

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

THOMÁS HENRIQUES ZANELLA FORTES

**RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS POR ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

SÃO PAULO

THOMÁS HENRIQUES ZANELLA FORTES

**RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS POR ATOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

TRABALHO DE MONOGRAFIA JURÍDICA
APRESENTADO NO CURSO DE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO, COMO PARTE DOS
REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
ESPECIALISTA EM DIREITO
ADMINISTRATIVO SOB ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR-ORIENTADOR FERNANDO
AUGUSTO MARTINS CANHADAS.

SÃO PAULO/ SP

JUNHO/2012

Aos meus avós, sinônimos de amor e
conhecimento.

*“Rostoptchin acalmou-se fisicamente e,
como sempre acontece, junto com a
tranquilidade física, a razão forjou para
ele também motivos para a tranqüilidade
moral.”*

(Liev Tolstói, Guerra e paz)

Resumo

No dia 13 de junho de 2007 o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento da Reclamação 2.138-6, entendendo que os agentes políticos não se sujeitariam ao regime da Lei nº 8.429/92, uma vez que responderiam pela prática de crimes de responsabilidade, cuja natureza jurídica seria idêntica ao dos atos de improbidade administrativa.

No primeiro capítulo verificamos que os agentes políticos são agentes públicos que ocupam cargos de destaques dentro da Administração Pública, bem como são os responsáveis pelas decisões políticas que norteiam a atuação do Governo.

Apesar dessa posição de destaque, da importância de suas decisões e do tratamento diferenciado atribuído pela Constituição Federal para algumas formas de suas responsabilizações, os agentes políticos possuem responsabilidade civil, administrativa, penal, política e tantas outras existentes.

A Lei de Improbidade Administrativa expressamente estabelece que todos os agentes públicos a ela se subordinam, bem como encontra fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, tendo, a nosso ver, uma natureza autônoma, que não se confunde com a natureza político-administrativa dos crimes de responsabilidade.

Dessa forma, entendemos que os agentes políticos podem ser responsabilizados pela prática de atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, tendo em vista que tais atos representam uma esfera autônoma de responsabilização por determinação constitucional, bem como todas as suas penalidades podem ser aplicadas aos agentes públicos pelo juízo de primeira instância, uma vez que a Carta Magna não estabeleceu foro por prerrogativa de função para seu julgamento.

Abstract

On June 13, 2007 the Supreme Court ended the Trial of the Complaint 2.138-6, understanding that political actors would not be subject to the system of the Law No. 8.429/92, once they answer for criminal practice of responsibility, which legal nature would be identical to the acts of administrative impropriety.

In the first chapter we verify that political actors are public servants in positions of highlights within the Public Administration, and are responsible for policy decisions that guide the work of the Government.

Despite this prominent position, the importance of their decisions and of the differential treatment granted by the Constitution for some forms of their accountability, political actors have civil liability, administrative liability, criminal liability, political liability and any others that exist.

The Administrative Misconduct Act expressly provides that all public servants are subordinate to it, and has foundation in article 37, § 4 of the Constitution, having, in our view, an autonomous nature, that cannot be confused with the political-administrative nature of the crimes of responsibility.

Thus, we believe that political actors can be held accountable for acts of administrative impropriety, by operation of Law No. 8.429/92, in order that such acts represent an autonomous sphere of liability by Constitution determination, and all its penalties can be applied to the political actors by the first instance sentence, since the Constitution did not establish jurisdiction by prerogative of duty to his judgment.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
Capítulo 1 – Agentes públicos.....	10
1.1 Conceito de agentes públicos.....	10
1.2 Classificação dos agentes públicos.....	11
1.2.1. Agentes políticos.....	11
1.2.2. Servidores estatais.....	14
1.2.3. Particulares em colaboração com a Administração.....	17
1.2.4. Militares.....	18
1.2.5. Quadro sinótico dos agentes públicos.....	19
1.3 Responsabilidade dos Agentes Públicos.....	19
1.3.1 Responsabilidade administrativa dos agentes públicos.....	23
1.3.2 Responsabilidade civil dos agentes públicos.....	25
1.3.3 Responsabilidade penal dos agentes públicos.....	28
1.3.4 Responsabilidade eleitoral dos agentes públicos.....	31
1.3.5 Crimes de Responsabilidade.....	34
Capítulo 2 – Improbidade administrativa.....	39
2.1 Princípios basilares da repressão aos atos de improbidade administrativa.....	39
2.1.1 Princípio da República.....	40
2.1.2 Princípio da moralidade.....	43
2.1.3 Princípio da probidade.....	45
2.1.4 Princípio da impessoalidade.....	47

2.2	Parâmetro legal da improbidade administrativa.....	48
2.3	Atos de improbidade administrativa.....	49
2.3.1	Enriquecimento ilícito.....	51
2.3.2	Lesão ao erário.....	53
2.3.3	Atos que atentam contra os princípios regentes da atuação da Administração Pública.....	55
2.4	Sujeitos da improbidade administrativa.....	57
2.4.1	Sujeito ativo.....	57
2.4.2	Sujeito passivo.....	60
2.5	Sanções.....	61
2.5.1	Ressarcimento dos prejuízos causados.....	63
2.5.2	Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente.....	64
2.5.3	Perda da função pública.....	65
2.5.4	Suspensão dos direitos políticos.....	69
2.5.5	Multa civil.....	71
2.5.6	Proibição de contratar com o Poder Público.....	72
2.5.7	Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.....	73
2.6	Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa.....	74

Capítulo 3 – Responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa.....	81
--	-----------

Síntese conclusiva.....	96
--------------------------------	-----------

Bibliografia.....	98
--------------------------	-----------

Introdução

No dia 13 de junho de 2007 o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento da Reclamação 2.138-6, na qual a defesa do antigo Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos, Ronaldo Mota Sardemberg, alegava a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa, bem como a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 a tais sujeitos, em vista deles se encontrarem sujeitos aos crimes de responsabilidade, cuja natureza jurídica seria idêntica ao dos atos de improbidade administrativa.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, julgou procedente a reclamação e reconheceu a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Tal decisão constituiu verdadeiro *leading case* e orienta a jurisprudência dos tribunais inferiores até hoje, embora o plenário do Supremo Tribunal Federal não tenha se pronunciado em outra oportunidade sobre a matéria. Além disso, seis dos onze Ministros que participaram do referido julgamento não integram mais os quadros da Suprema Corte, sendo que quatro desses seis votaram a favor da tese que se consagrou vitoriosa no caso em referência.

A doutrina também se manifestou sobre a decisão e em sua maioria a criticou, embora poucos trabalhos tenham sido dedicados exclusivamente ao estudo da responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa.

Dessa forma, no presente estudo pretendemos analisar se os agentes políticos – autoridades alocadas nos cargos de maior destaque dentro da Administração Pública e, pelo menos teoricamente, responsáveis pelas principais decisões governamentais – se subordinam ao regime de responsabilização da Lei de Improbidade Administrativa e quais penalidades poderiam ser-lhes aplicáveis dentre aquelas previstas na lei.

Para realizarmos tal análise é necessário estudarmos tanto o regime jurídico dos agentes públicos, como os atos de improbidade administrativa.

O estudo dos agentes públicos envolve um esboço do quadro geral dos que exercem função pública, a fim de identificarmos os agentes políticos e verificarmos

as peculiaridades que os distinguem dos demais agentes, bem como o regime de responsabilização de todos aqueles que tratam com o patrimônio público.

Já o estudo dos atos de improbidade administrativa passa, por óbvio, pela Lei de Improbidade Administrativa, princípios informadores, sujeitos do ato, penalidades e, finalmente, natureza jurídica, a qual é de suma importância para identificarmos eventual *bis in idem* com a responsabilização por crimes de responsabilidade.

Todo o estudo se baseou em obras de conceituados doutrinadores de diversos campos do direito que se dedicam ao estudo de algum dos temas tratados, e não pretende esgotar o tema, mas tão somente propor premissas que sirvam de base para uma conclusão consistente a respeito do tema tratado.

Capítulo 1 – Agentes públicos

Como a categoria dos agentes políticos não é uma categoria isolada no ordenamento jurídico nacional, mas sim parte de um sistema maior, será necessário fazermos um panorama geral desse sistema de colaboradores da Administração Pública, para bem conceituarmos os agentes políticos e definir suas funções e características.

1.1 Conceito de agentes públicos:

O termo “agente público” é um gênero capaz de abranger todas as pessoas físicas que, definitiva ou temporariamente, prestam um serviço ou exercem alguma função estatal. Essa é a mais apropriada expressão adotada para se referir à coletividade dos colaboradores estatais.

Apesar de haver grande divergência doutrinária nas classificações internacionais dos agentes públicos, seja em virtude de nomenclatura ou das suas subespécies, o gênero “agentes públicos” possui um conceito mais uniforme perante a doutrina pátria.

Nesse sentido, utilizamos a conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.”¹

O mesmo autor observa a existência de dois requisitos para a caracterização dos agentes públicos. O primeiro deles, requisito objetivo, é a natureza estatal da atividade desempenhada, enquanto que o segundo, requisito subjetivo, é a investidura naquela atividade de natureza estatal².

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227

Assim, qualquer pessoa regularmente investida em uma atividade de natureza estatal, enquanto a desempenhe, é um agente público. Cumpre observarmos que é justamente essa natureza estatal da atividade desempenhada que acarreta a responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos agentes públicos.

Para encerrar esse tópico, cumpre transcrever o esclarecedor conceito de agentes públicos de José Roberto Pimenta Oliveira, o qual será por nós adotado para os fins deste trabalho:

“[...] toda pessoa física que, em razão de determinada relação jurídica mantida com o Estado (ou quem lhe faça as vezes), seja investido no desempenho de uma atividade pública, cometida originariamente ao Estado. Abrange, por conseguinte, todos aqueles que mantêm vínculo estatutário (de índole constitucional ou legal) ou contratual, que exercem atividades públicas com ou sem remuneração, que desempenham o mister em caráter permanente ou temporário, com ou sem subordinação hierárquica, que exercitam a atividade estatal integrados, ou não, à organização administrativa.”³

1.2 Classificação dos agentes públicos:

Dentre as classificações mais aceitas pela moderna doutrina nacional encontra-se a de Celso Antonio Bandeira de Mello⁴, a qual foi inspirada na sistematização elaborada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, e devidamente adaptada à realidade da Constituição Federal de 1988⁵.

De acordo com essa classificação podemos dividir os agentes públicos em três categorias (i) os agentes políticos; (ii) os servidores estatais; e (iii) os particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

1.2.1 Agentes políticos:

Os agentes políticos se diferenciam dos demais agentes públicos em razão de sua posição central nos poderes públicos, bem como da natureza política peculiar de suas funções, as quais têm base constitucional, se destinam à direção do Estado

³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.27.

⁴ *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 229.

⁵ Usaremos essa classificação na presente obra com eventuais referências a outras classificações.

e ao estabelecimento de diretrizes para sua atuação, organização e funcionamento de forma unitária e sincronizada.

As decisões dos agentes políticos, no exercício de sua função política ou de governo, são as principais expressões da vontade do Estado, justamente por se originarem nos mais elevados cargos estabelecidos pela Constituição da República. Eis a razão pela qual tais decisões se caracterizam por uma ampla liberdade decisória, possuem regramento constitucional e não se submetem às noções de vinculação e discricionariedade dos atos administrativos.

A função política é bem explicitada na lição de Paulo Modesto:

“A função política ou de governo, por sua vez, difere da função administrativa por consistir na emanção de atos jurídicos primários, fundados diretamente na Constituição, dotados de ampla discricionariedade. Os atos de governo são editados fora da hierarquia administrativa, independentemente dela, mas estão sujeitos a controle de legalidade pelos órgãos jurisdicionais.”⁶

Acerca da conceituação e definição de quem são os agentes políticos, podemos encontrar na doutrina duas correntes principais.

De um lado existe a posição encabeçada por Hely Lopes Meirelles, a qual tem uma visão mais ampla do conceito de agente político e, conseqüentemente, insere mais pessoas na categoria. Assim ensina o autor:

“Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. [...] Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Municípios); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.”⁷

⁶ MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 9 de março de 2012.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.77-79.

A segunda corrente, encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello, e seguida pela maior parte da doutrina moderna, como Lúcia Valle Figueiredo⁸, Diogenes Gasparini⁹ e Odete Medauar¹⁰, se opõe a primeira e possui uma visão mais restrita de agente político. São as lições do referido autor:

*“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.”*¹¹

Havemos de concordar com a segunda corrente, a qual abrange apenas os titulares de mandatos eletivos os auxiliares diretos do chefe do Poder Executivo, por apresentar-se mais afinada com as diretrizes Constitucionais e as características da função política, a qual deve ser o principal critério para se estabelecer quem são os agentes públicos, conforme ensina José Roberto Pimenta Oliveira:

*“É, definitivamente, a função de deliberação política exercida na vida social pelo ocupante do cargo (interferente no condicionamento de seu modo de provimento) no contexto das instituições fundamentais do Estado – em atenção à forma e sistema de governo constitucionalmente plasmada – que autoriza a doutrina a rotular certo plexo de atribuições públicas como cargo político, exercido por agente político.”*¹²

De acordo com a segunda corrente ficam excluídos da concepção de agentes políticos os titulares dos cargos de chefia das pessoas jurídicas da administração indireta, cujas funções são reguladas por lei e não pela Constituição federal, bem como os magistrados, membros do Ministério Público, dos Tribunais de

⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.617.

⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 280.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 229-230.

¹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.31.

Contas e da Diplomacia Brasileira, tendo em vista que esses não possuem as funções tipicamente políticas de dirigir o país com ampla liberdade de atuação e de expressar a vontade estatal.

É pacífica a doutrina que entende pela possibilidade do Poder Judiciário realizar um controle de legalidade sobre os atos políticos. Não obstante, outra interessante forma de controle indireto desses atos começa a ganhar força no país, trata-se das ações de tutelas coletivas.

A Constituição da República previu direitos individuais e sociais fundamentais a todos os cidadãos, bem como previu a tutela coletiva desses direitos em juízo. Dessa forma, um novo panorama se mostrou favorável à possibilidade do Poder Judiciário intervir sobre atos políticos, obrigando o Governo a criar novas políticas públicas, alterando-as, forçando a implantação de programas estatais, dentre outras decisões capazes de assegurar os referidos direitos, principalmente face ao princípio do mínimo existencial, entendido como o núcleo duro desses direitos, essenciais para que a pessoa viva com dignidade.

1.2.2 Servidores Estatais:

Os servidores estatais representam a grande massa dos agentes públicos que possuem vínculo de trabalho com a Administração Pública direta e indireta, em caráter não eventual, e que por essas são remunerados.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a seguinte definição de servidores estatais:

“A designação servidores estatais [...] abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.”¹³

O mesmo autor ainda classifica os servidores estatais em duas subespécies, (i) os servidores públicos; e (ii) os servidores das pessoas governamentais de direito privado, sendo que a primeira subespécie, por sua vez, pode ser dividida em outros

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 230.

dois grupos, (i.a) os servidores titulares de cargos públicos na Administração direta, nas autarquias e fundações de direito público da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo; e (i.b) os servidores empregados das mesmas pessoas.¹⁴

Os servidores públicos se diferenciam dos servidores das pessoas governamentais de direito privado apenas em razão daqueles possuírem vínculo de trabalho com as pessoas governamentais de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias e fundações de direito público), enquanto estes possuem vínculos trabalhistas (o que é diferente de vínculo de trabalho), com as pessoas governamentais de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado).

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁵ bem observa que apenas as pessoas governamentais de direito privado que exercem atividade econômica, por imposição do art. 173, §1º, II, da Constituição da República¹⁶, são obrigadas a adotar o regime trabalhista da Consolidação das Leis do Trabalho. Já as que exercem serviço público, embora as leis que as instituem costumem adotar o referido regime, não são obrigadas a tanto.

As duas subespécies apresentadas de servidores públicos se distinguem em virtude daqueles que ocupam emprego público possuírem vínculo trabalhista, enquanto que os titulares de cargo público possuem vínculo estatutário com a Administração direta, autarquias e fundações de direito público da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, assim como com o Poder Judiciário e com a esfera administrativa do Legislativo.

Regra geral os servidores públicos devem manter vínculo estatutário com a Administração Pública, o que significa a regência da relação jurídica por lei, a qual pode ser alterada pelo Poder Legislativo a qualquer momento desde que observadas as limitações Constitucionais, sem que haja direito adquirido ao regime jurídico até

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 230-231.

¹⁵ *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 436.

¹⁶ “Art. 173, § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

então vigente. Isto é, o regime jurídico que regula o vínculo do servidor público estatutário com a Administração Pública pode ser alterado unilateralmente por esta.

Excetuando essa regra geral, existem casos excepcionais que possibilitam certos servidores públicos a manterem vínculo trabalhista com as pessoas jurídicas de direito público da Administração. Três são os casos apontados por Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷:

- (i) servidores públicos titulares de funções subalternas;
- (ii) servidores públicos remanescentes de regimes anteriores que admitiam o vínculo trabalhista; e
- (iii) servidores públicos temporários.

O ordenamento jurídico e a doutrina nacional preferem o regime estatutário aos servidores públicos, tendo em vista que além dele comportar alteração legislativa sempre que oportuno, sem direito adquirido ao regime jurídico anterior, a forma estatutária também assegura aos servidores públicos alguns benefícios indispensáveis à garantia de uma atuação independente e impessoal, ao ponto de viabilizar eventual oposição a pressões e interesses contrários ao interesse público. São exemplos desses benefícios a estabilidade para os concursados, irredutibilidade de vencimentos, direito a reintegração quando o servidor for ilegalmente demitido, de remuneração quando colocado em disponibilidade, entre outros.

Pouco diferente é a classificação estabelecida por Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁸. Segundo a autora, o gênero dos servidores estatais, por ela denominados servidores públicos, se subdividem em três espécies, quais sejam:

- (i) **os servidores estatutários:** ocupantes de cargos públicos e sujeitos ao regime estatutário;
- (ii) **os empregados públicos:** ocupantes de cargos públicos e sujeitos ao regime trabalhista;
- (iii) **os servidores temporários:** os quais exercem função pública, sem ocuparem cargos ou empregos público, contratados por

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231-232.

