

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação
Mestrado em Direito

LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN

**A CONTROVÉRSIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Piracicaba

2020

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecário: Fábio Henrique dos Santos Corrêa – CRB: 8/10150

M188c Maganin, Luiz Felipe Gomes de Macedo
A controvérsia na responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa / Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin. – 2020.
118 fls.; 30 cm.

Orientador (a): Prof. Dr. José Antonio Remédio.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Programa de Pós-Graduação em Direito, Piracicaba, 2020.

1. Improbidade administrativa. 2. Agente político. 3. Crime de responsabilidade. I. Remédio, José Antonio. II. Título.

CDD – 347.922

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação

Mestrado em Direito

LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN

**A CONTROVÉRSIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba como exigência parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientador: Professor Doutor José Antonio Remedio

Piracicaba

2020

**A CONTROVÉRSIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Antonio Remedio

Orientador

Prof. Dra. Manuela Cibim Kallajian

Membro

Prof. Dr. Dilson Cavalcanti Batista Neto

Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de todo o meu coração, por todo amor, incentivo e apoio incondicional aos meus pais Antonio e Cristina, à minha namorada Taís e aos meus irmãos Alexandre e Henrique, tenho certeza de que, sem vocês, essa jornada não teria sido tão leve e alegre.

Do mesmo modo, agradeço ao meu orientador Prof. Dr. José Antonio Remedio, pela paciência, dedicação e compreensão durante todo o período reservado para o desenvolvimento deste trabalho científico.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral desenvolver a análise sobre a evolução legislativa e a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa nos moldes da Lei 8.429/1992, especialmente em relação à possibilidade de responsabilização do agente político. Como objetivo específico, a hipótese que pretende se desenvolver diz com a aferição e discussão a respeito da dupla normatividade sancionatória em matéria de improbidade administrativa no que diz respeito aos agentes políticos. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o julgamento da Reclamação 2.138/DF, considerou que os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade, nos moldes da Constituição Federal, não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. Entretanto, tal não significa dizer que a discussão não permanece atual e permeada de controvérsias, seja em virtude de novos argumentos que surgem dentro de ambas as correntes, seja em razão do atual contexto político-jurídico em que se encontra inserido o país. Portanto, o presente trabalho tem por escopo identificar se deveriam existir ou não em nosso ordenamento jurídico dois regimes distintos de responsabilidade político-administrativa especificamente em relação aos agentes políticos, bem como se estes agentes que respondam por crime de responsabilidade podem também estar sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. O método adotado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa – agente político – crime de responsabilidade.

ABSTRACT

The aim of this study is improve the analysis on legislative developments and the legal nature of the administrative improbity act in the manner of 8.429/1992 Law, especially in relation to the possibility of the politician accountability. As a specific objective, the hypothesis that intends to develop was based on the measurement and discussion regarding the dual sanctioning normativity in matters of administrative improbity regarding politicians. In summary, the Supreme Court, when carrying out the judgment of 2,138/DF Complaint, considered that politicians who answer for a responsibility crime, along the lines of the Federal Constitution, are not subject to the Law of Administrative Improbity. However, this does not mean that the discussion does not remain current and permeated with controversies, either because of new arguments that arise within both currents, either because of the current political and legal context in which the country inserted. Therefore, the present work was scope to identify whether there are two distinct regimes of political and administrative responsibility specifically in relation to politicians, as well as whether or not these agents answer for a crime of responsibility may also be subject to the Administrative Improbity Law. The method take on is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: administrative improbity – politician – responsibility crime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
1.1. CONCEITO E CONTEÚDO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
1.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA	17
1.3. NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	24
1.4. A ANÁLISE DO SUJEITO ATIVO NA SISTEMÁTICA DA LEI 8.429/92.	28
1.4.1. Agentes públicos.....	29
1.4.1.1. Servidores estatais.....	30
1.4.1.2. Dos particulares em colaboração com a Administração Pública.....	33
1.4.1.3. Agentes Políticos	35
1.4.2. Terceiros	39
1.5. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM ESPÉCIE	40
1.5.1. Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º)	42
1.5.2. Dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário (art. 10) ...	46
1.5.3. Dos atos de improbidade administrativa relacionados a benefícios financeiros ou tributários indevidos (art. 10-A).....	51
1.5.4. Dos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).....	52
1.6. DAS SANÇÕES ESTABELECIDAS PELA LEI 8.429/92.....	56
1.7. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA	62
2. CRIMES DE RESPONSABILIDADE	66
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE	67
2.2. A NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.....	73
2.3. DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE PREVISTOS NA LEI 1.079/50.....	75
3. A CONTROVÉRSIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	83
3.1. A RECLAMAÇÃO 2.138/DF E OS ARGUMENTOS LANÇADOS PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	83
3.2. O ENFRENTAMENTO DAS POSIÇÕES REGISTRADAS NO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 2.138/DF	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa se delimita à análise da controvérsia em torno da possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, notadamente em relação ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, diante da previsão constitucional dos crimes de responsabilidade a eles aplicáveis, disciplinados no artigo 85 do Texto Maior.

Como assente, a Carta Política de 1988 inovou¹ ao desenvolver a base elementar sobre a qual se estrutura a tutela da probidade dos atos administrativos através da expressa previsão do princípio da moralidade administrativa em seu art. 37, cujo parágrafo quarto trouxe um rol não exaustivo de sanções destinadas à responsabilização dos agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa.

Com o advento da Constituição cidadã, os primeiros arroubos de constitucionalização das normas reitoras da administração pública presentes em textos anteriores finalmente se solidificaram, consolidando um catálogo de normas que podem ser identificadas como normas constitucionais da administração pública (MENDES, 2012, p. 890).

Assim, o Título III da Lei Maior consiste em um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando no art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (MORAES, 2003, p. 310).

Apesar da dificuldade em conceituar e delimitar o princípio da moralidade, deve-se procurar resgatar um conteúdo jurídico do princípio, reconhecendo que o Estado não deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica. Dessa forma, tendo em vista que a Administração Pública deve se pautar não só pela obediência aos princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente, mas também aos demais princípios fundamentais, tem-se que, em sua atuação, deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal (MENDES, 2012, p. 894).

¹ Nesse sentido são as considerações de Maria Sylvia Zanella de Pietro: “A Constituição inovou ao introduzir o ato de improbidade no capítulo da Administração Pública. Antes disso, no entanto, já havia no direito positivo brasileiro, desde longa data, legislação prevendo sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado” (2014, p.972).

Em outras palavras, pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (MORAES, 2003, p. 312)

Por sua vez, a probidade administrativa configura uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. 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 (SILVA, 1998, p. 647).

Cumprido ressaltar que a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma espécie daquela. O agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde a violação ao princípio da moralidade (CARVALHO, 2017, p. 960).

A normatização constitucional da improbidade administrativa veio a ser regulada pelo advento da Lei 8.429/1992, por meio da qual se estabeleceu o rol de atos caracterizadores de improbidade administrativa, tais como aqueles que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10 e 10-A), que atentem contra os princípios que regem a Administração Pública (art. 11), cominando-lhes sanções políticas, civis e administrativas. Além disso, definiu os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade, tratou dos procedimentos investigatórios desses atos e regulou a ação civil de improbidade administrativa. Dispôs, também, sobre declaração de bens, prescrição e infração penal (MASSON, ANDRADE e ANDRADE, 2013, p. 649).

Imperioso registrar que a Lei de Improbidade Administrativa constitui relevante instrumento jurídico de combate à corrupção, desonestidade e má-fé na gestão pública. Prevê sanções políticas, administrativas e civis aplicáveis, de forma cumulativa, parcial ou isoladamente, ao agente público que, no desempenho de suas atribuições funcionais, praticar ato de improbidade administrativa que imponha em enriquecimento ilícito próprio ou de terceiros, que causa prejuízo efetivo ao Erário ou que atenta dolosamente contra os princípios da Administração Pública (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 1).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 também cuidou de legitimar, em seu art. 85, a tutela dos atos de agentes políticos que lesem ou ao menos coloquem em risco bens jurídicos ligados à própria existência e conservação do Estado Democrático de Direito, tratando os ilícitos desta natureza pela controversa² expressão crimes de responsabilidade.

Com efeito, crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentem contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e decisões judiciais (MORAES, 2003, p. 430).

Desta forma, o aludido dispositivo deu guarida ao conteúdo da Lei 1.079/1950, cuja edição antecede a da própria Constituição Federal, por meio da qual já se tutelava ordinariamente as hipóteses dos crimes de responsabilidade, bem como a respectiva sanção isolada de perda dos direitos políticos e o procedimento para sua aplicação.

Neste ponto é onde surge a controvérsia sobre a qual se debruça a presente dissertação, haja vista existir no ordenamento jurídico pátrio mais de um diploma legal destinado à tutela dos atos atentatórios à probidade administrativa, cada qual com suas nuances próprias, mas também com pontos de convergência que dificultam a distinção clara de suas naturezas jurídicas e das hipóteses de incidência.

Consoante José Antonio Remedio, a matéria relativa à improbidade administrativa é tratada por diversos diplomas normativos infraconstitucionais, como a Lei 8.429/1992, o Decreto-lei 201/1967 e a Lei 1.079/1950, o que dificulta bastante o exercício de seu combate e controle. A Lei 8.429/1992 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. O DL 201/1967 dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores. A Lei 1.079/1950 define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento (2012, p. 480).

² É o que nos aponta José Frederico Marques: "a expressão crime de responsabilidade tem, no Direito brasileiro, um sentido equivocado, pois que não designa apenas figuras [...]. No Direito Constitucional pátrio, o crime de responsabilidade opõe-se ao crime comum e significa 'a violação de um dever do cargo, de um dever de função', como dizia José Hígino. Mas o *sanctio juris* contra essa infração não consiste em pena criminal, pois que seu julgamento e os efeitos jurídicos deste advindos são de outra espécie e moldam-se pela forma do instituto do impeachment. [...] Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão só o caráter de *sanctio juris* política, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais" (2009, p. 364-365).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, depois de fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam, o do art. 37, §4º, regulado pela Lei 8.429/1992, e o regime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, disciplinado pela Lei 1.079/1950, decidiu que tais agentes [Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e Chefes de missão diplomática], por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (DI PIETRO, 2015, p. 915).

Assim, a partir da celeuma em relação à natureza jurídica das sanções trazidas por ambos os diplomas legais referidos acima, estruturou-se a problemática em torno da responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa, ante a existência de consideráveis vozes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sustentando a impossibilidade de aplicação simultânea da Lei 8.429/1992 com a Lei 1.079/50.

Todavia, também não se pode ignorar a existência de corrente jurisprudencial orientada no sentido de que os agentes políticos estão sujeitos a uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos³, sendo, por isso, possível a aplicação simultânea de ambos os diplomas legais.

Portanto, isso significa dizer que a discussão permanece atual e permeada de controvérsias, seja em virtude de novos argumentos que surgem dentro de ambas as correntes, seja em razão do atual contexto político-jurídico em que se encontra inserido o país, constituindo este o objeto central do trabalho.

