

Improbidade administrativa – da aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos atos praticados por agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade

Marília Oliveira Araújo

Assessora na Procuradoria da República do Maranhão.
Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo: A Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, representa um dos mais importantes instrumentos de combate à corrupção pública. O seu texto, além de prever a tipologia dos atos de improbidade e de impor rigorosas sanções ao agente ímprobo, estabeleceu um amplo espectro de incidência, sujeitando ao seu regime todos os agentes públicos e também os particulares que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública. Sua aplicação, no entanto, tem sofrido algumas restrições, especialmente no que toca à incidência da Lei em relação aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade. A tese da inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos ganhou relevância após o julgamento da Reclamação 2.138/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte Suprema decidiu pelo afastamento da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, por entender que a Constituição Federal não admite a concorrência entre o regime de responsabilidade 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), todos da Constituição Federal. O presente artigo apresenta os argumentos defendidos por ambas as opções teóricas, buscando apresentar para o caso soluções jurídicas que garantam máxima efetividade ao princípio da probidade administrativa e ao princípio republicano.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Crime de Responsabilidade. Responsabilização dos agentes públicos. Agentes políticos.

Abstract: Law 8.429/1992, “Law of Administrative Improbity”, represents one of the most important tools to combat public cor-

ruption. The text of the law, in addition to providing the typology of acts of misconduct and impose strict sanctions on unrighteous agents, established a wide spectrum of incidence, subjecting to its regime all public and also private individuals who, in some way, relate to Public Administration. Its application however, has suffered some restrictions, especially with regard to the incidence of the Law in relation to the political agents who are responsible for criminal liability. The thesis of the inapplicability of the Law of Improbability to agents gained political significance after the trial of the Complaint 2.138/DF held by the Supreme Court, in which the Supreme Court decided on the seclusion of Law 8.429/1992 in relevance to political agents, understanding that the Federal Constitution admits no competition between the liability regime provided in art. 37, § 4 (regulated by Law 8.429/1992), and the rules laid down in art. 102, I, c (governed by Law 1.079/1950), all of the Federal Constitution. This paper will present the arguments used by both theoretical options, seeking to provide appropriate legal solutions that ensure maximum effectiveness of the principle of administrative probity and the republican principle.

Keywords: Administrative Improbability. Liability crime. Responsibility. Accountability of Public Officials. Political agents.

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade administrativa: aspectos históricos e tratamento constitucional. 2.1 A corrupção na experiência brasileira: esboço histórico e evolução normativa do combate à improbidade administrativa. 2.2 Situando a probidade administrativa no terreno constitucional: novos paradigmas constitucionais e princípio republicano. 3 Da possibilidade de incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade. 3.1 Da coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*. 3.1 Da coexistência dos sistemas estatuídos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*. 3.2 Da usurpação de competência dos tribunais superiores e do esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos. 3.3 Do argumento da violação ao princípio da isonomia. 3.4 Da falta de total correspondência entre os atos de improbidade qualificados pela Lei n. 8.429/1992 e os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950 - os efeitos práticos dessa incongruência. 4 Conclusão.

1 Introdução

A corrupção constitui antigo fenômeno social que tem permeado a história política do Brasil desde os tempos da colonização, mas que mereceu destaque no cenário nacional após a Constituição Federal de 1988, que, com uma carga axiológica calcada em princípios éticos, alterou o eixo do constitucionalismo brasileiro e introduziu importantes alterações voltadas para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito preocupado com a satisfação das necessidades de seus cidadãos e com a tutela da higidez administrativa.

Assim é que a Constituição de 1988, ao consagrar um riquíssimo catálogo de direitos fundamentais, estabeleceu também o controle dos atos públicos como objetivo do Estado, prevendo, em seu art. 37, § 4º, a responsabilização de todos os agentes públicos por ato de improbidade administrativa.

Com efeito, deve-se reconhecer que a corrupção pública é ato ilícito violador dos direitos da pessoa humana, pois a má gestão dos recursos públicos compromete sobremaneira a plena execução material dos direitos prestacionais devidos pelo Estado, e que são responsáveis por garantir ao indivíduo o mínimo de dignidade e respeitabilidade, a exemplo do direito à vida, à saúde, à moradia, entre outros.

É nesse contexto de enfrentamento da corrupção pública e de controle dos atos públicos, que foi editada a Lei n. 8.429/1992, a chamada “Lei de Improbidade Administrativa”, em vigor a partir de 3 de junho de 1992, para regulamentar o dispositivo do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, especificando os atos de improbidade administrativa e cominando sanções respectivas.

É, portanto, a Lei de Improbidade Administrativa instrumento normativo fundamental para consecução dos objetivos constitucio-

nais previstos para a Administração Pública, na medida em que contribui para a existência de uma administração proba, buscando-se resguardar o patrimônio público em seu sentido amplo, tanto no aspecto material quanto moral.

Desse modo, a Lei n. 8.429/1992 impõe aos administradores e administrados estrita observância aos princípios que regem a Administração Pública, entre os quais se destacam os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Sucedem que o referido diploma, embora represente um importante avanço no combate aos atos violadores dos princípios basilares da Administração Pública, não está a salvo de severas críticas, sendo sustentada por alguns a tese da não incidência da Lei n. 8.429/1992 quando o agente político também puder ser responsabilizado pela prática de crime de responsabilidade.

A tese acima ganhou relevância quando o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca do tema nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c), deixou assentado o entendimento de que os Ministros de Estado, típicos agentes políticos, não se submetem ao regime da Lei n. 8.429/1992, mas exclusivamente ao da Lei n. 1.079/1950, sob o fundamento de que a Constituição Federal não contemplou a concorrência desses dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos.

Não obstante, destaca-se que parte significativa da doutrina¹ defende posição contrária, pugnando pela integral aplicação da lei aos atos praticados por agentes políticos, sustentando, em síntese, a

1 São exemplos de doutrinadores que defendem a incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos Miranda (2006), Garcia, M. (2007), Martins Junior (2009), entre outros.

autonomia das esferas de responsabilização e a violação ao princípio da isonomia.

Argumentam, ainda, que o afastamento da Lei n. 8.429/1992 dos atos ímprobos praticados por agentes políticos resultaria na criação de um sistema de imunidade em favor dessa categoria de agentes públicos, tornando atípicas, em relação a estes, as condutas ilícitas contempladas apenas pela Lei de Improbidade, e não tipificadas como crime de responsabilidade.

Ante esse controvertido cenário, a presente pesquisa propõe a realização de detida análise dos fundamentos de ordem legal e constitucional que sustentam as teses formuladas, buscando, desse modo, gerir as possibilidades oferecidas pela Lei n. 8.429/1992, a fim de que seja conferida máxima efetividade ao princípio republicano e ao princípio da probidade administrativa.

Tentando superar as dificuldades singelamente apontadas, ressaltar-se-ão, por primeiro, os aspectos históricos que envolvem o problema da improbidade administrativa, perquirindo, brevemente, as razões de sua origem e manutenção até os dias atuais, realizando, ainda, sucinta análise acerca da evolução legislativa dos instrumentos de combate à corrupção pública.

Buscar-se-á, também, situar a probidade administrativa no terreno constitucional, analisando o delineamento geral que a Constituição Federal de 1988 ofereceu ao tema em questão.

Por fim, serão cotejados os argumentos apresentados pelas correntes teóricas em oposição, discutindo-se, neste ponto, a possibilidade de coexistência dos sistemas de responsabilização previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 1.079/1950.

2 Improbidade administrativa: aspectos históricos e tratamento constitucional

2.1 A corrupção na experiência brasileira: esboço histórico e evolução normativa do combate à improbidade administrativa

A corrupção é fenômeno social de ocorrência histórica, que remonta aos tempos do descobrimento e continua a permear o cenário nacional nos dias atuais, sendo possível sustentar que se vive no Brasil mais de quinhentos anos de corrupção (HABIB, 1994).

Tal afirmação encontra fundamento em documentos históricos e em textos literários, que apresentam a corrupção como antigo problema social brasileiro, cuja origem tem íntima relação com o processo de colonização experimentado pelo País (GARCIA; ALVES, 2008).

Para os que aqui aportaram, a colônia brasileira constituía mero apêndice da metrópole portuguesa, de onde se deveria extrair o máximo de riqueza possível e então remetê-la para o além-mar, sem manter com a terra descoberta qualquer compromisso moral ou ideológico (RONZANI, 2007).

Com efeito, a colonização do Brasil seguiu um padrão eminentemente espoliador, em que se colimava somente o que fosse potencial ou efetivamente lucrativo, não sendo cultivado, por parte dos colonizadores, qualquer pensamento ou reflexão que objetivasse o desenvolvimento de um projeto de nação.

Acerca desse particular aspecto da formação histórica do país, o professor Holanda (2006, p. 40), no clássico *Raízes do Brasil*, afirma, a respeito da realidade colonial brasileira, que “o português

vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho.”

Demais disso, adotou-se no Brasil o modelo de Estado patriarcal profusamente contaminado pelo coronelismo e clientelismo, elementos que marcaram a estrutura sociopolítica nacional e que foram determinantes para a instituição de uma “cultura de corrupção” desenvolvida na sociedade.

Para melhor compreensão do tema, transcrevem-se os seguintes ensinamentos de Barboza (2007, p. 16):

Quanto à realidade na colônia, fácil é ver que ali vigorava também uma forma de patrimonialismo, observando-se, claramente, a apropriação privada do “âmbito público” – se assim se pode dizer –; melhor: a propriedade compartilhada da colônia pelos donatários das capitâneas hereditárias. Um sistema patrimonialista não permite distinção entre o público e o privado; é um sistema de dominação em que a riqueza vai sendo distribuída como patrimônio pessoal do governante. Comumente aparece acompanhado de uma estrutura de relações clientelistas, já que a riqueza pode ser distribuída de maneira não equitativa em troca de prestações, favores ou apoio político.