¹⁸ *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 434.

tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição da República.

Essa classificação apresentada por Maria Sylvia também é encontrada nas lições de Hely Lopes Meirelles¹⁹, cuja estruturação das categorias de servidores estatais (por ele denominado agentes administrativos) possui a mesma forma, apesar das diferenças terminológicas.

1.2.3 Particulares em colaboração com a Administração:

Nesta última categoria de agentes públicos encontram-se as pessoas físicas que, sem perder a característica de particulares e sem vínculo empregatício, exercem função pública ao prestar um serviço para o Estado, com ou sem remuneração.

Função pública, de acordo com Odete Medauar, “*significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público.*”²⁰.

Ainda seguindo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, os particulares em colaboração com a Administração podem ser divididos em quatro grupos, (i) os requisitados; (ii) os gestores de negócios públicos; (iii) os contratados por locação civil de serviços; e (iv) os concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função ou ofício público²¹.

Os requisitados são particulares designados para exercerem alguma função pública transitoriamente, sendo que em geral não são remunerados. São exemplos de requisitados os mesários, os jurados e os convocados a prestarem o serviço militar.

Já os gestores de negócios públicos são sujeitos que, à revelia da Administração Pública, assumem espontaneamente uma função pública, em razão de uma emergência ou qualquer outra situação anômala.

¹⁹ *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.81.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 232-233.

Os contratados por locação civil de serviços são os particulares que recebem a incumbência de representar a Administração Pública ou prestar-lhe algum serviço.

Por fim, os concessionários e permissionários de serviços públicos são particulares que exercem uma função pública, em razão de o Estado ter-lhes contratado para prestarem um serviço público, o que é uma função materialmente pública. Enquanto que os delegados de função ou ofício público são todos os sujeitos a quem o Estado atribui poderes para praticar atos próprios da função pública, mediante remuneração de terceiros usuários dos serviços, como os notários e os tradutores públicos.

1.2.4 Militares:

Divergindo um pouco da classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro situa as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas como uma quarta categoria de agentes públicos²².

A razão para isso, de acordo com a autora, se deve ao fato de a Emenda Constitucional nº 18/98 ter atribuído aos militares alguns direitos próprios dos trabalhadores privados, o que é incompatível com o regime estatutário dos servidores públicos, categoria à qual pertenciam. São palavras da autora:

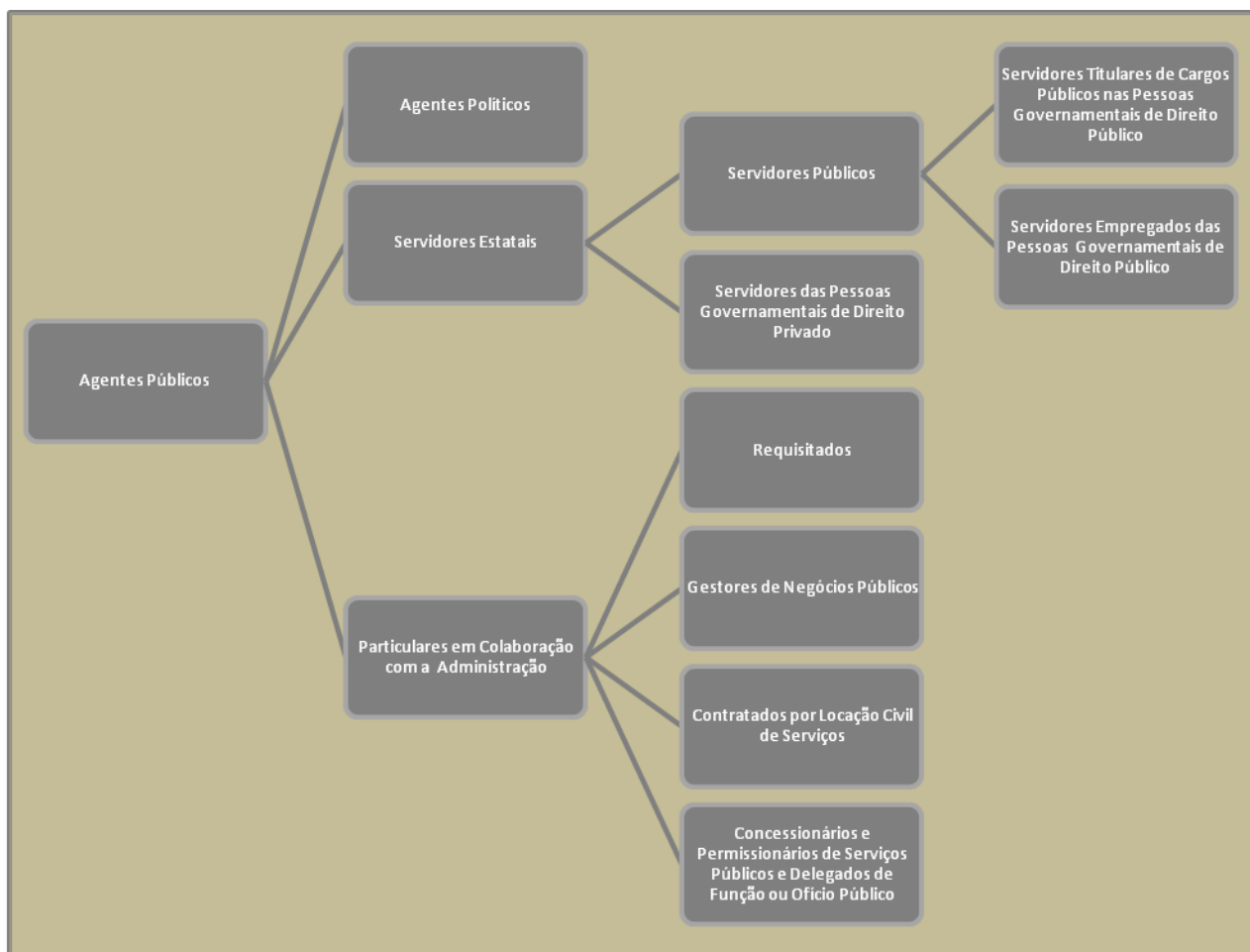
“A partir dessa Emenda, ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII. Esse dispositivo manda aplicar aos militares das Forças Armadas os incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX, XXV do artigo 7º e os incisos XI, XIII, XIV e XV do artigo 37. Vale dizer, que os militares fazem jus a algumas vantagens próprias dos trabalhadores privados: décimo terceiro salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas. E estão sujeitos a algumas normas próprias dos servidores públicos: teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irredutibilidade de vencimentos.”²³

²²DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 436-437.

²³DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 436-437.

1.2.5 Quadro sinótico dos agentes públicos:

Entendemos ilustrativa a criação do seguinte quadro sinótico, para uma melhor compreensão e visualização da classificação dos agentes públicos, de acordo com as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, que adotamos para os fins deste trabalho²⁴:



1.3 Responsabilidade dos Agentes Públicos:

A responsabilização é instituto comum do direito público e privado, verdadeira premissa para a vida em sociedade, segundo a qual os indivíduos devem responder pelas consequências dos seus atos. No caso dos agentes públicos a

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226.

responsabilização é ainda mais importante, tendo em vista que esses lidam diretamente com interesses e bens alheios.

Acerca da função e importância da responsabilização dos agentes públicos, Agustín Gordillo tece os seguintes comentários:

“A importância de que o funcionário público ou privado que prejudica os usuários, administrados e consumidores e gere responsabilidade social, sofra também as consequências de seus atos danoso é decisiva, pois isto constitui um elemento fundamental para fixar limites concretos à negligência e arbitrariedade eventual das autoridades públicas ou que exercem funções administrativas públicas.” (tradução livre)²⁵

A responsabilidade da Administração Pública está disciplinada no art. 37, §6º, da Constituição Federal²⁶, o qual prevê a sua responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes causarem, assegurado o direito de regresso no caso de dolo ou culpa do agente. Assim, a Administração possui responsabilidade objetiva pelos seus atos, enquanto que os seus agentes respondem subjetivamente.

Os atos ilícitos decorrem da prática de atos vedados por lei ou pelo descumprimento de um dever legal. Os mais diversos agentes públicos possuem deveres próprios ou comuns que devem ser observados no exercício de suas funções. Caso qualquer desses deveres seja descumprido os agentes devem ser responsabilizados.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, o descumprimento dos deveres dos servidores públicos pode acarretar tripla responsabilização: civil; penal; e administrativa²⁷. Compartilha da mesma opinião Diogenes Gasparini²⁸.

Já para Diogo de Figueiredo Moreira Neto existe um “quádruplo regime de responsabilidade”, o qual submete os servidores às consequências políticas, administrativas, civis e penais²⁹.

²⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2. tomo: *la defensa del usuario y del administrado*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p XIX-1. No original “La importancia de que el funcionario público o privado que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores y genera responsabilidad social, sufra también las consecuencias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas o que ejercen funciones administrativas públicas.”.

²⁶ “Art. 37, §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 519.

²⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

Os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles também vislumbram quatro formas de responsabilização dos servidores públicos, mas divergem um pouco da acima apresentada, para eles a infração pode ser administrativa, civil, criminal ou por improbidade administrativa³⁰.

Se o ato praticado importa em uma violação de ordem interna dos serviços da Administração Pública, temos o ilícito administrativo. Se o agente praticar, dolosa ou culposamente, ato que cause dano à Administração Pública, surge a responsabilidade civil de repará-lo. Já se o ato configurar um fato típico, antijurídico e culpável, nasce a responsabilidade criminal do agente. Por sua vez, se o ato violar deveres constitucionalmente impostos a determinados agentes emerge a responsabilidade política.

José Roberto Pimenta Oliveira faz interessante crítica a essa tripla ou quádrupla classificação, a qual ele denomina de “classificação tradicional”, entendendo-a por superada, uma vez que estaria em desacordo com os preceitos constitucionais atualmente vigentes. São suas palavras:

“Ao se reportar ao fenômeno da responsabilidade dos agentes públicos, torna-se quase automático o recurso à classificação tradicional, assentada ao longo do Século XX, de três formas existentes: penal, civil e administrativa, abrangendo a político-administrativa. (...)

Entende-se que a classificação tradicional não mais atende a finalidade que a consagrou, a de revelar operacionalidade explicativa adequada do fenômeno normativo atual que se depreende do tratamento constitucional do sistema geral de responsabilidade dos agentes públicos. (...)

Na forma como a atual Constituição disciplina a matéria, há elementos normativos que necessitam ser incorporados na teoria geral da responsabilidade dos agentes públicos. A consagração constitucional de sanções jurídicas diversas, incidentes em razão de certa conduta funcional ilícita, com regime jurídico inconfundível com as demais, está a demandar uma ampliação do modelo teórico, cuja construção seja adequada ao ordenamento em vigor.”³¹

Partindo dessa premissa, o autor identifica nove esferas de responsabilidades autônomas derivadas da Constituição da República. Ressalvada

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 313.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.504.

³¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.73-78.

a última esfera cuja autonomia não é reconhecida pelo autor, as cinco primeiras são imponíveis a qualquer agente público e as quatro últimas restringidas a determinados agentes ou categorias de agentes públicos:

- “(1) a responsabilidade por ilícito civil (art. 37, §6º);*
- (2) a responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, I);*
- (3) a responsabilidade por ilícito eleitoral (art. 14 e 22, I);*
- (4) a responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, VIII);*
- (5) a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, §4º). (...)*
- (6) a responsabilidade político-constitucional, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade (...), nos termos do[s] artigos 29-A, §§2º e 3º; 50; 52, I, II; 85; 96, III; 102, I, ‘c’; 105, I, ‘a’ e 108, I ‘a’;*
- (7) a responsabilidade político-legislativa, consistente na decretação da perda do mandato parlamentar, pelas infrações previstas no art. 55;*
- (8) a responsabilidade administrativa, incidente, excluídos os cargos políticos, sobre todos os titulares de cargo, função e emprego público (art. 41, §1º, II) (...)*
- (9) responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), tipificada sob o rótulo de abuso de autoridade (cf. art. 103-B).”³²*

Acerca da responsabilização simultânea em diferentes esferas de responsabilidade, cumpre ressaltar que como a ação ou omissão ilegal praticada pelo agente público pode representar ofensa a diferentes bem jurídicos, nada impede que esse ato configure ao mesmo tempo um ilícito penal, civil e administrativo, viabilizando essa responsabilização concomitante pelos mais diversos sistemas sancionatórios existentes, de acordo com a corrente doutrinária que se adote.

Existe inclusive, previsão legal, valendo-se da “classificação tradicionais”, ilustrando a autonomia das diferentes esferas sancionatórias dos servidores públicos federais (art. 121 da Lei 8.112/90³³).

Nesse sentido encontramos as lições de Odete Medauar, que, após elencar a tripla responsabilização dos servidores, diz ser perfeitamente possível a responsabilização concomitante nas três esferas do direito:

³² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.86.

³³ “Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”

“É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos. O mesmo se aplica na ocorrência de duas modalidades de infração.”³⁴

Vejamos algumas dessas diferentes formas de responsabilização dos agentes públicos.

1.3.1 Responsabilidade administrativa dos agentes públicos:

De acordo com o sistema de responsabilização administrativa, a violação a um dever funcional do agente público acarreta sanções legalmente previstas.

Em outras palavras, a lei e outros atos normativos que regem a atuação dos agentes políticos prevêm uma série de deveres funcionais, cuja desobediência faz surgir o ilícito funcional, o qual, por sua vez, é reprimido por sanções administrativas que controlam a relação jurídica mantida entre a Administração Pública e seus agentes.

Essa definição da responsabilidade administrativa é bem exposta por Hely Lopes Meirelles:

“Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal.”³⁵

Assim, os agentes públicos que possuem vínculo estatutário com a Administração Pública, respondem pelo descumprimento dos deveres previstos nas normas que disciplinam a sua atividade e a sua relação com o ente ao qual está vinculado, enquanto que os empregados públicos devem respeitar os deveres previstos na legislação trabalhista, se submetendo ao sistema de responsabilização da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 319-320.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.505.

São elementos da responsabilidade administrativa, assim como ocorre com a responsabilidade civil, (i) a ação ou omissão contrária à determinação legal; (ii) o dano causado à Administração Pública, ainda que seja um dano abstrato, como a violação de algum princípio aplicável à Administração; (iii) o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado; e (iv) a culpa ou o dolo do agente público na prática do ilícito.

Para que a Administração Pública possa aplicar a sanção administrativa é imprescindível a instauração de um processo administrativo, usualmente denominado processo administrativo disciplinar (“P.A.D.”), o qual deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, para apuração da prática do ilícito administrativo e averiguação da respectiva sanção disciplinar.

Durante a tramitação do processo administrativo disciplinar, a lei confere a possibilidade de a autoridade administrativa adotar medidas cautelares, como, por exemplo, o afastamento do agente público investigado para que este não venha a influir na apuração da irregularidade administrativa.

A Lei 8.112/90, responsável por regular o regime jurídico dos servidores públicos federais, por exemplo, prevê em seu artigo 127³⁶ uma série de penas disciplinares – advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada – enquanto que os artigos seguintes disciplinam as hipóteses de incidência de cada pena.

Em relação à tipicidade dos ilícitos funcionais, Maria Sylvia Zanella di Pietro faz importante comparação com a tipicidade penal, a qual é muito mais restrita em virtude da gravidade das sanções aplicáveis na esfera penal. São palavras da autora:

“Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.

³⁶ “Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.”

*Isso significa que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei (...)*³⁷

Assim, o administrador exerce um trabalho de interpretação do ilícito administrativo e de subsunção do fato à norma maior do que no direito penal, razão pela qual se torna imprescindível a motivação do ato, a qual deverá descrever a conduta do agente público, o dano causado, o dispositivo legal ou normativo violado e a pena aplicada, tudo de acordo com os princípios que regem a atividade pública.

Tal margem de interpretação conferida à Administração poderá até mesmo culminar com o perdão da pena, o que pode ser concedido apenas na esfera administrativa, pelo responsável pela aplicação da sanção.

Como ocorre com os atos administrativos, o Poder Judiciário, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³⁸, poderá fazer o controle da legalidade do processo administrativo disciplinar e do ato que impõe a sanção administrativa, mas não deve adentrar ao âmbito da discricionariedade do agente público no exercício da função administrativa.

1.3.2 Responsabilidade civil dos agentes públicos:

Ao lado da responsabilidade administrativa o ordenamento jurídico nacional atrela ao ilícito funcional a responsabilização civil, cuja incidência se justifica ante a verificação de danos patrimoniais causados pelo referido ilícito. A responsabilidade civil parte da premissa de que qualquer pessoa que cause um dano a outrem deve repará-lo.

Verificamos o seu surgimento sempre que um agente pratica um ato comissivo ou omissivo ilícito que, culposa ou dolosamente, ocasione um dano à Administração Pública, respeitadas as regras referentes ao nexo causal entre a conduta do agente e o dano verificado.

Partindo dessa premissa, para podermos falar de responsabilidade civil é imprescindível encontrarmos alguns elementos apontados por, dentre outros doutrinadores, Sílvio de Salvo Venosa, o qual salienta que são “*requisitos para a*

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 520.

³⁸ “Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

*configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e, finalmente a culpa.*³⁹

A culpa - entendida aqui em sentido amplo, o que compreende o dolo e a culpa em sentido estrito - pode ser dispensada na hipótese da responsabilidade objetiva, pela qual determinada pessoa deve se responsabilizar pelos riscos e perigos que a sua atuação gerar, tendo em vista que essa atividade apresenta um risco elevado à sociedade, ainda que sejam adotadas todas as medidas para evitar o dano.