Com efeito, a presente dissertação tem por escopo, em síntese, identificar se deveriam existir ou não em nosso ordenamento jurídico dois regimes distintos de responsabilidade político-administrativa especificamente em relação aos agentes políticos, bem como se estes agentes que respondam por crime de responsabilidade estariam também sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa.

O tema justifica-se pela controvérsia em torno da possibilidade de sujeição dos agentes políticos à Lei 8.429/1992, eis que, com a evolução do quadro político-jurídico nacional e a alteração substancial na composição na Suprema Corte nacional, pode vir a ser revisado o entendimento atualmente predominante.

³ A título ilustrativo confira-se: STF. Petição 3.923-QO. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em: 25/09/2008.

Portanto, longe de estar pacificada a matéria e havendo relevantes argumentos sustentados por cada uma das correntes doutrinárias, a abordagem do presente tema se mostra atual e relevante, principalmente se considerarmos a atual conjuntura política nacional, com todos os holofotes nas consequências decorrentes da Operação “Lava-jato” e seus desdobramentos.

Assim, a presente dissertação tem como objetivo geral desenvolver a análise sobre a evolução legislativa e a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa nos moldes da Lei 8.429/1992, especialmente em relação à possibilidade de responsabilização do agente político.

Ainda, necessário desenvolver o estudo sobre o contexto histórico-político em que se desenvolveu, em um primeiro momento, a promulgação da Lei 1.079, em 10 de abril de 1950, e, posteriormente, a edição da Lei de Improbidade Administrativa, já sob a égide da Constituição cidadã.

Ademais, para a correta compreensão da matéria, imprescindível avaliar a extensão do conceito de agente público trazido pela Lei 8.429/1992, bem como a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade e suas respectivas sanções.

A hipótese que se pretende analisar em profundidade diz com a existência ou não em nosso ordenamento jurídico de dois regimes distintos de responsabilidade político-administrativa especificamente em relação aos agentes políticos, bem como se estes agentes que respondem por crime de responsabilidade estariam também sujeitos às consequências da Lei de Improbidade Administrativa.

A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, com extração de dados e opiniões das doutrinas suficientes a produzir a sistematização e construção de conclusões sobre o tema. Ademais, a pesquisa incluiu análises sobre as decisões jurisprudenciais e a contextualização delas com o que produzido pela doutrina.

Estruturalmente, a pesquisa será desenvolvida da seguinte forma: inicialmente, no capítulo primeiro será desenvolvida uma ampla abordagem a respeito da improbidade administrativa, desde seu conceito, conteúdo e natureza, passando pela evolução legislativa no ordenamento pátrio e ingressando na análise da Lei 8.429/92, para realizar uma análise dos atos de improbidade administrativa em espécie, suas respectivas sanções e, principalmente, delimitando o sujeito ativo passível de responsabilização. Na sequência, o capítulo segundo cuida da análise dos crimes de responsabilidade, sua evolução histórica e aspectos constitucionais, bem como sua natureza jurídica e disciplina pela Lei 1.079/50. Por fim, o

capítulo terceiro é dedicado à delimitação do tema central do presente trabalho, notadamente na controvérsia existente na responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa, estruturando-se em torno do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Reclamação 2.138/DF, bem como pela análise e crítica de cada uma das correntes formadas, tudo com o escopo de aferir se no ordenamento jurídico pátrio existe uma dupla normatividade em torno das infrações de cunho político-administrativo e qual a solução mais adequada para a tutela da probidade administrativa.

1. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1. Conceito e conteúdo da improbidade administrativa

O vocábulo probidade deriva do latim *probitate*, que traduz a ideia daquilo que possui caráter íntegro, que é honrado, reto, justo (FERREIRA, 1986, p. 1394). Falar em improbidade, portanto, é falar em desvio de valores e de conduta.

Conforme leciona Fernanda Marinela, sob a tônica administrativa, ser ímprobo é abusar do poder que é conferido a alguém ou a si mesmo em razão do exercício de uma função pública, com a finalidade de tirar proveito para si ou para outrem, causando prejuízo relevante ao bem comum, ainda que disso não decorra dano ao erário (2019, p. 1066).

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho explica que improbidade administrativa é o designativo técnico para a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo *tráfico de influência* nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de privilégios ilícitos (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 39-40).

Ricardo Cunha Chimenti define o ato de improbidade administrativa como:

[...] o ilícito praticado em razão do exercício de funções públicas (cargos, empregos ou funções públicas). A improbidade corresponde, assim, ao uso indevido dos poderes ou funções atribuíveis ao Estado, seja porque importa o enriquecimento do agente ou de terceiros, seja porque causa danos ao Erário, ou porque significa desprestígio dos deveres a todos dirigidos (CHIMENTI, 2009, p. 240).

Ainda, Djalma Pinto qualifica a improbidade administrativa como “a atuação de forma desonesta do agente público ou do particular, respectivamente, no desempenho da função ou conduta em detrimento dos valores, juridicamente tutelados, expostos na lei que a disciplina” (PINTO, 2005, p. 326).

Por fim, Irene Patrícia Nohara sustenta que, para a materialização do ato de improbidade administrativa, é imprescindível a presença de um mínimo de má-fé, eis que:

Apesar da previsão legal da culpa, além do dolo, na caracterização da improbidade, sobretudo no artigo 10, que trata da lesão ao erário (e expressamente alude à conduta culposa), a jurisprudência e a doutrina têm exigido um mínimo de má-fé para a

configuração do ato ímprobo, para que não seja punido sob este título eventual gestor inábil, mas honesto (NOHARA, 2011, p. 241).

Em relação ao conteúdo, ensina Aluizio Bezerra Filho que a caracterização da conduta de improbidade administrativa reúne elementos subjetivos da vontade humana para a sua concretização, que por ação ou omissão, dolo ou culpa, mas que implique afetação ao interesse da administração pública, seja jurídico ou material, pois a moralidade pública exige do agente o seu esforço incondicional em favor do bem coletivo (2019, p. 20).

Cumpra, ainda, para a delimitação conceitual da improbidade administrativa, diferenciá-la dos conceitos constitucionais de imoralidade e de ilegalidade.

Assim, a moralidade administrativa:

impõe o efetivo respeito e cumprimento do interesse público ou da coletividade, de maneira que devem todos que estão na gestão da coisa pública seguir certa disciplina interna da Administração ou também chamada de moral interna desta, ou seja, se conduzir segundo a constelação de princípios e regras reveladas pelo sistema jurídico na condução do interesse público (CALCINI, 2012, p. 194).

Por sua vez, o conceito de legalidade demanda a análise sob dois aspectos: em sentido estrito e em sentido amplo. A legalidade restrita significa tão somente a exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos, nos termos do inciso II do art. 5º da CF/88. Não obstante, é possível falar em legalidade em sentido amplo para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios que estão na base do ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2015, p. 970).

Portanto, em sentido amplo a legalidade absorveu todos os demais princípios, inclusive o da moralidade. De outro lado, no sentido restrito, a legalidade exige somente a obediência à lei, enquanto a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé e lealdade (DI PIETRO, 2015, p. 971).

Neste ponto, sustenta Eduardo Maffia Queiroz Nobre que:

[...] O princípio da legalidade tanto não se confunde com o princípio da moralidade que atos que atentem contra o princípio da legalidade, em regra, sempre violarão o princípio da moralidade administrativa, por ser disciplina interna da administração; porém, a recíproca não é válida, uma vez que um ato pode estar conforme a lei, mas contaminado por vícios que atentem contra a moralidade, contra os ditames da justiça, da dignidade, da honestidade, da lealdade e da boa-fé que devem sempre reger a atividade estatal (2016, p. 19).

Sob outro aspecto, quanto à diferenciação entre ilegalidade e improbidade, Waldo Fazzio Júnior observa que “a ilegalidade é a exteriorização, o modo de expressão de diversas

condutas negativas, a antijuridicidade formal [...]. É claro que um ato de improbidade é ilegal, mas nem todo ato ilegal possui a carga de negatividade inerente ao ato de improbidade” (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 128).

Maior dificuldade apresenta a análise da relação entre os conceitos de improbidade e moralidade administrativas, tema que apresenta sensíveis divergências doutrinárias.

Na linha doutrinária que entende a improbidade como a violação ao princípio da moralidade, José Afonso da Silva aduz:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direito políticos (artigo 37, parágrafo 4). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer (SILVA, 2001, p. 653).

No mesmo sentido, Marcelo Figueiredo sustenta que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa a que se refere o artigo 37, *caput* e § 4º, da CF/88, pois, segundo o autor, o núcleo da probidade está associado ao princípio maior da moralidade administrativa, que deve figurar como norte para os atos e decisões da Administração Pública (FIGUEIREDO, 2009, p. 47/48).

Em sentido diametralmente oposto, Flávio Sátiro Fernandes, fundamentando-se na maior amplitude e no maior alcance atribuído à probidade pela Constituição Federal em seu artigo 37, §4º, e pela legislação infraconstitucional, sustenta que a probidade é gênero, sendo a moralidade sua espécie (FERNANDES, 1997, p. 171-181), *in verbis*:

A evidência maior, porém, de que a probidade administrativa abarca o princípio da moralidade está, sem dúvida, na maneira como a Lei 8.429/92 define os atos de improbidade administrativa. De acordo com o mencionado diploma legal, a improbidade na administração se verifica quando se praticam atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no artigo 37, §4º, da CF, entre os quais está incluída a moralidade, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, além de outros [...] Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.

Na mesma linha, sustentam Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Daniel Amorim Assumpção Neves que a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa, isto é, o conceito normativo de improbidade apresenta maior amplitude, isto é, “a imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira”, ou seja, nem todo ato de improbidade necessariamente acarreta uma violação à moralidade (2016, p. 7).

Para os fins do presente trabalho, filiamo-nos à linha de argumentação desenvolvida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de moralidade e improbidade, enquanto princípios, significam praticamente a mesma coisa, residindo a distinção sob a análise da improbidade como ato ilícito, hipótese em que a lesão à moralidade figura como apenas uma das espécies de atos de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2015, p. 971). Com efeito, a aludida autora sintetiza todo o exposto da seguinte forma:

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 (2015, p. 971-972).

Portanto, pelas lições expostas, se partimos de um enfoque principiológico, a moralidade é gênero do qual a improbidade administrativa afigura-se como uma de suas ramificações. Por outro lado, sob a ótica do ato ilícito, a violação ao princípio da moralidade representa apenas uma das espécies de ato de improbidade passível de persecução e sanção na esfera administrativa.

1.2. Evolução legislativa da tutela da probidade administrativa

A imoralidade e desonestidade dos gestores públicos é preocupação antiga, que remonta à antiguidade clássica (BARROS, *apud* LOBO, 2008, p. 280).