Assim era no Brasil. Patrimonialismo e clientelismo se complementavam. E essa estrutura sócio-política subsistiria mesmo após a Independência e a modernização institucional ocorrida na sequência. Mais: seus elementos perdurariam, ainda, no decorrer dos séculos XIX e XX.

Destarte, é imperioso reconhecer que a forma pela qual se desdobrou a dominação portuguesa, “acentuadamente centralizadora e despojada da intenção de forjar qualquer pacto político, aderida à opção patrimonialista” (RONZANI, 2007, p. 72), deixou marcas na sociedade brasileira e criou um ambiente propício à proliferação de práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade.

Nesse sentido, disserta Martins Junior (2009, p. 2) acerca do processo de banalização dos desvios de conduta no habituério político nacional:

A deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais. Causas inúmeras (algumas atávicas, implantadas na fase do colonialismo português) contribuíram para esse estado de coisas, notadamente porque o Estado brasileiro é excessivamente tutelar, demasiadamente burocrático e radical interveniente no atacado e no varejo das relações sociais.

Cumprе ressaltar, todavia, que a cultura da corrupção instituída no seio da sociedade não encontra origem exclusivamente na herança colonial deixada pelos portugueses, mas em um complexo conjunto de fatores, que, associados, faz com que o Brasil ocupe hoje o 75º lugar no *ranking* internacional da corrupção², ao lado de países como a Colômbia e o Suriname.

Martins Junior (2009, p. 5) reconhece que “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos brasileiros”, mas acrescenta que a tolerância da sociedade com práticas imorais, a

2 O *ranking* internacional da corrupção é um estudo divulgado anualmente pela ONG Transparência Internacional, instituição criada em 1993 por um grupo de ex-executivos do Banco Mundial e que se dedica à luta contra a corrupção e à transparência nas transações comerciais e financeiras no âmbito mundial. O *ranking* é elaborado considerando o Índice de Percepção de Corrupção, que varia entre 0 e 10 pontos, em que o escore 10 indica menor grau de corrupção. Conforme a pesquisa divulgada em novembro de 2009, o Brasil ocupa a 75ª posição, considerando um universo de 180 países, tendo o Brasil recebido a pontuação de 3,7 escores (Transparency International, 2009).

excessiva intervenção do Estado na esfera privada e os vícios que historicamente macularam o processo eleitoral brasileiro também dão causa à nefasta cultura da corrupção semeada no Brasil.

No mesmo sentido, Miranda (2007) afirma que concorrem para a manutenção da cultura de corrupção disseminada no país a aceitação como normal de algumas condutas ilícitas reiteradamente praticadas por agentes estatais, a exemplo da utilização de automóveis públicos para fins particulares, além da falta de uma política inflexível de prevenção, combate, controle e punição de tais práticas lesivas.

De outro lado, é importante destacar que a corrupção, além de ostentar causas múltiplas para sua origem e manutenção, é um fenômeno que se manifesta em diferentes setores da sociedade, incidindo não apenas no âmbito público mas também na esfera particular.

Destarte, é imperioso reconhecer que a corrupção privada figura ao lado da corrupção pública “como uma das espécies da corrupção em sentido amplo” (MIRANDA, 2007, p. 119).

Ressalta-se, por oportuno, que o presente trabalho não tem o objetivo de discutir as origens e os efeitos da corrupção disseminada no âmbito privado, razão pela qual se buscará investigar apenas as questões que envolvem a problemática da corrupção no setor público, especialmente no que se refere aos atos qualificados como de improbidade administrativa.

Embora a corrupção incida de maneira igualmente grave no setor privado, é na esfera pública que seus efeitos se exacerbam, na medida em que a Administração Pública e seus agentes devem respeito absoluto aos princípios prescritos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e aos demais princípios decorrentes do sistema, sob pena de comprometerem o funcionamento da

administração e a plena execução dos direitos prestacionais devidos pelo Estado (MIRANDA, 2007).

Acerca dos custos sociais da corrupção, Garcia e Alves (2008, p. 22) afirmam:

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e o comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da reserva do possível ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.

E por acarretar efeitos tão gravosos à higidez e manutenção do Estado, a corrupção pública constitui preocupação comum entre os povos civilizados desde os tempos antigos, merecendo destaque a Lei das XII Tábuas, que impunha a pena capital aos magistrados que mercadejavam com a função, representando, desse modo, “o primeiro traço de combate à corrupção entre os romanos” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 162).

No Brasil, o instrumento normativo que pioneiramente estabeleceu sanções para os agentes públicos que chatinavam interesses particulares em razão do exercício da função pública foram as Ordenações Filipinas³, que, ao vedarem o recebimento de vantagens por parte dos Oficiais da Justiça e da Fazenda, cominavam aos infratores a pena de perda do ofício, além de obrigá-los ao paga-

3 Compilação jurídica resultante da reforma do código manuelino ocorrida em consequência do domínio castelhano no território português, e que constituiu a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, tendo, algumas de suas disposições, permanecido em vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

mento de multa correspondente a vinte vezes o valor que recebera na negociata⁴ (GARCIA; ALVES, 2008).

Retrocedendo no tempo e analisando a evolução legislativa dos instrumentos de combate à corrupção pública, vê-se que há muito o legislador pátrio tem tentado implementar uma disciplina repressiva de contenção da improbidade administrativa, o que indica um compromisso do Estado com a censura a essas práticas perniciosas (MARTINS JUNIOR, 2009).

No âmbito constitucional, apenas a Carta de 1824 (BRASIL, 1824) consagrou a irresponsabilidade absoluta do Imperador⁵, enquanto “todas as constituições republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 165).

Resta claro, portanto, que a ideia de responsabilização dos agentes públicos é intrínseca ao modelo republicano e à própria democracia.

Corroboram o entendimento acima os argumentos deduzidos por Bertoincini (2007, p. 20), a seguir transcritos:

As Constituições Republicanas, de um modo geral, sempre reservaram espaço para a defesa da probidade administrativa, prevendo-

4 Assim diz o Título LXXI do Livro V das Ordenações Filipinas, transcrito parcialmente: “Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaesquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi da nossa Caza, de qualquer qualidade que sejão, e aos da Governança das Cidades, Vila e lugares, e outros quaesquer, que não recebão para si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo de seu poder e governança têm, dadas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posloque com elles, não traga requerimento de despacho algum. E quem o contrario fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará e vinte por um do que receber, a metade a para quem o acusar, e a outra para a nossa Camara” (COIMBRA et al., 1998).

5 Assim dispõe o art. 99 da Constituição de 1824: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (BRASIL, 1824).

-a, expressamente, como crime de responsabilidade do Presidente da República (atentado contra a probidade da administração), capaz de gerar o *impeachment* deste, dos Ministros de Estado e do STF, pois, diversamente do que ocorreu nas monarquias absolutas, a responsabilidade do chefe do Poder Executivo é característica marcante da República e da Democracia, apesar de seu raro emprego.

No terreno infraconstitucional, merece destaque o Decreto-Lei n. 3.240/1941 (BRASIL, 1941a), que estabeleceu o sequestro e a perda dos bens dos indiciados por crimes que resultassem em prejuízo ao erário ou em locupletamento ilícito. Ressalta-se, por oportuno, que a referida técnica legislativa fora posteriormente incorporada à Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), com previsão no art. 141, § 31⁶ (MIRANDA, 2007).

Em 1957, promulgou-se a Lei n. 3.164, denominada Lei Pitombo-Godói Ilha (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 182) que, regulamentando o texto da Constituição de 1946, inaugurou um sistema civil de combate aos atos de improbidade, prevendo o sequestro e a perda de bens adquiridos ilicitamente por servidores públicos, com influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenham incorrido⁷.

A respeito da Lei n. 3.164, Martins Junior (2009, p. 183) assevera:

Embora fosse um diploma demasiadamente genérico, a grande vantagem que proporcionou a Lei Federal n. 3.164/57, nos passos do art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946, foi a instauração

6 Prevê o art. 141, § 3^o, da Constituição de 1946 o seguinte: “A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (BRASIL, 1946).

7 O art. 1^o da Lei n. 3.164/57 dispõe da seguinte forma: “São sujeitos a seqüestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido” (BRASIL, 1957).

da tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa (que, antes, no Decreto-Lei Federal n. 3.240/41, art. 7º, era residual), criando sistemas jurisdicionais concomitantes, concorrentes e independentes da sanção ao enriquecimento ilícito (civil e criminal), medida justificada pelos contornos peculiares do direito penal e que não correspondiam à necessidade de específico combate da falta de honestidade administrativa.

Outro importante diploma normativo voltado à repressão dos atos de improbidade foi a Lei n. 3.502/1958, alcunhada de Lei Bilac Pinto ou Lei do Enriquecimento Ilícito (MIRANDA, 2007, p. 150), que introduziu no sistema algumas novidades a respeito da perda de bens em favor do erário nas hipóteses de enriquecimento ilícito pelo agente público.

Uma das alterações introduzidas pela legislação em comento diz respeito à possibilidade de a pessoa jurídica lesada requerer, cumulativamente ao sequestro de bens, o ressarcimento integral do dano causado, conforme previsão do art. 5º, § 5º, do referido diploma⁸.

A respeito da edição da Lei n. 3.502/1958, transcreve-se os seguintes ensinamentos de Garcia e Alves (2008, p. 168-169):

Diversamente do diploma anterior, a Lei Bilac Pinto melhor sistematizou a matéria, tendo esclarecido o alcance da expressão “servidor público” para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento ilícito (art. 1º), elencando, em *numerus apertus*, os casos de enriquecimento ilícito (art. 2º e 4º), havendo inúmeras semelhanças com os atos atualmente previstos no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 e equiparado o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º).

