Um dos mencionados pontos controvertidos versa a respeito da possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, independentemente da aplicação das leis referentes aos crimes de responsabilidade, quando determinado ato ímprobo configurar, simultaneamente, crime de responsabilidade, por meio de uma análise do alcance do art. 37, § 4º, da Constituição, e do art. 2º da Lei de Improbidade, que trata do conceito de agentes públicos.

As decisões adotadas pelos tribunais superiores revelam a inexistência de posicionamento definitivo sobre o assunto e, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado em relação à controvérsia em epígrafe, não proferiu decisão com efeitos vinculantes, o que ocasiona uma indefinição quanto ao real alcance subjetivo da Lei de Improbidade Administrativa.

---

1 Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103422#](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103422#)>. Acesso em: 9 maio 2012.

Com efeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a referida controvérsia tem como marco o julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, no ano de 2007, a partir da qual foi adotado o entendimento de que o ordenamento constitucional pátrio comporta duas espécies de responsabilização político-administrativas, quais sejam: a) a decorrente de ato de improbidade e b) a decorrente de crime de responsabilidade, de forma que a existência de dois regimes de sanção a ilícitos de natureza político-administrativa não podem ser aplicados em conjunto aos agentes políticos, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Por sua vez, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diversos julgamentos foram proferidos acerca do assunto, devendo ser destacado o julgamento da Reclamação 2.790-SC, no ano de 2009, no qual se manifestou o entendimento de que há compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/1992, sendo possível, portanto, a aplicação da referida lei aos agentes políticos, com a exceção da prática de ato de improbidade por parte do Presidente da República, cujo julgamento ocorre em regime especial no Senado.

A ausência de uma posição pacífica, tanto na doutrina como na jurisprudência, demonstra a necessidade de um estudo aprofundado do tema em comento, com o intuito de apresentar as possíveis soluções para a controvérsia existente.

## **2 O princípio da probidade administrativa**

O princípio da probidade encontra-se tutelado no art. 37, § 4º, da Carta Magna, que versa a respeito do ilícito de improbidade administrativa e de seu regime sancionatório.

O princípio da probidade administrativa deve ser enquadrado como um dos pressupostos que conferem validade aos atos emanados da Administração Pública. No plano infraconstitucional encontra-se positivado no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/1993<sup>2</sup> como norteador das licitações públicas. Por seu turno, o art. 2º, inc. IV, da Lei n. 9.784/1999 concatena o princípio da moralidade administrativa à probidade ao estatuir que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

A probidade administrativa significa o dever de boa administração por parte do agente público, impondo a prática de atos em conformidade com os princípios norteadores da atividade administrativa e tendo como objetivo o alcance do interesse coletivo. Nesse sentido, ensinam Garcia e Alves (2010, pp. 58-60), *in verbis*:

[...] a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa [...]. Evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade [...].

Qualificando a probidade administrativa como direito fundamental, Freitas (2009, pp. 89 e 127) assevera:

O direito fundamental à boa administração pública (entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena res-

---

2 “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa[...]”.

ponsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas) acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais [...].

Como visto, a tal direito corresponde o dever de observância à risca, nas relações administrativas internas e externas, do primado dos princípios e direitos fundamentais, no rumo de fazer as relações administrativas em sintonia com os objetivos maiores da Constituição (art. 3º), notadamente a promoção verdadeira e encarnada do “bem de todos” e da dignidade [...].

Embora possua estreita relação com o princípio da moralidade, a probidade deve ser vislumbrada como princípio autônomo, expressamente disciplinado no texto constitucional, constituindo diretriz a ser observada na prática dos atos administrativos por parte dos agentes públicos e não apenas decorrência lógica do preceito da moralidade, segundo defendem alguns doutrinadores, tais como Silva (2005, p. 563), que afirma: “a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

Assim, o princípio em análise é gênero do qual são espécies os demais mandamentos orientadores da atividade estatal, tais como a moralidade, não tendo seu conteúdo restringido por esse último.

A observância do preceito em comento é decorrente da forma republicana de governo adotada pelo Brasil, que implica a proteção da *res publica*, ou seja, da coisa pública, da qual o agente público não pode livremente dispor, e também o regime de responsabilidade diferenciado dos agentes públicos, tendo em vista que estes devem atuar em consonância com o interesse geral da sociedade.

Nesse sentido, Oliveira (2009, pp. 159-160) afirma:

Em razão do princípio republicano, todo e qualquer agente público está posto em situação de subserviência, de submissão, de reverência aos interesses públicos enunciados na própria Constituição ou

perfilhados pela obra legislativa complementar, através do regime de representação que estrutura o poder político [...]. Deriva do princípio republicano a imposição de responsabilidade dos agentes públicos. Em rigor técnico, todos os sistemas de controle e responsabilização que incidem sobre a atuação do Estado e de seus agentes asseguram, reiteram, reforçam e densificam o princípio republicano, demonstrando sua alocação nos alicerces do sistema constitucional. Aqui incluído o sistema da improbidade administrativa.