A razão de existir da responsabilidade civil reside na pretensão de tornar indene aquele que sofreu um prejuízo em razão da ação ou omissão ilícita de outrem, como bem explica José Roberto Pimenta Oliveira:

*“A responsabilidade civil tem por finalidade a imposição de sanção indenizatória, ressarcitória ou reparatória, instituída para preservar os direitos dos lesados pela conduta comissiva ou omissiva do agente público. Objetiva-se, por meio dela, a ‘restitutio in integrum’, consistente no dever de reposição do lesado à situação jurídica prévia à verificação dos prejuízos advindos da conduta ilícita funcional, em homenagem à segurança jurídica.”*⁴⁰

A responsabilidade pessoal dos agentes públicos na maior parte das vezes é subjetiva e não objetiva, importando apurar a culpa *stricto sensu* do agente público para determinar a sua responsabilização.

Essa responsabilidade não se confunde com a responsabilidade civil do Estado perante terceiros em razão dos atos praticados por seus agentes públicos, quando do exercício de suas funções, a qual é objetiva, mas possibilita o regresso da Administração em face do agente desde que este tenha agido com culpa, de acordo com o art. 37, §6º, da Constituição Federal⁴¹.

Assim, o agente público pode ser responsabilizado tanto pelos danos causados diretamente ao Estado, como pelos danos causados a terceiros na qualidade de agente público, seja em ação indenizatória diretamente movida pelo particular, seja em ação de regresso intentada pelo Estado.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil: vol. IV*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p 6.

⁴⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.103.

⁴¹ “Art. 37, §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Como bem aponta Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade civil do agente público pelos danos causados ao erário é corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração. São palavras do doutrinador:

“A Administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados qualquer que seja o autor.”⁴²

Sob pena de violação ao referido princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração e ao princípio republicano, não cabe a lei ordinária restringir material ou administrativamente a responsabilização civil dos agentes públicos, só podendo o fazer a Constituição da República, como o faz, por exemplo, no artigo 53⁴³, que prevê a irresponsabilidade civil e penal dos Deputados e Senadores por suas opiniões, palavras e votos.

A responsabilidade civil do agente público deve ser apurada pela própria Administração Pública, em processo interno organizado com contraditório e demais garantias constitucionais referentes ao devido processo legal.

Verificando-se a responsabilidade civil do agente público, cabe à lei ao qual esse está vinculado estabelecer os meios como a Administração Pública será ressarcida, seja por desconto em folha de pagamento, seja exigindo a reposição imediata dos valores desfalcados, ou qualquer outra forma idônea legalmente prevista. Todavia, se houver resistência por parte do agente público, cabe ao Estado recorrer às vias judiciais para fazer valer a sua pretensão.

Lembramos, finalmente, que o art. 37, §5º, da Constituição da República⁴⁴ prevê, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina majoritária, a imprescritibilidade da pretensão indenizatória do Estado pelos danos causados ao erário.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.507.

⁴³ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”

⁴⁴ “Art. 37, § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Contrário a esse entendimento encontra-se a posição defendida por Cássio Scarpinella Bueno, com a qual não concordamos, mas consideramos interessante ressaltar em virtude repercussão acadêmica que possui:

“A ressalva feita por aquele dispositivo constitucional, contudo, não pode ser entendida no sentido de tornar imprescritíveis as ‘ações de ressarcimento’, mas, bem diferente, no sentido de o Estado, responsável objetivamente pelo dano (o que é expressamente previsto pelo § 6º do mesmo art. 37 da Constituição Federal), pode voltar-se ao causador do dano, ‘qualquer agente, servidor ou não’, para ressarcir-se do que vier a pagar, baseando a pretensão ressarcitória na sua responsabilidade subjetiva. O que o dispositivo quer, em última análise, é que a lei indique os prazos prescricionais das pretensões ressarcitórias em face do Estado, ressaltando seu direito de regresso em face do causador do dano.”⁴⁵

1.3.3 Responsabilidade penal dos agentes públicos:

A responsabilidade penal dos servidores públicos surge quando esses, no exercício da função pública, praticam um crime. Se não estiver no exercício da função pública o delito permanecerá, mas não poderemos mais falar em responsabilização penal do agente na qualidade de servidor público.

De início, cumpre ressaltar que para efeitos penais, o conceito de funcionário público possui uma abrangência bem mais ampla do que a acima exposta, se aproximando mais do conceito de agente público, de acordo com o art. 327 do Código Penal.

“Funcionário público

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (...)”

Existe pequena divergência doutrina acerca da interpretação do termo “entidade paraestatal” constante do parágrafo primeiro do artigo supra transcrito, todavia acreditamos ser a melhor interpretação aquela que abrange no termo as

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público: vol. 2, tomo III*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.194.

autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, uma vez que essas também exercem atividade pública.

Sobre a caracterização da infração penal, atualmente são diversas as correntes doutrinárias que conceituam o crime sob um enfoque analítico. Prevalece hoje, no Brasil e no exterior, a teoria tripartite de crime, entendendo como crime o fato típico, antijurídico e culpável.

Guilherme de Souza Nucci demonstra bem essa divergência doutrina entre as diversas correntes existentes:

“Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros); b) um fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Jimenez de Asúa, Antón Oneca, Gimbernat Ordeig, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros); c) um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (Miguel Reale Juniro, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo); d) fato típico, antijurídico e punível, constituindo a culpabilidade a ponte que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); e) um fato típico, antijurídico e culpável. Nesta corrente, que é majoritária, no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedrosa, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Fernando Galvão, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, entre outros), causalistas (Nélson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Junior, Vicente Sabino Junior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Baumann, Mezger, entre outros) e os adeptos da teoria social da ação, que se propõe a ser uma tentativa de ajuste, num só quadro, dos principais aspectos do causalismo e do finalismo (Jescheck, Wessels, Schmidt, Engisch, Wolff, entre outros).”⁴⁶

Fato típico é a conduta humana voluntária e consciente, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que produz um resultado lesivo ao bem jurídico penalmente protegido, existindo uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado ilícito vislumbrado, de acordo com o modelo tipificado na lei penal como crime ou contravenção penal.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 124.

Antijurídica é a conduta contrária ao direito que lesa o bem jurídico penalmente tutelado, ou também pode ser descrito como a prática do fato típico quando ausente o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito e, para alguns, o consentimento da vítima.

Já a culpabilidade pode ser entendida como um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, o qual deve ser imputável, possuir uma potencial consciência da ilicitude do seu ato, bem como ser-lhe exigível outra conduta de acordo com o direito.⁴⁷

Os crimes próprios dos servidores públicos, ou seja, aqueles praticados no exercício da função pública, encontram-se previstos - sem prejuízo de outros delitos nos quais a condição de funcionário público integra o tipo penal, eventual majorante, agravante, qualificadora, etc... - a partir do art. 312 do Código Penal.

Quanto à aplicação das penas aos servidores públicos, é interessante notar que o art. 47, I, do Código Penal⁴⁸ prevê a possibilidade de o juiz substituir a pena privativa de liberdade do funcionário público, quando preenchidos os requisitos legais, pela proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.

Independentemente da referida substituição de pena, o art. 92, I, do Código Penal⁴⁹ prevê a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, como efeito da condenação criminal transitada em julgado, desde que (i) a pena privativa de liberdade seja igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; ou (ii) a pena privativa de liberdade seja superior a quatro anos para os demais casos. Ressaltamos que esse efeito da condenação não é automático, devendo o juiz impô-lo na sentença de forma fundamentada.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 231.

⁴⁸ “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; (...)”

⁴⁹ “Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (...)”

1.3.4 Responsabilidade eleitoral dos agentes públicos:

Na história de nosso país não foram raras as ditaduras no Governo, bem como não faltaram políticos que se utilizaram da máquina pública para se perpetuarem no poder.

Ciente dessa tradição tupiniquim, a Constituição Federal de 1988 ressaltou a importância do Direito Eleitoral, fixando as suas bases e tratando-o como um ramo autônomo do Direito, conforme se verifica nos arts. 14 e 22, I, da Carta Magna⁵⁰.

Especificamente no art. 14, §9º, a Constituição da República dispõe que lei complementar deveria estabelecer os casos de inelegibilidade, importante forma de responsabilização eleitoral por atos ilegais, para proteção da probidade administrativa, da moralidade no exercício do mandato e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁵⁰ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. § 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...).”

A Lei Complementar nº64/90 se encarregou da regulamentação do referido dispositivo Constitucional, tratando dos casos de inelegibilidade pela prática de atos ilegais por agentes públicos ou não.

Dentre as causas que acarretam a inelegibilidade do cidadão, de acordo com o referido diploma legal, encontram-se a cassação de parlamentares (art. 1º, I, “b”); o cometimento de crimes previstos taxativamente pela própria lei (art. 1º, I, “e”); a renúncia de mandato eletivo após o oferecimento de representação capaz de instaurar processo por violação funcional (art.1º, I, “k”); e a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (art. 1º, I, “l”).

A Lei nº 9.504/97 também prevê uma série de atos cuja prática é defesa aos agentes públicos, tendo em vista que além de não corresponderem ao interesse público primário da Administração Pública, a sua prática pode afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, sobretudo em razão da posição privilegiada daqueles que se encontram dentro da Administração, configurando indevido uso da máquina pública para benefício eleitoral.

Especificamente, o art. 73 da Lei nº 9.504/97⁵¹ prevê que uma série de atos que são vedados aos agentes públicos, os quais também configuram ato de

⁵¹ “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária; II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; VI - nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender

improbidade administrativa, bem como impõe penas como a de multa e de cassação do registro ou diploma do candidato beneficiado.

O conceito de agente público ao qual a lei se refere, se não é idêntico, muito se aproxima do conceito exposto acima, conforme se denota da exposição de Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira:

“Entende-se por agentes públicos quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou

situações de emergência e de calamidade pública; b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem 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 nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional. § 2º A vedação do inciso I do *caput* não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, obedecido o disposto no art. 76, nem ao uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público. § 3º As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. § 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR. § 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. § 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência. § 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III. § 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem. § 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas. § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. § 11. Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida. § 12. A representação contra a não observância do disposto neste artigo observará o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e poderá ser ajuizada até a data da diplomação. § 13. O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.”

*vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional; logo, alcançando mandatários como Prefeitos, Vereadores ou outras funções, por exemplo, chefes de serviço municipal, assessores, servidores públicos, celetistas e contratados, agentes honoríficos, etc.*⁵²

Soma-se a isso o fato de a Constituição Federal ter instituído o Poder Judiciário Eleitoral como um órgão autônomo de jurisdição especializada, ao lado da Justiça Comum, do Trabalho e da Militar, de acordo com o art. 118 e seguintes, competente para conhecer e julgar as referidas infrações e aplicar as respectivas sanções.

Essas são as principais razões pelas quais encontramos na responsabilidade eleitoral dos agentes públicos, em nossa opinião, uma esfera autônoma de responsabilização desses agentes.

Armando Antonio Sobreiro Neto, dentre outros doutrinadores, parece compartilhar o mesmo entendimento, embora denomine de política a responsabilidade dos agentes públicos quando comenta o art. 14, §9º, da Constituição da República, o qual “(...) *determinou sanção de natureza política, com o escopo de preservar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato*(...)”⁵³.

1.3.5 Crimes de Responsabilidade:

O crime de responsabilidade, presente nas constituições tal qual nós o conhecemos desde que o Brasil se tornou república, é uma esfera de responsabilização com fundamento direto na Carta Magna, própria dos agentes políticos e demais agentes que possuem posição de destaque dentro dos Poderes Públicos, podendo levar ao *impeachment*, demissão e inabilitação dos agentes para o exercício de função pública por tempo determinado.

De acordo com a doutrina majoritária, o crime de responsabilidade não é um crime propriamente dito, este não se insere no âmbito do direito penal, mas é sim uma infração político-administrativa, como ensinam Luiz Alberto David Araujo e Vidal

⁵² CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p 549.

⁵³ SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral – teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 198.

Serrano Nunes Júnior⁵⁴, Marino Pazzaglini Filho⁵⁵, Pedro Lenza⁵⁶ e Alexandre de Moraes⁵⁷. Contudo esse entendimento não é pacífico, conforme bem observa o último autor citado:

*“Outras posições, porém são defendidas na doutrina. Para Pontes de Miranda, o impeachment possui natureza penal. Apontando posição intermediária, José Frederico Marques afirma ser o impeachment de natureza mista.”*⁵⁸

A própria Constituição da República, em seu art. 85⁵⁹, estabelece quais são os crimes de responsabilidade praticáveis pelo Presidente da República, sendo que José Afonso da Silva aponta a distinção doutrinária existente entre as infrações políticas (Art. 85, I a IV) e os crimes funcionais (art. 85, V a VII)⁶⁰.

A Lei 1.079/50 e o Decreto-lei nº 201/67 são diplomas que regulam os crimes de responsabilidade em âmbito infraconstitucional, estabelecendo as condutas delitivas e as normas de processo e julgamento dos agentes públicos.

A principal diferença entre as referidas leis está no sujeito passivo a qual cada uma se refere. A Lei 1.079/50 regula os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República; Ministros de Supremo Tribunal Federal; Procurador Geral da República; e Ministros de Estado quando conexos com o crime de responsabilidade do Presidente ou Vice-Presidente (art. 52, I, da Constituição Federal). Enquanto que o Decreto-lei nº 201/67 trata dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos e dos Vereadores.

⁵⁴ *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 354.

⁵⁵ *Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF*. 2 ed. São Paulo. Atlas, 2002, p 129.

⁵⁶ *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 606.

⁵⁷ *Direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, 487.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 138; e MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 154, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 489.

⁵⁹ “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. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p 550-551.

Os Governadores e demais agentes políticos estaduais também podem responder por crime de responsabilidade, de acordo com o que dispuser a respectiva Constituição Estadual.

A Lei 10.028/00 ampliou o rol de sujeitos que podem responder por crime de responsabilidade em razão do cometimento de crime contra a lei orçamentária. Foram incluídos o Presidente do Supremo Tribunal Federal; os Presidentes dos Tribunais Superiores; os Presidentes dos Tribunais de Contas; os Presidentes dos Tribunais Regionais Federais; os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais; os Presidentes dos Tribunais de Justiça e de alçada dos Estados e do Distrito Federal; os Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição; o Advogado Geral da União; os Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar; os Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; e os membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, no exercício da chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (arts. 39-A e 40-A, da Lei nº 1.079/50⁶¹)

Ainda assim, existem outros agentes que deveriam responder por crime de responsabilidade por mandamento da Constituição Federal, mas não existe lei que regule a matéria, tipificando as respectivas condutas, penas e procedimentos. Nessa situação encontram-se, o Vice-Presidente da República; os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; os chefes de missão diplomática de caráter permanente; e os Presidentes das Câmaras Municipais.

⁶¹ “Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.”

“Art. 40-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República, ou de seu substituto quando no exercício da chefia do Ministério Público da União, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se: I – ao Advogado-Geral da União; II – aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.”

Voltando a tratar da natureza político-administrativo do crime de responsabilidade, uma consequência importante é a de que seu procedimento e solução não possuem índole jurisdicional, mas sim política, razão pela qual *“sua configuração não viceja a existência de tipicidade e antijuridicidade, mas sim um juízo congressional de oportunidade e conveniência.”*⁶².

O processo do crime de responsabilidade, em regra, tramita perante o Poder Legislativo do respectivo ente federativo, de acordo com a determinação da Constituição Federal ou Estadual que prevê a legitimidade passiva do agente para responder à infração de referência.

No caso específico do processo de *impeachment* do Presidente da República, o procedimento é bifásico, se divide em juízo de admissibilidade e processo e julgamento, sendo que cabe à Câmara dos Deputados fazer o juízo de admissibilidade e ao Senado Federal processar e julgar o ato do Presidente, em sessão presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Ainda em razão da natureza político-administrativo do crime de responsabilidade, não é instaurado um processo criminal se a conduta do agente político não corresponder a um crime propriamente dito, bem como a existência do processo criminal em nada influenciará o julgamento do crime de responsabilidade, os quais são formas de responsabilização autônomas.

Essa autonomia também se estende à responsabilização administrativa, as quais podem coexistir simultaneamente sem interferência de uma na outra⁶³, conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho:

*“Um Ministro que possui poderes de direcção, superintendência e tutela, pode não ser disciplinar ou criminalmente responsável por decisões erradas, falhas nos serviços ou comportamentos ilegais dos órgãos, funcionários ou agentes do seu ministério, mas isso não impedirá eventualmente a sua responsabilidade política pelas disfunções verificadas nos mesmos serviços.”*⁶⁴

⁶² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.

⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.115.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 555.

Também ampara esse entendimento o versado no parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal⁶⁵ e no art. 3º da Lei 1.079/50⁶⁶, os quais não excluem as demais formas de responsabilização daquele que está sendo processado pelo crime de responsabilidade.

⁶⁵ “Art 52. (...) Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

⁶⁶ “Art. 3º A imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.”

Capítulo 2 – Improbidade administrativa

Para que possamos verificar qual autoridade detém a competência originária para julgar as ações e aplicar as respectivas penalidades aos agentes políticos que praticarem atos de improbidade administrativa, é imprescindível a análise global desse instituto e da respectiva Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

2.1 Princípios basilares da repressão aos atos de improbidade administrativa:

O estudo dos princípios ganhou forças nos últimos tempos. Aumentou consideravelmente o debate acerca do tema, o número de teses a seu respeito e até a sua importância no estudo e prática do direito, chegando alguns autores a falar em um “fenômeno da principialização do Direito”⁶⁷.

Internacionalmente, em oposição à doutrina clássica de Hebert Hart, sobressaem-se as teorias de Robert Alexy, segundo a qual, grosseiramente, os princípios são mandamentos de otimização, os quais “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁶⁸; e a teoria de Ronald Dworkin⁶⁹, pela qual, também em resumo grosseiro, os princípios são aplicados no caso concreto em maior ou menor intensidade, não se submetem à aplicação na forma do “tudo ou nada”, o que seria próprio das regras, sendo que eventual conflito entre princípios deve ser resolvido pela ponderação de interesses perante o caso concreto.

No Brasil é clássica a definição de princípios de Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁰, segundo a qual:

⁶⁷ VALIM, Rafael. *O Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p 35-36.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 90.