8 Segundo prescrição do art. 5º, §5º da Lei n. 3.502/1958, “Na ação principal poderá ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte” (BRASIL, 1958).

Também merece destaque a edição da Lei n. 4.717/1965 (BRASIL, 1965a), conhecida como “Lei de Ação Popular”, importante instrumento normativo que conferiu a todos os cidadãos legitimidade para ingressar em juízo requerendo a anulação de atos lesivos ao patrimônio público⁹.

Cumprе ressaltar, todavia, que, embora os diplomas legais acima referidos tenham avançado no combate à improbidade administrativa, a disciplina repressiva por eles instituída mostrava-se insuficiente e ineficaz, pois não estabelecia sanções diretas ao agente ímprobo, limitando-se a impor a obrigação de ressarcir o dano causado ao erário (GARCIA; ALVES, 2008), além de restringir a tipologia dos atos de improbidade ao enriquecimento ilícito; barreiras que só foram rompidas com a edição da Lei n. 8.429/1992.

A Lei n. 8.429/1992, foco principal do presente trabalho, veio regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que, ao consagrar um riquíssimo catálogo de direitos fundamentais, estabeleceu também o controle dos atos públicos como importante objetivo do Estado, prevendo, em seu texto, a criação de um “microsistema de combate à improbidade administrativa” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 178).

Atendendo a determinação constitucional, a Lei n. 8.429/1992 incluiu na tipologia dos atos de improbidade administrativa os atos lesivos que importam unicamente em violação aos princípios

9 Art. 1º da Lei n. 4.717/1965: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos” (BRASIL, 1965).

regentes da atividade estatal, e que não ensejam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário, passando a imputá-los reprimenda autônoma, prevista no art. 12, III¹⁰, do referido diploma.

Tal inovação veio prestigiar, portanto, a tutela do patrimônio público e o caráter normativo dos princípios inseridos na Carta Magna, contribuindo sobremaneira para a consecução de uma Administração Pública proba, honesta e eficaz (GARCIA; ALVES, 2008).

Destarte, pode-se afirmar que o diploma legal em análise suplantou a vetusta normatização então existente, integrando o conceito e a extensão do princípio da probidade administrativa insculpido na Carta Maior, e instituindo a tipologia básica dos atos de improbidade administrativa, classificando-os em três espécies distintas, além de cominar as sanções respectivas (GARCIA; ALVES, 2008).

A respeito da Lei n. 8.429/1992, Bertoncini (2007, p. 24) anotou o seguinte:

A lei que veio precipuamente regulamentar a matéria no plano infraconstitucional, dando efetividade às disposições constitucionais, em especial ao art. 37, § 4º, foi a Lei n. 8.429, de 2.6.1992. Essa lei estabeleceu regras de direito material e de direito processual em matéria de improbidade administrativa. Previu, inicialmente, os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade administrativa. Desenhou o perfil dos chamados atos de improbidade administrativa, estabelecendo três espécies dessa categoria: os atos de impro-

10 “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:

[...]

III - Na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos” (BRASIL, 1992).

bilidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa que importam em prejuízo ao erário e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, fixando, ademais, as respectivas sanções. Também institui regras referentes à investigação dos atos de improbidade, bem como do processo judicial de persecução desses ilícitos, prevendo para tanto medidas cautelares e a ação principal, dentre outras disposições de natureza adjetiva e substantiva.

Ressalta-se, por oportuno, que, embora o ordenamento jurídico pátrio ostente um vasto catálogo de diplomas normativos voltados à proteção do patrimônio público e à responsabilização dos agentes infratores, permitindo, assim, a aplicação cumulativa de sanções de naturezas diversas¹¹, a Lei n. 8.429/1992 constitui atualmente “um dos mais vigorosos instrumentos de repressão à corrupção generalizada que de há muito vem minando e corroendo as instituições brasileiras” (PRADO, 2001, p. 18).

Nesse sentido, cumpre destacar a lição de Miranda (2007, p. 152):

Destarte, sem prejuízo de outros mecanismos de combate e controle dos atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, como a punição penal, o controle exercido pelos tribunais de contas, pelo Legislativo, pela ação popular, a Lei de Improbidade Administrativa vem a se constituir em mais um instrumento à disposição da coletividade, sendo atualmente, destaque-se sempre, um dos mais importantes mecanismos para o combate à corrupção e dilapidação da coisa pública

11 No âmbito de responsabilização política, cita-se como exemplo de penalidade decorrente de ato ilícito a cassação do mandato eletivo de candidato eleito que tenha incorrido em abuso de poder econômico (art.14, § 9º da CF/88). Na esfera penal, são múltiplos os crimes definidos no Título XI do Código Penal como “crimes contra a administração pública”, existindo, ainda, inúmeros tipos penais previstos na legislação extravagante, a exemplo da Lei n. 1.079/1950 e do Decreto-Lei n. 201/1967 (BRASIL, 1967). Em sede administrativa, a responsabilização do agente infrator ocorre com fundamento na legislação específica, tendo em vista a coexistência de regimes jurídicos diversos.

pelos agentes ímprobos e, conseqüentemente, para a concretização dos direitos fundamentais, pois, conforme observa o inesquecível Norberto Bobbio, em sempre lembrada lição, ‘o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los’.

Por fim, importa dizer que a promulgação da Lei n. 8.429/1992 coincidiu com o momento de consolidação das transformações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo movimento do neoconstitucionalismo, o que faz crer que o instrumento normativo em estudo deva ser interpretado e aplicado em conformidade com os valores maiores da Constituição Federal, garantindo-lhe, desse modo, máxima efetividade, a fim de se resguardar o patrimônio público em seu sentido amplo.

2.2 Situando a probidade administrativa no terreno constitucional: novos paradigmas constitucionais e o princípio republicano

O movimento constitucional denominado *neoconstitucionalismo* ganhou corpo no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, alicerçado sobre as bases filosóficas do pós-positivismo, apresentou como principais mudanças de paradigma o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2008).

O pós-positivismo (movimento filosófico importado para o Direito, e ainda em desenvolvimento) permitiu a reaproximação entre o Direito e a Ética, e propõe, em síntese: a) a valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, aos textos constitucionais, e b) o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade (BARROSO, 2008).

A consolidação dessa profunda mudança de perspectiva em face da Constituição se originou na Europa, durante a segunda metade do século XX, e, no Brasil, coincidiu com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, tendo como principal consequência o reposicionamento da Carta Maior ao centro do sistema jurídico, significando dizer que “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2008, p. 44).

Acerca da posição hierárquico-normativa assumida pela Constituição, o grande mestre Canotilho (1997, p. 1112) aduz o seguinte:

A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através das formas, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa* superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); 2) as normas da constituição são *normas de normas (normae normarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); 3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

O conjunto de transformações introduzidas por essa novel concepção da ciência jurídica deu ensejo ao desenvolvimento de um extenso e profundo processo de constitucionalização do Direito brasileiro¹² bem como à ampla incorporação de normas-princípios

12 Nas palavras de Barroso (2008, p. 44), a constitucionalização do direito “não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas,

ao texto constitucional, desmistificando-se, desse modo, a ideia de que os princípios ostentariam uma dimensão puramente axiológica, sem efetividade jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

O reconhecimento da importância e da efetividade dos princípios – que agora passam a ser dotados de eficácia imperativa – é, portanto, uma das principais características do *neoconstitucionalismo* e revela um movimento de reaproximação entre o Direito e a Ética.

A esse respeito, tratando da superação histórica do positivismo clássico e da consequente afirmação de padrões valorativos que se incorporam plenamente à ordem normativa, calha transcrever o excerto do professor Barroso (2008, p. 28):

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução do seu significado. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 inovou em matéria de Administração Pública, estabelecendo a mais minuciosa disciplina já conferida ao Direito Administrativo no âmbito constitucional, consagrando em seu texto um extenso rol de princípios, que passaram a nortear toda a atividade do agente

sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

público¹³, e cujo conteúdo material e axiológico irradia-se, com força imperativa, por todo o sistema jurídico.

Entre os princípios que defluem do sistema normativo constitucional, interessa ao presente estudo a análise do princípio da probidade administrativa, que, elevado pela Magna Carta Ética¹⁴ à posição de valor fundamental da Administração Pública, desponta como parâmetro axial para a adequada missão de controle dos atos praticados pelos agentes públicos, relacionando-se diretamente com os diversos objetivos consagrados em todos os planos da ordem normativa constitucional.

No que diz respeito à entronização do princípio da probidade administrativa como valor fundamental da Administração Pública, colham-se os ensinamentos de Bertoncini (2007, p. 139):

O constituinte originário, portanto, ao frisar em diversas disposições, espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional, ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos e deveres individuais ou coletivos, aos direitos políticos, à Administração Pública, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Ministério Público, deixou clara a opção ideológica da Constituição Cidadã: a probidade na Administração Pública, em todos os níveis. Trata-se de um ‘valor superior’, ou seja, de um daqueles ‘valores axiológicos fundamentais que o Estado pretende implementar por meio da ordem jurídica’, no dizer de André Ramos Tavares.

13 Nesse ponto, destacam-se os princípios da moralidade, legalidade, eficiência, publicidade e impessoalidade, expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal/1988 (BRASIL, 1988).

14 A expressão “Magna Carta Ética” foi cunhada por Anjos Neto (2003, p. 39), na obra *Princípio da Probidade Administrativa: Regime Igualitário no Julgamento dos Agentes Políticos*, e refere-se à Constituição Federal de 1988, que, segundo afirma o autor, tem como pilar fundamental de sustentação o princípio da moralidade institucional, responsável por garantir eficácia e efetividade ao sentimento ético insculpido no texto constitucional.