Impende destacar que o princípio da probidade administrativa exige uma conformação da conduta dos agentes públicos não só ao preceito da moralidade mas também aos demais princípios norteadores da atividade administrativa, em consonância com o que afirma Martins Júnior (2009, p. 114), *in verbis*:

[...] A atual dimensão constitucional do prestígio da probidade administrativa não se limita, no aspecto repressivo, ao sancionamento do enriquecimento ilícito ou da lesão ao erário. Sendo um conceito muito mais amplo e que abrange toda e qualquer violação aos princípios que ordenam a Administração Pública [...].

Na mesma linha, Garcia e Alves (2010, p. 60) asseveram impor essa conformação de conduta a observância do chamado “princípio da juridicidade”, que seria o gênero de todas as regras e princípios referentes à atividade administrativa estatal.

Por seu turno, vaticina Moraes (2004, p. 30) acerca do princípio da juridicidade como parâmetro de controle da atividade administrativa:

Como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito ‘por regras’ ao ‘direito por princípios’, ocorre a substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública.

Desse modo, para que os atos administrativos estejam em conformidade com a probidade administrativa, devem observar também, além das regras pertinentes ao caso, todos os princípios

norteadores dessa função estatal, expressos ou implícitos no texto da Carta Maior.

Tanto é assim, que a Lei n. 8.429/1992, em seu art. 11, *caput*, dispõe configurarem atos de improbidade administrativa os praticados em desconformidade com os princípios da Administração Pública, senão vejamos:

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: [...]

A não observância do dever de probidade configura ato de improbidade administrativa, que se submete ao regime sancionatório previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e disciplinado pela Lei n. 8.429/1992.

### **3 O ato de improbidade administrativa e o crime de responsabilidade: diversidade de natureza jurídica dos institutos**

Com o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, independentemente da responsabilização política, revela-se necessário um estudo quanto à natureza jurídica do ato de improbidade, diferenciando-a da natureza do crime de responsabilidade.

#### **3.1 A natureza jurídica do ato de improbidade**

Com a edição da Lei n. 8.429/1992, surgiu cizânia doutrinária a respeito da natureza jurídica dos atos de improbidade e de suas respectivas sanções. Tendo em vista a delimitação da natureza jurídica em comento, faz-se necessário, inicialmente, analisar os dispositivos referentes ao assunto.

O art. 37, § 4º, da Constituição, versa acerca do regime sancionatório dos atos de improbidade, elencando as sanções aplicáveis em caso de configuração dos referidos atos, quais sejam, “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”.

O mandamento constitucional, ao dispor que as sanções pela prática de ato de improbidade são aplicáveis independentemente da ação penal cabível, faz clara distinção entre a esfera sancionatória da improbidade e a criminal. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2003, p. 2.648) atesta:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “sem prejuízo da ação penal cabível”. Portanto, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se do seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público, responderá, nos termos do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial.

O dispositivo em comento é norma regulamentada pela Lei n. 8.429/1992, que ampliou o rol de sanções disciplinadas na Carta Maior, estabelecendo uma gradação, de acordo com o grau de lesividade do ato praticado.

O art. 12 da Lei de Improbidade, em seus incisos, dispõe sobre as mencionadas sanções, que são constituídas, basicamente, por: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nos casos dos arts. 9º e 10; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, por período variável; pagamento de multa civil, de valor variável; 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, por período também variável de acordo com o ato praticado.

Analisando as sanções cominadas, é perceptível seu caráter patrimonial, ainda que mediato, ou político, no caso da sanção de suspensão dos direitos políticos, indicando, em uma primeira análise, a natureza extrapenal das sanções cominadas aos atos de improbidade.

Do mesmo modo, o art. 12, *caput*, da lei em análise afirma a independência das instâncias penal, civil e administrativa no que diz respeito ao regime sancionatório dos atos de improbidade, *in verbis*:

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

Destarte, o ato ímprobo pode configurar simultaneamente um ilícito penal, civil e administrativo, e, caso isso ocorra, eles serão apurados e sancionados cada qual na instância competente, não sendo razoável afirmar a natureza penal do ato de improbidade.

Na mesma linha, Garcia e Alves (2010, p. 527) acrescentam que, apesar de a lei em análise utilizar alguns vocábulos que remetem ao Direito Penal, tais como “pena”, (art. 12, parágrafo único) ou “inquérito policial” (art. 22), certo é que isso “não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica”.

Ademais, além de a Lei n. 8.429/1992, em seu art. 18, referir-se à “ação civil”, o art. 17 menciona que a ação “será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada”, o que

não se coaduna com o procedimento das ações penais, quando praticados crimes em face da Administração Pública, na medida em que o legitimado para propor as referidas ações é unicamente o Ministério Público, não se incluindo a pessoa jurídica ao qual o agente esteja vinculado.

É importante mencionar, ainda, que, para que determinado ato caracterize infração penal, é indispensável que seja cominada alguma espécie de pena privativa de liberdade, em conformidade com o art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal), senão vejamos:

Art. 1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Por fim, é cediço que os atos de improbidade elencados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 constituem um rol meramente exemplificativo da conduta descrita no *caput* dos citados dispositivos. Assim, mesmo que determinado ato não encontre expressa previsão na lei em análise, pode configurar um ato ímprobo, caso seja enquadrado em alguma das hipóteses descritas no *caput* dos referidos artigos.