⁶⁹ *Levando os direitos a sério*; trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷⁰ Ressaltamos que o conceito de princípio apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello não coincide com os de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, apesar de com estes não conflitar, uma vez que representam leituras do conceito de princípios sob óticas diferentes. Enquanto Robert Alexy e Ronald Dworkin apresentam os princípios como mandamento de otimização ou norma jurídica de aplicação maior ou menor, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca os princípios como elementos estruturantes do sistema jurídico.

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”⁷¹

Nessa toada, apesar da respeitada teoria tripartite de Humberto Ávila⁷², segundo a qual uma norma pode ser regra, princípio ou postulado normativo, hoje prevalece que o termo “norma” é um gênero, do qual constam como espécies apenas as regras e os princípios, sendo que essas duas espécies diferenciam-se em razão do critério valorativo que possuem, como expõe Rafael Valim:

“Os princípios são normas dotadas de grande carga axiológica, cujo sentido ilumina uma região da ordem jurídica, presidindo sua interpretação e aplicação. As regras não têm esta ‘força expansiva’ dos princípios, limitando-se a disciplinar uma específica situação fática. (...) cada princípio unifica, sob o influxo do valor que carrega, uma plêiade de regras e de subprincípios, os quais, ao mesmo tempo que naquele se sustentam, a ele dão concretude.”⁷³

São muitos os princípios que justificam a repressão estatal aos atos de improbidade administrativa, e outros tantos são os princípios que regulam a pretensão punitiva do Estado.

Dentre os princípios que formam a primeira categoria acima referida, escolhemos alguns para tratarmos no presente trabalho, por consideramos que esses possuem maior destaque no estudo da matéria.

2.1.1 Princípio da República:

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 902-903.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷³ VALIM, Rafael. *O Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p 37-42.

A República é a forma de governo eleita pela Constituição Federal para instituir o poder nacional e regular a relação entre governantes e governados no Brasil, conforme previsto já no art. 1º da Carta Magna⁷⁴.

Aristóteles concebeu três formas de governo possíveis para um Estado, a república⁷⁵, a monarquia e a aristocracia. Em análise crítica, o filósofo grego também observou que tais regimes de governo poderiam se degenerar para a demagogia, tirania e oligarquia, respectivamente⁷⁶.

Posteriormente, diversos escritores se debruçaram sobre a matéria, como Cícero, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu, até que a República assumisse a feição que possui hoje.

No Brasil, o princípio republicano vige desde a Constituição de 1891 elaborada por Ruy Barbosa, e apesar de não ser uma cláusula pétrea, é um princípio constitucional sensível, de acordo com o art. 34, VII, “a” da Constituição da República⁷⁷.

Trata-se, sem dúvida, de um princípio basilar e norteador de todo o sistema jurídico, utilizando-se, Geraldo Ataliba, das seguintes palavras para demonstrar a sua importância dentro do nosso direito:

“Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros. Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais

⁷⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁷⁵ Na realidade, a tradução mais usual da obra “Política” de Aristóteles se refere à democracia e não à república, mas José Afonso da Silva apresenta justificativa que entendemos por bem apresentar: “Alguns autores mencionam esta última como democracia; pareceu-nos mais correto chamá-la de república, que é a forma que se contrapõe à monarquia e também à aristocracia ainda nos nossos dias. Ademais, seria o equivalente mais próximo da tradução literal do grego ‘Politia’ ou ‘Politéia’, que não têm correspondentes na língua portuguesa e também porque democracia, para Aristóteles, seria o desvio de governo da maioria.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.).

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102-103.

⁷⁷ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; (...)”

princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais.”⁷⁸.

O mesmo autor também nos dá a definição de República:

“República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.”⁷⁹

Nesta esteira, a forma republicana de governo impõe uma submissão de todos à Constituição e ao ordenamento jurídico nacional, funda o estado Democrático de Direito, faz do povo o titular do poder estatal e do bem público, confere a esses o direito de eleger os seus representantes e principais administradores, os quais devem cumprir mandatos temporários, fundamenta o valor da igualdade, da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, da moralidade, da impessoalidade, da própria probidade administrativa, entre diversos outros efeitos.

Especificamente perante o direito público, o princípio em referência exige que os governantes se subordinem à legislação, possuam responsabilidades no trato público, prestem contas de suas atividades, atuem na busca do melhor interesse público.

A própria responsabilidade dos agentes políticos, vedado qualquer tratamento privilegiado, desigual, é característica inerente à República, como bem entende José Roberto Pimenta Oliveira:

“Entende-se que todos os sistemas constitucionais sancionatórios que incidem para controlar a conduta dos agentes públicos, tratados na Parte II, nutrem sua fonte de legitimidade no desiderato republicano de tornar efetiva a responsabilidade dos agentes públicos, pelos seus atos e omissões. (...) Não há lugar para privilégios, em uma República, porque exatamente esta forma política nasceu como antídoto de qualquer imunidade ou irresponsabilidade pretendida pelos exercentes do poder.”⁸⁰

⁷⁸ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

⁷⁹ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13.

⁸⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161.

Dessa forma, pode-se concluir que a responsabilização dos agentes públicos pelos atos de improbidade administrativa por eles cometidos é mais uma forma de, em última análise, defender e homenagear o princípio republicano.

2.1.2 Princípio da moralidade:

O princípio da moralidade, implícito nas Constituições pretéritas, encontra guarida nos arts. 5º, LXXIII⁸¹, 14, § 9º⁸², e 37, *caput*⁸³, da Constituição de 1988.

Trata-se de princípio constitucional segundo o qual os agentes públicos, justamente por exercerem função pública e lidarem com bens públicos, têm o dever de atuar de acordo com os preceitos éticos e os valores que regulam a atividade pública exercida.

A principal crítica ao princípio repousa sobre o seu aspecto vago e impreciso. Realmente é muito difícil conceituar o que seja o princípio da moralidade administrativa, bem como entendemos que existe uma grande área cinzenta na qual fica difícil assegurar ou excluir a sua incidência, todavia, não nos parece que tais características tenham força suficiente para decretar a inexistência do princípio.

Outra crítica doutrinária argumenta no sentido do princípio em voga ser apenas uma expressão do princípio da legalidade, tendo em vista que a ofensa à moralidade administrativa se caracterizaria quando houvesse desvio de finalidade na atuação do agente público.

O certo, porém, é que diferentemente do princípio republicano, quando falamos em princípio da moralidade administrativa, que nada mais é do que a expressão do princípio da moralidade resumida à seara da Administração Pública,

⁸¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

⁸² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁸³ “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:”

há um intenso debate doutrinário acerca do seu conteúdo. José Roberto Pimenta Oliveira faz um esboço das principais correntes doutrinárias existentes, cuja transcrição se faz pertinente.

“Em termos de doutrina administrativa, é possível observar as seguintes correntes doutrinárias. Há, por um lado, (i) autores que vinculam o conteúdo do princípio à observância pela Administração de pautas morais sociais vigentes, em determinado tempo e local, para tanto invocando as mais diversas matrizes conceituais, diferenciando-se, ainda, neste grupo, os estudiosos que não se afastam totalmente do direito positivo na abordagem. Há, por outro, (ii) autores que buscam o significado da norma no ordenamento jurídico, distinguindo-se (ii.1) aqueles que se limitam a nele visualizar a erradicação constitucional do desvio de finalidade na atividade administrativa e (ii.2) aqueles que o balizam à vista da irradiação constitucional de princípios e regras jurídicas, de conteúdo moral, na ação administrativa.”⁸⁴

É inegável que o princípio da imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos diretamente sobre o caso concreto, ainda que inexistia texto legal pela substanciá-lo. O ato administrativo que viola o princípio da moralidade administrativa é inválido, podendo ser nulo ou anulável de acordo com o caso concreto, sendo que a ação popular, por exemplo, é meio eficaz para se anular esse tal ato, conforme dispõe o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em 20 de agosto de 2008, aprovou a Súmula Vinculante nº 13⁸⁵, a qual veda, com base no princípio da moralidade administrativa, a prática do nepotismo no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário em todas as esferas da federação, ainda que inexistia lei específica proibindo a sua prática.

Dizer que o princípio da moralidade administrativa possui carga normativa própria e que pode incidir diretamente sobre determinado caso, todavia, não significa que estamos frente a uma exceção do princípio da legalidade ou que o Direito se confunde com a moral.

⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163.

⁸⁵ “Súmula Vinculante 13. A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Na linha de raciocínio de Márcio Cammarosano⁸⁶, a moralidade do princípio em referência não pode ser a moralidade comum de uma sociedade e seus valores em determinado ponto histórico, sob pena de misturarmos o Direito com a moral e de fragilizarmos demasiadamente o princípio da segurança jurídica, o qual, para muitos, talvez seja o mais importante princípio jurídico⁸⁷.

A moralidade a que se refere o princípio em voga, emerge dos valores com conteúdo moral que formam ordenamento jurídico pátrio. De acordo com o seu conteúdo, o exercício da função pública deve-se pautar “na obrigatoriedade de integral subserviência aos elementos morais cristalizados na sua disciplina jurídica”⁸⁸.

Nas palavras do próprio Márcio Cammarosano:

*“Na medida jurídica em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõe a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública. (...) Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais.”*⁸⁹

2.1.3 Princípio da probidade:

É o desrespeito ao princípio da probidade que faz surgir o ato de improbidade administrativa. Por esse princípio impõe-se ao agente público uma atuação em conformidade com todas as regras e princípios referentes à função

⁸⁶ O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

⁸⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.168.

⁸⁹ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113-114.

pública, o que passa pelo dever de honestidade, zelo, imparcialidade, fidelidade, entre outros valores ético-jurídicos.

O princípio da probidade está muito atrelado ao princípio da moralidade. Na doutrina clássica, a qual é majoritária, prevalece o entendimento de José Afonso da Silva⁹⁰, segundo o qual a improbidade administrativa é uma forma de imoralidade administrativa qualificada:

*“O desrespeito a esse dever [probidade administrativa] é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.”*⁹¹

Contudo, tal posicionamento está sendo desafiado por novos doutrinadores, os quais enxergam traços próprios à probidade administrativa, que não podem ser localizados ou se limitar à moralidade administrativa. Neste sentido leciona Emerson Garcia:

*“Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta.”*⁹²

A Constituição da República, assim como ocorre com a legislação infraconstitucional, parece tratar a probidade administrativa de maneira diversa e independente da moralidade administrativa, se referindo a uma ou a outra em momentos diversos. *Exempli gratia*, o art. 37, §4º⁹³, da Constituição Federal, possuiria outro sentido se ao invés da expressão “atos de improbidade

⁹⁰ *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p 669.

⁹² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 48.

⁹³ “Art. 37, § 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.”

administrativa” houvesse se referido a “atos contrários à moralidade administrativa”; bem como ocorre com art. 85, V⁹⁴, da Constituição Federal.

Dessa forma, parece-nos correto tratar a probidade administrativa como um princípio autônomo, cujo conteúdo não pode ser reduzido ao conteúdo do princípio da moralidade. Todavia, não se pode negar a estreita ligação entre os dois princípios, e até a função concretizadora do princípio da moralidade atribuível ao princípio da probidade, ao mesmo tempo em que naquele reside a base para a sua existência.

2.1.4 Princípio da impessoalidade:

O princípio da impessoalidade também encontra amparo legal no art. 37, *caput*, da Constituição da República, bem como se fundamenta nos princípios da igualdade, da República e, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁹⁵, no princípio da legalidade.

O seu conteúdo é bem exposto por Lúcia Valle Figueiredo:

*“A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”*⁹⁶

Ante as premissas de que vivemos em uma República e a isonomia é um dos seus fundamentos naturais, a atuação do Estado deve ser impessoal, isenta e imparcial na busca do interesse público, sendo obrigatório o tratamento equitativo de todos administrados, vedada qualquer tratamento particularizado a determinada pessoa, salvo quando houver um fator de discriminação que justifique o tratamento diferenciado, na medida da diferença existente. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou

⁹⁴ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração;”

⁹⁵ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p 787.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63.

*animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupo de qualquer espécie.*⁹⁷

Assim, prefere-se sempre o tratamento isonômico daqueles que se relacionam com a Administração Pública, só se justificando um tratamento diferenciado de determinado sujeito se houver um fator de *discrímen* que exija tal tratamento diferenciado para compensar a desigualdade existente⁹⁸. Assim, o princípio em referência *“impõe aos agentes públicos, em geral, e não apenas ao administrador, medir a todos com o mesmo metro.”*⁹⁹.

2.2 Parâmetro legal da improbidade administrativa:

A improbidade administrativa foi contemplada por todas as Constituições republicanas brasileiras, sem exceção, para fins de caracterização do crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República. Essa característica dos atos de improbidade administrativa permanece válida na Carta Magna de 1988, especificamente no art. 85, V.

Do mesmo modo, todas as Constituições brasileiras também previram a responsabilidade pessoal dos agentes públicos pelos danos causados à Administração Pública. Na atual Constituição, o art. 37, §6º, cuida do tema.

A novidade histórica, no que tange à responsabilidade dos agentes públicos e à improbidade administrativa, trazida pela Lei Maior de 1998 está inserida no art. 37, § 4º. Com a redação desse novo dispositivo, a responsabilização dos agentes públicos pelo cometimento de atos de improbidade administrativa deixou de se resumir a ilícitos político-administrativos, aplicáveis apenas aos agentes políticos, agora todo e qualquer agente público deve possuir uma atuação fundada na probidade, sob pena de sua responsabilização.

Essa inovação constitucional é bem exposta por Fábio Medina Osório;

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p 787.

“É na Constituição Federal de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador e desprendido da tradição constitucional. (...) inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, transcendendo os limites penais, intimamente ligada ao direito administrativo.”¹⁰⁰

Após a inovação constitucional, fazia-se necessária a promulgação de uma lei específica integrativa capaz de dar aplicabilidade à referida norma de eficácia limitada, e então, em 2 de junho de 1992, foi promulgada a Lei nº 8.429, a qual dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e regula o procedimento administrativo e judicial para se aplicarem as sanções nela previstas.

2.3 Atos de improbidade administrativa:

Como referido, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ao se referir aos “atos de improbidade administrativa”, trouxe uma norma aberta, de conteúdo indefinido, com o objetivo concretizar princípios constitucionais como os acima referidos, ou seja, trouxe uma cláusula geral¹⁰¹.

Cabia à lei específica instituir o que seriam os atos de improbidade administrativa para atribuir concretude à referida cláusula geral, e assim fez a Lei nº 8.429/92 que, sem a pretensão de definir ou exaurir os atos de improbidade administrativa, instituiu três modalidades de improbidade administrativa. O art. 9º¹⁰²

¹⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 103.

¹⁰¹ Segundo Judith Martins-Costa, cláusula geral “*não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz ‘a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprio tribunais, a critérios extraleais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, ‘standing points’ ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.*” MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de informação legislativa, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 21. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175932>>. Acesso em: 8 de maio de 2012.

¹⁰² “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem

cuidou dos atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito; o art. 10¹⁰³ tratou dos atos de improbidade que causam lesam ao erário; enquanto o art. 11¹⁰⁴ estabeleceu ou atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.¹⁰⁵

econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.”

¹⁰³ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.”

Da análise da referida lei, Fábio Medina Osório extraiu a seguinte definição de improbidade administrativa:

“O fenômeno que designamos como improbidade administrativa, no direito administrativo brasileiro, desenhado no art. 37, §4º, da CF, no marco da Lei 8.429/92, define-se como a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares, observados os pressupostos gerais de configuração típica e de imputação. A improbidade é espécie do gênero ‘má gestão pública’. A corrupção é espécie do gênero ‘improbidade’.”¹⁰⁶

Cumpre salientarmos que a Lei nº 8429/92, responsável por regulamentar a cláusula geral referida no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, não se confunde com a improbidade na administração que trata o art. 85, V, da Carta Magna, a qual é regulada pela Lei nº 1.079/50, constitui crime de responsabilidade e cuja natureza, por sua vez, é de infração político-administrativa, como já exposto nesse trabalho.

2.3.1 Enriquecimento ilícito:

O primeiro e mais grave ato de improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito, é, ampla e genericamente, conceituado por Emerson Garcia, como “o resultado de qualquer a ação ou omissão que possibilita ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

¹⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 8 de maio de 2012.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 389-390.

¹⁰⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 251.

Devemos incluir ao referido conceito apenas a idéia de que a vantagem deve, direta ou indiretamente, ser patrimonial, sob pena de não ficar caracterizado o enriquecimento a que se refere a lei.

Essa primeira modalidade dos atos de improbidade administrativa tem suas raízes fincadas no enriquecimento sem causa, que há muito tempo é combatido pelo Direito. Desde o direito romano percebe-se uma preocupação da Administração Pública em combater a corrupção estatal e o estudo da matéria já se apresentava como um meio de combate.

Com o transcorrer da história diversas teorias foram construídas para delimitar a margem de incidência da vedação do enriquecimento sem causa. A teoria do patrimônio encontrava na equidade o fundamento jurídico para tal vedação, outras teorias contemplavam a gestão anormal de negócios ou a responsabilidade civil como fontes de sua vedação, até que se tornou majoritária a teoria segundo a qual a proibição do enriquecimento ilícito encontra lastro no princípio da moralidade e probidade da administrativa, conforme aponta Emerson Garcia: *“O simples enriquecimento à custa de outrem não infringe a ordem moral, o que infringe é o enriquecimento injusto, o qual acarreta o dever moral de indenizar aquele que empobreceu”*.¹⁰⁸

O mesmo autor também aponta quatro elementos objetivos formadores do enriquecimento ilícito, os quais devem estar presentes para a formação do ato de improbidade:

“a) o enriquecimento do agente; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o extraneus que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º); c) a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em ‘vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo...’”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 252.

¹⁰⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 255.

Soma-se o dolo, elemento subjetivo dos atos de enriquecimento ilícito, aos quatros elementos objetivos desta modalidade de improbidade administrativa.