Na visão de Alberto Ribeiro Barros:

A imoralidade e desonestidade dos homens públicos é preocupação antiga. Para os filósofos romanos da antiguidade, a moral é a disciplina filosófica que investiga os meios e ocasiões de satisfazer e fortificar as inclinações com que a natureza dotou o ser humano, procurando estabelecer um conjunto de deveres que a natureza impõe ao homem, seja com respeito a si próprio, seja com relação aos outros homens. Segundo eles, o bem da cidade depende das qualidades morais do governante, que deveria servir de modelo de conduta para o povo, inspirando hábitos virtuosos em toda sociedade. Daí a preocupação do governante, que deveria ser educado para adquirir, além das virtudes comuns a todo homem de bem (sabedoria ou prudência, justiça, coragem e temperança), as virtudes próprias ao exercício de sua função (honradez ou disposição para manter os compromissos assumidos em qualquer circunstância, sendo leal até mesmo com seus inimigos, excluindo-se a fraude ou a simulação; magnanimidade ou grandeza e força de ânimo para se dedicar ao bem comum; liberalidade ou disposição para colocar sua riqueza a serviço do povo) (BARROS, *apud* LOBO, 2008, p. 280).

No Brasil, a preocupação com a probidade administrativa pode ser verificada pela diversidade de normas jurídicas que foram editadas ao longo do tempo (OLIVEIRA, 2016, p. 11).

Com efeito, todas as constituições republicanas contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado (NOBRE, 2016, p. 5)⁴.

Por isso, “não é novidade o *status* constitucional do dever de probidade, nem a sua singular importância no Direito Brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional” (OSÓRIO, 2010, p. 101).

Todavia, conforme será delineado nos capítulos subsequentes, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a edição da Lei 8.429/92 é que o enfrentamento da improbidade administrativa ganhou a devida abrangência e passou a ter representação efetiva e significativa no ordenamento pátrio.

Em verdade, antes mesmo do advento da República, a Carta Constitucional de 1824 já previa o primeiro mecanismo de combate à improbidade administrativa de que se tem notícia no Brasil (SIMÃO, 2017, p. 49), ao estabelecer em seu art. 157 que aquele que aceitasse suborno ou cometesse peculato e concussão estaria sujeito à ação popular, *in verbis*: “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei” (BRASIL, 1891).

Em seguida, a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu em seu art. 54 que constituíam crimes de responsabilidade do Presidente os atos que atentassem contra a probidade administrativa (SIMÃO, 2017, p. 49), responsabilidade esta que veio prevista em todas as constituições posteriores, nos seguintes termos:

Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:
1º) a existência política da União;
2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
5º) a segurança interna do País;
6º) a probidade da administração;
7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

⁴ Confira-se: CR de 1891 – art. 54, §6º; CR de 1934 – art. 57, F; CR de 1937 – art. 85, D; CR de 1946 – art. 89, V; CRFB de 1967 – art. 84, V, posteriormente alterado pela EC1/69 – art. 82, V; e a atual CRFB de 1988 – art. 85, V, e art. 37, §4º.

- § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.
§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.
§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.
(BRASIL, 1981).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 inovou ao conferir legitimidade ao cidadão para ajuizar pleito pela declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, nos termos de seu artigo 113, subitem 38, segundo o qual “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (BRASIL, 1934).

Ainda, a Constituição Federal de 1946 foi a primeira “a estabelecer no próprio texto constitucional as sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito” (SIMÃO, 2017, p. 49), especificamente o sequestro e a perda de bens, conforme dicção do artigo 141, §31º: “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (BRASIL, 1946).

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1967, que cuidou de trazer em seu próprio corpo a previsão de sanções para a prática de atos de improbidade administrativa⁵, foi editado em 13 de dezembro de 1968 o Ato Institucional nº 5, pelo qual conferiu-se:

[...] poder ao Presidente da República de decretar o ‘confisco’ de bens daqueles que, no exercício de cargo ou função pública, se enriquecerem ilicitamente (art. 8º). Tratava-se de sanção administrativa, independente e complementar às sanções penais cabíveis. A regulamentação do art. 8º do Ato Institucional nº 5 foi feita mediante o Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969. O art. 2º trazia um rol exemplificativo dos casos de enriquecimento ilícito. O Decreto-Lei nº 359/68 (alterado pelo Decreto-Lei nº 760, de 13.8.1969) instituiu, no Ministério da Justiça, uma Comissão Geral com a incumbência de promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos que se enriqueceram ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios ou dos Municípios, das respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (SIMÃO, 2017, p. 50-51).

Na sequência, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, pela primeira vez se estabeleceu a suspensão dos direitos políticos como consequência da prática de corrupção, nos termos de seu artigo 154:

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante

⁵ Nos termos do art. 150, §11º, da CF/1967: “[...] a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer (BRASIL, 1969).

Vale registrar que, conforme seu parágrafo único, o aludido dispositivo estendia seu alcance aos detentores de mandato eletivo, dispensando até mesmo autorização da Câmara a que pertencia.

Neste ponto, vale ressaltar que os textos anteriores à Constituição Federal de 1988 se preocupavam primordialmente com a repressão ao enriquecimento ilícito de agentes públicos em decorrência do uso abusivo de sua função (SIMÃO, 2017, p. 53), deixando de lado outras hipóteses passíveis de caracterizar improbidade administrativa.

No que pertine à legislação infraconstitucional, antes do advento da Lei 8.429/92 dois eram os diplomas que se destinavam a tutelar a persecução e punição de atos de improbidade administrativa: a Lei 3.164/57 e a Lei 3.502/58, ambas promulgadas com fundamento no citado artigo 141, §31º, da CF/1946.

A Lei 3.164/57, popularmente conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, estabelecia a possibilidade de sequestro e perda, em favor da Fazenda Pública, de bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal (OLIVEIRA, 2016, p. 12). Em suma, o cerne do aludido diploma era sancionar atos que implicassem em enriquecimento ilícito praticados por servidores públicos.

Muito embora se tratasse de um diploma extremamente genérico, a inovação trazida pela Lei 3.164/57 foi a instauração da tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa, criando sistemas jurisdicionais concomitantes, concorrentes e independentes de sanção ao enriquecimento ilícito – civil e criminal (NOBRE, 2016, p. 8). Assim, eventual decisão absolutória ou que importasse extinção da ação na esfera penal do réu processado por crimes funcionais que importassem em enriquecimento ilícito não obstava a perda de bens adquiridos de forma ilegítima, realçando a independência entre as instâncias.

Além disso, conforme explica Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, “com o objetivo de democratizar o controle repressivo da improbidade administrativa”, a Lei 3.164/57 “reconhecia legitimidade ativa para a propositura de ação de improbidade administrativa ao Ministério Público e a qualquer pessoa do povo”, neste último caso, consubstanciando verdadeira “ação popular de improbidade administrativa, que não foi repetida na atual Lei 8.429/92” (2016, p. 12).

Ao analisar o diploma em comento, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior tecem as seguintes considerações críticas a seu respeito:

É visível que se tratava de diploma extremamente restrito, tanto na dimensão objetiva da conduta sancionada, contemplando-se com a proteção da Administração Centralizada, como no plano subjetivo do agente público, reportando-se apenas ao servidor público e ao empregado autárquico. De especial interesse para esse livro é que a Lei Pitombo-Godói Ilha focalizava, em fórmula demasiadamente genérica, para não dizer quase vazia, apenas uma modalidade de enriquecimento ilícito, estipulando o desapossamento dos bens amealhados mediante o exercício indevido da função pública (1998, p. 32).

Na sequência, foi promulgada a Lei 3.502/58, alcunhada de Lei Bilac Pinto, que se destinava a regular o sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função, ou seja, da mesma forma que o diploma antecedente, o objetivo desta lei era punir os agentes públicos por atos funcionais que importassem enriquecimento ilícito.

Não obstante, a Lei 3.502/58 “procurou tratar da matéria com mais clareza, estabelecendo parâmetros para a constatação das situações jurídicas vedatórias”, eis que “a dificuldade em se demonstrar o núcleo do tipo legal, para a utilização do sequestro, sempre foi uma preocupação e um problema” (SIMÃO, 2017, p. 55).

Assim, estabeleceu no §1º do art. 1º um conceito mais amplo de servidor público objetivando alcançar:

todas a pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário (BRASIL, 1958).

Outro avanço da Lei Bilac Pinto era a previsão, detalhada e exemplificativa, de hipóteses que consubstanciavam o enriquecimento ilícito (OLIVEIRA, 2016, p. 12), nos termos de seu artigo 2º:

Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:

- a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;
- b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a êsse respeito;

c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;
d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;
f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

Parágrafo único. Para a caracterização do enriquecimento ilícito, previsto nas letras a, b, c, d, e e f deste artigo, deverá ser feita a prova de que o responsável pela doação (letra b) ou o beneficiário (letras a, c, d, e e f) está incluído entre as pessoas indicadas no art. 1º e seus parágrafos e ainda:

1) no caso da letra b, a de que o doador tem interesse político ou de outra natureza que direta ou indiretamente, possa ser ou haja sido beneficiado pelo seu ato;
2) nos casos das letras c, d e e, a de que o doador (letra c), o adquirente (letra d) ou o alienante (letra e) tem interesse que possa ser atingido ou que tenha sido amparado por despacho, decisão, voto, sentença, deliberação, nomeação, contrato, informação, laudo pericial, medição, declaração, parecer, licença, concessão, tolerância, autorização ou ordem de qualquer natureza, verbal, escrita ou tácita, do beneficiário (BRASIL, 1958).

Novamente endossando as críticas formuladas por Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

O fato de não contemplar o enriquecimento sem causa e as dificuldades que estipula para a caracterização do enriquecimento ilícito tornaram a Lei Bilac Pinto diploma de rara incidência. Talvez as suas impropriedades, incertezas e lacunas sirvam para explicar, em parte, a grande onda de corrupção e impunidade disseminada no país no período de sua vigência. De qualquer forma, foi um passo inicial, embora isquêmico, no caminho do combate aos pecados administrativos que proporcionam o enriquecimento indevido (1998, p. 33)

Fato é que tanto a Lei 3.164/57 como a Lei 3.502/58 tiveram aplicação restrita e limitada, pois, segundo Silvio Antonio Marques, “até então, o Ministério Público não tinha o perfil de órgão permanente de defesa do patrimônio público e de outros interesses difusos e coletivos” (MARQUES, 2010, p. 33).

Em verdade, somente com a promulgação do Texto Constitucional de 1988 é que se positivou a fonte normativa de validade das lei de combate a improbidade administrativa, eis que as iniciativas antecedentes cuidavam de reprimir, de forma singela, apenas o enriquecimento ilícito (PAZZAGLINI FILHO, ROSA e FAZZIO JÚNIOR, 1998, p. 30).

Consoante será analisado a partir de agora, a Constituição Federal de 1988 alargou a esfera de proteção do patrimônio público e da Administração Pública, objetivando tutelar a

probidade administrativa, restando o enriquecimento ilícito apenas como uma das espécies de atos passíveis de caracterizar improbidade administrativa.