Destarte, é imperioso reconhecer que a adequada tutela da Administração tem íntima ligação com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, cuja concretização, em grande medida, depende de uma gestão pública orientada pela probidade, honestidade e eficiência.

A este propósito, Miranda (2007, p. 71) assevera o seguinte:

Esses fatos deixam patente uma constatação inexorável: a corrupção acarreta a diminuição na qualidade de vida da população, sendo uma doença mundial, que compromete a manutenção do Estado Democrático de Direito, configurando, portanto, um ato ilícito que viola os direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que acaba representando sério risco a tudo que dá respeitabilidade ao homem, como o direito à vida, à dignidade, ao trabalho, à moradia, à educação, à justiça social, à alimentação, à segurança pública etc., enfim, das prestações sociais obrigatórias por parte do Estado, como representante da sociedade.

Nessa perspectiva, o princípio da probidade administrativa ganha especial contorno, pois impõe a todos os agentes públicos (em sentido amplo) o dever de, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, agir com honestidade e com respeito aos princípios que pautam a Administração Pública, incluídos não apenas os princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mas todos aqueles que decorrem, ainda que implicitamente, dos princípios encartados no dispositivo acima mencionado (MIRANDA, 2007).

Em tema de Direito Constitucional Administrativo, seria o princípio da probidade administrativa, portanto, o “princípio dos princípios”, pois prevê que “todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 47), projetando-se, desse

modo, como importante instrumento de concretização do direito subjetivo a uma Administração Pública proba, honesta e eficaz.

No que diz respeito ao conteúdo do princípio da probidade administrativa, Martins Junior (2009, p. 113) sustenta:

O princípio da probidade administrativa – do qual se irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais – visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes da sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.

Para Garcia e Alves (2008), o princípio da probidade administrativa constitui ponto de contato entre a satisfação do interesse público e a observância de todo o sistema normativo regente da atividade estatal, caracterizando-se, dessa maneira, como o caminho necessário à consecução de uma boa gestão administrativa.

Nesse sentido, cumpre destacar que um dos pontos mais sensíveis do regime de tutela da Administração Pública encontra no art. 37, § 4º, da Constituição Federal a sua mais relevante expressão.

O constituinte brasileiro, ao estatuir um regime de responsabilização para os atos atentatórios ao dever fundamental de probidade, fez decisiva opção por um tratamento severo e específico, compatível com a gravidade decorrente da frustração do objetivo de assegurar plenamente os direitos fundamentais, notadamente no que se refere às posições *jusfundamentais* prestacionais.

Nesse cenário, é possível afirmar que a ampla responsabilidade dos agentes públicos prevista nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal decorre logicamente da eficácia imperativa conferida a todo o arcabouço principiológico constitucional, espe-

cialmente no que diz respeito ao princípio da probidade administrativa e ao princípio republicano.

Com efeito, a responsabilização dos agentes públicos é característica fundamental do sistema republicano (art. 1º, *caput*, da CF/88) e tem o condão de afastar, em definitivo, a antiga ideia monárquica de que o rei não erra – *the king can do no wrong* (ANJOS NETO, 2003).

Por oferecer importante contribuição acerca do tema, destacam-se os ensinamentos de Ataliba (1998, p. 61):

É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os quais exercitam poderes delegados pela soberania nacional.

Assim, deve-se concluir que, no Estado republicano, os agentes públicos não são donos, e sim gestores da “coisa pública”, não estando acima ou imunes ao Direito, razão pela qual devem ser responsabilizados pelos danos a que derem causa.

Cumprе ressaltar, todavia, que também traduz a opção republicana, consagrada na Constituição Federal, a exigência de que a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral sejam franqueados a todos os indivíduos, respeitados os princípios da isonomia e da igualdade, limitando o ingresso nos quadros da esfera pública “tão-somente as condições de capacidade estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em norma” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 170).

Tal exigência consagra no sistema jurídico pátrio a característica da eletividade periódica, própria da República, e opõe, mais uma vez, o princípio republicano ao princípio monárquico, visto

que, na Monarquia, a ascensão ao trono decorre essencialmente do nascimento, assumindo caráter hereditário e vitalício (SILVA, 2008).

Importa dizer, no entanto, que, para o desenvolvimento do presente trabalho, merece destaque especial a característica do princípio republicano que impõe a ampla responsabilização dos agentes públicos e constitui fundamento último de todo o sistema de responsabilidades previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, passa-se, a seguir, a analisar a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes que respondem por crime de responsabilidade.

3 Da possibilidade de incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crimes de responsabilidade

Após situar o tema da probidade administrativa no plano do Direito Constitucional e fazer breve análise histórica dos principais aspectos da Lei de Improbidade, passa-se agora ao ponto central desse trabalho, discutir a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade.

Não obstante a Lei de Improbidade tenha instituído um amplo espectro de incidência – submetendo ao seu regramento toda sorte de agente público e também particulares que, de alguma forma, se relacionam com a Administração Pública –, para alguns o diploma legal em análise não deve ser aplicado aos agentes políticos que possam ser responsabilizados pela prática de “crime de responsabilidade”, pois estariam sujeitos a um regime próprio previsto na Constituição Federal.

A tese acima referida ganhou relevância quando o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar acerca do tema nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c), deixou assentado o entendimento de que os agentes políticos não se submetem ao regime da Lei n. 8.429/1992, sob o fundamento de que a Constituição Federal não contemplou a concorrência desses dois regimes para os agentes políticos.

A Reclamação em apreço foi ajuizada pela Advocacia-Geral da União e insurgiu-se contra decisão de primeira instância proferida no bojo da ação n. 1999.34.00.016727-9, que julgou procedentes os pedidos formulados em Ação de Improbidade promovida pelo Ministério Público Federal, condenando o réu nas penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, e art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Ao propor a ação, o Ministério Público Federal imputou ao réu, então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) da Presidência da República, a conduta ímproba consistente na solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais, e na fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica (BRASIL, 2008c).

Apreciando a Reclamação, decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁵ que os ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei n. 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação de competência originária da Corte Suprema.

15 Votaram pela improcedência da Reclamação n. 2138/DF os ministros Carlos Velloso Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Celso de Mello (BRASIL, 2008).

Ressalta-se que, embora a decisão mencionada tenha sido proferida no bojo de um processo subjetivo, e, portanto, com aptidão para produzir efeitos apenas entre as partes litigantes, tem grande relevância o entendimento manifestado pelo Tribunal na análise da Reclamação n. 2.138-6/DF, na medida em que os julgados da Corte Suprema servem de baliza para a apreciação de casos similares pelos demais órgãos jurisdicionais.

Sendo o Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação constitucional – art. 102 da Constituição –, o guardião da Carta Magna e seu intérprete máximo, suas decisões, ainda quando não vinculantes, irradiam efeitos para os demais órgãos jurisdicionais, servindo de paradigma para o julgamento de questões semelhantes.

Em decorrência da decisão ora analisada, sucederam-se inúmeros requerimentos e recursos manejados por agentes políticos com ações em curso, pretendendo a suspensão dos respectivos processos ou mesmo buscando a declaração de incompetência.

Ocorre que, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha firmado entendimento no sentido acima aludido, a tese exposta permanece em aberto, sobretudo pela mudança de composição da Suprema Corte e pelas importantes sinalizações registradas na jurisprudência que se seguiu ao precedente em epígrafe.

Este, pois, o cenário que torna relevante a renovação das reflexões a respeito desse problema jurídico-constitucional, que guarda relação direta com o estatuto constitucional de combate à corrupção pública.

Passa-se, então, ao exame dos principais elementos que compõem a moldura dos debates travados em torno do tema, examinando-se as razões esgrimidas por ambas as opções teóricas.

3.1 Da coexistência dos sistemas estatuidos pela Lei n. 8.429/1992 e pela Lei n. 1.079/1950 e da possível ocorrência do vedado *bis in idem*

Os adeptos da tese de que os agentes políticos não estão submetidos ao regime da Lei de Improbidade sustentam que os desvios funcionais praticados por essa categoria de agentes públicos estariam amplamente contemplados no Capítulo V da Lei n. 1.079/1950, que tipifica os crimes contra a probidade na Administração, não sendo possível a caracterização simultânea de tais fatos como atos de improbidade administrativa, sob pena de se praticar o vedado *bis in idem*.

Afirmam ser inviável a incidência de ambos os diplomas legais sobre o mesmo agente, pois os ilícitos definidos como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 estão também tipificados como crime de responsabilidade pela Lei n. 1.079/1950, razão pela qual defendem a aplicação exclusiva do sistema especial de responsabilização previsto nos artigos 85¹⁶ e 102, I, c¹⁷, da Constituição Federal.

16 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais (BRASIL, 1998).

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

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente

Aduzem, ainda, que tanto os ilícitos previstos na Lei de Improbidade quanto os delitos denominados “crimes de responsabilidade” ostentam natureza de infração político-administrativa, o que, segundo sustentam, reforça a tese da impossibilidade de aplicação simultânea desses dois sistemas repressivos, sob pena de haver dupla punição do agente pelo mesmo fato.

Assim argumentou o Ministro Maurício Correa nos autos da Reclamação n. 2.138-6/DF (BRASIL, 2008c):

De fato não há como afastar-se da conclusão de que as consequências legais decorrentes da condenação pela prática de atos de improbidade, especialmente no ponto em que determina a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos, a proibição de contratar com entes estatais, receber oficialmente incentivos e benefícios fiscais ou creditícios, sugerem o acentuado conteúdo penal da espécie, paralelamente à natureza civil de ação reparatória de danos supostamente causados ao erário.