Especificamente acerca dos atos de enriquecimento ilícito trazidos no rol exemplificativo do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, Wallace Paiva Martins Júnior traz contributiva sistematização dos atos, a qual trazemos para ilustrar o estudo:

“(...) a) o auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da função pública em sentido amplo, por ação ou omissão legal ou ilegal (art. 9º, caput, V, IX, X); b) a percepção de vantagem econômica de quem tenha potencial interesse a ser satisfeito por ação ou omissão de agente público (art. 9º, I e VIII); c) a percepção de vantagem econômica indevida aliada à causação de prejuízo ao erário (art. 9º, II, III, IV, VI, XI e XIII) mediante fraude, uso, desvio, apropriação, etc.; d) a aquisição de bens de qualquer natureza de valores desproporcionais à evolução do patrimônio ou renda (art. 9º, VII).”¹¹⁰

2.3.2 Lesão ao erário:

O art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa nos traz a segunda modalidade dos atos de improbidade administrativa. O dispositivo estabelece um rol exemplificativo de condutas vedadas por causarem lesão ao erário público.

Ocorre que atualmente, em consequência da sociedade capitalista e dinâmica em que vivemos, o exercício de praticamente todas as atividades apresentam riscos econômicos. O mesmo acontece com os atos proferidos pelos agentes públicos, principalmente aqueles emitidos por quem possui papel de destaque na Administração. Dessa forma, não se pode dizer que a simples lesão ao erário público implica, por si só, em ato de improbidade administrativa.

Para que exista correspondência típica do ato proferido pelo agente público ao art. 10 da Lei nº 8.429/92 é necessário haver, de acordo com Wallace Paiva Martins Júnior:

“(...) comportamento doloso ou culposos do agente público, compreendidos esses conceitos, no âmbito civil, como a vontade de

¹¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 231.

*causar prejuízo agindo contra a lei e o influxo da negligência, da imprudência e da imperícia no trato dos negócios públicos”.*¹¹¹

Fernando Capez vai ainda mais longe ao defender uma análise valorativa do ato praticado pelo agente público para a configuração do ato de improbidade administrativa. Trata-se da aplicação da teoria da imputação objetiva:

*“No complexo universo de normas e princípios explícitos e implícitos da Administração Pública, faz-se necessária a análise da imputação objetiva como importante instrumento limitador do conteúdo material do ato ímprobo, não se conformando com a mera correspondência formal entre o que está previsto em lei e o que foi praticado.”*¹¹²

A efetiva lesão ao erário público também é elemento que constitui o ato de improbidade em referência, apesar de haver divergência doutrinária no que tange à possibilidade de essa lesão ser presumida *juris et de jure*.

Alguns doutrinadores, como Wallace Paiva Martins Júnior¹¹³ e Emerson Garcia, valendo-se de dispositivos legais como o art. 21 da Lei nº 8.429/92¹¹⁴, defendem que são “inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação”¹¹⁵. De acordo com esses mesmos autores, as condutas descritas no art. 10 Lei nº 8.429/92 contém uma presunção absoluta de lesão ao erário público.

Todavia, existe corrente doutrinária em sentido contrário, a qual considera imprescindível a prova o efetivo resultado lesivo aos cofres públicos para que se configure o ato de improbidade em referência, sob pena de responsabilização do agente independentemente do dano. Neste sentido Fernando Capez:

*“Em que pese a letra da lei, concebe-se que as condutas do art. 10 (que acarretam prejuízo ao erário) exigiriam a prova do prejuízo ao erário, isto é, do dano material, pois este constituiria condição para a sua existência. Nesse sentido, sustentam Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior”*¹¹⁶

¹¹¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

¹¹² CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

¹¹⁴ “Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.”

¹¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 265.

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

Interessante posição sobre o tema, aproximando-se da primeira corrente, é exposta por Maria Sylvia Zanella di Pietro, à qual nos filiamos:

“Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. (...) Assim, o que quis dizer o legislador, com a norma do art. 21, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico. (...) esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade”¹¹⁷

O que faz a citada autora é diferenciar erário público de patrimônio público. O vocábulo “erário público” utilizado pelo art. 10 do diploma legal em referência, deve ser interpretada em seu sentido amplo, abrangendo valores materiais e imateriais do Estado que possuam conteúdo econômico. Todavia, o conceito de patrimônio público é ainda mais extenso, capaz de abranger, inclusive, bens e valores que não contenham conteúdo econômico, conforme destaca Emerson Garcia:

“Em rigor técnico, erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o. Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (rectius: União, Estado, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92).”¹¹⁸

2.3.3 Atos que atentam contra os princípios regentes da atuação da Administração Pública:

A terceira categoria dos atos de improbidade administrativa descriminados na Lei nº 8.429/92 é a mais ampla dentre todas. Ela abrange quaisquer atos praticados com violação aos princípios que regem a atividade pública.

O art. 11 da Lei nº 8.429/92 expressamente se refere aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, todavia, esse rol é meramente

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 712-713.

¹¹⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 265.

exemplificativo, sendo vedado pelo artigo toda e qualquer ação ou omissão contrária a qualquer princípio norteador da atuação da Administração Pública.

Nesse sentido as lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“Esta última hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade. (...) A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa.”¹¹⁹

Assim como os outros atos de improbidade administrativa, essa categoria também depende da ação ou omissão do agente público no exercício de suas funções, dolo na sua atuação, um resultado lesivo ao patrimônio público e nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado que atente contra os princípios referentes à Administração Pública.

Por fim, é possível perceber, que as condutas previstas nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, são subsidiárias umas das outras. Assim, o ato de enriquecimento ilícito também representa uma lesão ao erário público, bem como atenta contra os princípios que regem o exercício da atividade pública, entretanto o inverso importará numa falácia, sob pena de termos a conduta mais grave configurada.

Cabe ao juiz e aos legitimados ativos para propor a ação de improbidade administrativa, portanto, enquadrar a conduta do agente na categoria mais grave aplicada ao caso, a qual absorve as categorias menos graves, podendo, inclusive, o juiz discordar da classificação atribuída pelo legitimado ativo e condenar o réu em outra modalidade, desde que essa reclassificação não resulte da verificação de fatos não discutidos durante o processo.

Ainda acerca da característica de subsidiariedade das modalidades de ato de improbidade administrativa, como bem pondera Silvio Antonio Marques, também se torna inviável a imputação da mesma conduta em mais de uma modalidade, haja vista que a incidência em uma delas afasta a incidência das menos graves:

“Todavia, as condutas mais graves, que no caso são aquelas previstas no art. 9º, absorvem as do art. 10, que por sua vez

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 712.

*absorvem aquelas menos graves do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Nada impede, contudo, o pedido de condenação por pena mais grave e, alternativamente ou subsidiariamente, a condenação pela mais amena, ficando a critério do magistrado a adequação definitiva. O que não se pode admitir é a cumulação material de penas dos incisos, I, II e III do art. 12 em decorrência do mesmo fato.*¹²⁰

2.4 Sujeitos da improbidade administrativa:

2.4.1 Sujeito ativo:

Pode ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa todo e qualquer agente público, nos termos do conceito de agente público por nós adotado.

Essa é a conclusão que se extrai da redação do art. 2º da Lei nº 8.429/92¹²¹, a qual é norma interpretativa formulada com esse objetivo de contemplar todos aqueles agentes que exercem função estatal e possuam vínculo com o Estado.

Realmente não poderia ser outra a postura adotada por uma lei que pretende ser séria e efetivamente combater a corrupção em nosso país, sob pena de se restringir somente a mais um meio eficaz de se punir apenas os agentes públicos que se encontram na base da pirâmide hierárquica da Administração Pública.

Marcelo Figueiredo profere as seguintes palavras sobre a abrangência do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa:

*“Para a lei é indiferente o regime jurídico estabelecido entre o agente público e a Administração. Pode lá estar guindado por eleições, portador de mandato político, nomeado para cargo em comissão, contratado por tempo determinado (art. 37, IX, da CF), designado, contratado pela Consolidação das Leis do Trabalho etc. Basta, para a lei, a constatação da existência de vínculo jurídico, sob as mais variadas formas, para que seja considerado ‘agente público’.”*¹²²

Maria Sylvia Zanella di Pietro também apresenta conclusão semelhante:

¹²⁰ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

¹²¹ “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

¹²² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

*“Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, tal como definimos no item 13.2, incluindo as três modalidades ali referidas: (a) os **agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os **servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); e (c) os **particulares em colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).”¹²³*

Especificamente quanto aos membros do poder legislativo, cabe-nos tecer alguns comentários sobre as imunidades a que estão sujeitos esses agentes, de acordo com o art. 53 da Constituição Federal¹²⁴.

A imunidade material dos Deputados e Senadores Federais, prevista no art. 53, *caput*, da Constituição Federal, é inteiramente aplicável aos atos de improbidade administrativa. Segundo esse dispositivo legal, tais agentes políticos não podem ser responsabilizados, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos, logo, por equiparação, também não incidem em ato de improbidade administrativa por suas opiniões, palavras e votos.

Pedro Lenza bem observa que:

“os parlamentares federais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, desde que proferidos em razão de suas funções parlamentares, no exercício e relacionadas ao mandato, não se restringindo ao âmbito do Congresso Nacional.”¹²⁵

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 707.

¹²⁴ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. § 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. § 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.”

¹²⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 426.

Tal prerrogativa também é estendida, *mutatis mutandis*, aos Deputados Estaduais, de acordo com o art. 27, §1º, da Constituição Federal¹²⁶. Já para os vereadores a imunidade material se restringe à circunscrição do município aonde exercem a vereança.

As imunidades formais, compreendidas nos parágrafos do art. 53 da Constituição da República, se referem à prisão dos parlamentares e aos processos instaurados contra eles.

Como os atos de improbidade administrativa, por si só, não importam em prisão, nenhuma consideração acerca dessas imunidades importam ao presente trabalho.

Resultado semelhante encontramos nas imunidades formais referentes aos processos movidos em face dos parlamentares. No que tange às imunidades formais, o disposto no parágrafo primeiro do art. 53, da Constituição, versa que os parlamentares federais, na esfera penal, são submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Como os atos de improbidade administrativa, conforme se verificará, não possuem natureza penal, tal imunidade, por esta razão, também não se aplica aos parlamentares, ou seja, ainda que se conclua que tais agentes possuem foro por prerrogativa de função, isso não se dá por conta do disposto o art. 53, § 1º da Constituição Federal.

Em relação aos terceiros, pessoas que não exercem função estatal, o art. 3º da Lei nº 8.429/92¹²⁷ criou a figura do agente público por equiparação para fins de autoria dos atos de improbidade administrativa.

De acordo com o dispositivo legal, “o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”¹²⁸ é considerado sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.

¹²⁶ “Art. 27, § 1º - 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.”

¹²⁷ “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 707.

2.4.2 Sujeito passivo:

Como a lei em questão visa combater a corrupção pública e moralizar a Administração, a determinação do sujeito passivo do ato de improbidade administrativa também tinha o dever de ser abrangente na medida de englobar todas as pessoas que de alguma forma tratem com patrimônio e verbas públicas, o que foi a intenção do art. 1º da Lei nº 8.429/92¹²⁹.

De acordo com o dispositivo legal, os atos de improbidade podem ser praticados tanto contra as pessoas públicas, independentemente de pertencerem à administração direta, indireta ou fundacional, independentemente de serem de direito privado ou público; como contra as empresas que, embora não pertençam à Administração direta ou indireta, foram incorporadas pelo patrimônio público ou sobre as quais o Estado tenha o controle direto ou indireto; bem como contra as pessoas privadas que recebam recursos públicos, ainda que na forma de incentivo, ou para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

No que tange às entidades privadas, as sanções patrimoniais tipificadas na Lei nº 8.429/92 se limitam à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, tendo em vista que falta interesse para o Estado processar alguém por ato de improbidade administrativa em razão de bens que não envolvam o patrimônio público.

Marcelo Figueiredo elaborou uma simples sistematização dos sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, a qual acrescentamos ao estudo:

“As hipóteses legais são as seguintes:

- a) órgãos da Administração direta;*
- b) órgão da Administração indireta ou fundacional;*
- c) empresa ou entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;*

¹²⁹ “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

- d) empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público (parágrafo único);
 e) a mesma hipótese acima na circunstância de, para sua criação ou custeio, o erário concorrer ou haver concorrido com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, em ambos os casos (“d” e “e”), a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.¹³⁰

O mesmo autor também apresenta uma crítica fundada, segundo a qual seria mais interessante se a redação do artigo que define o sujeito passivo do ato de improbidade administrativa possuísse uma redação ainda mais abrangente, nos moldes da constante do art. 70, parágrafo único¹³¹, da Constituição da República¹³².

2.5 Sanções:

A Lei nº 8.429/92, em seu art. 12¹³³, estabelece as penalidades imputáveis a cada uma das modalidades dos atos de improbidade administrativa.

São diversas as sanções previstas no referido artigo, as quais, de acordo com a nova redação estabelecida pela Lei nº 12.120/09, podem ser aplicadas cumulativa ou isoladamente.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55-56.

¹³¹ “Art. 70. (...) Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

¹³² FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

¹³³ “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: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

A alteração legislativa serviu para suprimir uma pequena divergência doutrinária. Adotou-se o entendimento de que cabe ao juiz estabelecer se aplica, e em qual quantidade, todas ou algumas das penalidades previstas, de acordo com a gravidade do fato, a extensão do dano causado, o proveito obtido pelo agente e outras circunstâncias relevantes do caso concreto, conforme assevera Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto:

“O terceiro ponto reside na necessidade de ressaltar que as penas previstas não devem, de forma obrigatória, ser aplicadas cumulativamente, sendo indispensável uma gradação tendo em vista a gravidade do ato praticado/questionado.”¹³⁴

Outro ponto colocado em destaque pela doutrina pátria é o da lei prever que as sanções ali previstas são aplicáveis “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

Extraí-se da norma, portanto, que a aplicação de tais sanções não afasta a aplicação de outras penalidades especificadas no nosso ordenamento jurídico, ou seja, não se configura o *bis in idem* punitivo a imposição concorrente das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa e outras previstas em diferentes diplomas normativos, desde que compatíveis umas com as outras e não possuam a mesma natureza.

Ao todo são sete as espécies de sanções previstas pelo art. 12 da Lei nº 8.429/92, sendo que nem todas são aplicadas a todas as modalidades dos atos de improbidade administrativa.

As sete formas de penalidades previstas são (i) o ressarcimento dos prejuízos causados; (ii) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; (iii) a perda da função pública; (iv) a suspensão dos direitos políticos; (v) a multa civil; (vi) a proibição de contratar com o Poder Público; e (vii) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.¹³⁵

Vamos ao estudo de cada uma dessas sanções.

¹³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentário à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

¹³⁵ MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

2.5.1 Ressarcimento dos prejuízos causados:

Proveniente da máxima do direito civil de que todo aquele que, por um ato ilícito, causa dano a outrem deve indenizá-lo, também cabe aos responsáveis pelos atos de improbidade administrativa tornar o erário público indene.

Como entendemos que o resultado lesivo à Administração é indispensável à configuração do ato de improbidade, o ressarcimento desse resultado será sempre devido, independentemente da modalidade da improbidade que tiver ocorrido no caso concreto, bem como deverá englobar eventual dano moral.

Esse também é o entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira:

“A título de responsabilidade civil (art. 186 CC), entende-se que o artigo 5º e 18 da Lei nº 8.429/92 autoriza, se houver pedido autônomo, a cumulação de ressarcimento de dano moral, decorrente da improbidade administrativa, uma vez configurada a existência jurídica nas circunstâncias do caso concreto.”¹³⁶

Podem ser condenados a ressarcir os danos causados não apenas os agentes públicos, como também os agentes públicos por equiparação do art. 3º da Lei nº 8.429/92, e até mesmo os sucessores desses agentes até o limite do valor da herança, de acordo com o art. 8º¹³⁷ da mesma lei.

O ressarcimento se faz diretamente à pessoa jurídica lesada, de acordo com o art. 18¹³⁸ da referida lei, mas obedece às regras do Código Civil e do Código de Processo Civil, os quais possuem aplicação subsidiária.

Aplica-se aqui, ao contrário das demais sanções que se sujeitam ao disposto no art. 18 da Lei nº 8.429/92, a imprescritibilidade que trata o art. 37, §5º, da Constituição Federal, à qual nos referimos no estudo da responsabilidade civil dos agentes públicos (item 1.3.2).

Entendimento interessante que se sobressai do que usualmente encontramos na doutrina, ainda que não concordemos, é adotado por José Roberto

¹³⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 310.

¹³⁷ “Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.”

¹³⁸ “Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.”

Pimenta Oliveira, o qual sustenta que essa imprescritibilidade da ação de ressarcimento não pode ser estendida aos agentes públicos por equiparação, uma vez que tais agentes não são consagrados pelo referido dispositivo constitucional, conforme se verifica:

“A Constituição faz referência a dano causado por ‘agente’, e confere sentido abrangente à noção para abarcar qualquer pessoa que esteja inserida no aparelho estatal ou não esteja nele integrada, exercendo função pública. (...)”

A extensão legal da responsabilidade no regime da improbidade – constitucionalmente permitida à luz do tipologia sancionatória constitucionalizada - não autoriza incidência da imprescritibilidade de ressarcimento de dano ao erário, quando perpetrados por outros sujeitos, não passíveis de assimilação ao conceito de ‘agente’, para fins do art. 37, §5º. Desse modo, aplica-se o prazo fixado no artigo 23 da Lei nº 8.429/92, no tocante ao dever de ressarcimento, relativamente aos terceiros responsáveis pela improbidade que não guardem a condição de agente público.”¹³⁹

2.5.2 Perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente:

Trata-se de outra penalidade de cunho civil. Por meio dessa obrigação o beneficiário do ato de improbidade administrativa irá perder todos os bens ou valores percebidos indevidamente, ainda que tais valores não provenham diretamente do erário público.