Como visto, praticamente todas as Constituições Republicanas, de uma forma ou de outra, contemplaram a improbidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos escalões dos agentes políticos, o que:

[...] não é novidade, pois, o status constitucional do dever de probidade, nem sua singular importância no direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional (OSÓRIO, 2010, p. 101).

Ocorre que, na Constituição Federal de 1988, a defesa da probidade administrativa – e, em maior escala, a própria moralidade administrativa – ganhou contornos ainda mais expressivos, em um movimento inovador e desprendido da tradição anterior (NOBRE, 2016, p. 5).

Nesse contexto, explica Wallace Paiva Martins Júnior que:

A disciplina repressiva da improbidade administrativa foi inicialmente inserida no direito penal, espalhando-se paulatinamente para uma configuração extrapenal, que atingiu o patamar de sanção constitucional, decretada pelo devido processo legal jurisdicional e também pela instância administrativa (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 157).

O poder punitivo do Estado brasileiro, com relação aos atos de improbidade administrativa, restou autorizado e delimitado na Constituição Federal de 1988 pelo artigo 37, §4º, cabendo ao legislador dar concretude a esse poder punitivo para definir as infrações e a forma de aplicação das penas (SIMÃO, 2017, p. 67). Com efeito, verte do aludido dispositivo:

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

[...]

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

Segundo o texto constitucional, a prática de atos de improbidade administrativa autoriza o Estado a exercer um poder punitivo específico, ao lado da esfera penal, visando impor ao infrator a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, desde que o faça na

forma e gradação previstas em lei, admitindo-se, ainda, medidas de indisponibilidade de bens e de ressarcimento do dano ao Erário (SIMÃO, 2017, p. 67).

O primeiro ponto digno de nota diz com o fato de que, nos termos da CF-88, a responsabilidade pela prática de um ato ímprobo importa, na esfera extrapenal, a imposição de restrições de duas classes: (i) restrição de direitos políticos ou administrativos; e (ii) restrição de bens.

Isso significa que o texto constitucional funciona como uma limitação ao *ius puniendi* do Estado (SIMÃO, 2017, p.68), ou seja, no que tange ao direito público, especialmente o direito administrativo e o direito penal, deve se ater às sanções estabelecidas pelo Texto Constitucional (notadamente, a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública e o ressarcimento ao erário), cabendo à legislação infraconstitucional apenas disciplinar a forma e o grau, isto é, as condições e extensão para a responsabilização.

Além disso, da simples leitura do dispositivo em voga, é possível perceber que a responsabilidade por atos de improbidade administrativa trazida pelo §4º do art. 37 da CF-88 apresenta natureza deveras complexa, eis que se trata “de um instituto que conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1129), o que será devidamente abordado no tópico seguinte.

1.3. Natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa

Conforme explica Calil Simão, não há consenso na doutrina no que tange à natureza jurídica da responsabilidade buscada no §4º do art. 37 da CF, pois a dificuldade em se admitir um regime punitivo distinto do penal acarreta que parcela considerável de juristas a classifiquem como uma espécie de responsabilidade civil (2017, p. 71).

Neste contexto, identificam-se essencialmente três correntes distintas que se propõem a classificar a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa como: (i) contemplada dentro da responsabilidade civil; (ii) decorrente do direito administrativo sancionador; (iii) gênero próprio, desvinculada das responsabilidades civil, penal e administrativa.

Partidária da primeira corrente, no sentido de que os atos de improbidade administrativa se enquadram no âmbito da responsabilidade civil, Maria Sylvia Zanella de Pietro sustenta:

[...] o ato de improbidade administrativa, quando praticado por servidor público, corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária

de cada ente da federação, o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar o procedimento adequado para a apuração de responsabilidade. No entanto, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos Estatutos dos Servidores. Não pode especificamente ser aplicada a pena de suspensão dos direitos políticos, por atingir direito fundamental, de natureza política, que escapa à competência puramente administrativa. Não se pode enquadrar a improbidade administrativa como um ilícito puramente administrativo, ainda que possa ter também essa natureza, quando praticado por servidor público. A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências 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 (2015, p. 977).

Por isso, conclui a citada autora que, em possuindo as sanções de improbidade administrativa natureza civil e política, sua aplicação escapa a alçada da Administração Pública (DI PIETRO, 2015, p. 978), até porque o próprio dispositivo constitucional estabelece o rito processual civil para aplicação das sanções estabelecidas.

Em sentido diametralmente oposto, Calil Simão sintetiza que as normas de Direito Civil se caracterizam por regular condutas entre particulares e possuem conteúdo predominantemente privado, de modo que a responsabilidade civil deve representar a responsabilidade decorrente da violação de direitos e obrigações de ordem privada (2017, p. 72). De outra margem, o Direito Administrativo constitui o conjunto de normas destinadas a regular as relações da Administração Pública como um todo, bem como as relações jurídicas entre o Estado e os particulares (2017, p. 72). Assim:

[...] cumpre às normas classificadas como integrantes do Direito Administrativo a tarefa de regular as relações jurídicas em que o Estado se encontra, fixando, inclusive, as respectivas responsabilidades por eventuais infrações. O §4º do art. 37 da CF fez exatamente isso, pois estabeleceu a responsabilidade do agente público e do particular que cometa ato de improbidade administrativa contra o Estado. As relações jurídicas que decorrem do ato de improbidade administrativa se resumem àquelas em que o Estado seja vitimado. Desse modo, outra não poderia ser nossa conclusão senão pela responsabilidade administrativa. [...] Dessa forma, quando o §4º do art. 37 da CF menciona que não se trata de responsabilidade penal, não a insere, automaticamente, como uma responsabilidade civil; pelo contrário, estamos diante de uma responsabilidade decorrente da infração de regras e princípio administrativos. A infração ímproba representa uma ofensa à sociedade, e a pena, consequentemente, atua em função dos interesses desta (2017, p. 72).

Todavia, adverte o autor:

Poderá haver certa restrição em aceitar essa conclusão, em razão de o constituinte ter previsto uma função punitiva. Entretanto, precisamos deixar registrado que as normas administrativas podem legitimar a atividade sancionatória do Estado, seja em razão

do regime de sujeição especial ou geral. O argumento de que o poder punitivo previsto pelo Direito Administrativo teria apenas o objetivo de tutelar a ordem interna não mais se sustenta nos dias atuais. A função do Direito Administrativo evoluiu e deixou de ser concentrada no interior da Administração Pública, passando a ter conteúdo diverso. O Estado, dessa maneira, apura a responsabilidade administrativa de duas formas. A primeira, tutelando a ordem interna; a segunda, tutelando a ordem externa. No primeiro caso, o direito de punir tem fundamento no poder de sujeição especial, enquanto, no segundo, no poder de sujeição geral (2017, p. 73).

Em suma, para a corrente que entende como administrativa a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, o § 4º do artigo 37 da CF-88 estabelece sanções aplicáveis à condutas que atinjam regras e princípios administrativos, cujo agente sancionador é o Poder Judiciário, até porque não haveria competência de autoridade administrativa para impor as sanções constitucionais. Assim, estaríamos diante de uma “responsabilidade administrativa a ser apurada pela atividade jurisdicional do Estado” (SIMÃO, 2017, p. 74).

Não se pode olvidar que são severas as críticas tecidas a essa segunda corrente, no sentido de que:

Identificar sanção administrativa como ‘o campo de incidência do direito administrativo formal e material’ ou com os ‘valores protegidos pelo direito administrativo’ significa retornar às ultrapassadas concepções qualitativas do ilícito administrativo, que pretendiam identificá-lo pela natureza da atividade. Como afirmado, não é a natureza da atividade que separa os ilícitos penais dos administrativos, mas sim o regime jurídico das respectivas sanções. Um ilícito é administrativo porque a ele é atribuída uma sanção administrativa, disciplinada por um regime jurídico próprio: o regime jurídico administrativo, elemento formal que identifica a função administrativa. A posição de Fábio Medina Osório conduz a uma ampliação indesejável do conceito de sanção administrativa. Indesejável porque não é fundada em elemento jurídico, não se pauta no regime jurídico da função estatal exercida no momento de imposição da sanção, mas sim ele elemento extrajurídico – a saber, a natureza da atividade. Juridicamente, portanto, não é adequado o conceito proposto pelo autor, pois abrange sob um mesmo rótulo instituto que são manifestações de funções estatais distintas – jurisdicional e administrativa – e, portanto, se submetem a regimes jurídicos distintos (MELLO, 2007, p. 67-68).

Por fim, existe ainda uma terceira corrente que sustenta tratar-se a responsabilidade por atos de improbidade administrativa como um gênero próprio, independente e desvinculado das outras responsabilidades (civil, penal e administrativa) (NOBRE, 2016, p. 31).

Nesse sentido, Marçal Justem Filho sustenta que a improbidade administrativa:

Trata-se de um instituto que conjuga princípios e regras de direito civil, de direito administrativo, de direito penal e de direito constitucional. Há incidência do direito civil porque se impõe ao infrator o dever de recompor os prejuízos acarretados por sua conduta. A reparação dos danos está abrangida na responsabilidade civil. Há incidência do direito administrativo porque incidem sanções tais como a perda do cargo ou da função. E há uma conotação de direito constitucional, na medida em que o elenco sancionatório compreende a perda de cargos eletivos e, mesmo, a suspensão

de direitos políticos. As sanções administrativas e de natureza constitucional são incorporadas no âmbito penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial. Em suma, a peculiaridade marcante do instituto da improbidade administrativa reside nessa integração de institutos de diversa natureza, produzindo um conjunto heterogêneo, dotado de função de defesa dos valores essenciais à gestão administrativa. A improbidade não é apenas administrativa, nem somente penal, mas um instituto administrativo-penal-civil (JUSTEN FILHO, 2015, p. 693).

Na mesma linha, sustenta Waldo Fazzio Júnior: que “o ato de improbidade também é muito mais que uma irregularidade administrativa. Ilícito pluriofensivo, agride pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores”. Assim, o aludido autor “contempla o ato de improbidade como ilícito civil e político-administrativo, já admitindo que a matéria integra o campo dos interesses transindividuais” (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 128-129).

O Superior Tribunal de Justiça, notadamente sua Primeira Seção, ao julgar o Recurso Especial nº 1.163.643 (BRASIL, 2010), adotando a sistemática de recursos repetitivos, entendeu pela existência de significativa afinidade entre a improbidade administrativa, a qual atribuí natureza de cunho político-civil, e a repressão da seara penal, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO IRREGULAR DE VANTAGENS A SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS CONCESSIVOS E DE RESSARCIMENTO DOS DANOS.

1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

Ante o exposto, podemos afirmar que as sanções previstas para os atos de improbidade possuem características múltiplas, com carga civil, política e administrativa, e, ainda, que possuem contornos e forte carga penal, estruturando assim um sistema *sui generis* de responsabilidade (NOBRE, 2016, p. 37).