Tal característica não se coaduna com o princípio da legalidade, um dos princípios norteadores do Direito Penal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição e no art. 1º, do Código Penal, do qual decorre o princípio da taxatividade. De acordo com esses mandamentos, a norma incriminadora deve dispor de forma clara e expressa acerca da conduta delituosa, o que não ocorre no âmbito da Lei de Improbidade, pois os preceitos legais que tipificam os atos de improbidade administrativa encerram regras abertas e indeter-

minadas. Em tais casos resta aos operadores do Direito não só aferir elementos subjetivos mas também aplicar o princípio da proporcionalidade quando da interpretação das aludidas normas. Ressalte-se a orientação de Grau (2008, p. 203) consoante a qual a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa.

No que se refere à natureza administrativa do ato ímprobo, Di Pietro (2010, p. 824) aduz:

Não se pode enquadrar a improbidade administrativa como ilícito puramente administrativo, ainda que possa ter também essa natureza, quando praticado por servidor público [...]. Reforça a ideia de natureza civil e política das medidas sancionatórias o fato de poderem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.

Assim, o ato de improbidade somente terá natureza administrativa, sendo apurado e sancionado concomitantemente nessa esfera, quando praticado por servidor público.

Impende destacar que a atribuição de natureza civil à ação de improbidade afasta a possibilidade de concessão de foro por prerrogativa de função aos agentes públicos que gozem dessa garantia em causas criminais, na medida em que quem possui competência para processar e julgar a demanda em face do agente ímprobo é o juízo de primeiro grau.

Acerca do assunto, deve-se ainda ter em vista que a redação do art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 10.628/2002, que estabelecia foro por prerrogativa de cargo ao funcionário ou autoridade em razão do exercício de função pública, nos casos de ações de improbidade, teve a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2797-DF, em virtude de ser reservada à Constituição a possibili-

dade de criação de foros por prerrogativa de função, não podendo lei ordinária versar a respeito de tal matéria.

No citado julgamento, foi reconhecida a natureza civil da ação de improbidade administrativa pela Suprema Corte, senão vejamos:

[...] 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies<sup>3</sup>.

Por todo o exposto, restou evidenciada a natureza civil dos atos de improbidade administrativa consubstanciados na Lei n. 8.429/1992 bem como de suas respectivas sanções, não sendo razoável sustentar que possuem natureza penal.

### 3.2 Da natureza jurídica do crime de responsabilidade

O crime de responsabilidade é ilícito de natureza político-administrativa, praticado por agentes públicos no exercício de suas funções, que possui como finalidade precípua a tutela da legitimidade para o exercício do cargo público.

De acordo com a doutrina, a expressão “crime de responsabilidade” pode ser compreendida em dois sentidos, quais sejam, o próprio ou impróprio. Crime de responsabilidade próprio é aquele que designa um delito de natureza criminal, a exemplo do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. De outra ponta, o crime de responsabilidade impróprio refere-se à infração político-administrativa. Nesse sentido, Jesus (2001, p. 14) afirma, *in verbis*:

---

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.797-DF, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 15 set. 2005, *DJ* de 19 dez. 2006.

Crime de responsabilidade, em sentido amplo, pode ser conceituado como um fato violador do dever de cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde ao ilícito político-administrativo ('crime que não é crime').

Na mesma linha, está o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere especificamente ao Decreto-Lei n. 201/1967, senão vejamos:

Ementa: Recurso de “habeas-corpus”. Crimes praticados por Prefeito: art. 1º, I e II, do Decreto-lei n. 201/1967. Crime de responsabilidade. Crimes comuns ou funcionais. Competência do Tribunal de Justiça (art. 29, X, da Constituição, com a redação da E.C. n. 1/1992). 1. O art. 1º do Decreto-lei n. 201/1967 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como “crimes de responsabilidade”, e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671-1-PI. 2. O art. 4º do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de “infrações político-administrativas”, também chamadas de “crimes de responsabilidade” ou “crimes políticos”, e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais é do que o “impeachment”. 3. O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/1992) determina o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2º do Decreto-lei n. 201/1967, que atribuía esta competência ao juiz singular. 4. Recurso em “habeas-corpus” não provido<sup>4</sup>.

Por fim, é relevante destacar que, mesmo se tratando de infração político-administrativa, a caracterização desse ilícito deve observar a necessidade de expressa tipificação em lei, tal como ocorre na seara penal, “não afetando o caráter político da responsabilização, mas impondo condições de legalidade material e proces-

---

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 73210, rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. em 31 out. 1995, DJ 1 dez. 1995 p. 325.

sual para o válido afastamento do agente público do cargo”, como observa Oliveira (2009, p. 116).

#### **4 Possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos**

O tema abordado no presente trabalho tem como marco o julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da Reclamação n. 2.138-DF, que trata de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal em face de Ministro de Estado, em virtude da prática de ato ímprobo, consubstanciado na “solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais [...] e também pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica”. A citada reclamação possui e seguinte ementa, *in verbis*:

Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos. I. Preliminares. Questões de ordem. [...] II. Mérito. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição<sup>5</sup> [...].

---

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, rel. min. Nelson Jobim, rel. p/ Acórdão: min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 13 jun. 2007, DJ de 18 abr. 2008, p. 94.