Tal sanção é aplicável aos atos de improbidade administrativa que importem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas não aos que apenas atentam contra os princípios norteadores da atividade pública, em razão de faltar de previsão legal e porque tais casos não envolvem, ou não se prova o envolvimento, de bens ou valores econômicos. Neste sentido temos as lições de Silvio Antonio Marques:

“A medida encontra fundamento constitucional (art. 5º, XLV e XLVI, e) e se afigura cabível nas hipóteses do art. 9º, se houver enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros, mesmo que o erário não tenha sofrido prejuízo, e nas hipóteses do art. 10, quando ocorrer enriquecimento ilícito do terceiro e prejuízo ao patrimônio público. As condutas do art. 11, isoladamente, não geram a perda de bens, pois não se referem a desvios de verbas estatais, mas à

¹³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 313-314.

infração de princípios constitucionais ou administrativos ou ainda à violação de dispositivos legais previstos em leis diversas.”¹⁴⁰

Assim como a pena de ressarcimento dos prejuízos causados, a pena em referência também possui índole real¹⁴¹ no que tange a possibilidade de aplicá-la aos sucessores do agente ímprobo, no limite do valor da herança, como bem descreve o art. 8º da Lei nº 8.429/92.

2.5.3 Perda da função pública:

Essa sanção é aplicável apenas aos agentes públicos, não alcançando, por óbvio, os sujeitos ativos por equiparação dos arts. 3º e 8º, da Lei nº 8.429/92. Pune-se a prática de qualquer uma das três modalidades de atos de improbidade administrativa com a exclusão do agente público dos quadros da Administração Pública.

Em síntese, Emerson Garcia a justifica da seguinte maneira:

“Deflui da incompatibilidade identificada entre a gestão da coisa pública e a conduta do agente, e, diversamente de outras sanções, não influi em sua esfera jurídica de cidadão, mas tão-somente na relação jurídica estabelecida com o Poder Público, culminando em dissolvê-la.”¹⁴²

Essa sanção é definitiva e se efetiva com o trânsito em julgado da sentença. Apesar de a autoridade administrativa poder determinar o afastamento do agente público, de acordo com o art. 20 da Lei nº 8.429/92¹⁴³, e até mesmo impor sanção administrativa de demissão por ato de improbidade administrativa, no âmbito da Lei nº 8.429/92 a perda da função pública depende de decisão judicial que a imponha, proferida em processo por essa regulada, devidamente transitada em julgado. Todavia, conforme entende José Roberto Pimenta Oliveira, “*não há impedimento*

¹⁴⁰ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

¹⁴¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 308.

¹⁴² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 461.

¹⁴³ “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.”

constitucional para a concessão de tutela antecipada da referida penalidade, observados os requisitos legais processuais."¹⁴⁴.

Ainda assim, a penalidade em referência, por si só, não impossibilita que o agente ímprobo preste concurso público ou ingresse posteriormente em outro cargo, emprego ou função pública, apenas provoca a perda do cargo que este exercia no tempo da prática do ato de improbidade administrativa. Se o agente, no momento da condenação, exerce função diferente da que atuava na época do cometimento do ato de improbidade administrativa, entende-se que a aplicação dessa pena restará frustrada.

A pena de perda da função poderá implicar, inclusive, na perda da aposentadoria do agente público, caso este se aposente após a prática do ato de improbidade, tendo em vista que se a aposentadoria ocorreu antes do ato, há a proteção constitucional desta pela incidência do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Tema polêmico sobre o tema que levanta divergências doutrinárias trata da aplicação dessa sanção, assim como da sanção de suspensão dos direitos políticos, a determinados agentes políticos.

Silvio Antonio Marques, por exemplo, defende que essa penalidade é aplicável a todos os agentes políticos, sem exceção, conforme versa de seu livro:

"Assim, conforme visto anteriormente, além dos servidores em geral e todos os particulares colaboradores, podem perder a função pública por condenação em processo de ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa os agentes políticos de qualquer órgão do Poder Executivo (Presidente da República, Ministros, Governadores, Prefeitos, Secretários Estaduais, Distritais ou Municipais), do Poder Legislativo (Senadores, Deputados e Vereadores), do Poder Judiciário (Ministros, Desembargadores e Juízes), os Membros do Ministério Público (Procuradores da República, Procuradores de Justiça, Procuradores do Trabalho e Promotores de Justiça) e Conselheiros dos Tribunais de Contas."¹⁴⁵

Da mesma opinião desfruta José Roberto Pimenta Oliveira que justifica:

¹⁴⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 298.

¹⁴⁵ MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p 134.

“(…) não há como admitir barreiras à sanção de perda da função pública, pela inexistência constitucional e legal de limitação subjetiva do rol de funções públicas, imunes ao poder punitivo outorgado pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Inadmitir a pretensão punitiva de perda da função pública inscrita no artigo 37, §4º contra determinados agentes, não encontra respaldo no princípio da isonomia.”

Todavia, alguns autores discordam.

Celso Antonio Bandeira de Mello ressalva que aos Ministros de Estado, por exemplo, não seriam aplicadas as penas de perda do cargo e suspensão de direitos políticos¹⁴⁶.

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro, pondera que a pena de perda do cargo não pode ser imposta aos Deputados Estaduais, Federais e Senadores, por imposição dos arts. 27, §1º, e 55¹⁴⁷, da Constituição Federal, que prevêm a competência das respectivas casas legislativas para tanto, todavia, a suspensão dos direitos políticos não encontra tal restrição, sendo permitido o afastamento do mandato em razão da aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos:

“No entanto, não pode ser aplicada a sanção de perda da função pública, que implicaria a perda do mandato, porque essa medida é de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso, tal como previsto no art. 55 da Constituição. Mas o art. 15, inciso V, da Constituição inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a ‘improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º’. Assim, nada impede que se imponha a pena de suspensão dos direitos políticos ao Deputado Federal ou ao

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à Lei de improbidade administrativa: Lei nº 8.429, de 02.06.92*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38542>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

¹⁴⁷ “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. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.”

Senador, em ação civil por improbidade administrativa. Nesse caso, a perda do mandato será 'declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa' (conforme art. 55, § 3º, da Constituição).

A mesma conclusão aplica-se aos Deputados Estaduais, por força do artigo 27, § 1º, da Constituição. Para os Vereadores não existe norma semelhante na Constituição Federal, podendo aplicar-se inclusive a pena de perda da função pública.”¹⁴⁸

Esse entendimento nos parece extremamente razoável, ao qual compartilhamos por entender que a Constituição da República é o instrumento incontestável para disciplinar as regras gerais dos institutos jurídicos nacionais, bem como para se auto-excepcionar.

Os agentes políticos previstos no art. 52, I e II, da Constituição Federal¹⁴⁹, também são objeto de polêmica doutrinária, tendo em vista que seria do Senado Federal a competência para julgamento dos crimes de responsabilidade por eles praticados, o qual poderia acarretar a perda do mandato, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional.

Conforme veremos, os crimes de responsabilidade não possuem a mesma natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, porém a interpretação literal da Constituição Federal não satisfaz Maria Sylvia Zanella di Pietro, conforme podemos observar:

“A conclusão mais simples, que decorre de uma interpretação puramente literal, seria no sentido de que o dispositivo somente se refere aos crimes de responsabilidade. Como os atos de improbidade nem sempre correspondem a ilícitos penais, a competência para processar e julgar referidas autoridades por tais atos estaria inteiramente fora do alcance do artigo 52.

No entanto, partindo da idéia de que os dispositivos da Constituição têm que ser interpretados de forma harmoniosa, sistemática, de modo que não leve a conclusões contraditórias, é necessário deixar de lado a interpretação puramente literal. O legislador constituinte

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 708-709.

¹⁴⁹ “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; (...) Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

certamente teve por objeto impedir que os crimes praticados por autoridades de tão alto nível, podendo levar à perda do cargo, fossem julgados por autoridade outra que não o STF (para os crimes comuns) e o Senado Federal (para os crimes de responsabilidade). Não teria sentido que essa mesma pena de perda do cargo, em caso de improbidade que não caracterize crime, pudesse resultar em perda do cargo imposta por outra autoridade de nível inferior.”¹⁵⁰

De fato, não há na Constituição Federal outras formas previstas para que tais agentes percam os respectivos cargos. Porém, ainda que se concorde com as colocações da referida autora, não é possível afastar os agentes políticos do âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, sendo, no máximo, possível dizer que a esses não se aplicam as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, conforme defende a mesma autora:

“Isso não significa dizer que a tais autoridades não se aplique a lei de improbidade administrativa. Ela aplica-se de forma limitada, porque não pode resultar em aplicação da pena de perda do cargo. Essa conclusão resulta muito clara do parágrafo único do artigo 52, que limita a competência do Senado à aplicação da pena de perda do cargo com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, ‘sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis’.”¹⁵¹

Todavia, conforme se verificará no próximo capítulo, não concordamos com essa posição defendida por Maria Sylvia Zanella di Pietro, em virtude de diversos aspectos, dentre eles o de entendermos que foi eloquente o silêncio da Constituição, ao não prever o foro por prerrogativa de função para julgamento dos agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa.

2.5.4 Suspensão dos direitos políticos:

Nos direitos políticos previstos na Constituição da República encontramos os fundamentos sobre os quais se alicerçam o nosso sistema democrático, e seu conteúdo é amplo, conforme versam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 709.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 710.

“A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos.”¹⁵²

A Constituição destinou capítulo próprio aos direitos políticos e, no seu art. 15¹⁵³ previu expressamente os casos de sua perda ou suspensão. Eis o fundamento jurídico que autoriza a suspensão dos direitos daqueles que são condenados pela prática de atos de improbidade administrativa.

A suspensão dos direitos políticos implica na impossibilidade de alistamento eleitoral do agente, o que lhe tolhe tanto o direito de votar como o de ser votado, além de impossibilitá-lo à prática de outros atos que exigem o pleno gozo dos direitos políticos, como bem ensina José Roberto Pimenta Oliveira:

“Limitando-se ao plano constitucional, a suspensão dos direitos políticos implica retirada temporária do: (i) direito de alistamento e de voto (art. 14, §1º), (ii) o direito ao sufrágio, em plebiscito, referendo ou iniciativa popular de leis (art.14, I, II, III e art. 61, §2º), (iii) direito de elegibilidade (art. 14, §3º, II), (iv) direito de filiação partidária (art. 14, §3º, V), (v) direito de criação de partidos políticos (art. 17), (vi) o direito de propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII), (vii) o direito de exercer cargos públicos (art. 37, I, c/c art. 5º, II da Lei nº 8.112/90), (viii) o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas competente (art. 74, §2º); (ix) o direito de exercer a função pública de Juiz de paz (art. 98, II); (x) ser nomeado Ministro de Estado (art. 87, caput), Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 101) e Advogado-Geral da União (art. 131, §1º); (xi) participar do Conselho da República (art. 89, VII).”¹⁵⁴

Assim, ainda que o agente público condenado à perda dos direitos políticos exerça outro cargo, emprego ou função pública e não tenha sido condenado à perda do cargo, ele não poderá continuar no exercício da função pública. Nesse caso, o exercício da função, cargo ou emprego público também ficará suspenso pelo tempo que durar a suspensão dos direitos políticos, salvo no caso do agente político, o qual deverá perder a sua função política, para a qual tais direitos são imprescindíveis.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 693.

¹⁵³ “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; V - 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.”

¹⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 304.

É clara a intenção da lei em afastar temporariamente o agente ímprobo da Administração e do erário público para que não permaneça e se perpetuem no poder pessoas que não atendam ao interesse público.

O art. 20, da Lei nº 8.429/92, é expresso ao prever que essa sanção também só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença, podendo a autoridade administrativa determinar o afastamento do agente público, todavia, a sanção de suspensão de direitos políticos, do mesmo modo da pena de perda da função pública, depende da decisão judicial transitada em julgado que a decreta, como bem salienta Marcelo Figueiredo:

“Em suma, a suspensão exige sempre um processo judicial, uma ação judicial, seja de natureza civil ou penal. A conclusão é ainda reforçada na medida em que o procedimento administrativo disciplinar, mesmo que conclua por aplicação da pena de ‘demissão’ por prática de improbidade, não tem o condão de retirar do agente a cidadania.”¹⁵⁵

Por fim, a pena em referência pode ser aplicada às três modalidades de ato de improbidade administrativa, variando apenas o prazo de suspensão, de oito a dez anos para os atos que importem em enriquecimento ilícito; cinco a oito anos para os atos que causem lesão ao erário; e três a cinco anos para os atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

2.5.5 Multa civil:

Essa sanção, a nosso ver, é a única que possui a sua natureza jurídica definida pela lei. Ao se referir à multa como civil, o legislador pretendeu definir a sua natureza jurídica para evitar a cumulação com outra multa imposta no juízo cível comum. Se assim não fosse, o legislador poderia se referir simplesmente à multa, que independe de sua qualificação para ser aplicada.

A multa civil consistente na prestação pecuniária compulsória ao fundo especial que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85¹⁵⁶.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154.

¹⁵⁶ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão

Apesar de haver pequena divergência doutrinária, prevalece que essa multa possui caráter predominantemente punitivo¹⁵⁷, e não indenizatório, bem como se destina a inibir a atuação do agente que pretende exercer o ato ímprobo.

A pretensão ressarcitória do Estado já é tutelada pelas penas de perdimento de bens e valores e de ressarcimento de bens e valores, logo não faria sentido mais um mecanismo para tutelar tal pretensão.

A multa civil pode ser aplicada a todas modalidades de ato de improbidade administrativa, alterando-se apenas a base de cálculo para sua fixação, conforme ensina Motaui Ciochetti de Souza:

*“Com efeito, tratando-se de enriquecimento ilícito, a multa será calculada sobre o valor do acréscimo patrimonial indevido; na hipótese de dano ao erário, sobre o montante do prejuízo; e, finalmente, nos atos previstos no art. 11, terá como norte a remuneração percebida pelo agente público.”*¹⁵⁸

O valor da multa deverá respeitar as balizas previstas na lei – até três vezes o valor do acréscimo patrimonial percebido pelo agente do enriquecimento ilícito; até duas vezes o valor do dano causado ao erário para o agente que incidir no art. 10 da lei; e até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente condenado pela prática de ato que atenta contra os princípios da Administração Pública – mas dentro delas poderá ser fixada pelo juiz de acordo com a conduta do agente, extensão do dano causado, proveito obtido pelo agente e demais circunstâncias relevantes ao caso concreto.

2.5.6 Proibição de contratar com o Poder Público:

A suspensão temporária do direito de contratar com o Poder Público é sanção aplicável ao agente de qualquer uma das modalidades do ato de improbidade administrativa. Trata-se de impedimento para a realização do ato contratual.

necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

¹⁵⁷ Neste sentido: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 315; e GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 486.

¹⁵⁸ SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154.

A penalidade atinge, enquanto perdurar os seus efeitos, tanto o agente ímprobo que pretende assumir função pública, ainda que tenha sido aprovado em concurso público, como o vencedor de licitação pública, o qual não poderá firmar o respectivo contrato administrativo. Neste caso, a lei chega a vedar a contratação de pessoa jurídica da qual o agente é sócio majoritário.

O prazo de duração da penalidade já se encontra previsto no dispositivo legal, não havendo margem para o juiz mensurá-la. Para os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito a lei prevê o prazo de dez anos, já para os que resultem em lesão ao erário sua duração será de cinco anos, enquanto que para os atos atentatórios aos princípios que regem a atuação da Administração Pública a proibição perdurará pelo prazo de três anos.

Ressalta-se, também, o bom uso do termo “Poder Público” pelo legislador para delimitar a proibição de contratar. Com a sua utilização evita-se eventual conflito doutrinário presente na Lei de Licitações, e torna a vedação apta para surtir efeitos sobre qualquer um dos poderes da República, em qualquer uma das esferas da Federação.

2.5.7 Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios:

A última pena prevista aos atos de improbidade administrativa é aplicada às suas três modalidades, variando apenas o prazo pela qual perdurará, dez anos para os atos que importem em enriquecimento ilícito; cinco anos para os atos que causem lesão ao erário; e três anos para os atos para os atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Essa pena é capaz de atingir, por expressa disposição legal, tanto o agente condenado pelo ato de improbidade administrativa, quanto a pessoa jurídica da qual o agente é sócio majoritário.

A penalidade em referência consiste na vedação dessas pessoas receberem qualquer tipo de incentivo ou benefício fiscal ou creditício.

Benefícios e incentivos fiscais e creditícios são, de acordo com as palavras de Marcelo Figueiredo, “*estímulos do Poder Público, exercidos através da lei, tendo*

como alvo algum setor da atividade econômica ou social.”¹⁵⁹. Em outras palavras, são estímulos concedidos pelo Poder Público, por meio de lei e com observância do interesse público, que visam alavancar determinado setor da economia ou determinada atividade social.

Observação pertinente ao tema é exposta por Emerson Garcia, que diferencia os benefícios e incentivos incondicionados daqueles abrangidos pela norma em referência:

*“Tratando-se de benefícios ou incentivos incondicionais, em que não é exigido do interessado o preenchimento de requisitos especiais, ou determinada contraprestação, inexistirá óbice a que o ímprobo venha a auferi-los, pois referidos benefícios, em verdade, não representam um privilégio, mas medida de política fiscal adotada em prol da coletividade, sendo concedidos de forma genérica.”*¹⁶⁰

2.6 Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa:

A discussão acerca da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa é com certeza uma das mais polêmicas no estudo dessa matéria.

Identificar a natureza jurídica de um determinado instituto ou sistema não é matéria simples. Especificamente no que tange à responsabilização dos cidadãos devemos verificar onde repousa o seu fundamento constitucional, bem como enxergar a construção legal e sistemática que a envolve no intuito de proteger, reagir e punir a transgressão dos bens jurídicos tutelados por aquela determinada forma de responsabilização.¹⁶¹

Assim, José Roberto Pimenta diz que os sistemas de responsabilização dos cidadãos se diferenciam “à luz da diversidade do conteúdo da sanção jurídica e seus pressupostos subjetivos, objetivos, teleológicos e processuais.”¹⁶².

Quanto aos atos de improbidade administrativa, a Constituição Federal, assim como ocorreu com a Lei nº 8.429/92, não definiu a sua natureza, se limitando a dizer que tais atos seriam punidos na forma da lei, “sem prejuízo da ação penal

¹⁵⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164.

