

DANILO HAMANO SILVEIRA CAMPOS

SUJEITOS ATIVOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

São Paulo – 2010

DANILO HAMANO SILVEIRA CAMPOS

SUJEITOS ATIVOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho monográfico de conclusão do curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Hugo Crepaldi Neto.

São Paulo – 2010

Orientador:

São Paulo – 2010

Agradecimentos

Agradeço ao Professor Mestre Hugo Crepaldi Neto pela oportunidade de realizar este trabalho sob sua orientação, ajuda esta que me concedeu com muita paciência e confiança.

Agradeço aos Professores Doutores Antonio Carlos da Ponte, Marco Antonio Marques da Silva e Claudio José Langroiva Pereira, por, juntamente com o Professor Mestre Hugo Crepaldi Neto, terem, num esforço pioneiro, implantado o Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do qual pude integrar a primeira turma.

Agradeço ao meu pai, de quem carrego imenso orgulho, e que embora tenha se ausentado precocemente deste mundo, pôde, em seu tempo, determinar a formação do meu caráter sempre através do exemplo de solidez, honestidade, humildade e justiça.

Agradeço à minha mãe, igualmente merecedora da minha admiração e amor; modelo de bondade, companheirismo e superação, a quem, ingenuamente, desejo viva eternamente.

Agradeço carinhosamente à minha irmã, parte indissociável do meu próprio ser, e constante incentivo e exemplo na busca pela excelência intelectual.

Agradeço à Juliana, a quem amo, por todo o amor, dedicação e alegria que me proporciona, e quem há muito tempo já não posso sequer imaginar faltando ao meu lado.

Resumo

A Lei nº. 8.429/92 se refere aos atos de improbidade administrativa, regulamentando o artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988. Para tanto, define em seus artigos 2º e 3º os sujeitos ativos dos atos dessa natureza.

O tema merece análise específica em razão da intencional amplitude do conceito de agente público previsto pela Lei, o que gera, constantemente, a emergência de argumentos jurídicos visando restringir o seu alcance.

Em especial, buscou-se enfrentar a atual questão sobre a possível incidência da Lei nº. 8.429/92 sobre os chamados agentes políticos, muitos dos quais sujeitos às regras disciplinadoras dos crimes de responsabilidade.

Concluiu-se, então, que a Lei de Improbidade Administrativa quis incluir em seu rol o maior número de agentes públicos possível, ou, noutras palavras, todos que de alguma forma se relacionem com o Estado.

Aliás, neste momento histórico de construção e fortalecimento do senso de cidadania no Brasil, a manutenção e aplicação rigorosa de Leis como a estudada é essencial, e nada seria pior do que retirar de sua luz exatamente as pessoas ocupantes dos mais altos cargos do Poder Público.

Palavras chaves: princípio da moralidade – improbidade administrativa – sujeitos ativos – agentes públicos – conceituação – agentes políticos – crimes de responsabilidade – jurisprudência.

Abstract

The Law nº 8.429/92 refers to the acts of administrative misconduct, regulating Article 37, § 4th, of the 1988 Federal Constitution. To that end, defines in its Articles 2nd and 3rd the active subjects of acts with this nature.

This subject deserves specific analysis due to the intentional amplitude of the public official concept provided by the Law, which constantly generates the emergence of legal arguments in order to restrict its subjective scope.

Especially, one sought to confront the current issue regarding the possible impact of the Law nº 8429/92 upon the so called politic officials, many of whom are subjected to the crimes of responsibility disciplinary rules.

It was concluded, then, that the administrative misconduct law wanted to include on its rolls the highest number of public officials as possible, or, in other words, all of those who somehow relate to the State.

Indeed, in this historic moment of building and strengthening the citizenship sense in Brazil, the maintenance and rigorous application of laws like the one studied is of the essence, and nothing would be worst then taking off its light exactly the persons occupying the Estate's highest positions.

Key words: morality principle – administrative misconduct – active subjects – public officials – definition – politic officials – crimes of responsibility – jurisprudence.

Sumário

Introdução.....	6
1. Esboço Histórico.....	9
2. Noção de Improbidade.....	13
3. Elemento Subjetivo dos Atos de Improbidade Administrativa.....	21
4. Sujeitos Ativos dos Atos de Improbidade Administrativa.....	26
4.1 Conceito Legal de Agente Público.....	26
4.2 Classificação dos Agentes Públicos.....	27
4.3 Incidência Subjetiva Específica da Lei de Improbidade.....	29
4.3.1 Pessoas Jurídicas.....	32
4.3.2 Pessoas Excluídas do Âmbito de Incidência da Lei.....	33
4.3.3 Incidência Sobre os Agentes Políticos e a Reclamação 2.138/STF.....	39
5. Conclusão.....	48
Bibliografia.....	50

Introdução

O interesse pelo tema se deve à marcante crise política e moral que se faz sensível e tanto aflige o cidadão brasileiro, que por sua vez já não expressa quase nenhuma animosidade ou engajamento em prol da melhora da sua própria situação; a desesperança geral, em síntese, é o móvel deste singelo estudo, cujo objeto tem por fim último a urgente solidificação das instituições e de suas funções em um país em desenvolvimento.

Sem dúvida, o desvio de recursos públicos ou o uso indevido da coisa pública conspiram contra o atingimento daqueles objetivos, impedindo, notadamente, que se erradiquem graves problemas de ordem social que avassalam, como é público e notório, o nosso país, principalmente inviabilizando a remoção daquelas que são as maiores chagas que aqui se conhece: a extrema concentração de renda, e a outra face do mesmo prisma, que contempla a disponibilização de adequados ou qualificados serviços públicos à população.

Tal atuação pelos que exercem o poder impede investimentos necessários na área social (por falta dos mesmos recursos desviados), investimentos esses que, por outro lado, ampliariam expressivamente a base produtiva e/ou empregatória dentro da nação (equivalente à efetiva distribuição de renda). Isto é, com trabalho e maior ganho, o Estado protagoniza uma efetiva distribuição de renda, que pode até compensar eventual ou pontual ausência momentânea de serviços públicos adequados, como aliás ocorre na maior economia do mundo, os Estados Unidos, onde quase tudo é privado (ou privatizado), mas a classe média,

de grande poder aquisitivo, equivale a uma parcela imensa da sociedade. Se assim fosse por aqui, desnecessários seriam programas paliativos como o bolsa-família etc.

Ainda, a indignação exsurge da antiguidade e persistência desse problema que é a má governança. Como bem aponta Livia Maria Armentano Koenigstein Zago¹, “O impedimento do desvio ilegítimo do poder está numa limitação de direito natural, ditada pela crença quase tão velha quanto a humanidade, de que existem convicções e condutas que constituem verdadeiros dogmas sobre os quais se erige o relacionamento entre os detentores e os destinatários do poder”.

Reconhece-se, entretanto, a influência das origens da sociedade; o Brasil é país de extraordinária heterogenia, fato que o torna positivamente especial, propiciando enorme riqueza cultural, mas que tem por efeito colateral o retardamento da formação de um “senso nacionalista” (é mais custosa a integração social objetivando uma finalidade específica). Nações até há pouco tempo muito homogêneas, geralmente seculares, se encontram, naturalmente, em posição mais facilitadora dessa coesão de idéias.

E então, no aspecto cultural, até pela longevidade desse aprimoramento, ou de vivências ligadas ao trato da coisa pública – que em última análise pertence à própria população – podem ter sido forjados ali valores diversos dos nossos, ou, noutras palavras, virtualmente mais sólidos, ao parecer (ou ao nosso ver) na condução da coisa pública.

Longe de se expor qualquer idéia preconceituosa, o que se pretende é mostrar a maior necessidade que se revela em nosso país de uma afirmação, e

¹ in. *O Princípio da Impessoalidade*, pp.10/11.

reafirmção, de valores, através da viabilização de meios jurídicos que confirmam poder de controle também ao povo em relação aos seus governantes.

Daí porque não ser dado ao cidadão de hoje se omitir, quedar-se inerte e pacífico face a toda sorte de abusos pelos que o representam; da mesma forma, não se pode sequer pensar em reduzir o já escasso arcabouço normativo a esse propósito, nem tampouco seu âmbito de incidência. É impossível entregar à consciência individual o controle absoluto sobre os próprios atos.