Em consequência, tenho como correta a afirmação de que “sob roupagem de ‘ação civil de improbidade’, o legislador acabou por elencar, na Lei n. 8.429/1992, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”, como enfatizado por Gilmar Mendes, citando Ives Gandra da Silva em decisão similar ora examinada, proferida na Reclamação 2186. Assim sendo, não há como negar que o servidor público ao cometer ato de improbidade administrativa com relação ao interesse público estará na verdade agindo ilicitamente. Tal infração, entretanto, não tem natureza penal simples ou comum. Seu conteúdo político-administrativo preponderante distingue-a como equiparável aos denominados crimes de responsabilidade. As hipóteses de que cogitam os artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 e as situações descritas na própria Constituição Federal, assim como os efeitos decorrentes da condenação, bem demonstram tratar-se os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade de infração com idêntica natureza.

[...] (BRASIL, 1998).

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Eros Grau ao proferir Voto-Vista (BRASIL, 2008c):

Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas para os mesmos atos, não há como nem por que admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato.

Não há razão para o *bis in idem*. A punição da autoridade, cujo ato de improbidade está tipificado como crime de responsabilidade, já é prevista na lei que cuida da sua situação específica.

Também defendendo a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, o Ministro Cezar Peluso sustentou em seu voto que, por estarem os atos de improbidade também tipificados como crimes de responsabilidade, os agentes políticos estão sujeitos apenas ao regime próprio de responsabilização previsto na Lei n. 1.079/1950, aplicando-se, ao caso, o princípio da especialidade (BRASIL, 2008b).

Em direção contrária, posiciona-se Miranda (2007, p. 350) ao sustentar a existência de uma distinção ontológica entre os atos de improbidade e os denominados crimes de responsabilidade.

Para Miranda (2007), os atos de improbidade não se confundem com os crimes de responsabilidade, na medida em que aqueles constituem ilícitos de natureza civil, embora com reflexos na esfera administrativa, estes, por sua vez, ostentam caráter de infração político-administrativa ou político-constitucional.

Miranda (2007, p. 350) justifica sua posição ressaltando que, enquanto os atos de improbidade estão sujeitos a processo e jul-

gamento na esfera jurisdicional, “valendo-se de um rito próprio sem qualquer aspecto político”, os crimes de responsabilidade sujeitam-se a julgamento pelo Senado Federal, pelas Assembleias Legislativas ou pelas Câmaras de Vereadores.

Assim, sustenta o autor a possibilidade de tramitação simultânea de processos instaurados em esferas distintas, com vistas a apurar a responsabilidade civil, criminal e político-administrativa do agente pela prática de um único fato, não havendo que se falar em dupla punição (MIRANDA, 2007).

Seguindo esse entendimento, Martins Junior (2009) acentua a distinção entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade, aduzindo que os delitos previstos na Lei n. 1.079/1950 têm feições políticas a responsabilidade imputada pela Lei n. 8.429/1992, por outro lado, é de natureza jurídica.

Para Martins Junior (2009), os julgamentos dos crimes de responsabilidade realizados pelas casas legislativas têm caráter eminentemente político, podendo o fato imputado ser punido, ou não, a depender de um juízo de conveniência política, carente de motivação.

Por outro lado, a aplicação das sanções previstas pela Lei de Improbidade compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante processo com rito próprio, e por decisão necessariamente fundamentada, passível de impugnação pelas vias próprias (MARTINS JUNIOR, 2009).

Segundo Emerson Garcia (2007), os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade apresentam noções distintas e inconfundíveis, não havendo na Constituição Federal autorização para que os agentes políticos que estejam submetidos ao regime da

Lei n. 1.079/1950 sejam afastados do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992.

Transcreve-se, a seguir, o entendimento de Emerson Garcia (2007, p. 14, grifo do original):

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em “*atos de improbidade*” e em “*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, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei n. 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei n. 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

Choinski (2006, p. 12) também refuta a tese de que os atos de improbidade administrativa ostentam natureza de infração político-administrativa, oferecendo importante reflexão acerca do tema:

A seguir, já para a Lei de Improbidade Administrativa, o reconhecimento do caráter político-administrativo a esta traria problemas quanto à aplicabilidade aos demais agentes públicos alcançados por ela e que não são agentes políticos. Ou seja: como dar caráter político-administrativo a uma lei somente quando ela for aplicada a agentes políticos e não dar o mesmo caráter aos agentes que não forem agentes políticos? Mais uma vez estaria se propondo dar tratamentos jurídicos diferenciados em razão de uma classe, o que representa um privilégio defeso pela Constituição.

Aduz Choinski (2006) que não é possível atribuir natureza político-administrativa aos atos qualificados como ímprobos pela Lei n. 8.429/1992 somente quando imputados a agentes políticos, sob pena de se conferir a essa espécie um tratamento diferenciado, não autorizado pela Constituição Federal.

Para o Ministério Público Federal, “[...] a responsabilização política (por crime de responsabilidade) nada tem a ver com a responsabilização judicial civil (por improbidade administrativa)” (BRASIL, 2002a, p. 13).

Conforme exposto no “Estudo de subsunção dos agentes políticos à Lei n. 8.429/1992”, publicado pela instituição, o entendimento segundo o qual os agentes políticos responderiam somente por crime de responsabilidade, ficando imunes ao regime instituído pela Lei de Improbidade, opõe-se frontalmente aos princípios democrático e republicano, criando “*odiosa discriminação em favor da impunidade (civil)*” (BRASIL, 2002a, p. 13, grifo do original).

Assevera, também, não haver, à espécie, conflito normativo a reclamar a aplicação do princípio da especialidade, pois ambas as leis são específicas em seu âmbito de atuação e destinam-se à responsabilização do agente público em esferas distintas.

Acrescenta, ainda, que a Constituição Federal não criou para os agentes políticos qualquer salvaguarda ou imunidade em relação ao regime de controle da probidade por ela instituído, mas, ao contrário, previu a ampla responsabilização dos agentes públicos em diversas esferas, deixando consignado, expressamente, que a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 se daria “sem prejuízo da ação penal cabível”, nos termos do art. 37, 4º da Constituição Federal¹⁸ (BRASIL, 2002a, p. 13).

18 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Mônica Nicida Garcia (2007) argumenta que a Constituição Federal, visando tutelar a probidade administrativa, criou diversos mecanismos de combate aos atos atentatórios ao patrimônio público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, instituindo esferas distintas de responsabilização do agente público (autônomas e independentes) que coexistem harmonicamente, e nas quais se pode incidir simultaneamente praticando assim um único ato.

Assim, sustenta Mônica Nicida Garcia (2007) ser possível que uma mesma conduta esteja tipificada como crime funcional pela legislação penal, qualificada como ilícito administrativo pela legislação estatutária ou como infração político-administrativa pela Lei n. 1.079/1950 e, ainda, definida como ato de improbidade, podendo o agente ser responsabilizado em todas essas esferas e punido com a sanção respectiva, sem que haja violação ao princípio do *non bis in idem*.

É que, para a autora, é plenamente admissível que a Constituição Federal preveja sistemas de responsabilização distintos com vistas a promover a tutela de um mesmo bem jurídico – no caso, a probidade administrativa, não havendo que se falar em aplicação seletiva, mas simultânea desses regimes (GARCIA, 2007).

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF (BRASIL, 2008c, grifo do original):

Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica Lei n. 8.429/1992, de tipificação cerrada, mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (Lei n. 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a

Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos de Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da Lei n. 1.079/1950.

Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, – isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos.

O art. 37, parágrafo 4º da Constituição, disciplinado pela Lei n. 8.429/1992, traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. Como bem sustentou a professora Maria Sylvia Di Pietro, sua consagração na Constituição como um dos princípios norteadores da ação administrativa do Estado constitui um “reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”.

Buscou-se, com essa normatização, coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados, atendido os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas penalidades previstas na lei – e tão somente elas. Aí reside, aliás, uma particularidade dessa nova normatização: a natureza cerrada da tipificação, com penas específicas para cada tipo de conduta desviante.

O contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilização política. Nesse caso, o tratamento jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na Lei n.1.079/1950, assume outra roupagem, e isto se explica pelo fato de que o objetivo constitucional visado é muito mais elevado. Cuida-se aí de mais um dentre os inúmeros mecanismos de *check-and-balances* típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo. Tem equivalência, no presidencialismo, aos mecanismos de apuração da responsabilidade política típicos do sistema parlamentarista – como, por exemplo, a moção de censura ou desconfiança. Aliás, a natureza do instituto

e os objetivos constitucionais por ele visados é que explicam por que nessa modalidade especial de responsabilização as penalidades são diferenciadas e podem parecer relativamente brandas, se comparadas às previstas na Lei de Improbidade. É que o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a “*public trust*”, isto é, a confiança da Nação. Igualmente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos. É que, como bem disse Alexis de Tocqueville, no seu clássico “Democracia na América”, “*o fim principal do julgamento político nos Estados Unidos, é retirar o poder das mãos do que fez mau uso dele, e de impedir que tal cidadão possa ser reinvestido de poder no futuro*”.

A controvérsia em torno da natureza dos atos de improbidade deságua no problema da competência para apreciar e julgar a ação proposta em face do agente político ímprobo, tendo em vista a prerrogativa de foro especial constitucionalmente estatuída.

A seguir, passa-se à análise das questões alusivas ao juízo natural em tema de ações de improbidade.

3.2 Da usurpação de competência dos tribunais superiores e do esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos

A principal polêmica a respeito do tema em apreço repousa na questão referente à competência para processar e julgar os agentes políticos por ato de improbidade previsto na Lei n. 8.429/1992.

Embora a Constituição Federal tenha conferido prerrogativa de foro especial para alguns agentes políticos no julgamento das

demandas penais, não há qualquer previsão dessa ordem em relação às ações de improbidade administrativa.