No referido caso, foi adotado o entendimento, não acolhido de forma pacífica pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que o ordenamento constitucional pátrio comporta duas espécies de responsabilidade político-administrativas, quais sejam, a decorrente de ato de improbidade, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição, e a decorrente de crime de responsabilidade, consubstanciada no art. 102, I, c, da Carta Constitucional, de forma que a existência de dois regimes de sanção a ilícitos de natureza político-administrativa impede sua aplicação em conjunto aos agentes políticos, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

De acordo com o que foi decidido, portanto, os atos de improbidade administrativa, disciplinados na Lei n. 8.429/1992, configuram verdadeiros crimes de responsabilidade, sendo absorvidos pelas infrações tipificadas na Lei n. 1.079/1950.

No mencionado julgamento, também foi afirmada a necessidade de uma compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, na medida em que sua autonomia funcional ocasiona um regime especial de responsabilidade, não podendo estar sujeitos aos procedimentos próprios de apuração de responsabilidade dos demais agentes públicos. Assim, tais agentes não poderiam ser submetidos à Lei de Improbidade, devendo haver uma redução teleológica da norma constante no art. 2º da Lei n. 8.429/1992. Entender em sentido contrário significaria desprezar o sistema de responsabilização especial instituído pelo constituinte, afastando-se do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Outro argumento utilizado foi o de que a hipótese de “crime contra a probidade da administração”, prevista no art. 85, V, da Constituição, regulamentado pelo art. 9º da Lei n. 1.079/1950, envolve condutas amplas, sendo mais rigoroso que a Lei de

Improbidade na descrição das possíveis infrações cometidas pelos agentes políticos.

Afirmou-se, ainda, que as leis definidoras de crimes de responsabilidade disciplinam ilícitos político-administrativos, que podem ocasionar as mesmas consequências previstas na Lei n. 8.429/1992, sem prejuízo da sanção pela prática de crime comum, de modo que a solução para evitar o *bis in idem* seria a utilização do critério da especialidade. Assim, sendo a Lei de Improbidade dirigida genericamente a todo agente público e por serem as normas dos crimes de responsabilidade orientadas para a punição dos agentes políticos, a lei específica exclui a lei geral na disciplina do regime sancionatório dos agentes políticos.

Por fim, foi mencionada a impossibilidade de determinados agentes políticos serem julgados em primeiro grau de jurisdição, o que ocorreria no caso de aplicação do procedimento disciplinado na Lei de Improbidade. Desse modo, seria impositivo o reconhecimento do foro por prerrogativa de função a tais agentes, em decorrência do caráter predominantemente punitivo da mencionada lei, que teria a mesma natureza dos crimes de responsabilidade.

Tendo em vista as divergências existentes no tocante ao assunto, será realizada uma análise doutrinária da questão controvertida. Ao final, serão analisados os argumentos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal, apresentados em decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça.

#### **4.1 Delimitação conceitual dos agentes políticos**

Qualificam-se como agentes políticos aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São esses agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e

criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para o Estado atingir os seus fins em quaisquer dos Três Poderes (inclusive magistrados, membros do Ministério Público e Tribunais de Contas).

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Em algumas hipóteses, sua investidura se dá por meio de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções como corolário dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às normas comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles normalmente são aplicáveis as normas constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais), seus auxiliares (Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

A respeito dos agentes políticos que exercem funções de assessoria imediata do Chefe do Poder Executivo, estatui Caetano (2004, p. 673) que a característica da situação jurídica deles é a *amovibilidade*: a todo o tempo e sem dependência de quaisquer formalidades processuais podem ser transferidos de cargo ou dispensados do exercício de suas funções.

Para Oliveira (2004, p. 11) são agentes políticos porque detêm o Poder do Estado e dele são titulares, isto é, possuem a possibilidade jurídica de ingressar na esfera jurídica dos outros, impondo-lhes deveres ou criando direitos.

## 4.2 Análise doutrinária

Inicialmente, é relevante mencionar que no art. 37, § 4º, da Carta Maior, o legislador constituinte originário consagrou a independência das esferas sancionatórias dos atos de improbidade ao afirmar que as sanções decorrentes de sua prática serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Em consonância com o citado mandamento constitucional, o art. 12 da Lei n. 8.429/1992 dispõe que o responsável pelo ato ímprobo está sujeito às cominações nele expressas, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica.

Por sua vez, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, que versa acerca das penas cabíveis em caso de prática de crimes de responsabilidade, também assenta que as sanções nele cominadas são aplicadas “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

De acordo com os mencionados dispositivos, as esferas sancionatórias dos atos de improbidade e dos crimes de responsabilidade são autônomas, em virtude da natureza jurídica diversa dos institutos, não se podendo afirmar que os atos de improbidade administrativa configuram crimes de responsabilidade, sendo absorvidos por esses últimos. Com relação ao assunto, Martins Júnior (2009, p. 310–311 e 315) assegura:

A regra inserida no art. 12, *caput*, inspirada no art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição, é a independência das instâncias da improbidade administrativa. Há uma diferenciada tutela civil da probidade administrativa, que se irradia sobre suas sanções, com uma pluralidade de diplomas legais repressores da improbidade administrativa sob a ótica da diversidade da relevância jurídica atribuída ao fato (crime, ilícito administrativo, infração político-administrativa, etc.), com sanções próprias, sem receio de *bis in idem*, no âmbito administrativo, civil, eleitoral e penal [...]. Ora, está bem clara a

ressalva do parágrafo único do art. 52 da Carta Magna, fulminando vigorosamente qualquer tentativa de instituição de privatividade da instância político-administrativa (crime de responsabilidade) para o sancionamento dos agentes políticos, pois, as sanções ali previstas são aplicadas privativamente para os fins da instância político-administrativa “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” [...].