Fique lançada a bela reflexão de Manuel Garcia Morente, que com simplicidade demonstra um verdadeiro traço da essência humana, além de ilustrar a dificuldade que há para um comportamento moral ideal pelo homem: “A virtude é difícil de praticar, desagradável de praticar e, não obstante, reputamo-la boa. Como diz o poeta latino: ‘Video meliora proboque, deteriora sequor’: Vejo o melhor e o aprovo, e pratico o pior.²”.

² Manoel Garcia MORENTE, *Fundamentos de Filosofia*, pp.298/299.

1. Esboço Histórico

Há muito tempo já se positivam regras com vistas à atuação escorreita pelos governantes. O grande professor Caio Tácito³ traz a lume a previsão ancestral no ordenamento brasileiro, encontrada na Constituição do Império, de 1824, a qual “tornava responsáveis os Ministros de Estado por qualquer dissipação de bens públicos, por peita, suborno ou concussão, ainda que agissem por ordem do Imperador (arts. 133, 134 e 135.)”.

Como recorda, igualmente, a não menos ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, “a lesão à probidade administrativa sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição da República de 1891 (art. 54, item 6º), sendo mantida nas Constituições de 1934 (art. 54, f), 1937 (art. 85, d), 1946 (art. 89, V), 1967 (art. 84, V, que passou a 82, V, com a Emenda Constitucional nº 1/69) e 1988 (art. 85, V)”.

O ato de improbidade, genericamente, veio sendo tratado pela legislação nacional, até há pouco, principalmente no que diz respeito à proteção do patrimônio público (excluindo-se deste conceito os princípios regentes da administração pública), com ênfase ao enriquecimento ilícito do agente.

A primeira previsão legal no Brasil a advertir sobre o que, mais tarde, se ampliaria ao conceito atual de improbidade, foi, em nível infraconstitucional, o Decreto-lei nº 3.240, de 8.5.41, o qual regulamentava o “seqüestro dos bens de

³ Caio TACITO, *Improbidade administrativa como forma de corrupção*. Revista *Diálogo Jurídico*, v. I, nº. 8.

⁴ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 663.

peças indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros”.

O Decreto surgiu em época notadamente marcada por um clima de descrédito popular para com o governo, não necessariamente quanto à figura de Getúlio Vargas, mas em revolta à alastrada prática de autoritarismos e à impunidade sob o manto da qual agiam os mais variados integrantes do Poder Público. Com efeito, narra o ilustre professor George Sarmento: “O Brasil vivia um clima de institucionalização da improbidade administrativa. Os cidadãos sentiam-se impotentes diante da corrupção generalizada que grassava no país⁵”.

E nesse mesmo contexto é promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 18.9.1946, determinando, em meio ao parágrafo 31, do artigo 141, que “A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Praticamente onze anos se passaram até que entrasse em vigor a lei mencionada naquele dispositivo constitucional; foi esta a Lei nº 3.164, de 1.6.57 (chamada de Lei Pitombo-Godói Ilha⁶), cujas novidades bem enumera o supracitado autor, quais sejam: “1. medida cautelar de seqüestro de bens do agente público acusado de enriquecimento ilícito; 2. reversão à fazenda pública dos bens adquiridos por influência ou abuso de cargo público; 3. competência do juízo cível para a apreciação da ação civil pública; 4. independência das esferas cível e criminal em matéria de improbidade administrativa; 5. criação do registro público obrigatório de valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos

⁵ George SARMENTO, *Improbidade Administrativa*, p. 57.

⁶ George SARMENTO esclarece a origem do nome, qual seja, a referência ao deputado alagoano Ari Pitombo, que em 1951 apresentou ao Congresso Nacional o projeto de lei, e ao relator do projeto, o deputado gaúcho Godói Ilha. *in. Ob. Cit.*, p. 56.

servidores da União, Estados e Municípios; 6. obrigatoriedade de atualização bienal dos bens dos agentes públicos e respectivos cônjuges, sob pena de demissão na hipótese de falsidade das informações; 7. legitimação do Ministério Público para a propositura da ação cível de ressarcimento ao erário⁷”.

Impende ressaltar que a citada lei ainda ficou no aguardo por legislação que regulasse propriamente o previsto seqüestro de bens, motivo pelo qual sobreveio a Lei nº 3.502, de 21.1.58 (denominada Lei Bilac Pinto, em referência ao autor de seu projeto, o deputado Bilac Pinto). Esta, a seu turno, também introduziu novos institutos ao arcabouço normativo sobre a matéria.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ relaciona estas outras inovações, ao dizer que a lei “(a) deixou claro que o seqüestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (c) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais; (d) definiu, nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o seqüestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso dessas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o seqüestro é medida

⁷ *Ibid.*, pp. 56/57.

⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 661.

acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda dos bens seqüestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade.”

Com a Constituição Federal de 1967, sobreveio nova previsão sobre o assunto; o seu artigo 150, parágrafo 11, dizia, ao final, que “A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”. E se aproveitando de tal norma, o Marechal Arthur da Costa e Silva editou o condenado Ato Institucional nº 5, que dentre outros excessos, atribuiu ao Presidente da República o poder de, “após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (artigo 8º). Tal dispositivo durou até a revogação dos atos institucionais e complementares incompatíveis com a mesma Constituição através da Emenda Constitucional nº 11/78.

As retro mencionadas leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto permaneceram vigentes, inclusive com a promulgação da Constituição Federal de 1988, até que a Lei nº 8.429, de 2.6.1992, veio revoga-las. Nesse período intermediário, o ditame constitucional do artigo 37, parágrafo 4º permaneceu sem eficácia, porquanto dependente de legislação regulamentadora que tratasse especificamente das sanções de perda de função pública, suspensão de direitos políticos, e do instrumento da indisponibilidade de bens, assuntos estes ausentes naquelas primeiras leis⁹.

⁹ Marino PAZZAGLINI FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, pp. 32/34.

2. Noção de Improbidade

O léxico do termo improbidade conduz à idéia de honestidade, lealdade, enfim, todas as qualidades, que, em última análise, perfazem a moralidade. A amplitude deste último termo já sinaliza o que, como se demonstrará, é característica notável em qualquer princípio.

Tenha-se em mente, a todo tempo, que “o conceito de moral é eminentemente volátil, sendo norteado por critérios de ordem sociológica que variam consoante os costume e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético de determinado grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção¹⁰”.

A partir do referido apontamento, Emerson Garcia, co-autor de obra sobre o específico tema da Improbidade Administrativa, esclarece pormenorizadamente a influência destes “conceitos abstratos, os quais condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social¹¹” na formação e manutenção de um sistema de regras para o bem-estar geral.

É bem de ver que tais valores, uma vez descobertos¹², estão justamente relacionados à formulação dos conceitos limitadores do que se terá por conduta

¹⁰ Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, p.38.

¹¹ Luiz Guilherme MARINONI, *A jurisdição no Estado contemporâneo in. Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, p. 18.

¹² Manuel Garcia MORENTE leciona: “De outra parte, poderíamos acrescentar que os valores se descobrem. Descubrem-se como se descobrem as verdades científicas. Durante um certo tempo o valor não é conhecido como tal valor, até que chega na história um homem ou um grupo de homens que, de repente, têm a possibilidade de intuí-lo, e então o descobrem, no sentido pleno da palavra ‘descobrir’. E aí está. Mas então não aparece diante deles como algo que antes não era e agora é, mas como algo que antes não era intuído e agora é intuído.” in. *Fundamentos de Filosofia*, p. 299.

moralmente aceitável, uma vez que “o valer é não ser indiferente¹³”. Em outras palavras, os valores arraigados no senso comum oferecem referências para a distinção do que se terá por moral, e, a contrário senso, por imoral.

O assentamento (ou descoberta) de valores – delimitadores, pois, de um perímetro de aceitabilidade das condutas –, vem a se concretizar organizadamente sob a forma de regras, notadamente dependentes de sanções (sejam de ordem social, penal, civil ou quaisquer outras); trata-se, aqui, da positivação de regras através de normas inseridas e articuladas num contexto de Estado Democrático de Direito.