Nesse contexto, para aqueles que defendem a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, o julgamento desses agentes estatais por magistrados de primeira instância conduziria à subversão lógica do ordenamento, configurando verdadeira usurpação da competência constitucional dos tribunais superiores, além de resultar no esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida a essa categoria de agentes públicos, pois a Constituição prevê, para a hipótese de imputação de crimes de responsabilidade, o julgamento dessas autoridades por Tribunal específico, considerando a relevância política do cargo ocupado por esses agentes.

À luz desse entendimento, colhem-se os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 874):

E mais se pode indagar: seria legítimo o afastamento do Presidente da República de suas funções mediante decisão do juiz de 1º grau, tal como prevê e autoriza a Lei de Improbidade?

Uma resposta positiva a essa indagação tornaria dispensável todas as normas de organização e procedimento que foram previstas para julgamento do Presidente da República, nos crimes comuns e no de responsabilidade, na Constituição Federal. E, mais! Legítima a hipótese formulada, poderia o Presidente da República ser afastado por decisão de um juiz de 1º grau que acolhesse proposta de afastamento da autoridade do cargo, com base no art. 20, parágrafo único da Lei de Improbidade.

O exame da questão, tal como posta, mostra a dificuldade, se não a impossibilidade de aplicação da referida lei às autoridades que estão submetidas a regime especial de crime de responsabilidade.

No bojo dessa discussão acerca da natureza da Lei de Improbidade e dos efeitos das sanções por ela previstas, surgem duas teses que, embora apresentem fundamentos distintos, convergem no sentido de afastar a competência do juízo de primeira instância para

julgar ações que imputem a prática de ato de improbidade a agentes políticos, atribuindo tal competência ao Tribunal correspondente.

Para alguns, o reconhecimento da premissa estabelecida da ação de improbidade que ostenta natureza político-administrativa afasta a incidência da Lei n. 8.429/1992 aos atos praticados por agentes políticos e, conseqüentemente, atrai a competência da Corte Suprema para julgar o processo crime de responsabilidade em que esses agentes figurarem como réus, nos termos do art. 102, I, c, da Constituição Federal.

Assim, para essa corrente doutrinária, não é admissível a responsabilização do agente político nos termos da Lei de Improbidade, respondendo este somente por crime de responsabilidade, em processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c, da Constituição Federal¹⁹) ou do Senado Federal (art. 52, I e II, da Constituição Federal²⁰), não havendo que se falar em competência do juízo de primeira instância.

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

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

[...] (BRASIL, 1988).

20 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade

[...] (BRASIL, 1988).

Nesse sentido manifestou-se o Ministro Eros Grau ao proferir Voto-Vista (BRASIL, 2008c):

Ainda outro ponto deve aqui ser analisado. Refiro-me à invasão de competência deste Tribunal para julgar crime de responsabilidade, consumada quando a autoridade submetida à jurisdição deste Tribunal é processada por improbidade administrativa em outro foro.

Estou também convencido, na linha da maioria dos votos proferidos neste mesmo processo, de que o agente político somente responde por crime de responsabilidade, não podendo ser processado, por conta do mesmo fato, por improbidade. Pois isso mesmo o ajuizamento, em outra instância, de ação de improbidade contra ele é expressiva de agravo à competência deste Tribunal.

A invasão de competência não se perfaz – digo-o, isto sim, com muita ênfase – porque o STF não seria competente para apreciar a ação de improbidade. É que não há, no caso, ação de improbidade a ser proposta. Pois o Supremo jamais foi titular de competência como tal, visto que os agentes políticos somente respondem por crime de responsabilidade, nunca pela Lei de Improbidade.

A outra corrente, por sua vez, sustenta que, ainda que admitida a possibilidade de incidência da Lei de Improbidade contra os agentes políticos, não é possível definir as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil, pois esse tipo de ação ostenta inegável natureza penal, dada a gravidade das sanções previstas em seu texto, especialmente no que se refere às cominações de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública.

Assim, o reconhecimento da natureza punitiva da ação de improbidade exigiria do intérprete a conclusão de que, diante da ordem normativa vigente, são competentes para processar e julgar os agentes políticos acionados por improbidade os tribunais que detêm a competência originária para o processo crime de responsabilidade.

Ter-se-ia, portanto, o “alargamento” da competência constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, para que essas respectivas cortes passassem, também, a apreciar as ações de improbidade interpostas contra os agentes políticos que gozam de prerrogativa de foro especial. Segundo essa orientação, a competência dos tribunais superiores, nesse caso, representa uma extensão dos poderes expressamente mencionados na Constituição e decorre da interpretação lógica e sistemática do ordenamento.

Acerca da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as ações de improbidade propostas contra agentes políticos, colhe-se o excerto de Wald e Mendes (1998, p. 215, grifo do original):

Se, ao contrário, reconhece-se que se cuida de uma “ação civil” de fortes características penais, também não existe outra solução dentro do sistema senão aquela que considera que serão competentes, por força de compreensão, para processar e julgar a ação, os Tribunais que detêm a competência originária para o processo crime contra a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade.

Poder-se-ia argumentar que essa construção talvez não fosse aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte *implícita no próprio sistema constitucional*.

No mesmo sentido, posicionou-se o Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento da Reclamação n. 2.790 – SC, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009a):

Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável

em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*

Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.

No que diz respeito à extensão da prerrogativa de foro especial para as ações de improbidade, registre-se que a Lei n. 10.628/2002 (BRASIL, 2002b) conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, estabelecendo o foro privilegiado nas ações de improbidade – art. 84, § 2º e do Decreto-Lei n. 3.689/1941; além de reconhecer o direito de foro especial, no caso de crimes, mesmo após cessado o exercício do mandato – art. 84, § 1º, do mesmo diploma (BRASIL, 1941b).

Sucede que, no julgamento da ADIN n. 2.797/DF (BRASIL, 2006), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei n. 10.628/2002, sob o fundamento de que o legislador ordinário não poderia ter acrescentado a ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal, ao rol das competências originárias da Corte Suprema estabelecidas pela Constituição.

A declaração de inconstitucionalidade, entretanto, não pôs fim ao debate da matéria perante o Supremo Tribunal Federal, pois a questão foi reaberta no julgamento da questão de ordem suscitada no bojo da Petição 3.211-0 (BRASIL, 2008b), em que a Corte

Suprema entendeu ser competente para julgar ação de improbidade proposta em face dos seus membros.

Em síntese, entenderam os Ministros do Supremo Tribunal Federal que a prerrogativa de foro decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a possibilidade de juiz de primeira instância processar e julgar causa promovida contra ministro da Corte Suprema, ainda mais se a procedência da ação puder acarretar a sanção de perda do cargo (BRASIL, 2008b).

Colhe-se, a seguir, a ementa do julgado referido (BRASIL, 2008b):

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do supremo tribunal federal. Impossibilidade. Competência da corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.

Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.

Em posição contrária, argumenta Miranda (2007) que inexistente no texto constitucional previsão de foro específico para julgamento de ações civis de improbidade, acrescentando que a concessão de tal prerrogativa traduz opção do Constituinte, mostrando-se defeso ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, conferir tratamento analógico a situações não albergadas pela Constituição.

Corroboram o entendimento acima os argumentos deduzidos por Comparato (2002, p. 127), a seguir transcritos:

As disposições excepcionais, como afirma a mais longeva tradição, não comportam interpretação ampliativa ou analógica. Essa regra

hermenêutica é tanto mais rigorosa quando nos deparamos com exceções a princípios fundamentais, inscritos na Constituição.

Os privilégios de foro, como se procurou mostrar no corpo desse trabalho, representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem nenhuma ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se acha autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da autoridade pública pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar este benefício excepcional.

Na mesma perspectiva, argumenta Mônica Garcia (2007, p. 285) que as regras que estabelecem foro por prerrogativa de função não podem ser interpretadas extensiva ou analogicamente, e sim de maneira restritiva, “sem qualquer possibilidade de ampliação, especialmente quando se trata da competência do Supremo Tribunal Federal”.

Defendendo a natureza extrapenal das sanções previstas na Lei de Improbidade, Emerson Garcia (2007, p. 11) também se opõe à extensão da prerrogativa de foro conferida aos agentes políticos, manifestando-se nos seguintes termos:

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam “forte conteúdo penal”. Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo “força de compreensão”, às ações de natureza cível.

No que diz respeito à possibilidade de um juiz de primeiro grau decretar, inclusive liminarmente, a perda do cargo de um Presidente da República ou de um Ministro do Supremo, sustenta Carvalho (2007) que tal argumento não tem o condão de afastar a competência da primeira instância para processar e julgar a ação de improbidade proposta em face de agentes políticos.

Na visão de Carvalho (2007), a interpretação sistemática dos arts. 15²¹; 51, I²²; 86²³ e 87²⁴, todos da Constituição Federal, bem assim do disposto nos arts. 47, I²⁵ e 92, I²⁶, ambos do Código Penal, conduz ao entendimento de que, em relação aos agentes políticos, a aplicação das sanções previstas no art. 12, I, II e III²⁷, da Lei n.

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

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (BRASIL, 1988).

22 Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; [...] (BRASIL, 1988).

23 Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (BRASIL, 1988).

24 Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos (Brasil, 1988).

25 Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; [...] (BRASIL, 1940).

26 Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

[...] (BRASIL, 1940).

27 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:

8.429/1992, referentes à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos, não poderá ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença (CARVALHO, 2007).

Assim, por estarem os agentes políticos submetidos a um rito especial traçado pela Constituição Federal, e disciplinado pelos arts. 86, 55²⁸ e 27, § 1^o²⁹, todos da Carta Magna, não se sujeitarão ao afastamento cautelar previsto no art. 20, § 1^o, da Lei n. 8.429/1992³⁰.

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

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (BRASIL, 1992).

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

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (BRASIL, 1988).