Portanto, a natureza de infração civil dos atos de improbidade não se confunde com o caráter político-administrativo dos crimes de responsabilidade, de modo que não há impedimento para sua aplicação em conjunto aos agentes políticos.

Por outro lado, o art. 37, § 4º, da Constituição, ao elencar as sanções cabíveis em caso de perpetração de atos de improbidade, não faz qualquer restrição quanto a sua abrangência subjetiva, apenas afirma que os atos ímprobos são passíveis de punição, na forma e na gradação prevista em lei.

Do mesmo modo, o art. 2º da Lei n. 8.429/1992, ao tratar do conceito de sujeito ativo dos atos de improbidade, não traz qualquer limitação. O conceito de agente público disposto na lei em comento é o mais amplo possível, englobando a categoria dos agentes políticos.

Desse modo, percebe-se que tanto a Constituição quanto a Lei n. 8.429/1992 não excluíram os agentes políticos de seu âmbito de incidência, na medida em que não foi estabelecida cláusula de exceção expressa, conforme aduz Martins Júnior (2009, p. 312-313):

[...] se o ordenamento jurídico nacional pretendesse reservar a punição da improbidade administrativa dos agentes políticos à esfera do regime jurídico da responsabilidade política, instituiria a cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de sua censura em diferentes instâncias, animadas por matizes e naturezas jurídicas distintas, como feito nos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º e 85 da Constituição Federal, sem qualquer exceção – que, aliás, pecaria por falta de razoabilidade na adoção da discriminação em face do

pilar da responsabilidade ampla que predica o regime republicano-constitucional na melhor tradição do direito brasileiro [...].

Tal entendimento coaduna-se com o princípio da força normativa da Constituição, inspirado originalmente por obra do autor Konrad Hesse, segundo o qual, na aplicação da Carta Maior, deve-se dar preferência as soluções concretizadoras de suas normas, que as tornem mais eficazes e permanentes. Consoante aduz Hesse (1991, p. 22):

[...] a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma.

No mesmo jaez da força normativa dos preceitos jurídico-constitucionais, preleciona Canotilho (1993, p. 229), *in verbis*:

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve ser dada prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, no mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

A afirmação de que aos agentes políticos é inaplicável a Lei de Improbidade em razão de sua independência funcional, que ocasionaria um regime especial de responsabilidade, significa violação ao princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes públicos, constituindo uma espécie de “tratamento privilegiado”, concedido apenas a certa parcela de sujeitos, como bem observa Oliveira (2009, p. 426), que acrescenta:

[...] também é privilégio promover a retirada de certos agentes públicos, do campo da incidência de sanções, sob a alegação do perfil normativo singular das atribuições funcionais desempenhadas pelos mesmos. A relevância político institucional do cargo deverá ser considerada na exata medida da conformação constitucional e

política de cada esfera de responsabilidade – e, logo, no interior do espaço normativo ocupado por cada qual – e não como fator de desigualação jurídica ofensiva ao valor fundamental da isonomia.

Para Sen (2011, p. 328), a exigência de ver as pessoas como iguais (em alguma perspectiva) se refere à exigência normativa de imparcialidade e às reivindicações de objetividade associadas.

O exercício de relevantes funções pelos agentes políticos não pode representar tratamento privilegiado em face dos demais agentes públicos, e sim uma atribuição de maior responsabilidade pela prática de seus atos. Como bem assentou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, “nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário [...]”<sup>6</sup>.

O Ministro Joaquim Barbosa também ressaltou que a adoção da tese de inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos consolida uma situação de anomalia, perceptível em uma análise comparativa entre as sanções aplicáveis a um mesmo servidor ocupante de cargo efetivo, posteriormente cumulado com função ministerial, *in verbis*:

[...] É que, à luz da Constituição Federal e da Lei n. 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: o afastamento do cargo público

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 17.

(político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública [...] <sup>7</sup>.

Por outro lado, também é questionável a diversidade de tratamento conferida aos agentes políticos, especificamente no que se refere ao julgamento pela prática de crimes de responsabilidade, que pode ser realizado por órgão político ou jurisdicional, a depender do agente que praticou a infração, como explicam Garcia e Alves (2010, p. 537):

Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal. Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redundam num julgamento totalmente jurídico (com necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a pena de prisão. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada [...].

Impende mencionar que a afirmação de que os crimes de responsabilidade abrangem os atos de improbidade, em razão de o art. 85, V, da Carta Magna dispor que os atos praticados contra a “probidade da Administração” configuram crimes de responsabilidade, sendo, desse modo, mais amplo que a Lei n. 8.429/1992 na descrição de infrações, não representa o melhor entendimento.