É notável este fenômeno legal, especialmente pela força coercitiva que se tenta atribuir, ao menos em teoria, às regras jurídicas; observe-se que tais normas existem em um contexto de sujeição inclusive dos governantes aos ditame legais, buscando constrange-lo à atuação proba através do repúdio à latente influência das “paixões humanas” referidas por Aristóteles¹⁴, que desvirtuam a vontade do representante-governante para direção outra que não a do estrito interesse comum.

Nesse sentido, revela-se o valor da probidade, corolário do princípio da moralidade, e, no sistema jurídico, informador não só das relações públicas quanto também das civis.

¹³ Manoel Garcia MORENTE, *Fundamentos de Filosofia*, p. 300.

¹⁴ Norberto BOBBIO cita: “Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, diz: ‘onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades’ [*Leis*, 715d]. Aristóteles, iniciando o discurso sobre as diversas constituições monárquicas, põe-se o problema se saber se é ‘mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores’ [1286^a, 9]. A favor da segunda extremidade enuncia máxima destinada a ter larga aceitação: ‘A lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em toda alma humana’ [*ib.*, 20]”. in. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*, p. 96.

Refletindo um perfeito senso-comum, há “a proclamação, vocacionada à eficácia direta, de um princípio axiológico que, a par de outros, precisa ser considerado em toda e qualquer hierarquização jurídica¹⁵”. Como se viu, o reconhecimento, na atualidade, galgou status constitucional, através do art. 37, §4º, da Constituição da República de 5.10.1988.

Cabe aqui a lição, mais uma vez por parte de Lívia Maria Armentano Koenigstein Zago¹⁶: “A Administração Pública, objeto do Direito Administrativo está, enfim, constitucionalmente positivada. Possui um sistema próprio de princípios obrigatórios, que são, no fundo, a exteriorização da reação contra a venalidade e a total falta de profissionalismo que sempre imperou na atividade administrativa pública, infelizmente mais identificada com as benesses e os favores eleitorais e eleitoreiros, com os privilégios e perseguições, com a conotação de hereditariedade e corrupção, com o forte traço de pessoalidade e de personalismo”.

Porém, não é simples a aplicação da Lei 8.429/92, dado que requer esforço interpretativo, visando a compreensão do termo improbidade (de difícil conceituação); na prática, a observação de que “comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa¹⁷” se decompõe em um sem-número de situações fáticas demandantes de análise com vistas à subsunção de cada uma às hipóteses legais.

Fica assim latente a necessidade de se definir o termo através de uma compreensão axiológica (como se veio acenando anteriormente), através da qual seja considerado o papel harmonizador e de coesão protagonizado pelos princípios, em particular, o da moralidade.

¹⁵ Juarez FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 178.

¹⁶ in. *O Princípio da Impessoalidade*, p. 122.

¹⁷ Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar)*, p. 41.

Note-se que a improbidade – palavra que tem origem do latim *improbitate*, originalmente significando honestidade – abarca em seu ventre uma série de valores conexos, verdadeiras espécies do gênero moral, tais quais a honestidade, a lealdade, a boa-fé etc., de maneira que, para sua realização efetiva, são úteis os princípios.

Isto porque, segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, “os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas. Erraria profundamente quem pensasse que os princípios são simples normas caracterizadas pelo *status* constitucional”. E complementa, adiante, o mesmo autor: “Os princípios não se limitam a iluminar as regras jurídicas, pois também conferem valor à realidade a partir do momento em que sobre ela se projetam. Os princípios dão valor normativo aos fatos, indicando como a lei deve ser dimensionada para não agredi-los. Vale dizer que a compreensão e a conformação das regras estão condicionadas pelo valor atribuído à realidade pelos princípios”.

De fato, no Direito Administrativo, os princípios adquirem relevantíssima importância, por serem os instrumentos norteadores e congruentes dos institutos jurídicos.

Nesse sentido, entende-se a probidade antes como corolário da moralidade do que como espécie deste gênero. A probidade se percebe a partir de valores operando como critérios, valores estes que, aí sim, estão no cerne do princípio da moralidade.

¹⁸ Luiz Guilherme MARINONI, *A jurisdição no Estado contemporâneo in. Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, p.26.

Cabem aqui, os apontamentos da Juarez Freitas, que, em profunda análise do referido princípio da moralidade e sua efetivação, consegue elencar “requisitos racionais” para aferir eventual ofensa (imediate e nuclear) ao princípio.

Segundo o autor, para que o princípio seja injuriado: “(i-1) a violação deve ser grave a ponto de atingi-lo no seu âmago e (i-2) cada princípio precisa ser atingido, não remota ou mediatamente, mas no círculo eficaz próprio, inclusive em face da especificidade de seus efeitos”.

Mas, força é lembrar que não se pretende por estas ponderações roborar com a idéia de que ofensas simplesmente à honestidade, à lealdade ou à boa administração não são suficientes para caracterizar o ato de improbidade, e, portanto se subsumir à hipótese legal. Pelo contrário, a idéia é que a simples ofensa a qualquer dos aspectos imagináveis da moralidade já tem o condão de submeter o fato à lei.

Com efeito, merece apreço essa ressalva; ao refletir acerca do tema, é fácil chegar a conclusões divergentes, que, no entanto, podem, e de fato levam, a tratamentos diversos frente a casos concretos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ aduz que “a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei”.

¹⁹ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 660.

Já Marcelo Figueiredo²⁰, argüindo sobre a diferença conceitual entre moralidade administrativa e probidade, conclui que, tratando-se de condutas e institutos diversos, “o princípio da moralidade é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa”.

A depender do enfoque, ambas as proposições, *data venia*, parecem corretas. Na primeira abordagem, é considerado que, como a Lei de “Improbidade Administrativa” separa as condutas em enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atingimento dos princípios da Administração Pública, a infração punível ao princípio da moralidade seria sempre um ato de improbidade administrativa, enquanto que outros atos dessa natureza poderiam existir sem o ferimento ao mesmo princípio.

Já da última colocação se deduz: “dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade²¹”

Analisando-se a aplicação dos conceitos na solução real de conflitos, parece ser o segundo apontamento o de maior utilidade. Esta última perspectiva é a da utilização dos princípios para a conformação dos institutos legais específicos. A primeira analisa o princípio como já inserido na lei; são duas óticas distintas, e dizem respeito a planos diversos, pré e pós, ou supra e infra legal.

Por enquanto, o que se veio tratando neste estudo foi o princípio considerado acima da lei. Em sua função coesiva. É ao que se refere Juarez

²⁰ Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar)*, p. 40.

²¹ *Idem Ibidem*. p. 40

Freitas²², ao orientar a “atitude teórica do controlador dos atos administrativos. Há de se deixar guiar mais em função dos princípios do que das regras, já que o seu dever primeiro é o de velar pelo sistema de hierarquizado de princípios (superiores axiologicamente), com as regras servindo-lhes à densificação”.

Mas, não se desconsidera a outra face mencionada, referente aos princípios como objeto dentro das hipóteses legais de improbidade. É que a lei acaba por incluir em seu rol a infração aos princípios para os casos em que, apresentando o ato apenas este aspecto reprovável, sem a caracterização – ou a factível verificação – de outro ou outras características (previstas nos arts. 9º e 10º), a conduta não reste impune.

A previsão do art. 11 é, desse modo, uma “última saída” quando da avaliação do ato supostamente ilícito. Mas, novamente, atenção: não se pretende instituir um exacerbado ânimo punitivo, injusto, na medida em que desrespeitaria o princípio da dúvida a favor do acusado. A idéia é a de que os atos de improbidade, em geral, atingem os princípios (em especial o da moralidade, repise-se), mas as hipóteses dos arts. 9º e 10º, em ocorrendo, são de verificação mais simples, ou, em outras palavras, costumam ser mais evidentes; assim, não sendo possível o enquadramento inequívoco da ação ou omissão nos dois primeiros tipos, subsiste o exame perante os princípios, malgrado seja presumível que este já seria capaz de revelar a transgressão lá atrás, na primeira análise.

Nesse sentido é a doutrina de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior²³: “Conclui-se, pois, que o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim

²² Juarez FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 182.

²³ Marino PAZZAGLINI FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, pp. 116/117.

seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência de efetivo prejuízo”. É o perfeito resguardo ao espírito da lei.