29 Art. 27 § 1^o - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas (BRASIL, 1988).

30 Art. 20 Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou

Para Carvalho (2007), os temperamentos propostos, embora criem restrições à aplicação global da Lei n. 8.429/1992, superam o argumento suscitado pelos que defendem a imunidade dos agentes políticos em relação ao regime da Lei de Improbidade, garantindo ao juízo de primeira instância a competência para apreciar as ações de improbidade.

Na mesma perspectiva, asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2008c, grifo do original):

Levo em conta, sobretudo, que a perda da função pública, seja ela a de um cargo efetivo, seja de um mandato político, só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade. Por isso, não há a temer o argumento *ad terrorem* de que pudesse um juiz singular suspender, preventivamente, o Presidente da República ou outro dignatário de alta hierarquia, nem dar à sua sentença força para destituí-lo imediatamente do mandato e suspender-lhes os direitos políticos.

Ainda acerca da possibilidade de decretação da perda do cargo pelo juízo de primeiro grau, sustenta o Ministério Público Federal que “o cotidiano do sistema jurídico brasileiro mostra ser a preocupação referida infundada, pois sempre caberão recursos daquelas decisões e, em verdade, a primeira instância jamais decidirá o tema autonomamente” (BRASIL, 2002a, p. 7- 8).

Assim, aduz que, considerados a garantia do duplo grau de jurisdição e as inúmeras possibilidades de recurso previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a objeção à competência da primeira instância para processar ações de improbidade propostas em face de agentes políticos é facilmente refutada (BRASIL, 2002a).

Acrescenta, ainda, que o processo e julgamento dos agentes políticos pelo juízo de primeira instância, tal como ocorre com

função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (BRASIL, 1992).

os demais agentes públicos, é decorrência lógica do princípio da isonomia, que só pode ser excepcionado por disposição expressa da Constituição Federal, sob pena de se criarem discriminações arbitrárias (BRASIL, 2002a).

Desse modo, sustenta que, não tendo a Constituição Federal autorizado a extensão da prerrogativa especial de foro conferida aos agentes políticos à esfera de responsabilização por ato de improbidade, é vedado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, ampliar o privilégio, sob pena de se violar o princípio da isonomia.

A seguir, analisar-se-á os argumentos que envolvem a violação ao princípio da isonomia.

3.3 Do argumento da violação ao princípio da isonomia

Outro argumento erigido por aqueles que defendem a não sujeição dos agentes políticos à Lei de Improbidade diz respeito às peculiaridades das funções atribuídas a essa espécie de agente público, notadamente no que se refere à plena liberdade funcional e ao desempenho de funções com prerrogativas e responsabilidades próprias elencadas pela Constituição Federal e pela legislação específica.

Para essa corrente, o fato de a atuação desses agentes estar profundamente marcada pela tomada de decisões e pela escolha de opções eminentemente políticas pressupõe um tratamento diferenciado do que é conferido aos demais agentes públicos, estes últimos incumbidos da consecução de tarefas meramente administrativas. Tais elementos, segundo essa opção teórica, justificariam a inclusão dos agentes políticos apenas na esfera de responsabilização própria – responsabilidade político-administrativa.

Haveria, portanto, justa razão para se conferir aos agentes políticos discriminação no que tange à sistemática de controle de seus atos, pois seus deveres e responsabilidades seriam marcados pelo traço distintivo da autoridade político-governamental.

A respeito da atuação dos agentes políticos, Meirelles (2003, p. 76-77) ressaltou o seguinte:

A situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções.

Na mesma senda, identificando as especificidades que marcam essa peculiar modalidade de agente público, o Ministro Cezar Peluzo assentou o seguinte no julgamento da Reclamação n. 2138-6/DF (BRASIL, 2008c):

Normalmente a categoria dos agentes políticos é uma categoria especial de servidores públicos que têm, na Constituição, a sede da disciplina dos cargos, das suas atribuições, do sistema de escolha, que por isso mesmo pressupõem um regime funcional específico, ligado à dignidade dessas funções estatais que implicam, de certo modo, poder de tomar decisões que constituem exercício do poder de soberania, ou que são expressões do exercício desse poder de soberania. Por isso também, tais autoridades são dotadas de autonomia funcional, de regra não estão subordinadas a nenhuma outra autoridade, não estão sujeitos a relações hierárquicas e possuem competência decisória de relevo, como os parlamentares, as pessoas investidas em funções judicantes e ministeriais etc. Todos devem ter, a meu juízo, por consequência, sistema próprio de responsabilidade funcional, compatível com a liberdade política de quem deve desfrutar na tomada de decisões, e, segundo o qual, não podem ser responsabilizados de acordo com os critérios comuns, como por exemplo, o da culpa comum ou dos erros técnicos que atuam como critérios de responsabilidade dos demais servidores públicos. E têm ainda como consectário o foro especial por prerrogativa de função,

não apenas pelo fato de submeter sua condição a órgãos mais qualificados, que representariam garantias máximas de completa imparcialidade, mas sobretudo pelas repercussões político-sociais do julgamento desses agentes políticos.

Em posição contrária, sustenta Mônica Garcia (2007, p. 35) não haver justa razão para se conferir tratamento diferenciado aos agentes políticos, excluindo-os do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992, pois o fato de essa modalidade de agente público agir com independência na veiculação da vontade superior do Estado, não se sujeitando ao controle hierárquico, conduz necessariamente à conclusão de que “tem mais responsabilidades, estando, portanto, sujeito a todas as esferas de responsabilidade constitucionalmente admitidas”.

Nos dizeres da autora, “a importância do cargo exercido, a independência que lhe é inerente, a relevância e gravidade das decisões que são tomadas durante seu exercício [...]” (GARCIA, M., 2007, p. 305) não podem jamais resultar na criação de um sistema de imunidade em favor dos agentes políticos, eximindo-os de responder pelos atos ilícitos praticados.

No mesmo sentido, manifesta-se Miranda (2007), ao argumentar que a não incidência da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos constitui inexorável violação ao princípio da isonomia, na medida em que possibilita a punição por ato de improbidade administrativa para determinada categoria de agentes públicos, isentando de responsabilização aqueles que deveriam ter maior rigor na gestão da coisa pública, pois são dotados de maior autonomia.

Para Choinski (2006), também resulta em grave violação ao princípio da isonomia o fato de que, se vitoriosa a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, os agentes públicos comuns estariam sujeitos a todas as sanções previstas pela Lei de Improbidade (ressarcimento de danos, multa civil, perda da função

pública, inabilitação para a função pública e suspensão dos direitos políticos); por sua vez, os agentes políticos se sujeitariam apenas à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos.

Desse modo, estariam os agentes públicos comuns sujeitos a um tratamento muito mais severo do que aquele conferido aos agentes políticos, em desatenção ao princípio da isonomia.

Outro ponto controverso diz respeito às condutas qualificadas como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 que não encontram correspondência com os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950.

Analisar-se-á, em seguida, os desdobramentos dessa questão.

3.4 Da falta de total correspondência entre os atos de improbidade qualificados pela Lei n. 8.429/1992 e os tipos previstos na Lei n. 1.079/1950 - efeitos práticos dessa incongruência

Analisando detidamente os delitos previstos na Lei n. 1.079/1950 e a tipologia dos atos de improbidade estatuída pela Lei n. 8.429/1992, é possível perceber que não há perfeita correspondência entre as condutas descritas pelos dois diplomas legais.

Com efeito, a comparação entre os tipos legais previstos no art. 9º da Lei n. 1.079/1950, que definem os crimes de responsabilidade cometidos contra a probidade na Administração, e os ilícitos descritos como ato de improbidade pela Lei n. 8.429/1992 revela que as condutas descritas por um e outro sistema não são perfeitamente equivalentes, não havendo previsão, no sistema de responsabilidade político-administrativo, dos ilícitos que configuram enriquecimento ilícito e malversação de dinheiro público.

Ante esse cenário, argumentam aqueles que defendem a ampla responsabilização dos agentes públicos que o afastamento da Lei n.

8.429/1992 aos atos ímprobos por esses agentes praticados resultaria na criação de um repudiável sistema de imunidade em favor dessa espécie de agentes públicos.

Nesse sentido, assevera Miranda (2007) que a não sujeição dos agentes políticos ao regramento previsto na Lei de Improbidade Administrativa, no lugar de preservar a competência constitucionalmente outorgada aos Tribunais para o julgamento de crimes de responsabilidade, importa na criação de imunidade material em favor dos agentes políticos, tornando atípicas, em relação a estes, todas as condutas subsumíveis unicamente à Lei n. 8.429/1992, pois não são contempladas pela Lei n. 1.079/1950.

Outro ponto salientado diz respeito à situação dos agentes políticos que, embora tenham responsabilidade político-administrativa atribuída pela Constituição Federal, não foram citados como sujeitos ativos pela Lei n. 1.079/1950, diploma legal que traz a tipificação dos ilícitos político-administrativos. O que ocorre, por exemplo, com os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público que, nos termos do art. 52, II³¹, da Constituição Federal estão sujeitos à responsabilização político-administrativa.

Oferecendo resposta ao problema apresentado, o Ministro Carlos Velloso ponderou o seguinte (BRASIL, 2008c):

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 responsa-

31 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

bilidade. 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. 8.429/1992, aplicável a qualquer agente público, certo que “reputa-se como agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação designação contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (Lei n. 8.429/1992, art. 2º).

Assim, para o Ministro, estariam os agentes políticos imunes ao regime da Lei n. 8.429/1992 somente quanto às condutas que também estivessem tipificadas como crime de responsabilidade, podendo responder por improbidade em relação aos ilícitos que lá não estejam previstos (BRASIL, 2008c).

Do mesmo modo, em relação aos agentes políticos cuja responsabilidade político-administrativa não esteja regulada pela Lei n. 8.429/1992 nem por outra lei específica, não há que se falar em imunidade absoluta, devendo responder por improbidade, nos termos da legislação especial (BRASIL, 2008c).