Embora a Lei n. 1.079/1950, em seu art. 9º, e o Decreto-Lei n. 201/1967, em seus arts. 1º e 4º, tipifiquem alguns atos que encontram correspondência na Lei n. 8.429/1992, é cediço que os crimes de responsabilidade somente são aqueles expressamente tipificados nas leis regulamentadoras de tais ilícitos. Os atos de improbidade, por sua vez, são aqueles que se enquadram no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, independentemente de estarem expressamente

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 17.

elencados no rol de condutas disciplinadas em seus incisos, ou seja, basta que ocasionem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação dos princípios administrativos, para que restem caracterizados.

Portanto, isso demonstra que determinado ato caracterizador de improbidade administrativa, por não estar tipificado nas leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade, pode não ser sancionado em razão da falta de expressa previsão legal, caso seja adotado o posicionamento de que a Lei n. 8.429/1992 não é aplicável aos agentes políticos.

É importante destacar que Ministro Eros Grau, em seu voto no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, esclareceu a existência de três entendimentos acerca da possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, que são: de não aplicação; de aplicação somente nos casos em que a conduta não se encontre tipificada como crime de responsabilidade; de aplicação concomitante da Lei de Improbidade e das leis regulamentadoras de crimes de responsabilidade, sendo adepto do entendimento intermediário, ou seja, de aplicação da LIA aos agentes políticos somente quando a conduta ímproba não configurar crime de responsabilidade.

No mesmo sentido, admitindo a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, no caso de o ato ímprobo não encontrar correspondência nas leis tipificadoras de crimes de responsabilidade, o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, aduziu:

Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá

o agente político na forma da lei própria, a Lei n. 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público [...]»<sup>8</sup>.

Entretanto, o referido posicionamento pode ocasionar uma situação anômala, claramente violadora do princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes políticos, em consonância com o que foi dito anteriormente, tendo em vista que apenas determinados agentes políticos estariam sujeitos às sanções mais severas da Lei n. 8.429/1992.

Outra questão relevante diz respeito às consequências jurídicas parcialmente diversas que decorrem da Lei de Improbidade e das leis que disciplinam os crimes de responsabilidade.

No primeiro caso, as sanções constituem-se basicamente de perda da função pública; suspensão dos direitos políticos pelo período de até 10 anos; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, no caso de enriquecimento ilícito ou dano ao erário; ressarcimento integral do dano, quando houver; pagamento de multa civil, de valor variável; 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, no prazo de até 10 anos, de acordo com o ato perpetrado.

Por outro lado, no que se refere aos crimes de responsabilidade, as sanções decorrentes de sua prática implicam, em regra, a perda do cargo público e a inabilitação temporária para o exercício de função pública.

Portanto, as sanções cominadas pela prática de atos de improbidade são bem mais amplas que as relativas aos crimes de responsabilidade. O entendimento consubstanciado na Reclamação

---

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2.138-DF, p. 13.

n. 2.138-DF ocasiona a aplicação, aos agentes políticos, de sanções que, embora parcialmente coincidentes, são mais restritas que as aplicáveis caso houvesse a incidência da Lei n. 8.429/1992. Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 423) assevera:

Na aludida comparação das consequências normativas, o que ganha vulto é a maior gravidade das sanções de improbidade (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos até 10 anos) em face das sanções do *impeachment* (perda do cargo público e inabilitação para função pública de 8 anos). Muito mais que aproximá-las, este dado normativo as aparta. Porque traz indicação de que os respectivos ilícitos ganharam compostura constitucional nitidamente diversa: o ato de improbidade, para irromper, carrega em si uma nota sobressalente de gravíssima censura ético-jurídica, ao passo que diversa é a condição para que a ilegalidade atinja o patamar de crime de responsabilidade, que deve ostentar grau inaceitável de censura política.

Como as consequências jurídicas são parcialmente diversas, não há falar em utilização do critério da especialidade, que resultaria na aplicação apenas das leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos.

Caso o ato ímprobo configure simultaneamente crime de responsabilidade, deve ser sancionado tanto na esfera civil quanto na político-administrativa. Contudo, as sanções coincidentes, que são a perda da função e a inabilitação para o exercício de função pública por determinado período, somente poderão ser aplicadas em uma das instâncias competentes para a apuração dos ilícitos.

Por fim, merece destaque outro trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, proferido no julgamento em análise, *in verbis*:

[...] a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, segundo o art. 37, § 4º, da CF/88, e conforme já afirmado por esta Corte na ADI n. 2.797-DF, rel. min. Sepúlveda Pertence. Não me parece, portanto, que seja possível equiparar as condutas e as san-

ções descritas na Lei n. 8.429/1992 a crimes de responsabilidade, sujeitos a critérios e condições diversos do pretendido pela Lei de Improbidade. A meu sentir, a pretensa equiparação das condutas e sanções previstas na Lei de Improbidade a crimes de responsabilidade esvazia por completo o evidente caráter moralizador da Lei n. 8.429/1992, restringindo seu alcance e aplicação [...]º.

Por todo o exposto, resta claro que a Lei n. 8.429/1992 e as leis que disciplinam os crimes de responsabilidade são institutos diferentes, com finalidades diversas, não se revelando legítima a restrição do alcance subjetivo da Lei de Improbidade Administrativa levada a efeito pelo entendimento que prevaleceu, por escassa maioria, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF.