Feitas estas considerações sobre a definição do conceito de improbidade administrativa, sempre com vistas a sua aplicação prática, passa-se ao estudo das pessoas aptas a levar a efeito atos dessa natureza.

3. Elemento Subjetivo dos Atos de Improbidade Administrativa

Diversos são os argumentos na doutrina em repúdio à responsabilização objetiva do agente cuja ação ou omissão “enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da 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”.

A impossibilidade de atualização completa diante da superprodução legislativa, bem como de um preparo jurídico geral, demandariam a crítica quanto à intenção daquele que praticar o ato, com vistas à razoabilidade no emprego da lei (frente aos seus fins). Mais, a própria Constituição, quando prevê expressamente a responsabilidade objetiva do Estado, assegura tratamento diverso ao agente causador do dano, (art. 37, §6º)²⁴.

Marcelo Figueiredo também contribui para o entendimento da norma de responsabilização ora tratada, que foca primordialmente a conduta do agente, e tem como finalidade a preservação do erário; menciona a culpa como ensejadora de uma perda patrimonial indireta, uma vez que conseqüente de uma atuação negligente, omissa, na administração pública.

O autor opina expressamente pela impropriedade da previsão legal do art. 10 da Lei de Improbidade, alegando que “o legislador infraconstitucional levou

²⁴ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 676.

longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal²⁵". Entretanto, faz sugestões em prol da sua viabilização, proveitosas na medida em que possam ser atribuídas a proporcionalidade e razoabilidade pelo intérprete final (positivador derradeiro do sistema jurídico, nas palavras, mais uma vez, de Juarez Freitas²⁶). A primeira delas – reafirmando o que alhures se expôs – consiste na utilidade dos princípios, “na interpretação da presente lei, que se ressentir de conformação, de adequação entre o texto constitucional e suas disposições²⁷”.

Nessa esteira, reputando passível de aplicação a norma do art. 10 (reforçada pelo art. 5º) da Lei nº 8.429/92, Marçal Justen Filho a apresenta como exceção, da mesma forma como o que se falou no presente estudo sobre a utilidade residual das figuras de atentado contra os princípios da administração pública do art. 11.

Segundo o administrativista, a culpa é admitida apenas em situações excepcionais, “especialmente nas hipóteses em que a lesão aos cofres públicos se aperfeiçoa em virtude da omissão da adoção de providências indispensáveis à defesa dos interesses e bens colocados sob guarda de um agente estatal”. Nesses casos verifica-se a “existência de um elemento subjetivo merecedor de elevada reprovação, ainda que não chegue a se configurar o dolo²⁸”.

São contextos em que a omissão é não intencional, mas a negligência é patente a ponto da atuação geral do agente público nem satisfazer um mínimo

²⁵ Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 103.

²⁶ Juarez FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 181.

²⁷ Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 103

²⁸ Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 691.

razoável, falta que ao menos demonstraria uma inaptidão ao trato da coisa pública. Há, portanto, sanções previstas que se mostram capazes de simplesmente atingir a finalidade última da lei, que só pode ser o interesse coletivo; está aí o equilíbrio e a coerência.

Ainda, sem adentrar a discussão em torno da tecnicidade da lei – observa-se que a mesma prevê, no controvertido art. 10, tipo cuja descrição expressamente admite condutas culposas, como a do inciso X, que traz o verbo “agir” acompanhado do advérbio “negligentemente”.

E, ao ensejo, é a seguinte a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“Lei n. 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé” (REsp 269683 / SC - Segunda Turma - Relatora: Ministra Laurita Vaz - Relator para Acórdão: Ministro Paulo Medina - DJ 03.11.2004 p. 168).

De qualquer modo, a Carta Magna prescreve as penalidades de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, “na forma e gradação previstas em lei” (art. 37, §4º). A lei passa ao julgador o trabalho de efetuar esta gradação (relação entre a conduta e a pena a que faz jus o agente).

Assim, é dado pela lei ao juiz aferir a extensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido pelo agente, utilizando-os como parâmetros para a equação da pena (art. 12, §único, da Lei nº 8.429/92). E, coadunando com o intuito de aplicar sensatamente o preceito legal, não se esqueça da locução “se concorrer esta circunstância”, inclusa no inc. II, do mesmo art. 12; esta ressalva desobriga o julgador da imposição das penas mais gravosas quando não decorrer enriquecimento ilícito do ato lesivo ao patrimônio público.

Como se pode antever, as omissões culposas às quais antes se aludiu usualmente não são geradoras de enriquecimento ilícito para o agente público.

Quanto à enumeração de condutas nos incisos do famigerado art. 10, é claro tratar-se de rol exemplificativo, uma vez presente a expressão “e notadamente”. E nem poderia deixar de sê-lo, posto que jamais se poderia antecipar toda e qualquer forma de lesão ao erário.

Em suma, a aplicação das sanções legais requer a compreensão isolada de cada previsão, de maneira que, com bom-senso e cautela (para o exagero e para a amenidade), se evite o desperdício prático de mais uma tentativa legislativa de afirmação e conscientização moral.

Por fim, atente-se ainda que brevemente, à necessidade de a condição de agente público do indivíduo ser conjugada à relevância que a mesma tem para a conduta. Por exemplo, “não praticará ato de improbidade aquele que, *verbi gratia*, seja servidor de uma unidade da Federação e, estando de férias, danifique bens pertencentes a ente de outra unidade²⁹”. Já se o agente ímprobo praticou o ato enquanto era detentor de certo cargo, e, quando do julgamento, se via detentor de outro cargo (seja com vínculo de natureza diversa), a sentença poderá determinar

²⁹ Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, p. 172.

a perda desse último, visto que “não foi a sentença que o constituiu na improbidade, mas a sua atuação”; ele se agregou esta qualidade (que o inabilita ao exercício de função pública), e continuará detentor da mesma. Este pequeno comentário convém para prevenir desgaste desnecessário em casos, na verdade, estranhos ao tema da improbidade.

4. Sujeitos Ativos dos Atos de Improbidade Administrativa

4.1 Conceito legal de agente público

Para os efeitos da lei de improbidade administrativa, é agente público 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 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, 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. Ainda, adicione-se a esta lista 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”. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, portanto, são definidos necessariamente sob o caráter pessoal-funcional, acrescido do seu vínculo com essas entidades.

Como se observa, a norma não faz qualquer restrição; pelo contrário, a todo tempo se vale de expressões que induzem ao alargamento do conceito de agente público. Parece querer dizer: na dúvida, considere-se agente público.

Mas a definição pormenorizada dos sujeitos ativos desses atos reclama obediência a preceitos constitucionais, os quais previamente consignaram prerrogativas funcionais a determinados agentes, conforme se verá. A princípio, vale conhecer aquelas sobreditas figuras.

4.2 Classificação dos Agentes Públicos

A doutrina dispõe inúmeras categorizações para os agentes públicos, discordantes na medida em que se atente a diferentes minúcias. Odete Medauar, ao invés de classificá-los, prefere fornecer as definições dos termos mais usuais, tamanha a confusão gerada pela quantidade de enfoques acima referida – resguardado o mérito e a propriedade das mesmas. De qualquer forma, como previne a professora, para a Constituição Federal, “servidor público” é conceito genérico e abrangente como “agente público”.

A classificação mais simples e de expressões mais difundidas é a que se utilizada neste trabalho, opção que se faz tendo em vista a facilidade que traz ao estudo, em contrapartida à menor relevância de um extremo rigor detalhista para o objetivo de delinear a incidência subjetiva da Lei de Improbidade. Sustentam-na Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, entre outros, cada qual com pequenas particularidades que, ao final, não chegam a modificar sua essência.

Nesse passo, tem-se que o agente público pode ser enquadrado em três grupos, quais sejam, agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Poder Público.

Por agentes políticos, entendem-se basicamente aqueles cuja atividade é representativa e de manifestação da vontade superior do Estado; formam a estrutura política do país; compõem o esquema fundamental do Poder, constitucionalmente definido³⁰. O vínculo com o Poder Público é de natureza

³⁰ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 229.

política, e não profissional (o que coaduna com a exclusão, deste grupo, dos membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, posição com a qual modestamente se concorda).

São esses, assim, os Chefes do Poder Executivo (e seus vices), os Ministros de Estado e Secretários das pastas estaduais e municipais, os Senadores e Deputados Federais, os Deputados Estaduais, e os Vereadores.