¹⁶⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 491.

¹⁶¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 414.

¹⁶² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 414.

cabível”, o que nos permite excluir, *prima facie*, a natureza de ilícito penal do ato de improbidade administrativo.

Outro argumento bastante válido para excluir a natureza penal dos atos de improbidade é a de que as condutas previstas nos arts. 9, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, são hipóteses bastante abertas, trazidas em rol exemplificativo, o que viola frontalmente o princípio da estrita legalidade, uma das principais características do direito penal.

Com isso não se pretende dizer que o ato de improbidade administrativa não importa em infração penal, essa pode ocorrer ou não, bastando que a conduta caracterize um fato típico, antijurídico e culpável. O que se pretende dizer é que o ato de improbidade não se confunde com um ilícito penal, subsistindo qualquer um deles autonomamente ao outro, como bem observa Maria Sylvia Zanella di Pietro:

*“Isso permite concluir que: (a) o **ato de improbidade**, em si, não constitui crime, mas pode corresponder **também** a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas ‘**sem prejuízo da ação penal cabível**’; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.”*¹⁶³

Ainda assim, são muitas as correntes doutrinárias acerca do tema. Emerson Garcia, sustentando que as penas trazidas pela Lei nº 8.429/92 têm natureza cível, elabora um panorama das posições de alguns dos principais doutrinadores e as respectivas correntes adotadas:

“No mesmo sentido (...). Na doutrina: José Antonio Lisboa Neiva, Improbidade Administrativa..., p. 26; Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, p. 352; George Sarmiento, Improbidade Administrativa, p. 192; Sérgio Monteiro Medeiros, Lei de Improbidade..., p. 3; Fábio Medina Osório, Improbidade..., pp. 217-224; Marino Pazagli Filho et alii, ob. cit., p. 135; Carlos Frederico Brito dos Santos, Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92, p. 1; Marcelo Figueiredo, Probidade..., p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior, Probidade..., p. 255; Antonio José de Mattos Neto, ‘Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa’, RT 752/31; José Augusto Delgado, ‘Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 702.

de Improbidade Administrativa', in *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 211; Sérgio Ferraz, 'Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa' in *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 370; José Nilo de Castro, 'Improbidade Administrativa Municipal', in *Revista Interesse Público* nº 8/82, 2000; Fábio Konder Comparato, 'Ações de Improbidade Administrativa', *RTDP* nº 26/153; Maria Goretti Dal Bosco, *Responsabilidade do Agente Público...*, p. 159; José Guilherme Giacomuzzi, *A Moralidade...*, p. 179; Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, *Discricionariedade Administrativa*, pp. 134/136 e 'A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa', *RDA* nº 227/253; Walter Claudius Rothenburg, 'Ação por Improbidade...', in *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/92*, p. 462/466; Carlos Eduardo Terçarolli, *Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*, p. 75; e Benedicto de Tolosa Filho, *Comentários à Lei de Improbidade...*, pp. 42-46 e 134. Eurico Bitencourt Neto (*Improbidade...*, p. 108) fala em sanções de natureza civil e política. Flávio Sátiro Fernandes ('Improbidade Administrativa', *RDA* 210/177) fala em sanções de natureza política ou cível. Francisco Octavio de Almeida Prado (*Improbidade...*, pp. 20-29) e Francisco de Assis Betti (*Lei nº 8429/92 – Dos crimes de corrupção e suas consequências*, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários* nº92/96, 2000) sustentam que a disciplina básica dos atos de improbidade, não obstante a existência de pontos de tangenciamento com o direito civil (v.g.: reparação do dano), encarta-se no direito público, e mais precisamente no âmbito do direito administrativo, situando-se as sanções cominadas no âmbito do direito administrativo sancionador. Fernando Rodrigues Martins (ob. cit, p. 83) entende que as sanções tem natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa), administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos), entendimento que é encampado por Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, pp. 47 e 296), para quem há um consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas. José Jairo Gomes, ('Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa', in *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/92*, p. 258) as identifica como sendo sanções de 'responsabilidade por ilícito civil-administrativo, de natureza sui generis'. Para Álvaro Lazzarini (*Temas de Direito Administrativo*, p. 64) tais sanções têm natureza política, com o que não concordamos, ante a natureza do órgão que as aplicará e a necessidade de fundamentação da decisão a ser proferida (art. 93, IX, da CR/88), o que possibilita seu reexame por outro órgão em havendo irresignação; elementos estes incompatíveis com uma decisão essencialmente política. Affonso Ghizzo Neto (*Improbidade...*, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar. Ives Granda (*Aspectos Procedimentais...*, p. 287) sustenta que as sanções teriam natureza penal, já que a Lei nº 8.429/92 tipifica verdadeiros crimes de responsabilidade. Sérgio de Andréa (*Probidade...*, 623), do mesmo modo, afirma que 'os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas'. Antonio Carlos Ferreira, (*Improbidade Administrativa: um passeio de avião e o questionamento da referida*

*lei, in Revista Jurídica Consulex vol. 7, nº 147, pp. 18-20, fevereiro de 2003) fala em sanções de natureza penal e política.*¹⁶⁴

Conforme se verifica, é majoritária a doutrina que entende pela natureza civil dos atos de improbidade administrativa, isso porque as principais sanções previstas na lei possuem características predominantemente civis (ressarcimento dos prejuízos causados, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, multa civil; proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios)

Todavia, também é forte a corrente doutrinária que aponta a natureza política ou eleitoral desses atos em virtude da sanção de suspensão dos direitos políticos, como defende Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.”¹⁶⁵

Também parece ser pertinente essa corrente, haja vista a falta de legitimidade para que uma sanção puramente civil importe na suspensão dos direitos políticos de alguém.

A responsabilidade civil deve ser primordialmente ressarcitória e não sancionatória, sendo que esta característica, para alguns doutrinadores, é o elemento central da responsabilidade pela prática dos atos de improbidade administrativa¹⁶⁶.

Já a sanção de perda da função pública, não obstante a possibilidade de ser decretada em decisão penal, conforme visto, pode ser classificada como predominantemente administrativa. A mesma natureza também é defendida por

¹⁶⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 432-433.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 703.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 480.

alguns para as penas de vedação de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Todavia, parece-nos equivocado o entendimento de atribuir natureza administrativa ao ato de improbidade administrativa, tendo em vista que a punição não deriva do exercício do poder hierárquico existente no seio da Administração Pública, mas é necessariamente imposta por decisão judicial.

Além disso, as sanções previstas na lei são aplicáveis a agentes públicos ou particulares, conforme verificamos ao tratar dos sujeitos ativos dos atos de improbidade.

Não obstante, a conduta que configura o ato de improbidade administrativa, quando praticado por agente público, também deve corresponder a um ilícito administrativo para viabilizar a responsabilização do ímprobo no âmbito administrativo, de acordo com as disposições que regulam o vínculo daquele agente com o Estado.

Não obstante todas essas posições expostas, nenhuma delas nos deixa completamente satisfeitos.

São inegáveis as características cíveis de algumas penalidades impostas pela lei em referência e a própria natureza civil da pena de multa, bem como a preponderância do caráter político da sanção de suspensão temporária dos direitos políticos e até mesmo administrativa da sanção de perda da função pública, porém nenhuma dessas esferas de responsabilidade consegue, a nosso ver, abranger todos os efeitos gerados pelo ato de improbidade administrativa na forma da Lei nº 8.429/92.

Entendemos que a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa possui natureza jurídica própria, autônoma, não coincidindo o sistema jurídico esculpido em torno do art. 37, § 4º, da Constituição Federal com nenhuma outra forma de responsabilização dos cidadãos.

Esse entendimento não é novo, dele compartilham alguns doutrinadores como José Roberto Pimenta Oliveira¹⁶⁷ e os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles¹⁶⁸.

José Roberto Pimenta Oliveira escreve:

¹⁶⁷ *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁶⁸ *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

“A improbidade administrativa ganha sua autonomia formal no tratamento jurídico singular dispensado pela Constituição, à luz do valor constitucional eleito, aos componentes do sistema punitivo previsto no artigo 37, §4º, que autoriza nele encontrar um vínculo inquebrantável entre bem jurídico tutelado, ilícito reprimido, sanções cominadas e instrumental processual necessário à sua efetivação, inassimiláveis a quaisquer outros.”¹⁶⁹

Consideramos insatisfatória a tripartição doutrinária clássica da responsabilização em penal, civil e administrativa para tratar dos atos de improbidade administrativa, tendo em vista que ela é incapaz de abranger adequadamente todas as características e consequências desses atos.

A própria Lei nº 8.429/92, no *caput* do art. 12, prevê que as sanções ali cominadas devem ser aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”. Parece ser também a intenção do legislador tratar a improbidade administrativa como uma esfera autônoma de responsabilidade.

Também não pode essa ser compreendida com um somatório das diversas esferas de responsabilidade existentes, haja vista que o sistema responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa possui peculiaridades próprias, seja quanto ao bem jurídico tutelado, às condutas ilícitas, as sanções aplicadas, os sujeitos do ilícito e até sob o ponto de vista processual, especialmente no que tange à legitimação ativa e a posição processual do Poder Público.

Desse entendimento, outra vez, compartilha José Roberto Pimenta Oliveira:

“A improbidade não é uma reunião de diversas instâncias. O fato de gerar conteúdo restritivo de índole civil, política e administrativa não altera esta realidade normativa. É uma instância própria, ou sistema em si, de sancionamento no descumprimento de deveres funcionais.”¹⁷⁰

Dessa forma, propõe-se uma nova leitura das esferas de responsabilidades dos agentes públicos previstas na Constituição Federal, superando a tripartição clássica da responsabilidade penal, civil e administrativa, a qual já não era capaz de

¹⁶⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 416.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 416.

abranger institutos como o crime de responsabilidade, os ilícitos eleitorais e agora o ato de improbidade administrativa.

Capítulo 3 – Responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa

No dia 13 de junho de 2007 o Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento da Reclamação 2.138-6, na qual a defesa do antigo Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos, Ronaldo Mota Sardemberg, alegava a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa, bem como a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 a tais sujeitos, em vista deles se encontrarem sujeitos aos crimes de responsabilidade, cuja natureza jurídica seria idêntica ao dos atos de improbidade administrativa.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco¹⁷¹, julgou procedente a reclamação e reconheceu a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, encampando o entendimento de que os atos de improbidade administrativa constituíam infração político-administrativa, tal como os crimes de responsabilidade, conforme vislumbramos da ementa do julgado:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos.

¹⁷¹ Julgaram a reclamação procedente os Ministros Nelson Jobim; Gilmar Mendes; Ellen Gracie; Maurício Corrêa; Ilmar Galvão e Cezar Peluso. Restaram vencidos os Ministros Carlos Velloso; Joaquim Barbosa, Marco Aurélio de Mello; Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.¹⁷²

No mesmo dia a mesma corte julgou Questão de Ordem na Petição nº 3.923, na qual o antigo Prefeito de São Paulo, Paulo Salim Maluf, que fora condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, após ser eleito deputado federal, requeria a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa em razão de ele ser agente político, ou que a execução da condenação tramitasse

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6. Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

perante o Supremo Tribunal Federal em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função.

Na ocasião, a Corte Máxima do direito brasileiro julgou improcedente o pedido, por entender que as *“condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade”*; estes são *“mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes”*; bem como que *“estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução”*¹⁷³.

Interessante análise desses dois julgados é feita por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, a qual transcrevemos.

“No mesmo dia, logo em seguida, o STF, julgando a PET n. 3923 QO/SP (rel. Min. Joaquim Barbosa), relativa a uma ação de improbidade proposta contra um ex-prefeito (agora Deputado Federal por São Paulo, Sr. Paulo Maluf), os Ministros Lewandowski, Calos Britto e Celso de Mello afirmaram a sua posição favorável à aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos. Essa manifestação, mesmo em obter dictum, revela que a nova composição do tribunal parece ser favorável à revisão do posicionamento adotado na Rcl. 2138 para, assim, entender aplicável, corretamente, a Lei de Improbidade aos agentes políticos. (...)

Existem duas opções possíveis diante do impasse temporal causado. A primeira é reconhecer que a decisão na RCL 2.138 não tem nenhuma estabilidade idônea para produzir efeito de precedente persuasivo sobre os juízes de grau inferior, e, portanto, ausente qualquer elemento de segurança jurídica. Enquanto não pacificada a jurisprudência do STF nada autoriza atribuir força vinculativa ao julgamento de agentes políticos quer quanto ao foro por prerrogativa de função, quer quanto ao não-cabimento das ações de improbidade em situações que tais. Isto é assim, até porque exatamente o contrário é indicado pela nova composição da Corte.”¹⁷⁴

Após esses dois julgamentos o Supremo Tribunal Federal proferiu outras decisões, a grande maioria por suas turmas, reiterando a impossibilidade dos Ministros de Estado e dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal praticar

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET nº 3923 QO/SP. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Paulo Salim Maluf e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa.. Brasília, 13 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

¹⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*; vol. 4. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 158-159.

atos de improbidade administrativa, uma vez que estão sujeitos aos crimes de responsabilidade, bem como negando a extensão desse entendimento aos Prefeitos, os quais podem ser sujeito ativo dos atos previstos na Lei nº 8.429/92.

Porém, conforme vimos, o crime de responsabilidade não possui a mesma natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa. O crime de responsabilidade possui natureza jurídica político-administrativo, enquanto a natureza dos atos de improbidade administrativa é controvertida, sendo inexpressiva a corrente doutrinária que sustenta a natureza político-administrativo destes atos.

Nós sustentamos nesse trabalho a autonomia constitucional dos atos de improbidade administrativa, como forma independente de responsabilização dos agentes causadores. Esse entendimento, por óbvio, exclui a possibilidade de configurar *bis in idem* a punição concomitante do agente pela prática de ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade.

Localizando-se em esferas distintas e autônomas de responsabilidade, a prática de um só ato pode ser reprimida na esfera civil, penal, administrativa, político-administrativo, de improbidade administrativa, e em quantas outras o ato configurar um ilícito passível de sanção de acordo com as normas inerentes àquela esfera autônoma de responsabilidade.

Somente não é possível a cumulação de sanções que possuam a mesma natureza, como a multa sancionatória aplicada na esfera civil e a multa civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa, ou entre sanções que sejam logicamente incompatíveis entre si, ainda que de naturezas distintas, como a perda do cargo público decretada em processo administrativo e a posterior condenação à perda do mesmo cargo público que deixou de existir por ato de improbidade administrativa.

Sobre a independência das esferas de responsabilidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro, apesar de adotar da Teoria Clássica Tripartite das Esferas de Responsabilidade e entender que o ato de improbidade administrativa configura um ilícito civil, escreve:

“(...) nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; e a terceira vai

*apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.*¹⁷⁵

Ainda que não se compartilhe do nosso entendimento, por enquanto minoritário, sobre a autonomia constitucional da responsabilização pela prática dos atos de improbidade administrativa, o entendimento majoritário de que tais atos possuem natureza de ilícito civil também não permite afastar a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, uma vez que o crime de responsabilidade e os atos de improbidade continuam possuindo naturezas diversas.

O mesmo acontece com a doutrina que sustenta a natureza administrativa dos atos de improbidade administrativa.

A irresponsabilidade dos agentes políticos sobre os atos de improbidade administrativa importa no entendimento que tais atos possuem natureza político-administrativa, o que é coisa rara na doutrina nacional.

Segundo o levantamento realizado por Emerson Garcia e por nós apontado no item 2.6, Ives Gandra e Sérgio de Andréa Ferreira possuem esse entendimento¹⁷⁶. A eles se juntam Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald que publicaram em co-autoria artigo nesse sentido¹⁷⁷.

José Roberto Pimenta Oliveira, no entanto, discorda desse posicionamento e apresenta as seguintes diferenças que distinguem os dois institutos: (i) o bem jurídico protegido pelos crimes de responsabilidade é a legitimidade política que se exige do agente público, enquanto que os atos de improbidade administrativa tutelam a probidade administrativa; (ii) os crimes de responsabilidade se subordinam ao princípio da tipicidade estrita, enquanto que os atos de improbidade possuem caracterização ampla e são contemplados em um rol exemplificativo de condutas; (iii) o crime de responsabilidade para se configurar deve ostentar um grau inaceitável de censura política, enquanto os atos de improbidade devem carregar em si uma nota sobressalente de gravíssima censura ético-jurídica para ocorrerem; e (iv) o processo judicial imposto a cada um deles possuem características próprias

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 704-705.

¹⁷⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 432-433.

¹⁷⁷ WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. de 1998. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/378>>. Acesso em: 31 de maio de 2012.

bastante divergentes, principalmente no que tange à legitimação ativa e passiva, a competência para julgamento e o procedimento adotado¹⁷⁸.

Sustentar que o Presidente da República responde por crime de responsabilidade quando comete atos de improbidade administrativa, em virtude do disposto no art. 85, V, da Constituição Federal, não implica, necessariamente, na sua imunidade ao regime da Lei nº 8.429/92, a qual tem fundamento constitucional diverso, previsto no art. 37, § 4º, da Constituição da República.

Entendimento diverso a esse nos levaria à conclusão de que todos os agentes públicos estariam isentos do regime da Lei nº 8.429/92, uma vez que os atos de improbidade administrativa também configuram ilícitos administrativos, pelos quais também pode ser decretada a perda do cargo. Também poderíamos concluir, nessa linha de raciocínio, que o criminoso não tem o dever de indenizar a vítima do crime, uma vez que ele está sujeito às sanções penais aplicáveis ao seu ato.

Para tornar ainda mais esdrúxulo o entendimento que considera existir *bis in idem* na aplicação autônoma e concomitante das sanções previstas para esses dois ilícitos jurídicos, a sua consequência prática acarreta violação ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que os cargos que possuem menor destaque e hierarquia inferior nos quadros dos Poderes Públicos restam sujeitos a um sistema de responsabilização mais rigoroso do que os agentes políticos, que possuem cargos de destaques e são responsáveis pelas principais decisões do Estado.