#### **4.3 Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em sede de Lei de Improbidade Administrativa como elemento instrumental da sindicabilidade dos atos praticados por agentes políticos**

Para Moreira Neto (2006, p. 282), a sindicabilidade é a possibilidade jurídica de submeter-se qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, o princípio da sindicabilidade assume natureza instrumental.

Anteriormente ao julgamento da Reclamação n. 2.790-SC, ocorrido em 2 de dezembro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça adotava entendimento semelhante ao consubstanciado na Reclamação n. 2.138-DF, ou seja, de que os atos caracterizadores de improbidade administrativa somente poderiam ser imputados aos agentes políticos por intermédio da propositura de ação por crime de responsabilidade, em virtude de a responsabilidade dos

---

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. R.cl. N. 2.138-DF, p. 13.

agentes políticos obedecer a padrões diversos da responsabilidade dos demais agentes públicos<sup>10</sup>.

Entretanto, a Corte Superior alterou seu posicionamento, que passou a ter como marco o julgamento da Reclamação n. 2.790-SC, já tendo proferido diversas decisões adotando entendimento oposto ao consubstanciado na Reclamação n. 2.138-DF. A citada reclamação possui a seguinte ementa:

Constitucional. Competência. Ação de improbidade contra governador de estado. Duplo regime sancionatório dos agentes políticos: legitimidade. Foro por prerrogativa de função: reconhecimento. Usurpação de competência do STJ. Procedência parcial da reclamação. 1. 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 [...]¹¹.

No referido julgamento, afirmou-se que diversas disposições normativas são utilizadas para interpretar o regime sancionatório disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, especialmente a Lei n. 1.079/1950, havendo verdadeira inversão da hierarquia das normas, que deve ter como parâmetro a Carta Maior.

De acordo com o art. 37, § 4º, não pode haver qualquer restrição infraconstitucional quanto a sua abrangência subjetiva, como ressaltou o Ministro Teori Albino Zavascki, relator da citada reclamação, *in verbis*:

---

10 Nesse sentido, podem ser mencionados o REsp. n. 456.649/MG, j. em 5 set. 2006 e o REsp. n. 769.811/SP, j. em 19 jun. 2008.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 2790-SC, rel. min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. em 2 dez. 2009, DJ de 4 mar. 2010.

Olhada a questão sob o ângulo exclusivamente constitucional e separados os elementos de argumentação segundo a sua natureza própria, é difícil justificar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei n. 1.079/1950 ou do Decreto-lei n. 201/1967) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4º, da Constituição. É que, segundo essa norma constitucional, qualquer ato de improbidade está sujeito às sanções nela estabelecidas, inclusive à da perda do cargo e à da suspensão de direitos políticos. Ao legislador ordinário, a quem o dispositivo delegou competência apenas para normatizar a “forma e gradação” dessas sanções, não é dado limitar o alcance do mandamento constitucional. Somente a própria Constituição poderia fazê-lo e, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República adiante referidos, não se pode identificar no texto constitucional qualquer limitação dessa natureza [p. 6].

Destarte, para a Corte Superior, somente não haveria concorrência entre regimes sancionatórios no caso do Presidente da República, em virtude do disposto nos art. 85, V, da Constituição, que considera crime de responsabilidade os atos por ele praticados contra a “probidade da Administração”, o que ensejaria seu processo e julgamento, em regime especial, pelo Senado, de acordo com o art. 86 do mesmo diploma.

Desse modo, embora seja facultado ao legislador ordinário dispor acerca da tipificação de condutas caracterizadoras de crimes de responsabilidade, além daquelas indicadas no texto constitucional, tal faculdade não permite restrições injustificadas ao mandamento expresso no art. 37, § 4º, da Carta Maior, ao qual deve ser dada a máxima eficácia.

Por fim, conforme destacado pelo relator, o único problema existente na aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos seria de natureza processual, concernente à necessidade de compatibilização entre as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade admi-

nistrativa, especificamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, em virtude de tais sanções podem alcançar “agentes políticos da mais alta expressão”.

Na mesma linha de entendimento seguido pela Reclamação n. 2.790-SC, pode ser mencionada a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Administrativo. Improbidade administrativa. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão não configurada. Magistrado. Não inclusão no rol dos arts. 39 e 39-A, da Lei n. 1.079/50, alterada pela Lei n. 10.028/00. Lei de Improbidade Administrativa. Lei n. 8.429/1992. Aplicabilidade aos agentes políticos. Precedente da Corte Especial: Rcl 2.790/SC. Recurso especial provido.

[...] Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os Agentes Políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF.

3. A decisão proferida na RCL 2.138/DF, em que se baseou o Tribunal *a quo* para fundamentar a sua decisão, não possui efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*, uma vez que esse julgado somente produziu efeitos perante as partes que integraram aquela relação processual<sup>12</sup>.

No mesmo sentido, a Corte Superior também já decidiu:

Administrativo. Improbidade administrativa. Aplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos Prefeitos Municipais.

1. O posicionamento pacífico desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. Precedentes.

2. “Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em

---

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1205562/RS, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 14 fev. 2012, DJ de 17 fev. 2012.

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, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza”. (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 2.12.2009, DJe 4.3.2010). Agravo regimental improvido<sup>13</sup>.