Hely Lopes Meirelles vai mais longe, e diz serem agentes políticos os que “atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos³¹”. Inclui, assim, os membros da Magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, bem como os representantes diplomáticos.

O que não se objeta, independente de qualquer ordenação dos agentes públicos, é a ponderação do mesmo jurista no sentido de que “a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas³²”.

Os servidores estatais, por sua vez, são todos aqueles que mantenham relação de trabalho (com as necessárias características da natureza profissional, da habitualidade e da dependência) com qualquer ente estatal, seja da administração direta ou indireta. É possível, repita-se, sem qualquer incoerência separar estes servidores em subespécies (*vergi gratia*, em servidores

³¹ Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 76.

³² *Ibid.*, p. 78.

governamentais e servidores públicos, como o faz Diógenes Gasparini³³); todavia pouca utilidade prática agrega ao tema ora discorrido tal pormenorização.

Por último, os particulares em colaboração com a Administração são aquelas pessoas que, alheias ao Poder Público, ou convocados ocasionalmente, desempenham função pública. Por exemplo, veja-se os jurados, os mesários em eleições, os convocados para o serviço militar, os concessionários e permissionários de serviços públicos. Essa categoria costuma ser subdivida pela doutrina em agentes honoríficos e agentes delegados³⁴, e até mesmo incluída outras espécies, como a dos agentes credenciados³⁵.

4.3 Incidência subjetiva específica da Lei de Improbidade

De qualquer maneira, voltando aos sujeitos passíveis de incidência da lei, via de regra conclui-se como sendo qualquer pessoa capaz atuando em nome do Estado³⁶, bem como os terceiros que participem, de qualquer modo, desse exercício.

³³ Diógenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 150 e seguintes.

³⁴ Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 76.

³⁵ Vicente PAULO e Marcelo ALEXANDRINO, *Direito Administrativo*, p. 62.

³⁶ Sobre o assunto, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO ‘AGENTES PÚBLICOS’. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92.

2. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa”. (REsp 495933/RS - Primeira Turma - Relator: Ministro Luiz Fux - DJ 19.04.2004 p. 155).

São, dessa forma, além dos que exerçam atividades junto à Administração Pública (usualmente denominados agentes públicos), também as pessoas ligadas às entidades privadas que recebam capital público, ou ainda, benefício ou incentivo – fiscal ou creditício – de órgão público.

Assim se dá em consequência da remissão que faz o artigo 2º da Lei nº 8.429/92 às entidades mencionadas em seu artigo anterior. Emerson Garcia³⁷ indica, nessa linha, a existência de duas perspectivas a partir das quais se enquadram o sujeito ativo desses atos: a funcional, abraçando os que atuem junto à Administração Pública direta ou indireta, e a patrimonial, apreendendo os particulares que de uma forma ou de outra “recebam numerário de origem pública”.

Aliás, o mesmo autor acima referido menciona uma interessante hipótese de sujeição aos ditames da Lei de Improbidade, qual seja, a dos Delegatários das Serventias do Registro Público. Diz ele:

“Na medida em que os notários e registradores exercem atividade delegada do Poder Público, com ele mantendo um vínculo contratual, são eles, a teor do art. 2º da Lei nº 8.429/92, sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade. Por tal razão, em praticando tais atos, estarão sujeitos às sanções cominadas no art. 12 do referido diploma legal. Como exemplos de atos de improbidade verificados no cotidiano desses agentes, podem ser mencionados a cobrança de emolumentos em valor superior ao tabelado, o não reconhecimento de direitos dos reconhecidamente pobres etc.³⁸”

³⁷ Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, p. 168.

³⁸ Emerson GARCIA. *Sujeitos Ativos dos Atos de Improbidade Administrativa: Reflexões*. P. 113.

Razão assiste, nesse ponto, ao legislador, que buscou proteger o erário tanto cuidando dos recursos utilizados pela própria Administração como evitando a malversação do capital despendido ou deixado de recolher perante entes privados.

Ainda, é importante assinalar, mesmo sucintamente – até porque não clama por maiores explicações – a regência da norma considerando o indivíduo (e sua relação com o Poder Público) ao tempo do ato, sendo irrelevante ocasional desvinculação à época da ação, ou mesmo da punição.

É nesse mesmo raciocínio a inclusão do 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” (artigo 3º, da Lei nº 8.429/92). Depreende-se desta disposição que o terceiro pode ser partícipe ou beneficiário (direto ou indireto, mas sempre consciente do ato do agente público, visto não haver explícita responsabilização objetiva pela lei).

Este terceiro, a quem cabe igualmente a observância dos princípios regentes da Administração Pública, é o qualquer particular que, de qualquer modo, exerça função pública, pratique atos afetos à coletividade ou, simplesmente, se relacione com o Poder Público³⁹; este destaque vai em conformidade, inclusive, com o que antes se disse sobre a transmissão da característica de agente público a todos que atuem em nome do Estado, ou cuja atuação se relacione ou reflita na do Estado. Assim, incide a lei de improbidade sobre tal particular, quer se o considere agente público (eventual), quer se enquadre o mesmo na hipótese do artigo 3º da Lei 8.429/92.

³⁹ Livia Maria Armentano Koenigstein ZAGO, *O Princípio da Impessoalidade*, p.286.

4.3.1 Pessoas Jurídicas

Cumprir dizer, aqui, que as pessoas jurídicas estão contidas no supra referido artigo 3º da Lei de Improbidade, sujeitando-se, pois, e igualmente, às sanções do artigo 12 “no que couber”. Podem, por exemplo, sofrer a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou benefícios fiscais ou creditícios; a perda dos valores adquiridos ilícitamente; a obrigação de reparar o dano; a multa etc. Aliás, configurada hipótese dentre as previstas pela legislação (especialmente civil e comercial) para a desconsideração da personalidade jurídica, como o desvio de finalidade ou a fraude, nada impede que se valha desse expediente⁴⁰.

A este respeito, também, vale consignar a elucidativa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ilícito de improbidade administrativa - Declaração de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica acusada de participação no ato reputado ilegal - Possibilidade - Ilícito que mesmo sendo praticado apenas por pessoas físicas pode ter a participação de pessoas jurídicas, recaindo também sobre estas a medida cautelar da indisponibilidade dos bens - Recurso não provido. Ainda que os atos de improbidade administrativa só possam ser praticados por agentes públicos, pessoas físicas, se terceiros se beneficiam daqueles atos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, auferindo vantagens indevidas em detrimento do patrimônio público, podem também ser responsabilizadas, ficando seus bens indisponíveis para garantia de eventual indenização como medida de cautela.” (Agravo de Instrumento n.º 77.298-5 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 22.04.99 - V.U.).

⁴⁰ *Ibid.*, pp.179/180

4.3.2 Pessoas Excluídas do Âmbito de Incidência da Lei

Posto isso, cabe tratar das pessoas não incluídas na noção de sujeitos ativos dos atos dessa natureza, e, outrossim, das exceções relacionadas com os agentes públicos, que, embora o sendo, não sofrem alguma ou algumas das cominações legais.

Primeiro, nota-se que a lei não se estende aos agentes que mantenham vínculo com concessionárias ou permissionárias de serviços públicos sem capital público ou desprivilegiadas de benefícios ou incentivos conforme já dito.

Com a mesma percuciência dos apontamentos antes citados, Emerson Garcia⁴¹ esclarece que a “execução de serviços públicos através de concessão, permissão ou autorização é forma de descentralização administrativa, não guardando sinonímia com concepção de Administração indireta adotada pelo Decreto-Lei nº 200/67 e referida no art. 1º da Lei nº 8.429/92”; consubstancia tal afirmação nos ensinamentos, de igual teor, por parte de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior e Fernando Rodrigues Martins.

Impropriedade da lei ou não, Garcia cita a louvável colocação de Fábio Medina Osório, para quem o diploma deveria ser imposto às entidades acima referidas (concessionárias e permissionárias), visto que prestam serviços públicos, submetidos a regime de direito público, o que o fazem através de agentes praticantes de atos administrativos típicos. Está aí demonstrada a necessidade do vínculo com as entidades do artigo 1º, acusada no início deste capítulo.