Como sintetiza Aloísio Zimmer Júnior, a persecução de atos de improbidade administrativa ocorre através de ação sancionatória de natureza civil, regida por normas de

processo civil, versando sobre ilícitos político-administrativos, para aplicação de sanções civis, administrativo-funcionais e políticas, sob regência de princípios constitucionais de direito punitivo (2018, p. 209).

1.4. A análise do sujeito ativo na sistemática da Lei 8.429/92.

O sujeito ativo da improbidade administrativa é a pessoa física ou jurídica que comete atos de improbidade administrativa tipificados no ordenamento jurídico. O ímprobo, sujeito ativo na relação de direito material, será réu na ação de improbidade administrativa (OLIVEIRA, 2016, p. 42).

Assim, analisando a Lei 8.429/92, verifica-se que ela estabelece em seu artigo 2º que “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” (BRASIL, 1992) no âmbito “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” (BRASIL, 1992).

Ainda, o artigo 3º do mesmo diploma amplia o âmbito de abrangência da norma para alcançar, “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” (BRASIL, 1992).

Com efeito, a qualificação de determinado sujeito como agente público, para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, não depende do pagamento de remuneração pela prestação do serviço e pode ocorrer ainda que ele possua com o poder público vínculo de caráter transitório, ou seja, não permanente (CARVALHO, 2017, p. 770).

Como se verifica, o conceito de agente público trazido pela Lei 8.429/92 é mais abrangente do que o comumente adotado em outros institutos do Direito Público, contemplando

todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle

direito ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 09).

Assim, ante o exposto, temos que o sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa pode ser categorizado em duas espécies principais, notadamente os agentes públicos e terceiros⁶, sendo necessário o aprofundamento de cada uma delas.

1.4.1. Agentes públicos

Ingressamos, neste tópico, na análise do conceito de agente público trazido pela Lei de Improbidade Administrativa, cuja relevância para a problemática desenvolvida no presente trabalho é inquestionável. Com efeito, ao se discutir a possibilidade de responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa, é imprescindível que se delimite o conceito de agente público trazido pela Lei 8.429/92 e sua abrangência para aferir se nele estão albergados os agentes políticos.

A expressão agente público é bastante ampla, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Assim, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente do vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente (CARVALHO, 2017, p. 769).

Os agentes estatais com vínculo jurídico de direito público são aqueles aos quais se reserva o exercício das competências estatais mais essenciais, que traduzem de modo direto e imediato os poderes próprios do Estado e se orientam à promoção dos direitos fundamentais dos integrantes da sociedade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 890).

Como visto acima, o artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa valeu-se da expressão “agentes públicos” de forma ampla e com conotação genérica, englobado todas as pessoas físicas que exercem funções estatais, eis que, sob esta perspectiva, a função pública pode ser exercida de forma remunerada ou gratuita, definitiva ou temporária e com ou sem vínculo o Estado (OLIVEIRA, 2016, p. 42-43).

Antes de mais nada, vale registrar que a classificação de agentes públicos encontra certa divergência doutrinária, adotando-se para o escopo do presente trabalho a classificação majoritária que toma por base, primordialmente, o regime jurídico ao qual estes sujeitos se

⁶ Que não se confundem com os particulares em colaboração com o poder público, espécie de agente público de direito.

submetem e qual a natureza do vínculo com a Administração Pública (CARVALHO, 2017, p. 771).

Nessa esteira, Fernanda Marinela leciona que os agentes públicos devem ser classificados conforme a força de suas decisões – agentes políticos ou servidores estatais –, as pessoas jurídicas em que atuam – pessoas jurídicas de direito público ou direito privado – e o regime jurídico a que se submetem – regime estatutário ou celetista –, considerando ainda os particulares que exercem função pública (2019, p. 608)

1.4.1.1. Servidores estatais

A definição de servidores estatais é feita por exclusão das demais categorias, ou seja, são os agentes públicos, excluindo os agentes políticos e os particulares que exercem função pública, representando o conjunto de agentes que atuam nos entes da Administração Direta e Indireta, sejam pessoas jurídicas de direito público ou privado, contando com uma relação de trabalho de natureza profissional, de caráter não eventual e sob vínculo de dependência (MARINELA, 2019, p. 611).

Assim, os servidores estatais ou agentes administrativos podem ser classificados em estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Os servidores estatutários são ocupantes de cargos públicos e submetidos a um regime estatutário, isto é, a uma lei específica que define as atribuições, os direitos, os deveres e as responsabilidades dessa modalidade de servidor (ALMEIDA, 2019, p. 148).

Um aspecto singular dos servidores estatutários é que seus eventuais conflitos com o órgão no qual inserido e com a Administração em geral deverão ser dirimidos perante a Justiça Comum Federal ou Estadual e não na seara trabalhista, nos termos do art. 114 da Constituição Federal, com interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme exemplifica o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395 (BRASIL, 2007):

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

De outra margem, os empregados públicos são aqueles que se encontram submetidos ao regime celetista, ou seja, seu vínculo laboral é definido e regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho, nos mesmos moldes que as relações trabalhistas de natureza privada (ALMEIDA, 2019, p. 149)

Diversamente da situação dos servidores estatutários, eventuais conflitos entre empregados públicos e o ente no qual inseridos deverão ser resolvidos perante a Justiça do Trabalho, nos termos do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, segundo o qual compete à esfera trabalhista “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 1001075/PI:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Competência da Justiça do Trabalho. Mudança de regime jurídico. Transposição para o regime estatutário. Verbas trabalhistas concernentes ao período anterior. 3. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações relativas às verbas trabalhistas referentes ao período em que o servidor mantinha vínculo celetista com a Administração, antes da transposição para o regime estatutário. 4. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência. (BRASIL, 2017).

Por fim, dentro do gênero agentes administrativos, a última categoria de análise diz com os servidores temporários, ou seja, aqueles contratados “por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assevera Fabrício Bolzan de Almeida que, enquanto a contratação dos servidores estatutários e dos empregados públicos dar-se-á por meio de concurso público, os servidores temporários serão contratados mediante processo seletivo simplificado, uma vez que a situação excepcional assim legítima (2019, p. 152).

Assim disciplina o artigo 3º da Lei 8.745/93:

Art. 3º - O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.

§1º - A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo.

§2º - A contratação de pessoal, nos casos do professor visitante referido nos incisos IV e V e nos casos das alíneas a, d, e, g, l e m do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, poderá ser efetivada em vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae.

§3º - As contratações de pessoal no caso das alíneas h e i do inciso VI do art. 2º desta Lei serão feitas mediante processo seletivo simplificado, observados os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o AgRg no ARE nº 1.004.790:

CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. 2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso valeu-se de termos vagos e indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse público sobre virtualmente qualquer atividade, admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF. 3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos ex nunc, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento. (BRASIL, 2018).

Neste ponto, cabe a ressalva que atividades de caráter permanente, como a policial, não podem ser objeto de contratação temporária, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 5.163 (BRASIL, 2015).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 17.882/2012 DO ESTADO DE GOIÁS. SERVIÇO DE INTERESSE MILITAR VOLUNTÁRIO (SIMVE). INOBSERVÂNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL IMPOSITIVA DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ART. 37, II, E 144, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: OFENSA AOS ARTS. 37, II, IX, E 144, CAPUT, DA CRFB/88. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI ESTADUAL QUE CONTRARIA NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conquanto instituições públicas, pressupõem o ingresso na carreira por meio de concurso público (CRFB/88, art. 37, II), ressalvadas as funções administrativas para trabalhos voluntários (Lei nº 10.029/2000), restando inconstitucional qualquer outra forma divergente de provimento. 3. À luz do conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição da República e da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral (RE 658.026, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 31.10.2014), a contratação temporária reclama os seguintes requisitos para sua validade: (i) os casos excepcionais devem estar previstos

em lei; (ii) o prazo de contratação precisa ser predeterminado; (iii) a necessidade deve ser temporária; (iv) o interesse público deve ser excepcional; (iv) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, mormente na ausência de uma necessidade temporária. 4. No caso sub examine, não há qualquer evidência de necessidade provisória que legitime a contratação de policiais temporários para o munus da segurança pública, mercê de a lei revelar-se abrangente, não respeitando os pressupostos básicos de norma que almeja justificar a sua excepcionalidade frente à regra da Carta Magna (CRFB/88, art. 37, II e IX). 5. A competência legislativa concorrente entre a União e os Estados-membros (CRFB/88, art. 24), nos casos em que cabe àquela estabelecer normas gerais (§ 1º) e a estes normas suplementares (§ 2º), submete-se ao exame de constitucionalidade em sede de fiscalização normativa abstrata quando configurada inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. Precedentes do Plenário: ADI 1366 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 20-09-2012; ADI 2656/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 01.08.2003; ADI 311 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 14-09-1990. 6. É que afronta o texto maior lei estadual que regule fora das peculiaridades locais e de sua competência suplementar, atentando contra as normas gerais de competência da União em manifesta usurpação de competência (CRFB/88, arts. 22, XXI, e 24, § 2º). 7. É inconstitucional, por vício formal, lei estadual que inaugura relação jurídica contraposta à legislação federal que regula normas gerais sobre o tema, substituindo os critérios mínimos estabelecidos pela norma competente. 8. In casu, a Lei nº 17.882, de 27 de dezembro de 2012, do Estado de Goiás, ao instituir o Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual (SIMVE) na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Goiás, instituiu uma classe de policiais temporários, cujos integrantes, sem o indispensável concurso público de provas e títulos, passam a ocupar, após seleção interna, função de natureza policial militar de maneira evidentemente inconstitucional. 9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. 10. Proposta a modulação temporal pelo Relator, não se obteve, no Plenário, o quórum necessário para a sua aprovação.

Além disso, como já visto, também não se admite a utilização de autorização legislativa genérica para a contratação temporária, bem como a permissão de prorrogação indefinida o prazo de contratações temporárias.

Por fim, “os conflitos entre servidor temporário e Administração deverão ser realizados, em regra, perante a Justiça Comum Federal ou Estadual e não perante a Justiça do Trabalho, em razão da existência de um vínculo jurídico-administrativo” (ALMEIDA, 2019, p. 155), como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o ARE nº 1.994.808:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Comum o processamento e julgamento de ações propostas por servidores vinculados à Administração Pública em face do Poder Público. 2. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2017).

1.4.1.2. Dos particulares em colaboração com a Administração Pública

Como o próprio nome já diz, tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, ou seja, sujeitam-se a certos encargos a favor da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as suas funções (CARVALHO FILHO, 2015, p. 613).