São esses, portanto, os principais argumentos sustentados por ambas as teses, devendo-se considerar que a aplicação, ou não, da Lei de Improbidade aos agentes políticos deve garantir máxima efetividade aos princípios constitucionais, especialmente àqueles relacionados à disciplina da Administração Pública.

4 Conclusão

Com base na análise da corrupção como realidade de ocorrência histórica no Brasil, verifica-se a preocupação permanente do legislador pátrio em combater esse terrível mal social, criando mecanismos variados de controle da corrupção pública, a fim de

promover a tutela da higidez administrativa, protegendo o patrimônio público em seus aspectos material e moral.

Destaca-se que, embora o combate à corrupção pública tenha encontrado assento em todas as constituições republicanas brasileiras, foi a Constituição Federal de 1988 que, inspirada no *neoconstitucionalismo*, instituiu o mais consistente e amplo regime de responsabilização dos agentes públicos, permitindo a apuração simultânea da responsabilidade dos agentes estatais em diferentes esferas.

Com efeito, o movimento do *neoconstitucionalismo* marcou a reaproximação entre o Direito e a Ética e instituiu uma nova ordem jurídica, preocupada, em tema de Administração Pública, com a defesa da probidade e com o controle dos atos públicos.

Nesse contexto, o legislador constituinte fez introduzir no texto da Constituição de 1988 o art. 37, § 4º, que impõe a todos os agentes públicos o dever ético de agir com probidade e moralidade na administração da *res pública*, devotando fiel obediência aos princípios que regem a Administração.

O preceptivo constitucional mencionado encontra regulamentação na Lei n. 8.429/1992, que definiu a tipologia dos atos de improbidade e estabeleceu sanções próprias para cada violação, criando um rigoroso sistema de combate à corrupção administrativa.

O rigor das disposições contidas na Lei de Improbidade, sobretudo das graves sanções por ela impostas, concretiza a opção constitucional pela valorização e efetividade dos princípios nela elencados, em especial daqueles que regem a atuação administrativa.

Também revela a preocupação do legislador com o combate à corrupção e com a tutela da probidade o amplo espectro de incidência da Lei n. 8.429/1992, que, nos termos do art. 2º, sujeita ao seu regime todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente

ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e de território.

Assim, segundo a dicção legal, estariam submetidos à Lei n. 8.429/1992 todos os agentes públicos que mantivessem vínculo, de qualquer natureza, com a Administração Pública, além daqueles que, embora não fossem agentes públicos, induzissem ou concorressem para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficiassem, direta ou indiretamente.

Embora seja inegável que os agentes políticos estejam inseridos no amplo conceito de agentes públicos, discute-se, na esfera doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 a esses agentes estatais.

Segundo sustentam aqueles que defendem a tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos, os desvios funcionais praticados por essa categoria de agentes públicos estão amplamente contemplados na Lei n. 1.079/1950, não sendo possível a caracterização simultânea de tais fatos como atos de improbidade administrativa, sob pena de se praticar o vedado *bis in idem*.

Para essa corrente, a Constituição Federal não admite a concorrência entre os regimes de responsabilidade previstos na Lei n. 8.429/1992 e na Lei n. 1.079/1950, razão pela qual estão os agentes políticos sujeitos apenas ao regime de responsabilização próprio – sistema de responsabilidade político-administrativa.

Aduzem, ainda, que o julgamento dos agentes políticos por magistrados de primeiro grau, como determina a Lei n. 8.429/1992, além de resultar em usurpação da competência dos

tribunais superiores, acarreta, também, o esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida a essa categoria de agentes públicos, pois a Constituição prevê o julgamento dessas autoridades por Tribunal específico, quando lhes for imputada a prática de crime de responsabilidade.

Defendendo posição contrária, parte expressiva da doutrina sustenta que os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade ostentam natureza distinta, capaz de ensejar a responsabilização simultânea do agente político em esferas autônomas e independentes, sem que haja violação ao princípio do *non bis in idem*.

Argumentam que a não sujeição dos agentes políticos ao regime da Lei n. 8.429/1992 implica na criação de um sistema de imunidade não autorizado pela Constituição Federal, além de tornar atípicas, em relação a esses, as condutas ilícitas contempladas apenas pela Lei de Improbidade e não tipificadas como crime de responsabilidade.

Aduzem, ainda, que não há que se falar em esvaziamento da prerrogativa de foro especial conferida aos agentes políticos quando lhe for imputada a prática de crime de responsabilidade, sob o fundamento de que a Constituição Federal restringiu essa prerrogativa às demandas de natureza penal, mostrando-se vedado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao intérprete, estender ou alargar esse privilégio constitucionalmente outorgado.

A tese da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos ganhou força após o Supremo Tribunal Federal decidir, no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, que os ministros de Estado, típicos agentes políticos, não se sujeitam ao regime estatuído pela Lei de Improbidade Administrativa, mas apenas ao sistema de responsabilidade político-administrativo previsto no art. 102, I, c da Constituição Federal e disciplinado pela Lei n. 1.079/1950.

Após apresentar os argumentos defendidos por ambas as opções teóricas, e considerando que a tutela da probidade encontra estatura constitucional, tem-se que a solução jurídica dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 2.138/DF, não foi a mais adequada.

Mesmo respeitando a autoridade dos julgamentos proferidos pela Corte Suprema, deve-se reconhecer que a decisão do Tribunal, além de contrariar o fundamento de todo o sistema de responsabilidades previsto na Constituição Federal, também mitiga a eficácia normativa do princípio da probidade administrativa e do princípio republicano.

Como visto, a ampla responsabilização dos agentes públicos decorre logicamente da eficácia imperativa conferida a todo o arcabouço principiológico constitucional, especialmente no que diz respeito aos princípios acima referidos.

Assim, entende-se que a atividade do intérprete, com vista a encontrar a solução jurídica mais equilibrada para a controvérsia aqui discutida, deve ser guiada por esses princípios, que são regentes da atuação administrativa, e que expressam valores éticos consagrados no ordenamento jurídico.

Esse, no entanto, não foi o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 2138/DF, pois a Corte Suprema, ao excluir os agentes políticos do âmbito de incidência da Lei n. 8.429/1992, criou um sistema de imunidade não previsto na Constituição Federal e consagrou a irresponsabilidade desses agentes por ato de improbidade administrativa, contrariando o conteúdo dos princípios mencionados.

Demais, a decisão do Tribunal no julgamento em análise ignora também as disposições constitucionais expressas, na medida

em que desconsidera que a própria Constituição Federal, em seu art. 52, parágrafo único, autoriza a aplicação de outras sanções, além daquelas cominadas para o crime de responsabilidade.

De fato, a Constituição Federal não limitou a responsabilização dos agentes políticos ao âmbito político-administrativo, mas, ao contrário, impôs a todos os seus agentes a responsabilidade pela prática de seus atos e a necessidade de sua apuração em todas as esferas, de forma simultânea e independente.

Assim, por entender que não há fundamento ético-normativo para afastar a aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos que respondem também por crime de responsabilidade, e, considerando que a matéria não está definitivamente decidida, pois a questão aqui posta é também objeto de outros processos que tramitam perante a Corte Suprema, a serem apreciados por um colegiado com composição bastante diferente daquela que julgou a mencionada Reclamação, espera-se que um novo entendimento seja formado naquele Tribunal, a fim de que se garanta a ampla responsabilização dos agentes políticos, conferindo-se máxima efetividade aos princípios constitucionais aqui aludidos.

Referências

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da probidade administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARBOZA, Márcia Nool. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. 2007. Disponível em: <<http://ccr5>>.

pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei n. 8.429/1992*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição da Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 4 out. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 mar. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0201.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1941a. Disponível

em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del3240.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941b. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 abr. 1950. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1079consol.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 3.164, de 1º de junho de 1957. Prove quanto ao disposto no §31, segunda parte, do art. 141 da Constituição Federal de 1946 e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 jun. 1957. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.429.htm>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei. n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 dez. 2002b. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Lei. n. 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 dez. 1958. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A subsunção dos agentes políticos à Lei n. 8.429/1992*. 2002a. Disponível em: <<http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/publicacoes-diversas/estudo-subsuncaoLei8.429.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Ag. n. 1066846. Relator: Ministro Geraldo Og Fernandes. Brasília, DF, 2 de outubro de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2 out. 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Rcl n. 2790/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 2 de dezembro de 2009a. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 4 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp 981570/AC. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 5 de novembro de 2009. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 nov. 2009b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão REsp n. 1112062/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de outubro de

2009. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 07 out. 2009c. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Pet n. 3211 QO/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 13 de março de 2008. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 jun. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Rcl n. 2138-6/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 13 de junho de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 abr. 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 out. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Rosimayre Gonçalves. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 19, n. 4, abr. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20755/acao_improbidade_administrativa_agentes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 fev. 2010.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. *Lei de Improbidade Administrativa e os crimes de responsabilidade*, abr. 2006. Disponível em: <http://www.patrimoniopublico.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudios/Artigo_LIA_crime_de_respon.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2010.

COIMBRA, Arménio Alves Fernandes et al. *Ordenações filipinas online*. 1998. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1218.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Competência do juízo de 1º grau. In: Sampaio, José Adércio Leite et al. (Orgs.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/1992*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-130.

GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25260>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Monica Nicida. *Responsabilidade do agente político*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007.

HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Temas Fundamentais de Direito, 5).

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RONZANI, Dwight Cerqueira. Corrupção, improbidade administrativa e poder público no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 8, n. 10, p. 57-89, jan./

jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25260>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Transparency international*. Disponível em: <<http://www.transparency.org.br>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Brasília*, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-17.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2010.