⁴¹ Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, p. 170.

Lamenta-se a imprevisão legal, mas parece ser mais acertada a posição do primeiro jurista, sendo impossível o alargamento extralegal para incluir as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos sem capital público ou desprivilegiadas de benefícios ou incentivos. Afinal, já traz grandes desafios a simples interpretação destas normas nos exatos termos positivados, notavelmente amplos.

De resto, as exceções ora analisadas, quanto às punições inaplicáveis alguns agentes, são apenas as cuja discussão se refere a disposições constitucionais. A inaplicabilidade argüida com base em interpretação estritamente da Lei de Improbidade não guarda suficiente valor para o restrito âmbito do presente estudo, pois que não influencia sobremaneira na caracterização do ímprobo.

Nesse passo, mais uma vez há de se observar o parágrafo 4º, do artigo 37, da Carta Maior, *verbis*: “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”.

A conjugação desta norma com as demais previsões constitucionais atinentes à responsabilização do Presidente da República, dos Senadores, e dos Deputados Federais, Estaduais e Distritais dá margem a fortes correntes interpretativas dissonantes relativamente à incidência da perda da função pública prevista no artigo 12 da Lei de Improbidade sobre esses agentes.

No que tange ao Presidente da República, nota-se o disposto no artigo 86 da Constituição Federal, que atribui à Câmara dos Deputados admitir, ou não, acusação contra aquele, e estabelece a competência do Supremo Tribunal

Federal para o seu julgamento por crimes comuns e do Senado Federal por crimes de responsabilidade. Demais desse artigo, há o anterior, 85, onde se enumera exemplificativamente os atos que constituem crime de responsabilidade por esse agente, delegando-se à lei especial a definição desses crimes e as normas para processo e julgamento (o que se vê cumprido pela Lei nº. 1.079, de 10.4.1950).

Roborando com tais preceitos, a Lei Máxima ainda determina em seu artigo 52 a competência privativa do Senado Federal (funcionando como presidente o do Supremo Tribunal Federal) para “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”, bem assim para “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”. Nesses casos, a condenação se limitará à “perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis” (parágrafo único).

A primeira linha exegética⁴² conclui pela impossibilidade de se aplicar a pena de perda da função pública ao Presidente da República (e, pelo mesmo argumento, àquelas autoridades retro mencionadas) em perspectiva “sistemática constitucional”; aduzem, em síntese, que a Constituição delega ao Senado Federal a especial incumbência de julgar os crimes de responsabilidade, que podem levar a essa punição; igual pena, então, em caso de ato de improbidade

⁴² Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo, passim*.

Marino PAZZAGLINI FILHO, Márcio Fernando Elias ROSA e Waldo FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público, passim*.

Hugo Nigro MAZZILLI, *O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10.628/2002*.

administrativa, não poderia ser imposta por autoridade de nível inferior (juízo monocrático). Em outras palavras: se ilícitos mais graves (crimes), acarretam tal sanção, ilícitos muitas vezes menos graves, gerando a mesma consequência deveriam requerer a mesma prerrogativa.

Dessa forma, a Lei nº 8.429/92 se aplicaria de maneira limitada em relação aos detentores desses cargos, em consonância com o narrado artigo 52 (“sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis); se o ato de improbidade for também crime, caberia a instauração simultânea de processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal ou o Senado Federal e ação civil por improbidade visando a imposição das penas restantes do artigo 12 da primeira lei.

Há, todavia, posição defensora da aplicabilidade deste artigo 12 em sua completude inclusive a esses agentes públicos⁴³, valendo a prerrogativa constitucional dos artigos 86 e 52 somente para os fatos subsumidos aos tipos de leis definidoras dos crimes de responsabilidade. Daí já se extrai que, nesse rumo interpretativo, a discussão nem chegaria às figuras das autoridades que não o Presidente da República, posto ser este o cargo com legislação especial prevendo crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, não se poderia confundir os atos de improbidade da Lei nº 8.429/92 com os tipos penais de responsabilidade da Lei nº 1.079/50; se estaria buscando evitar “a equiparação de institutos diversos, com distintos efeitos jurídicos e cuja aplicação, afora ser alçada de órgãos que não guardam qualquer similitude entre si, pressupõe julgamentos que possuem natureza jurídica igualmente dissonante⁴⁴”.

⁴³ Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES, *Improbidade Administrativa*, pp. 368/371.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 370.

Demais disso, seria o julgamento pelos crimes de responsabilidade, na realidade, político, enquanto o julgamento pelos atos de improbidade, jurídico. E, por fim, não haveria, de fato, norma constitucional obstando a perda do mandato do Presidente da República por deliberação de órgão diferente do Senado Federal, nem prerrogativa de foro especificamente quanto à prática destes últimos atos. Wallace Paiva Martins Júnior⁴⁵ leciona: “A exceção obrada, entretanto, não tem sustentáculo, pois a Constituição Federal não atribui exclusividade ou privatividade à instância político-administrativa, nem excepciona aquele (o Presidente da República) das sanções da improbidade administrativa” (anotou-se)

Em decorrência, atos subsumidos à Lei de Improbidade e à Lei nº 1.079/50 poderiam desencadear o sancionamento por ambos os órgãos julgadores, quais sejam, o Senado Federal e o Juízo Cível. Eventual crítica a essa duplicidade de decisões é rebatida pela independência entre as instâncias adotada no sistema jurídico brasileiro.

Ousando adotar posicionamento diverso dos autoradíssimos administrativistas militantes da restrição punitiva da autoridade em questão (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior, e Hugo Nigro Mazzilli), concorda-se com esses últimos autores (Emerson Garcia e Wallace Paiva Martins Júnior); realmente, a Lei de Improbidade é especial nos termos do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição, e não faz ressalvas naquele sentido; parece justo e jurídico que se queira do Presidente da República um desempenho pautado pelos mesmos valores esperados de quaisquer outros que atuem em nome do Estado.

Se a aplicação da perda do cargo ao Presidente da República se revela causadora de fortes divergências doutrinárias, há, ao inverso, grande consenso

⁴⁵ in *Probidade Administrativa*, p. 279.

quanto à inexistência dessa exceção ao se tratar do Vice-Presidente, dos Governadores, dos Prefeitos, dos Membros do Ministério Público, do Judiciário e dos Tribunais de Contas. Assim o é porque nenhuma norma constitucional os excepciona, salvo em relação à legitimação ativa para a ação civil e ao privilégio de foro (matérias processuais impertinentes no momento), e certamente normas infraconstitucionais, estaduais, ou municipais não têm o condão de afastar a Lei Federal nº 8.429/92.

A Constituição Federal protege a vitaliciedade dos Membros do Ministério Público e do Judiciário tão-somente tornando obrigatória uma sentença judicial (artigos 95, inciso I, e 128, inciso I, alínea “a”), a qual, por óbvio, pode ser obtida através de ação civil com base na Lei de Improbidade.

Os Senadores e Deputados Federais (e Estaduais e Distritais, por equiparação da Lei Maior – artigos 27, parágrafo 1º, e 32, parágrafo 3º) não podem perder seus cargos pela ação de improbidade, uma vez sendo o artigo 55 taxativo. Contudo, podem perfeitamente ter seus direitos políticos suspensos – previsão, inclusive, expressa no artigo 15, inciso V, igualmente da Carta Magna –, e, conforme o mesmo artigo 55, essa situação dá causa ao perdimento do cargo, o que será declarado pela Mesa da Casa respectiva. É de se perceber a conotação peremptória atribuída pelas expressões “perderá o mandato”, e, “a perda será declarada (...) de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional”. Elas levam à conclusão de que se trata de ato vinculado, esta declaração, assegurada a ampla defesa.

Ressalte-se, finalmente, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 15.9.2005 (julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.797 e nº 2.860), firmou orientação “no sentido de que inexistente foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa”.

Não obstante, sobreveio o julgamento da Reclamação nº 2.138 pelo Supremo Tribunal Federal, o que, por seus intensos reflexos sobre o tema ora estudado, faz jus a um específico tópico.