Segundo Fernanda Marinela, os particulares em colaboração com a administração podem ser classificados em:

- a) requisitados: são agentes convocados para exercer função pública, exercem *munus publico*, tendo assim a obrigação de participar sob pena de sanção, como ocorre com os recrutados para o serviço militar obrigatório, além dos jurados no tribunal do júri, os mesários na eleição e outros;
- b) voluntários: são os particulares que atuam na Administração de forma espontânea, por isso denominados *sponte propria*, assumem a gestão da coisa pública perante situações anômalas, para socorrer em necessidades públicas prementes, como, por exemplo, os médicos voluntários em hospitais públicos, casos de guerra, em que as autoridades constituídas ou os agentes regulares abandonaram suas funções ou foram mortos ou presos pelo inimigo, além de outros.
- c) contratados por locação civil de serviço: como ocorre, por exemplo, com um renomado advogado contratado para realizar uma sustentação oral em um tribunal, o contratado para elaborar um parecer ou executar uma escultura (arts. 593 a 609 do CC);
- d) os trabalhadores que atuam nas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, enquadrando-se, nessa categoria, somente aqueles que exercem uma função pública. Por exemplo, os empregados que prestam transporte coletivo;
- e) os delegados de função ou ofício público: essa terminologia foi utilizada pelo art. 236 da CF, quando se referiu àqueles que exercem os serviços notariais (antigos cartórios extrajudiciais), categoria regulamentada pela Lei n. 8.935/94. [...] Importante ressaltar que os oficiais dos serviços notariais, apesar da exigência de concurso público, não perdem a qualidade de particular, não devendo ser incluídos na categoria de servidores públicos [...].
- f) sujeitos que, com o reconhecimento do Poder Público, praticam atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os particulares que prestam serviços públicos, independentemente de contrato de concessão ou permissão, e que recebem o poder para fazê-lo diretamente do texto constitucional, trata-se de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade, que são os serviços em que tanto o Estado quanto o particular são titulares, tais como o ensino, a saúde, a previdência social e a associação social. Assim também são agentes públicos particulares em colaboração, os diretores de faculdade particular ou de hospital privado (2019, p. 624-626).

Também figuram com particulares em colaboração com a Administração os agentes honoríficos, que são “pessoas físicas que desempenham funções públicas relevantes em razão de sua condição cívica ou de sua honorabilidade” (ALMEIDA, 2019, p. 157).

Além disso, incluem-se neste rol os gestores dos negócios públicos, que são pessoas que atuam em situações de emergência para fazer as vezes do Estado. Segundo Fabrício Bolzan de Almeida:

Trata-se do agente de fato necessário, uma vez que sua atuação foi de grande importância e, não existindo abuso, o Poder Público deverá ratificar sua conduta de, por exemplo, solicitar um leito em hospital privado para o cidadão, salvo na condição acima mencionada. Não podemos confundir o agente de fato necessário com o agente de fato putativo, que consiste no servidor investido de forma irregular em cargo público [...]. Nestes casos, o ato administrativo será considerado válido perante o terceiro de boa-fé, em razão da teoria da aparência, pois o servidor, ainda que irregular, tem aparência para a população de estar legitimamente investido no cargo (2015, p. 157).

Por fim, vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o estagiário que atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, se enquadra no conceito legal de agente público preconizado pela Lei 8.429/92” (STJ, 2015).

1.4.1.3. Agentes Políticos

Os agentes políticos devem ser estudados em separado dos demais agentes públicos, posto que constituem categoria própria prevista na Constituição Federal e não possuem ligação de natureza profissional ou de emprego com o Estado, mas uma ligação decorrente de sua condição cívica (SIMÃO, 2017, p. 166).

Com efeito, para que seja possível avaliar a possibilidade de responsabilização de agentes políticos por atos de improbidade administrativa estabelecidos na Lei 8.429/92, antes é necessário compreender o conceito de agente político e sua abrangência, já que, a depender da corrente adotada, teríamos um alargamento do rol de agentes enquadrados nessa categoria.

Antes de mais nada, faz-se necessário registrar que existe grande controvérsia doutrinária no que diz com o conceito de agente político, sendo possível identificar duas principais correntes sobre o tema.

De uma lado, no que podemos considerar um conceito amplo de agentes políticos, Hely Lopes Meirelles assevera que se tratam dos

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. Esses agentes 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 privativos (MEIRELLES, 2015, p. 80).

Inserem-se nesse conceito ampliado os chefes do Executivo – Presidente da República, Governadores e Prefeitos –, os membros das casas legislativas – Senadores, Deputados e

vereadores –, membros do Poder Judiciário – Ministros, Desembargadores e Magistrados – e membros do Ministério Público – Procuradores e Promotores.

Por outro lado, em uma abordagem restritiva do que se considera por agentes políticos, consistiriam naqueles que ocupam posição de destaque na estrutura estatal, responsáveis pelas decisões políticas fundamentais do Estado.

Em síntese, José dos Santos Carvalho Filho assevera que agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público, sendo responsáveis por desenhar os destinos fundamentais do Estado e criar as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins (2015, p. 612). Continua o autor afirmando que

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 612).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que

agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado (2008, p. 245).

Maria Sylvania Zanella Di Pietro completa afirmando que

Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce, a menos que se considere como tal todos os servidores integrados em instituições com competência constitucional, como a Advocacia Geral da União, as Procuradorias do Estado, a Defensoria Pública, os militares. São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exerce, típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação (2015, p. 654-656).

Com efeito, considerando que a função política “implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal” (*apud* DI PIETRO, 2015, p. 655), essa atribuição fica a cargo dos órgãos governamentais, concentrados via de regra no Poder Executivo e, em parte, no Poder Legislativo, sendo insípida a participação do Poder Judiciário em decisões políticas, salvo o controle posterior de legalidade. A mesma lógica se estende para os membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que não têm dentre suas atribuições nenhuma função de governo propriamente dita.

Não obstante, há que se reconhecer a tendência em considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que

Com relação aos primeiros, é válido esse entendimento, desde que se tenha por presente o sentido em que sua função é considerada política; não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. Nesse sentido, o STF, no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro Néri da Silveira, referiu-se aos magistrados como ‘agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica’ (*DJ* de 12-04-02). Quanto ao vínculo com o poder público, é de natureza estatutária, regido pela Lei Orgânica da Magistratura. Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a partir da Constituição de 1988 (art. 129), especialmente a de ‘zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ (inciso II). No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio (2015, p. 656).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº 228.977:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do

art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 2002).

Com a devida vênia a tal orientação, parece-nos que “o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 613).

Assim, optamos por adotar o conceito restritivo de agentes políticos, entendimento majoritário na doutrina nacional, eis que a ideia de agente político se apresenta indissociável às de governo (aspecto subjetivo) e de função política (aspecto objetivo). Isso porque, em nossa perspectiva, não basta o exercício de atribuições constitucionais para caracterizar um qualquer agente público como agente político, devendo haver ainda o exercício de atividades típicas de governo e o exercício de mandato provido por meio de eleições.

Independentemente da divergência exposta, fato é que, ao contrário dos agentes administrativos, os agentes políticos exercem atribuições de governo, compreendidas estas as decorrentes de opções políticas (SIMÃO, 2017, p. 166). Como observa Nelson Nery Costa em relação às funções de governo dos prefeitos municipais, mas que podem ser estendidas aos demais cargos de governo:

As funções de governo, por sua vez, dividem-se em funções políticas, funções legislativas e funções executivas. As funções políticas são: 1) representação do município; 2) comparecimentos e informações à Câmara Municipal; e 3) Convocação extraordinária desta. As funções legislativas podem ser: 4) apresentação de projeto de lei; 5) sanção, promulgação, publicação e veto de leis; e 6) elaboração do orçamento. Por outro lado, as funções executivas vêm a ser: 7) execução de leis e de outras normas; 8) expedição de decretos e atos administrativos; 9) prestação de contas e relatório da administração; e 10) planejamento da administração local. Por fim, as funções administrativas, que absorvem bastante atenção do prefeito podem ser nominadas como: 11) administração do patrimônio municipal; 12) execução do orçamento; 13) abertura de créditos; 14) arrecadação, guarda e aplicação da receita municipal; 15) execução de obras e serviços; 16) decretação de desapropriação; 17) imposição de penalidades administrativas; 18) execução da dívida ativa; 19) organização e direção do funcionalismo; 20) despacho e expediente; 21) publicação dos atos administrativos; 22) expedição de certidões; 23) execução de atribuições delegadas; e 24) requisição de força policial (*apud* MEIRELLES, 2015, p. 72).

Podemos, de forma sintética, considerar que as diferenças entre os agentes políticos e os demais agentes públicos estão nas seguintes premissas: i) investidura, competência, responsabilidades e garantias regidas diretamente pela Constituição; e ii) não estão sujeitos às regras aplicáveis aos servidores públicos (SIMÃO, 2017, p. 167). Cabe a ressalta de que, como tais autoridades se encontram diretamente ligadas à Carta Política de 1988, bem como

considerando o pacto federativo, a interpretação exposta se projeta aos três níveis de governo, ou seja, federal, estadual e municipal.

Superada a questão atinente ao conceito de agente político, aqui considerados como os indivíduos investidos em mandato eletivo, no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e aqueles que, por determinação constitucional, exercitam função de auxílio imediato ao Chefe do Poder Executivo, que são os Ministros de Estado no âmbito federal e os Secretários Estaduais e Municipais nas outras esferas federativas (JUSTEN FILHO, 2015, p. 894), no que diz com a possibilidade ou não de responsabilização destes por atos de improbidade administrativa, será objeto de análise no capítulo seguinte, eis que estritamente vinculada ao tema central em desenvolvimento.

1.4.2. Terceiros

Como visto nos tópicos precedentes, o sujeito ativo próprio do ato de improbidade administrativa é o agente público. Todavia, a responsabilidade pode ser estendida a terceiros, ou mesmo para agentes públicos estranhos à função pública onde praticado o ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92, desde que “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (BRASIL, 1992).

Assim, a “participação de terceiro, na dicção legal, dá-se por indução ou concurso para a prática do ato de improbidade administrativo” (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 11) ou, ainda, quando auferir direta ou indiretamente benefício ilícito dele decorrente.

Sobre o tema observa Marcelo Figueiredo que

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é que dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: ‘induzir’ ou ‘concorrer’ (FIGUEIREDO, 2009, p. 53).

Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar o agente público a praticar ou omitir ato de ofício que configure improbidade administrativa, bem como concurso é atividade de auxílio, de participação material na execução e auferir benefício é tirar proveito patrimonial,

direto ou indireto, de ato ímprobo, desde que tenha ciência e atue de má-fé (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 12).

Na linha exposta, Jacintho de Arruda Câmara ressalta que

A extensão da lei a particulares refere-se a duas situações distintas: a participação no ato de improbidade e a auferição de benefício decorrente de tal ato. Um particular que tenha praticado ato de improbidade em conjunto com agente público (como na hipótese de celebração de contrato de locação a preço inferior ao mercado em virtude de conluio – art. 10, IV) será alcançado pela lei. Essa participação, é claro, depende da intenção, do dolo, da má-fé do particular. No outro caso, quando se fala em benefício auferido está se pretendendo atingir aqueles que, mesmo não participando da prática do ato (lembre-se que na celebração de contratos o particular participa efetivamente da prática do ato), tenha ‘dolosamente’ recebido, direta ou indiretamente, benefício em função da improbidade (como na hipótese de, em razão de recebimento de propina, agente público tenha frustrado a licitude de processo licitatório – art. 10, VIII) (*apud* BUENO; PORTO FILHO, 2001, p. 209).