Essa consequência prática, incompatível com a forma republicana de governo e com um Estado Democrático de Direito, mais parecido com dogmas religiosos como a infalibilidade papal, foi bem notada e exposta pelo Min. Joaquim Barbosa em seu voto na referida Reclamação 2.138-6, do qual constou:

“(...) a tese abraçada pela maioria que já se formou, se é certo que ela conforta a situação pessoal do eminente embaixador que fora acusado e condenado, talvez de maneira excessiva e desproporcional, à perda do cargo, na ação de improbidade originária, cria no nosso sistema jurídico, por outro lado, uma situação de absoluta perplexidade, que fere os princípios isonômico e republicano que informam a nossa organização político-jurídica. A perplexidade a que me refiro, inaceitável em uma democracia, consistiria na anomalia que estaria sendo consolidada, caso prospere a tese que está a se esboçar nesta ação. Ela é particularmente perversa especialmente em matéria de servidor público. Explico. É

¹⁷⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 416-432.

*que, à luz da Constituição Federal e da lei nº 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na lei 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir um posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: o afastamento do cargo público (político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública. Uma tal discrepância contraria, a meu sentir, um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norte-americano se traduz na elucidativa expressão 'accountability', e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos.*¹⁷⁹

Superado esse ponto, de maior complexidade se mostra a questão referente à competência do juízo para julgar as ações de improbidade administrativa movidas em face dos agentes políticos. Essa discussão é recente e bons argumentos podem ser encontrados em entendimentos diametralmente opostos.

A Lei nº 10.628/02 alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal e lhe acrescentou dois parágrafos¹⁸⁰, sendo que o segundo prevê a competência por prerrogativa de função, nas ações de improbidade administrativa, para as autoridades que possuíam tal prerrogativa na esfera criminal.

Todavia, em 15 de setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.797-2 e nº 2.860-0, declarou a inconstitucionalidade dos dois parágrafos. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não cabe à lei ordinária federal criar competência originária, bem como a lei questionada pretendeu “equiparar a ação de improbidade administrativa, de

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-6. Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 de junho de 2007, p. 342-343. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

¹⁸⁰ “Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

*natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies*¹⁸¹.

Embora majoritária, não é unânime a doutrina que concorda com a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais. Uma dessas vozes dissidentes é de Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual escreve:

*“Assim, parece-nos claro que o § 2º, do art. 84 do CPP se ajusta à Constituição e, por isso mesmo, o art. 102, I, ‘b’ e ‘c’, da Carta Magna, por interpretação analógica, deve ser estendido àquelas hipóteses da Lei de Improbidade, porquanto as sanções cominadas às condutas ali enunciadas são eminentemente penais e, às vezes, as próprias condutas descritas naquele diploma são uma repetição de outras tipificadas no Código Penal.”*¹⁸²

Na realidade, a imposição das sanções, aos agentes políticos, de ressarcimento dos prejuízos causados; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo juízo de primeira instância não apresenta grandes problemas, independentemente de qual das principais correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa que se adote, uma vez que tais penalidades possuem cunho civil ou administrativo e não existe, no Brasil, foro por prerrogativa de função nessas esferas de responsabilidade.

O que incomoda a doutrina é a possibilidade do juiz de primeira instância aplicar aos agentes políticos as penalidades de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Em relação aos Deputados Estaduais, Federais e Senadores já nos manifestamos no presente trabalho. A pena de perda do cargo não pode ser imposta aos Deputados Estaduais, Federais e Senadores por imposição dos arts. 27, §1º, e 55, da Constituição Federal, os quais prevêm a competência exclusiva das

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2797-2/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 de maio de 2012.

¹⁸² TOURINHO FILHO, José da Costa. *Manual de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

respectivas casas legislativas para tanto, todavia, a suspensão dos direitos políticos não encontra tal restrição, devendo a respectivas casas legislativas decretar o afastamento do mandato em razão da aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 55, IV, da Constituição Federal.

Diferentemente do que ocorre com os agentes políticos do Poder Legislativo, a Constituição Federal não prevê em um único artigo todas as possibilidades dos demais agentes públicos perderem os seus respectivos cargos públicos, tais hipóteses encontram-se dispersadas no texto constitucional.

O art. 52, I e II, da Constituição da República, prevê a competência do Senado Federal para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles, além dos cometidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União.

Já o art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição da República¹⁸³ prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os crimes de comuns cometidos pelo Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Procurador-Geral da República, próprios membros do Supremo Tribunal Federal, e os crimes comuns e de responsabilidade cometidos pelos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica, quando não conexos com os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente ou Vice-Presidente da República, e os cometidos pelos membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho), do Tribunal de Contas da União e pelos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Cumprе ressaltar que, de acordo com o art. 86, § 4º, da Constituição Federal, o Presidente da República, durante a vigência do seu mandato, não pode

¹⁸³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; 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; (...)”

ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. É o que a doutrina chama de irresponsabilidade penal relativa do Presidente da República¹⁸⁴.

O art. 105, I, a, da Constituição Federal¹⁸⁵ prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os crimes comuns cometidos pelos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como os crimes comuns e de responsabilidade cometidos por desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, pelos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como os Vice-Governadores, serão julgados pela prática de crime de responsabilidade na forma que dispuser a respectiva Constituição Estadual, conforme dispõe o art. 78 da Lei nº 1.079/50¹⁸⁶ e o princípio da simetria constitucional.

Já o art. 96, III, da Constituição Federal¹⁸⁷ prevê a competência dos respectivos Tribunais de Justiça para processar e julgar, pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, os juízes e os membros dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

O art. 108, I, a, da Constituição da República¹⁸⁸ corresponde ao art. 96, III, do mesmo diploma, mas em âmbito federal. De acordo com o referido artigo cabe aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, os juízes federais e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹⁸⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 536.

¹⁸⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (...)”

¹⁸⁶ “Art. 78. O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado senão a perda do cargo, com inabilitação até cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum. (...)”

¹⁸⁷ “Art. 96, III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

¹⁸⁸ “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (...)”

Os Prefeitos serão processados e julgados pela prática de crimes comuns e de responsabilidade pelo respectivo Tribunal de Justiça, por determinação expressa do art. 29, X, da Constituição Federal¹⁸⁹. Todavia, como bem salienta Marino Pazzaglini Filho, o Tribunal Regional Federal será competente para julgá-los pela prática de crimes federais e o Tribunal Regional Eleitoral por crimes eleitorais¹⁹⁰.

O art. 28, § 1º¹⁹¹, combinado com o art. 29, XIV¹⁹², da Constituição da República, prevê que os Governadores e Prefeitos que assumirem outro cargo ou função na Administração pública direta ou indireta poderão perder os respectivos mandatos se não verificadas as exigências legais.

O art. 128, § 4º, da Constituição da República¹⁹³, não obstante ao disposto no art. 96, III, prevê que os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo.

Assim, os dispositivos constitucionais que prevêm competência originária para o julgamento de agentes políticos silenciam acerca do julgamento dos atos de improbidade administrativa.

Entendemos que os atos de improbidade administrativa não possuem natureza penal, nem de crime de responsabilidade, mas também importam na perda da função pública, de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição da Federal.

Desse modo, resta saber se esse silêncio foi proposital e como consequência qualquer juiz de direito poderá decretar as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos aos agentes políticos, ou se devemos fazer uma leitura sistemática da Constituição, como defende Maria Sylvia Zanella di Pietro, para que os órgãos competentes para decretar tais sanções aos agentes políticos pela prática de crimes comuns e de responsabilidade também o sejam para

¹⁸⁹ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; (...)”

¹⁹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo. Atlas, 2009, p. 20.

¹⁹¹ “Art. 28, § 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.”

¹⁹² “Art. 29, XIV - perda do mandato do Prefeito, nos termos do art. 28, parágrafo único.”

¹⁹³ “Art. 128, § 4º - Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.”

impor-las pela prática de atos de improbidade administrativa. São as já citadas palavras da referida autora:

“A conclusão mais simples, que decorre de uma interpretação puramente literal, seria no sentido de que o dispositivo somente se refere aos crimes de responsabilidade. Como os atos de improbidade nem sempre correspondem a ilícitos penais, a competência para processar e julgar referidas autoridades por tais atos estaria inteiramente fora do alcance do artigo 52.

No entanto, partindo da idéia de que os dispositivos da Constituição têm que ser interpretados de forma harmoniosa, sistemática, de modo que não leve a conclusões contraditórias, é necessário deixar de lado a interpretação puramente literal. O legislador constituinte certamente teve por objeto impedir que os crimes praticados por autoridades de tão alto nível, podendo levar à perda do cargo, fossem julgados por autoridade outra que não o STF (para os crimes comuns) e o Senado Federal (para os crimes de responsabilidade). Não teria sentido que essa mesma pena de perda do cargo, em caso de improbidade que não caracterize crime, pudesse resultar em perda do cargo imposta por outra autoridade de nível inferior.”¹⁹⁴

Como sustentamos nesse estudo, os atos de improbidade administrativa configuram uma esfera autônoma de responsabilidade, cujo fundamento encontra-se, como não podia deixar de ser, na própria Constituição Federal, especificamente em seu art. 37, § 4º, o qual é expresso ao prever a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública àqueles que a cometerem.

Não se trata, a nosso ver, de uma mera interpretação gramatical, mas sim de um silêncio eloquente¹⁹⁵ da Constituição da República. É justamente o texto constitucional que prevê a esfera autônoma de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, as penalidades de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública pelas suas práticas, e o foro por prerrogativa de função apenas para os crimes comuns e de responsabilidade.

Isso ocorre justamente em razão das diferentes naturezas que possuem e distingue os crimes comuns, de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa, o qual inclusive tramita perante o juízo cível, ante o qual a Constituição Federal não previu nenhuma hipótese de foro por prerrogativa de função.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 709.

¹⁹⁵ Maria Helena Diniz atribui o seguinte significado à expressão “silêncio eloquente da lei”: “Trata-se do *beredtes Schweigen*, que no direito alemão caracteriza-se pela opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*: v.4. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.392).

Tal opção constitucional não pode ser alterada por lei, como bem entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.797-2 e nº 2.860-0, uma vez que somente ao texto constitucional compete criar hipóteses de competência originária.

O foro por prerrogativa de função possui explícito caráter de exceção em nosso sistema jurídico, como não poderia ser diferente em um Estado Democrático de Direito, o qual deve prezar pela igualdade de seus cidadãos, inclusive no que tange ao acesso à justiça.

E como exceção o foro por prerrogativa de função deve ser tratado, não sendo cabível interpretá-lo de maneira extensiva, sob pena de a própria regra restar desfigurada e, mais uma vez, ser aplicável apenas aos administrados e não aos administradores, em clara inutilização dos princípios republicano, da isonomia e da impessoalidade.

Sobre a interpretação restritiva das exceções legais Maria Helena Diniz escreve:

*“Realmente, se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas.”*¹⁹⁶

Desse mesmo modo, se somente sob certas circunstâncias a lei determina uma consequência excepcional a determinados agentes, nas demais circunstâncias não abrangidas pela lei não se pode aplicar as mesmas consequência excepcionais, por falta de previsão legal.

José Roberto Pimenta Oliveira vislumbra violação aos princípios da igualdade e da probidade no tratamento dispare sem fundamento constitucional dos agentes políticos, conforme escreve:

“Além de não haver correlação lógica, a pretendida exclusão estaria em linha manifesta de colisão com valor constitucionalmente tutelado da probidade, protegido pelo artigo 37, § 4º. A exclusão de determinados agentes em detrimento do alcance total da regra sancionatória acaba por negar o efeito pretendido com a proteção constitucional do bem jurídico. O preceito citado não tolera esta

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

*diferença jurídica. Suscitar a não aplicação da perda da função pública para tal ou qual agente público viola o princípio da isonomia, porque não 'se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima'.*¹⁹⁷

Não concordamos, também, com o argumento doutrinário e jurisprudencial que alega subversão de hierarquia no julgamento de um agente político por um magistrado de primeira instância, pelo mesmo motivo que esse mesmo magistrado pode condená-lo civilmente e até lhe impor sanções de mesma natureza.

Não se pode sustentar que o agente político será privado de sua função pública de extrema importância, da noite para o dia, por uma decisão imprudente ou pelo capricho de um magistrado, notadamente em face do sistema recursal brasileiro, o qual é bastante vasto, sobretudo no que tange às ações cíveis como é o caso da ação de improbidade administrativa.

Na prática existem no Brasil quatro instâncias recursais, sendo a última delas justamente o Supremo Tribunal Federal, a quem competirá decidir sobre a matéria após a reflexão de todo Poder Judiciário.

Assegura essa reflexão exaustante do Poder Judiciário e a segurança jurídica aos ocupantes de função pública, além de afastar o argumento da subversão da hierarquia, o já referido art. 20 da Lei nº 8.429/92, uma vez que, pelo seu teor, as penalidades de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos só se efetivam após o trânsito em julgado da sentença condenatória, justamente quando o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o caso, se opostos todos os recursos cabíveis, ou a parte se conformou com a decisão.

Contudo, esse não é o entendimento jurisprudencial vigente, o qual, por argumentos com os quais não concordamos e tentamos repelir nesse trabalho, como a identidade das naturezas do crime de responsabilidade e dos atos de improbidade administrativa, ou a subversão da hierarquia no julgamento dos agentes políticos pelo juízo de primeira instância, insiste em reafirmar a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e, quando por ventura admitida a responsabilização do agente político menos influente, admite o foro por prerrogativa de função para julgamento e imposição das penalidades do referido diploma legal.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 303.

Torcemos para que a jurisprudência pátria, notadamente os tribunais superiores, altere o seu entendimento ao encontro dos aqui apontados, de forma a permitir a responsabilização dos agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa, inclusive com o julgamento e imposição de todas as penalidades previstas na Lei nº 8.429/92 pelo juízo de primeira instância, a fim de que os responsáveis pelas principais ações do Estado sejam justamente os que possuam mais responsabilidade jurídica, conforme exige um Estado Democrático de Direito, o princípio da República, da isonomia, e da impessoalidade.

Síntese Conclusiva

Com todas as premissas expostas no presente trabalho pudemos concluir que a Constituição da República fundou uma nova ordem de responsabilização dos cidadãos, especialmente no que tange aos agentes públicos, criando diversas esferas autônomas de responsabilidade, dentre elas a derivada dos atos de improbidade administrativa, a qual não se confunde com nenhuma outra, incluindo os crimes de responsabilidade, bem como se destina a tutelar valores como a probidade, impessoalidade e moralidade no trato público, punindo todos os agentes públicos e equiparados pela lei, inclusive os agentes políticos, os quais não tem direito ao foro por prerrogativa de função em virtude do silêncio eloquente da Constituição, que é a única norma competente para criá-la.

Eis as principais ideias expostas no presente trabalho que permitiram essa conclusão:

(i) De acordo com a classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello, a qual adotamos, os agente públicos podem ser divididos em três categorias: os agentes políticos; os servidores estatais; e os particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

(ii) Os agentes políticos são aqueles que ocupam posição central nos poderes públicos, bem como exercem funções com natureza política por determinação e sob disciplina constitucional, especialmente no que tange à direção do Estado e ao estabelecimento de diretrizes para sua atuação, organização e funcionamento de forma unitária e sincronizada.

(iii) A Constituição Federal estabeleceu diversas formas de responsabilização dos seus cidadãos, especialmente dos agentes públicos, em dispositivos constitucionais diferentes, pela prática de diferentes atos com as mais diversas naturezas jurídicas.

(iv) Propõe-se, dessa forma, a superação da tripartição clássica das esferas de responsabilidade em penal, civil e administrativa, e a adoção de uma nova leitura capaz de abranger institutos como o crime de responsabilidade, os ilícitos eleitorais e os atos de improbidade administrativa, os quais possuem natureza jurídica diversa das três referidas.

(v) A responsabilização pela prática dos atos de improbidade administrativa encontra fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, é corolário do Princípio da República, bem como tutela valores como a moralidade administrativa, a impessoalidade e a probidade na Administração Pública.

(vi) De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.429/92, podem ser sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa quaisquer agentes públicos, no sentido que adotamos à expressão, bem como particulares equiparados aos agentes públicos nos termos da referida lei.

(vii) O sistema jurídico esculpido em torno do art. 37, § 4º, da Constituição Federal não coincide com nenhuma outra forma de responsabilização dos cidadãos, o que nos leva a crer que os atos de improbidade administrativa possuem natureza jurídica autônoma, distinta das demais, inclusive dos crimes de responsabilidade que possuem natureza político-administrativa.

(viii) Em razão da natureza jurídica autônoma dos atos de improbidade administrativa, a nosso ver, foi equivocado o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138-6, na qual restou vitorioso o entendimento de que os agentes políticos não se sujeitariam ao regime da Lei nº 8.429/92, uma vez que já responderiam pela prática de crimes de responsabilidade.

(ix) O foro por prerrogativa de função também não deve ser aplicado aos agentes políticos no julgamento dos atos de improbidade administrativa, uma vez que esse foro originário possui explícito caráter de exceção em um Estado Democrático de Direito como o nosso, e como exceção deve ser interpretado restritivamente, não cabendo à lei infraconstitucional, e muito menos ao intérprete, criar uma nova hipótese de competência originária dos tribunais superiores ante o silêncio eloquente da Constituição Federal.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAUJO, Luiza Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à Lei de improbidade administrativa: Lei nº 8.429, de 02.06.92*. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38542>>. Acesso em: 22 de maio de 2012.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público: vol. 2, tomo III*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo; vol. 4*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico: v.4*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério; trad. Nelson Boeira*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentário à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo, 2. tomo: la defensa del usuario y del administrado*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de informação legislativa, v.28, nº 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, p. 21. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175932>>. Acesso em: 8 de maio de 2012.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 9 de março de 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF*. 2 ed. São Paulo. Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo. Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito Eleitoral – teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2000.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 8 de maio de 2012.

TOURINHO FILHO, José da Costa. *Manual de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALIM, Rafael. *O Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil: vol. IV*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. de 1998. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/378>>. Acesso em: 31 de maio de 2012.