De passagem, não há como deixar de mencionar a expressa discordância ante qualquer posicionamento a favor da sua procedência; é pacífico, na doutrina e na jurisprudência pátria, a diferença entre as naturezas dos crimes de responsabilidade e dos atos de improbidade administrativa; e mais, a pretensão destoava da finalidade e principiologia constitucionais, para dizer o menos⁴⁶. Seria um triste retrocesso no antes acenado processo de aprimoramento da sociedade brasileira, além de se incorrer em visível negligência diante da sabida e percebida ineficácia do julgamento político pelas Casas Legislativas – haja vista, por exemplo, a já esquecida recondução de grande parte dos mensaleiros e afins nas eleições de 2006.

4.3.3 Incidência Sobre os Agentes Políticos e a Reclamação 2.138/STF

A questão dos agentes políticos, saliente-se, parte de uma premissa, qual seja: é lugar comum a compreensão de que a Lei nº. 8.429/92, quando menciona as pessoas sujeitas aos seus termos pretende abranger também os agentes políticos.

Mesmo quem defenda a impossibilidade de sujeição dos agentes políticos aos ditames da Lei de Improbidade, tende a reconhecer no conceito legal de

⁴⁶ Quanto a esta questão *sub judice*, confira-se o artigo de Alexandre Jésus de Queiroz SANTIAGO, *Pela defesa eficaz da probidade administrativa. Algumas reflexões sobre a conclusão do julgamento da Reclamação nº 2138, que tramita no STF, sob o prisma da hermenêutica político-constitucional*, Jus Navigandi.

agente público nela insculpido a intenção de abarcar irrestritamente todos aqueles que se relacionem com o Poder Público, seja lá qual a natureza desta relação.

É nesse sentido a afirmação de Mauro Roberto Gomes de Mattos, cujo posicionamento é, data vênia, dos mais restritivos acerca do âmbito de incidência da Lei de Improbidade:

“São abrangidos não só os agentes de serviços públicos, como os agentes políticos, pessoal contratado, servidores militares, enfim, a Lei de Improbidade abrange, de uma forma ampla, todos os que direta ou indiretamente se relacionam com o Poder Público, com o objetivo de não deixar ninguém excluído do campo de ação das sanções que ela dispõe”⁴⁷.

Assim, na questão, realmente, não se trata, nem deve mesmo se tratar, de avaliar quem a Lei quis ou não responsabilizar; a dicção legal, em sua elucidativa literalidade é categórica, visando a todos que de alguma forma mantenham laços com o Poder Público, ainda que transitória ou indiretamente.

De qualquer forma, como antes já foi dito, o problema deriva de uma interpretação do disposto no artigo 85⁴⁸, V, onde se prevê ser crime de responsabilidade do Presidente da República os seus atos que atentem contra “a probidade na administração”. Assim, vislumbrou-se a hipótese de, quanto a este agente, e por consequência a todos os outros para os quais há uma normatização

⁴⁷ Mauro Roberto Gomes de MATTOS. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. P. 11.

⁴⁸ 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.

instituinte de crimes de responsabilidade, existir um regime jurídico próprio quando pratiquem atos ímprobos.

A título de esclarecimento, vale especificar a legislação definidora dos exaustivamente referidos crimes de responsabilidade.

Em primeiro lugar, trata do tema a Lei nº. 1.079/50, que tem como destinatários o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República (arts. 2º, 13, 39, 40), Governadores e Secretários dos Estados (art. 74), os Presidentes, e seus substitutos, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e os Juízes de Direito de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (nos termos do Parágrafo único do art. 39-A), o Advogado-Geral da União (Inc. I do art. 40), 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, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (Inc. II do art. 40)⁴⁹.

Por sua vez, a Lei nº. 7.106/83 submete o Governador do Distrito Federal e dos Territórios Federais, e seus Secretários, bem assim os dirigentes de autarquias, órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal, definindo como crimes de responsabilidade destes agentes aqueles previstos na Lei nº. 1.079/50 acima referida.

E por fim, há o Decreto-lei nº. 201/67, que expõe os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais.

⁴⁹ José Antônio Lisboa NEIVA. *Improbidade Administrativa*. P. 24.

O embate, jurisprudencial e doutrinário, portanto, se encontra na seara da aplicabilidade da Lei nº. 8.429/92 a todos os agentes públicos, inclusive àqueles também submetidos à disciplina das infrações político-administrativas chamadas de crimes de responsabilidade.

Dessa forma, muito se aguardou pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, e a oportunidade se deu com a Reclamação nº. 2.138.

O caso tratava de uso de aeronave da força aérea brasileira e de Hotel de Trânsito da Aeronáutica por Ministro de Estado para fins particulares. O agente – político veio a ser processado e condenado por ato de improbidade administrativa pela Justiça Federal do Distrito Federal, com sentença de primeira instância confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. As sanções envolveram a suspensão de direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública.

Tais decisões, então, foram desafiadas através da Reclamação 2.138/STF, proposta, veja-se, pela Advocacia Geral da União, alegando-se questão de ordem processual em virtude de foro privilegiado perante o Supremo Tribunal Federal, e a impossibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a agente que responde por crimes de responsabilidade previstos na Lei nº. 1.079/50.

Cumprе assinalar, no entanto, que a decisão tem eficácia entre as partes, e não *erga omnes*⁵⁰, e, igualmente, que a composição do Tribunal muito se alterou durante e após o julgamento em tela, não sendo possível afirmar, então, que o entendimento ao final prevalente na Reclamação espelha o que atualmente se

⁵⁰ A propósito, o julgado do TJSP: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa Prefeito Recebimento da petição inicial com fundamento Lei nº 8 429/1992 Alegação de incompetência absoluta por prerrogativa de função e competência originária do Tribunal de Justiça Inconsistência Julgamento pelo STF da Reclamação nº 2138/DF que não tem repercussão no caso, por não se tratar de instrumento de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade Penalidades por improbidade administrativa, de natureza cível, ‘sem prejuízo da ação penal cabível’, que no caso de Prefeito é o Decreto-Lei nº 201/1967 Prosseguimento da ação civil pública em primeiro grau Recurso não provido”. (Agravo de Instrumento nº. 932.541-5/8-00 – Leme - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Edson Ferreira da Silva – DJ: 21.10.2009).

concluiria em caso idêntico. Inclusive, nem pode mesmo se dizer que esta própria decisão bem refletiu a posição do Tribunal, já que, como se sabe, a procedência se deu por seis votos contra cinco.

Mas, o fato é que a Corte Constitucional brasileira julgou procedente a Reclamação, entendendo que os “atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo”, e que 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)”⁵¹.

Concluiu-se, ainda, que, em razão da prerrogativa de foro determinada pela Constituição Federal em seu art. 102, I, “c”, somente o Supremo Tribunal Federal poderia “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”⁵².

No mesmo sentido se posiciona Mauro Roberto de Mattos, afirmando que “a prerrogativa de função retira a incidência da Lei nº. 8.429/92, visto que os crimes de responsabilidade dos agentes políticos, magistrados, ministros, conselheiros dos Tribunais de Contas e dos membros do Ministério Público, seguem orientações constitucionais que os retiram do contexto da Lei de Improbidade Administrativa”⁵³.

Em essência, a discussão consiste, assim, em avaliar se, ou as disciplinas de responsabilização por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade excluem-se uma à outra, ou se tratam de esferas autônomas, existentes e aplicáveis paralelamente.

⁵¹ Reclamação 2.138/STF. Ementa.

⁵² *Idem*.

⁵³ *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. P. 23.

Esta última hipótese (de aplicabilidade simultânea), data vênua, parece mais condizente com os ditames constitucionais, além de ter a importantíssima vantagem de ser a única capaz de trazer reflexos positivos à sociedade brasileira.

Nesse sentido é o voto do Ministro Joaquim Barbosa quando do julgamento da mencionada Reclamação 2.138/STF, isto é, entendendo que a Constituição estatui dois sistemas diferentes (e não excludentes entre si); há no Brasil, em suas palavras, “dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos”, embora ambas visando a preservação do princípio da moralidade.