Por tais razões, a participação de terceiro, anteriormente combinada com o agente público que incorre em ato de improbidade administrativa, independentemente da obtenção de vantagem ilícita, ou a ciência da improbidade administrativa e a auferição de benefício dela decorrente, independentemente de ajuste prévio, são condutas passíveis de caracterizar ato de improbidade administrativa impróprio, ensejando, por consequência, a aplicação das sanções estabelecidas pela Lei 8.429/92, excepcionando-se àquela atinente à perda da função pública.

1.5. Dos atos de improbidade administrativa em espécie

A Lei 8.429/12, sem esgotar as hipóteses possíveis, divide os atos de improbidade administrativa em três grupos: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam lesão ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (REMEDIO, 2015, p. 730).

A título introdutório, cumpre esclarecer que, para a aplicação das medidas sancionatórias previstas pelo art. 37, §4º, da CF, e pelo art. 12 da Lei 8.429/92, é necessário que os atos tidos por ímprobos preencham determinados requisitos, notadamente:

- a) sujeito passivo: uma das entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429/92;
- b) sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, nos termos dos artigos 1º e 3º da LIA;
- c) a ocorrência do ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo para o erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública; e

d) a presença do elemento subjetivo, seja dolo ou culpa a depender dos casos (DI PIETRO, 2015, 979).

Além disso, assim como qualquer comportamento objeto de tutela jurídica que acarrete a aplicação de uma sanção, o ilícito de improbidade

há de ser, simultaneamente, típico (isto é, deve amoldar-se à hipótese objetivamente prescrita), antijurídico (portanto, contrário à determinação legal) e voluntário (deve haver, pelo menos, a voluntariedade da conduta), ou seja, deve voluntariamente contrariar a previsão genérica contida na norma de conduta (FERREIRA, 2001, p. 67).

Contudo, nem toda ilegalidade será passível de caracterizar ato de improbidade administrativa, eis que, para sua configuração, faz-se necessária a conjugação de imoralidade administrativa – que exige dolo ou culpa grave do agente –, dano ao patrimônio público – material e/ou moral – e que a conduta seja típica, ou seja, prevista na Lei 8.429/92 (ZIMMER JÚNIOR, 2018, p. 207).

Ademais, cabe a ressalva de que, muito embora a lei fale em ato de improbidade, tem-se que entender o vocábulo não é utilizado pela Lei de Improbidade Administrativa como sinônimo de ato administrativo, abarcando também qualquer conduta, ação ou omissão, praticada no exercício de função pública (DI PIETRO, 2001, p. 987).

Sob outro aspecto, a tipificação dos atos de improbidade administrativa é aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração é meramente exemplificativo (OLIVEIRA, 2016, p. 75). Com efeito, de uma análise apurada dos tipos legais em comento, resta manifesto que “o legislador não teve a pretensão de exaurir o campo de possibilidades para o reconhecimento de um ato considerado ímprobo”, apresentando-nos um rol meramente exemplificativo de tipos fechados (MARINELA, 2019, p. 1078).

Isto porque os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92, ao elencarem o rol de condutas tipificadas como caracterizadoras de atos de improbidade administrativa, se valem da expressão “notadamente”, o que demonstra que outras condutas além das ali previstas podem vir a ser enquadradas nos referidos tipo de improbidade (OLIVEIRA, 2016, p. 75).

Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho que:

A expressão atos de improbidade transmite um sentido genérico de grande amplitude, sendo difícil determinar, *a priori*, quais seriam esses atos. A Lei 8.429/92 (LIA) adotou o critério *ratione materiae*, ou seja, classificou os atos de improbidade em três categorias de acordo com os valores ofendidos pelos atos. [...] O legislador adotou técnica não muito usual na configuração das condutas de improbidade, optando por mencionar no *caput* as condutas genéricas básicas relativas aos valores protegidos e nos incisos as condutas específicas, todas incluídas nas primeiras. Assim, já

consignamos que ‘as condutas específicas constituem relação meramente exemplificativa (*numerus apertus*), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo (CARVALHO FILHO, 2012, p. 98)

Passemos, pois, à análise de cada uma das espécies de atos de improbidade administrativa trazidos pela Lei 8.429/92.

1.5.1. Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º)

Os atos de improbidade administrativa que acarretam enriquecimento ilícito encontram-se previstos no art. 9º da Lei 8.429/92 e referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade no âmbito das entidades mencionadas no art. 1º da mesma lei⁷ (OLIVEIRA, 2016, p. 76).

O aludido artigo 9º encontra-se assim vazado:

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 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

⁷ 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.

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. (BRASIL, 1992).

Segundo Marino Pazzaglini Filho, a figura típica do artigo 9º da Lei 8.429/92 caracteriza a modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral (2011, p. 43).

A premissa central para configuração do enriquecimento ilícito é o recebimento da vantagem patrimonial indevida, quando do exercício da função pública, independentemente da ocorrência de danos ao erário (OLIVEIRA, 2016, p. 77). Por esta conduta, o agente público acresce ao seu patrimônio uma vantagem econômica ou financeira, cuja origem é proveniente de ato ilegal, desonesto ou antiético (BEZERRA FILHO, 2019, p. 148).

Com efeito, todos os incisos do artigo 9º da LIA guardam entre si uma característica comum, isto é, o tráfico da função pública. Em suma, o núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem econômica, entendida esta como qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, de que se beneficie o agente ímprobo (PAZZAGLINI, 1998, p. 60-61).

Neste ponto, cabe a distinção entre enriquecimento ilícito e enriquecimento sem causa. Conforme sintetiza Calil Simão, por enriquecimento ilícito deve ser entendido o ato praticado em desrespeito à lei, enquanto o enriquecimento sem causa não prescinde do ato ilícito e reclama apenas ausência de justa causa (2017, p. 209). Segue o citado autor:

Podemos dizer que o enriquecimento sem causa, por não depender de ato ilícito, não é formalmente antijurídico, mas apenas substancialmente antijurídico. A reprovação e a injustiça são os seus elementos constitutivos. O deslocamento patrimonial é inclusive válido, sendo apenas injusto [...]. Injusto ou reprovável é aquele decorrente da ausência de contraprestação. O enriquecimento ilícito, ao contrário, é o vedado pelo ordenamento jurídico. Pressupõe, desse modo, a sua tipificação (CF, art. 5º, II). Não é irrelevante a prática de um ato ilícito ou lícito para a configuração da infração

em comento, como parte da doutrina argumenta. Pelo contrário, a ilicitude é o que o sustenta (SIMÃO, 2017, p. 210)⁸.

Ainda no que diz com o enriquecimento ilícito estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa, há de distingui-lo do enriquecimento ilícito tutelado pelo Direito Civil. Com efeito, enquanto na seara administrativa não se faz necessária a existência de uma lesão patrimonial para a caracterização do enriquecimento ilícito, no âmbito civil a lesão patrimonial da vítima é *conditio sine qua non* para caracterização do enriquecimento ilícito, cuja sanção é a reparação do prejuízo.

Assim,

[n]o enriquecimento ilícito civil e no enriquecimento sem causa, apenas quem sofreu a lesão ou o empobrecimento tem legitimidade para exigir a reparação. Por isso que a sanção do enriquecimento ilícito previsto na LIA é a perda de bens, cujo conteúdo destina-se a uma entidade pública que, com ele, obtém um aumento patrimonial em decorrência de uma ofensa a valores não patrimoniais (LIA, art. 18). Esse ato não é compensatório, mas punitivo, pois não estamos diante de uma reparação moral. Há, dessa forma, uma distinção entre os institutos do enriquecimento sem causa, do enriquecimento ilícito do Direito Civil e do enriquecimento ilícito previsto pela LIA. As sanções previstas são, até mesmo, distintas para cada uma dessas situações (SIMÃO, 2017, p. 211).

Ademais, é importante que se registre que, malgrado a possibilidade de eventual enriquecimento ilícito gerar, por consequência prejuízo ao erário, de forma secundária, este não representa requisito para que se reconheça o ato como ímprobo (MARINELA, 2019, p. 1079). Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.412.214:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 9º e 12, I, DA LEI 8.429/92. COMPROVAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. DEMONSTRADO. TIPICIDADE DA CONDUTA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO, DIVERGINDO DO EMINENTE RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (BRASIL, 2016).

Aliás, aqui cabe a ressalva de que para cada conduta haverá a imputação de um único ilícito de improbidade administrativa fundando na Lei 8.429/92. Em outras palavras, muito

⁸ Em sentido oposto, Wallace Paiva Martins Júnior sustenta ser “irrelevante, para fins da lei, que o agente público pratique ato lícito ou ilícito; incide sobre ambas as situações porque é intolerável o uso anormal e antiético da função pública para enriquecer, mesmo agindo licitamente” (**Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 226).

embora todo ato de improbidade que ocasione enriquecimento ilícito possa vir a causar danos ao erário e sempre afrontará princípios da Administração Pública, afetando o patrimônio moral público, tal situação não autoriza a imputação cumulativa pelos artigos 9º, 10 e 11 (ZIMMER JÚNIOR, 2018, p. 213).

Analisando a figura típica insculpida no *caput* do artigo 9º da Lei 8.429/92, a doutrina é uníssona que, para sua caracterização, devem estar presentes quatro requisitos elementares: (i) o dolo do agente; (ii) a obtenção de vantagem patrimonial; (iii) a ilicitude da vantagem obtida; e (iv) a existência de nexa causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida (MORAES, 2002, p. 326).

Em primeiro lugar, verifica-se pela dicção do *caput* do artigo em exame, assim como de seus incisos, que a conduta do agente público suscetível de causar enriquecimento ilícito é dolosa, ou seja, pressupõe sua ciência da ilicitude da vantagem patrimonial auferida para si ou para terceiro (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 45).

Com efeito, não há lógica em se cogitar de enriquecimento ilícito culposo ou involuntário, conforme lecionam Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior e Marino Pazzaglioni Filho em obra de autoria coletiva:

Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido, Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata (1999, p. 63).

De outra margem, a lei não exige, necessariamente, a ocorrência de uma vantagem pecuniária, mas qualquer prestação, positiva ou negativa, que beneficie o agente, auferindo-lhe um enriquecimento ilícito (MORAES, 2002, p. 326). Em suma, a vantagem percebida pelo agente público sem respaldo legal tem que ser economicamente apreciável.

Isso porque, nas lições de Pedro Roberto Decomain:

Se a vantagem percebida, ou cuja promessa foi aceita, não tiver caráter econômico, nem mesmo de maneira indireta, a sua percepção (ou a aceitação da promessa feita) continuará configurando ato de improbidade administrativa. Este já não mais será enquadrável, porém, no art. 9º da Lei, na medida em que a tônica desse artigo está no enriquecimento ilícito representado pelo auferimento de vantagem sem caráter econômico, ou no art. 10 da Lei, quando do ato resulte prejuízo patrimonial para o erário, ou, pelo menos, em seu art. 11, porque caracterizada violação a princípio norteador da administração pública (DECOMAIN, 2007, p. 85, *apud* BEZERRA FILHO, 2019, p. 149).