Pelo exposto, percebe-se que o entendimento a respeito da impossibilidade de restrição da eficácia subjetiva do art. 37, § 4º, da Constituição é corroborado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a necessidade de efetivação do princípio da probidade administrativa, consagrado pela Carta Maior e pela Lei n. 8.429/1992.

## 5 Conclusão

Hodiernamente, os princípios norteadores do Direito Administrativo devem ser compreendidos à luz do princípio da probidade administrativa, consagrado expressamente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (trata do regime sancionatório aplicável aos sujeitos ativos de atos ímprobos), no art. 3º da Lei n. 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos) e no art. 2º da Lei n. 9.784/1999 (processo administrativo federal).

A probidade administrativa, como princípio autônomo, materializa o dever de boa administração, que deve ser observado por todos os agentes públicos, impondo a prática de atos em conformidade com os demais princípios administrativos e tendo como finalidade o alcance do interesse público.

---

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1189265/MS, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 3 fev. 2011, DJ de 14 fev. 2011.

Regulamentando o referido mandamento constitucional, a Lei n. 8.429/1992 foi elaborada com a finalidade de proporcionar uma maior efetividade na tutela da probidade no âmbito da Administração Pública, elencando, de modo exemplificativo, os atos caracterizadores de improbidade, que podem ocasionar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atentar contra os princípios administrativos.

De acordo com a Lei de Improbidade, o conceito de sujeitos ativos dos atos ímprobos é bastante amplo, estando incluídos nessa categoria os agentes políticos, espécies de agentes públicos, que são representados por todos aqueles que possuem vínculo de natureza política com o Estado, atuando com independência funcional e tendo a Constituição como fonte imediata de suas atribuições, responsabilidades e prerrogativas.

Como os demais agentes públicos, os agentes políticos estão sujeitos à responsabilização pela prática de atos de improbidade, que podem ser sancionados em diferentes esferas, quais sejam, a penal, a civil e a administrativa, em conformidade com o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição e no art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

Além das mencionadas esferas sancionatórias, determinados agentes políticos também estão submetidos a um regime especial de responsabilização, em decorrência dos relevantes cargos exercidos, que incide quando configurados os crimes de responsabilidade.

Trata-se de regime sancionatório de natureza político-administrativa, aplicável quando praticadas infrações devidamente tipificadas nas leis regulamentadoras dos crimes de responsabilidade, que não se confundem com o ilícito de improbidade, de natureza civil.

A despeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 2.138-DF, não há falar

em *bis in idem* na aplicação em conjunto da Lei de Improbidade e das leis regulamentadoras de crimes de responsabilidade aos agentes políticos, quando forem praticados atos que configurem, ao mesmo tempo, improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

A independência das esferas sancionatórias dos atos de improbidade impõe a aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, pois em cada instância há a tutela de bem jurídico diverso.

Por sua vez, o princípio da força normativa da Constituição, que tem por objetivo tornar as normas constitucionais mais efetivas, impõe, do mesmo modo, a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, tendo em vista que o art. 37, § 4º, da Carta Magna, não faz qualquer restrição quanto a sua abrangência subjetiva. No mesmo sentido, a Lei n. 8.429/1992, que regulamenta o referido mandamento constitucional, também não faz qualquer limitação ao conceito de sujeito ativo de atos de improbidade.

Por outro lado, o exercício de relevantes funções pelos agentes políticos não pode representar tratamento privilegiado em face dos demais agentes públicos, e sim uma atribuição de maior responsabilidade pelos atos praticados. Entender em sentido contrário significaria violar o princípio da isonomia no regime sancionatório dos agentes públicos, pois os agentes políticos estariam sujeitos a sanções menos severas que aquelas aplicáveis aos demais agentes, quando praticassem atos caracterizadores de improbidade administrativa.

O princípio da isonomia também restaria violado caso fosse admitida a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos apenas se o ato ímprobo perpetrado não encontrasse correspondência nas leis tipificadoras de crimes de responsabilidade. Isso ocorre porque, nesse caso, apenas determinados

agentes políticos estariam sujeitos às sanções mais severas da referida norma.

Embora a incidência simultânea da Lei n. 8.429/1992 e de lei regulamentadora de crime de responsabilidade possa ocasionar a aplicação de sanções parcialmente coincidentes, quais sejam, a perda da função e a inabilitação para o exercício de função pública por determinado período, as sanções decorrentes de atos ímprobos são bem mais amplas, não sendo justificável a sua não aplicação por caracterizar *bis in idem*, que somente haveria se todas as sanções dispostas nas leis em análise fossem idênticas.

Por todo o exposto, a melhor interpretação, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a de que não são permitidas restrições injustificadas ao mandamento expresso no art. 37, § 4º, da Constituição, ao qual deve ser dada a máxima eficácia, com a finalidade de promover a observância do princípio constitucional da probidade administrativa.

A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos plasma o Estado Democrático de Direito comprometido com a justiça, no qual a lei não seja modulada de acordo com a relevância dos cargos ocupados por certas categorias de cidadãos, como corolário da equidade, e não da perpetuação de impunes arbitrariedades.

## **Referências**

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004, v. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JESUS, Damásio de. Ação penal sem crime. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 13, n. 11, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.