O primeiro é o do artigo 37, §4º, da Constituição Federal⁵⁴, regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa:

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

O contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilidade política. Nesse caso, o tratamento jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na lei 1.079/1950, assume outra roupagem, e isto se explica pelo fato de que o objetivo constitucional visado é muito mais elevado. Cuida-se aí

⁵⁴ Constituição Federal - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

de mais um dentre os inúmeros mecanismos de *checks-and-balances* típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo. Tem equivalência, no presidencialismo, aos mecanismos de apuração da responsabilidade política típicos do sistema parlamentarista – como, por exemplo, a moção de censura ou de desconfiança. Aliás, a natureza do instituto e os objetivos constitucionais por ele visados é que explicam por que nessa modalidade especial de responsabilização as penalidades são diferenciadas e podem parecer relativamente brandas, se comparadas às previstas na lei de improbidade. É que o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso(...).”

Ademais, é bem de ver que, ainda quando admitida uma relação de especialidade subjetiva entre a disciplina dos crimes de responsabilidade e dos atos de improbidade administrativa, isso não deve se projetar exageradamente a ponto de obstar a imposição das outras penas cominadas pela Lei nº. 8.429/92, como o ressarcimento ao erário e a perda de bens ou valores, por exemplo⁵⁵.

Desse modo, e não obstante já se tenha visto que a maior parte da doutrina não discrimina os agentes políticos para fins de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, parece que, de fato, a Constituição reservou, em relação aos agentes políticos, as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, aos julgamentos com prerrogativa de foro; e, nesse sentido, tais penas realmente só poderiam ser aplicadas quanto aos crimes de responsabilidade - forçosamente julgados naqueles foros "especiais".

O sistema de responsabilização dos agentes públicos como um todo, entretanto, desde a Constituição até a Lei de Improbidade Administrativa, é muito claro ao estabelecer a aplicabilidade desta lei a todos os agentes públicos.

⁵⁵José Antônio Lisbôa NEIVA. *Improbidade Administrativa*. P. 25.

Ademais, como bem observa Emerson Garcia, “figura-se indubitável, no entanto, que os detentores de mandato político (Parlamentar, Governador, Prefeito etc.) devem observar os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição, pois não seria razoável sustentar que esse preceito, o que inclui o seu parágrafo quarto, somente seria aplicável aos demais servidores públicos. Estes possuem disciplina autônoma nos arts. 39 e ss da Constituição da República, não sendo demais lembrar que muitos dos detentores de mandato político ocupam o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, qualquer que seja o ente da Federação, o que os erige à condição de principais destinatários das normas que disciplinam a administração pública e que definem os atos de improbidade”⁵⁶.

E, de mais a mais, nenhuma ab-rogação do artigo 102, I, CF ocorreria, quando respeitada a ressalva Constitucional, e sistemática, de aplicação das penas de perda do cargo e suspensão de direitos políticos apenas em julgamentos nos foros especiais.

Como sói reconhecer, a Lei de Improbidade vai muito além das normas atinentes aos crimes de responsabilidade, tanto com a previsão detalhada de condutas como pela extensão das conseqüências advindas da prática desses atos. Quanto ao "mais" que prevê, não gera *bis in idem* nem fere a prerrogativa constitucional do artigo 102.

Além do que, se o pretexto para a exclusão completa dos agentes políticos da incidência da Lei 8.429/92 é a interpretação constitucional, deve ser lembrado que nessa sede o que orienta a interpretação das normas são essencialmente os princípios.

Ora, no caso, todas as normas discutidas encontram fundamento primordialmente no princípio constitucional da moralidade, e, portanto, toda interpretação, em especial a sistemática, deve buscar atribuí-lo a máxima

⁵⁶ _____. *Sujeitos Ativos dos Atos de Improbidade Administrativa: Reflexões*. P. 104.

efetividade, lembrando-se, mais uma vez, que a Constituição não veda expressa nem tácitamente a imposição simultânea da Lei de Improbidade e das normas relativas aos crimes de responsabilidade.

Noutras palavras, o correto é orientar-se de modo a obter do ordenamento vigente o maior aproveitamento possível das normas que densificam o princípio da moralidade.

Se a Constituição houve por bem salvaguardar o exercício das funções políticas com previsões específicas para a perda do cargo e suspensão dos direitos políticos através do regime dos crimes de responsabilidade, não há outra saída além de respeitar tais limites.

Mas, daí dizer-se que todo o regime para punição político-administrativa dos agentes políticos é reduzido aos crimes de responsabilidade é por demais simples, oportuno e, em última análise, desastroso.

5. Conclusão

O ímprobo, sintetizando o que até aqui se desenvolveu, pode ser, então, todo e qualquer agente público (em acepção genérica, como se frisou), exercente de atividade permanente ou transitória (ou mesmo eventual), a título remunerado ou gratuito, investido nessa atuação pública por vínculo de qualquer origem ou natureza, ainda que mantido com entidade particular (considerando-se o outrora mencionado a respeito da relação mantida com as entidades do artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Improbidade); e, além destes, podem ser igualmente ímprobos os particulares, estranhos aos quadros da Administração ou ao desempenho de função pública, mas que participem ou se beneficiem do ato de improbidade, ou que simplesmente pratiquem atos dessa estirpe em mera interação com o Poder Público – são estes últimos os “sujeitos de fato”, denominação que se contrapõe aos chamados “sujeitos de direito”, agentes propriamente públicos.

Fazendo-se uso do rigor das conclusões do já citado, e por óbvio, muito respeitado, Juarez Freitas⁵⁷, “a configuração do ato de improbidade administrativa, hostilizado com maior ímpeto pelo legislador, requer a existência de intenso desrespeito ao que se compreende popularmente de moralidade, acrescida à ‘inequívoca intenção desonesta’”. É ímprobo, portanto, nos termos da lei, qualquer daquelas pessoas quando agirem neste contexto subjetivo de desonestidade.

Salienta-se que, não é o espírito deste trabalho pretender punir à demasia o agente, que, afinal, se expõe à lida do interesse público e às conseqüentes responsabilidades. Em complemento, também não se poderia tratar o mesmo

⁵⁷ Juarez FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, pp. 184/185.

interesse público com despreocupação, compactuando-se com flagrantes desleixos em seu detrimento.

Pugna-se pela aplicação da lei em sua justa medida, mas se exalta a sua nobre função de munir o aplicador do Direito com meios para buscar a efetivação de valores tão relevantes e necessários, notadamente na atual conjuntura de descaso e imoralidade política e administrativa.

Todos têm direitos restringidos ao outorgar poderes de representação e decisão a entes supra individuais, dotados de poderes-deveres com vistas à manutenção do bem-estar coletivo. Se ainda não há bom-senso e correição por parte dos indivíduos que exercem tais funções, não se pode pensar em abrir mão justamente de instrumentos de “contrapeso”, ou seja, postos à disposição do povo para eventuais adequações da conduta daqueles.

Resta, desse modo, apresentada uma modesta contribuição para subsidiar e viabilizar a utilização dessa moderna e poderosa ferramenta que é a Lei nº 8.429, de 2.6.1992.

Bibliografia

- . ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . BARBOSA, Rui. *Escritos e discursos seletos*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960.
- . BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 12ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- . DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- . FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa (Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar)*. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: 2002.
- . GARCIA, Emerson. *Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: Reflexões. In Coleção do Averso ao Direito, V. 6 - Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Vitória: 2005.
- . GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- . JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

- . MARINONI, Luiz Guilherme - Coordenador. *Estudos de Direito Processual Civil, homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- . MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 4ª Edição. Niterói: Impetus, 2009.
- . MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10.628/2002*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2003. Disponível em: <www.damasio.com.br />. Acesso em 26 de julho de 2006.
- . MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- . MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- . MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. Atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade Azevedo; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- . MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia*. Tradução de Guillermo de la Cruz Coronado. 8ª Edição. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
- . NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa*. 1ª Edição. Niterói: Impetus, 2009.
- . PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de*

responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

. PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 1997.

. SANTIAGO, Alexandre Jésus de Queiroz. *Pela defesa eficaz da probidade administrativa. Algumas reflexões sobre a conclusão do julgamento da Reclamação nº 2138, que tramita no STF, sob o prisma da hermenêutica político-constitucional*, Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 941, 30 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7891>>. Acesso em 5 de outubro de 2009.

. SARMENTO, Jorge. *Improbidade Administrativa*. 1ª Edição. Porto Alegre: Síntese, 2002.

. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

. TACITO, Caio. *Improbidade administrativa como forma de corrupção*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 de maio de 2008.

. ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.