Prosseguindo, o terceiro requisito diz com a ilicitude da vantagem obtida, isto é, a vantagem patrimonial causadora de enriquecimento ilícito lograda pelo agente público há de ter por origem o exercício funcional e abusivo, a afronta às normas que regem a atuação do administrador público, em especial as relativas à moral, lealdade e probidade administrativa (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 45).

Segundo Calil Simão, quando o legislador utiliza a expressão “em razão de”, condiciona a configuração do tipo legal insculpido no artigo 9º apenas ao enriquecimento ilícito decorrente da presença de uma atividade estatal, fazendo referência ao aumento patrimonial indevido, porque ilícito em razão do abuso das prerrogativas da função pública (2017, p. 215).

Vale ressaltar, por fim, que a norma exige uma relação de causalidade entre o enriquecimento ilícito e a atuação, positiva ou negativa, do agente público para gerar o resultado almejado pela proposta percebida (BEZERRA FILHO, 2019, p. 149). Assim, o último requisito indispensável à configuração do ato de improbidade gerador de enriquecimento ilícito é o elo, a conexão entre a vantagem econômica ilícita alcançada pelo agente público e o desempenho de sua atividade pública (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 45).

A título de conclusão, temos que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º da Lei 8.429/92 se configura quando o agente público aufere dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na Administração Pública (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 43-44).

1.5.2. Dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário (art. 10)

Nos termos do artigo 10 da Lei 8.429/92, alterado pelas Leis 11.107/05, 13.019/14 e 13.204/15, “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 de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los 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.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (BRASIL, 1992)

Aqui, o pressuposto central para a tipificação do ato de improbidade é a ocorrência de lesão ao erário, sendo irrelevante o eventual enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros (OLIVEIRA, 2016, p. 84)

Em regra, as hipóteses previstas no aludido artigo exigem para a tipificação da improbidade administrativa os seguintes requisitos: (i) conduta dolosa ou culposa do agente; (ii) conduta ilícita; (iii) existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres; (iv) não exigência de vantagem patrimonial pelo agente; (v) existência denexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário Público (MORAES, 2002, p. 328-329 *apud* REMEDIO, 2015, p. 733).

A improbidade lesiva ao erário dolosa se materializa quando o agente público responsável pela prática do ato ilícito enquadrado como ato ímprobo tem consciência da antijuridicidade de sua ação ou omissão funcional e do resultado danoso ao erário que ela acarretará, enquanto a modalidade culposa acontece quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente público, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional ou pelo desvio ético (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 64).

Em relação à modalidade culposa, vale mencionar que a conduta deve estar revestida com “as características do dever de cuidado objetivo, do agente público, que deve atuar em conformidade com a lei, impondo-se-lhe um comportamento diligente no desempenho de suas funções, sendo incompatível com a natureza delas a imprudência e a negligência” (SOBRANE, 2010, p. 36, *apud* ZIMMER JÚNIOR, 2018, p. 214). Ou seja, o ato praticado por agente público eivado de culpa grave que importe em dano ao erário admite o enquadramento no art. 10 da Lei 8.429/92.

Nota-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao patrimônio público são os únicos que podem ser praticados sob a forma culposa, eis que houve expressa previsão no tipo inserido no artigo 10 da LIA da culpa como elemento subjetivo para sua configuração.

Não obstante, tal tema não é unânime na doutrina, eis que alguns autores sustentam que a instituição legal da modalidade culposa seria inconstitucional, ao argumento de que teria extrapolado os limites estabelecidos pelo §4º do artigo 37 da CF-88, para punir não apenas o agente desonesto, mas também o inábil (OLIVEIRA, 2016, p. 86). Tratar-se-ia, portanto, a inserção da modalidade culposa em inovação realizada por lei infraconstitucional.

Prevalece, todavia, a interpretação que entende possível a prática de improbidade administrativa na modalidade culposa. Com efeito, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira sintetiza o tema da seguinte forma:

Nada obsta, em nossa visão, a previsão da modalidade culposa da improbidade administrativa, uma vez que o art. 37, §4º, da CRFB não se refere expressamente ao dolo como requisito essencial para configuração da improbidade, bem como compete ao legislador definir os ilícitos em geral (administrativos, civis e penais) e as respectivas sanções. Nesse caso, ainda que se entenda que o ideal seria a fixação apenas de modalidades dolosas de improbidade, a previsão da forma culposa não significa violação ao texto constitucional. Aliás, na forma culposa, há violação ao dever de cautela por parte do agente público e do terceiro, o que justifica, em princípio, a aplicação de sanções. Ora, se o Direito Penal, que estabelece sanções graves, inclusive com restrição da liberdade dos indivíduos, admite a prática de crimes culposos, com maior razão deve ser admitida a previsão legal de atos de improbidade na forma culposa (2016, p. 86).

Cabe aqui a ressalva de que, mesmo entre os autores que admitem a modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, há quem sustente que esta somente “se dá quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional, pelo desvio ético (falta de probidade)” (NEIVA, 2013, p. 9), pelo que a mera negligência, imprudência ou imperícia do agente não poderia ensejar a imputação de responsabilidade nos termos da Lei 8.429/92.

Ultrapassada a questão do elemento subjetivo, para a tipificação de uma das condutas previstas no artigo 10 da Lei 8.429/92, também se faz necessário que a conduta do agente seja ilícita, isto é, mesmo diante de uma perda patrimonial ao erário em decorrência de uma conduta que analisada *per se* seja lícita, não há que se falar em responsabilização por ato de improbidade administrativa (MORAES, 2002, p. 328).

Além disso, é imprescindível a existência de lesão efetiva ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres.

Antes de mais nada, cabe delimitar o alcance do vocábulo *erário*, que, atualmente, é considerado espécie do gênero patrimônio público, que por sua vez engloba outros bens além dos materiais. A expressão *patrimônio público* veio a ser definida pelo §1º do artigo 1º da Lei 4.717/65, como sendo não só bens e direitos de valor econômico, mas também de valor artístico, estético, histórico ou turístico (SIMÃO, 2017, p. 253).

Não obstante, o artigo 10 da LIA não tutela o patrimônio social – assim entendido os bens e valores integrantes do meio social –, muito embora encontre-se inserido no conceito de patrimônio público. Isso porque fez-se no tipo em comento a delimitação ao empregar-se a expressão *erário*, como visto, denotativo de bens e direitos de natureza econômica (SIMÃO, 2017, p. 254).

A perda patrimonial enfocada no dispositivo em comento exprime uma mutação depreciativa que importa na redução valorativa de bens, valores, direitos ou rendas, ou do seu

quantitativo, diminuindo, conseqüentemente, seu nível de riqueza constituído pela acumulação de bens e haveres de natureza material, financeira, econômica ou moral (BEZERRA FILHO, 2019, p. 176).

Além disso, a conduta ímproba não é formada simplesmente pelo dano ao erário, mas pela maneira como ele ocorre. Ele precisa ser atual – isto é, estar presente no momento do acionamento da tutela jurisdicional – e certo – resultar de fato preciso, e não corresponder a uma mera hipótese de ocorrência (SIMÃO, 2017, p. 255). Portanto, não se enquadra no art. 10 da LIA as hipóteses de dano presumido ou hipotético.

Ainda, registre-se que para a configuração do tipo insculpido no art. 10 da Lei 8.429/92 não se exige, necessariamente, a ocorrência de qualquer vantagem por parte do agente que dolosa ou culposamente acarrete prejuízo concreto ao erário público (MORAES, 2002, p. 329). Em verdade, a percepção de vantagem econômica que, ao mesmo tempo, enseje lesão ao erário se enquadra na hipótese do art. 9º, eis que, como visto, não há aplicação em concurso das figuras típicas estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa. Sobre tal aspecto, leciona Calil Simão:

Já dissemos que muitas das condutas previstas nos incisos do art. 9º, entre outras tantas não previstas, para que se enquadrem no *caput* devem sempre gerar lesão direta ao patrimônio público. Em outras palavras, os atos que enriquecerem o agente acabam causando uma lesão correspondente ao erário. A lesão ao erário é a dimensão do próprio enriquecimento patrimonial do agente público, estando por isso configurado, apesar da presença da lesão, o tipo legal de enriquecimento ilícito. A lesão ao erário é absorvida, na verdade pelo tipo legal de enriquecimento ilícito. A distinção substancial para o enquadramento do agente público nos respectivos tipos, em se tratando de condutas que geram lesão patrimonial ao Estado, é a finalidade dessa lesão. Se o agente público pratica uma conduta lesiva ao erário objetivando com essa lesão aumentar o seu patrimônio, temo a figura do art. 9º. Por outro lado, se essa mesma conduta não visa o proveito próprio, mas o proveito de outrem, temos configurado o art. 10 (2017, p. 254-255).

Por fim, faz-se necessária a existência de nexos causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário Público. Neste sentido, preleciona Mauro Roberto Gomes de Mattos que:

O prejuízo concreto aos cofres públicos, ensejador de perda do erário, devido a lesão patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres, causados pelos agentes públicos, é um dos requisitos básicos, como visto, ao enquadramento do dispositivo em comento, independentemente se houve ou não recebimento ou obtenção de vantagem patrimonial do agente. O nexo da oficialidade, verificado entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público, pelo agente, deverá estar presente, sob pena de se descaracterizar o referido enquadramento (MATTOS, 2004, p. 210/211).

De mais a mais, o advento da Lei 13.019/14 – que instituiu o marco regulatório das organizações sociais no Brasil – alterou a redação do inciso VIII do artigo 10, bem como acrescentou mais seis incisos ao rol exemplificativo de condutas passíveis de caracterizar ato de improbidade administrativa por lesão ao erário. Conforme leciona Fernanda Marinela, entre as inovações, reforçou-se a necessidade de observância do processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, antes exigida somente para o processo licitatório (2019, p. 1081).

1.5.3. Dos atos de improbidade administrativa relacionados a benefícios financeiros ou tributários indevidos (art. 10-A)

A Lei Complementar 157, de 29 de dezembro de 2016⁹, acrescentou à Lei de Improbidade Administrativa o artigo 10-A, com vigência e aplicação a partir de 30 de dezembro de 2017, pelo qual prescreve conduta específica – diferentemente do que ocorre nas demais figuras típicas – consubstanciada em “ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter” indevidamente “benefício financeiro ou tributário” de forma contrária à Lei Complementar 116/2003 (BRASIL, 2016).

O artigo em análise encontra-se assim vazado: “constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o §1º do art. 8º-A” da Lei Complementar 116/03.

Conforme leciona Calil Simão, apesar do novo tipo estar inserido como um complemento do art. 10, que cuida da lesão ao erário, a legislação acabou por conferir autonomia frente as demais figuras (2017, p. 298). Assim, o citado autor tece a seguinte crítica:

Trata-se a nosso ver de um desacerto, pois era possível inserir esse tipo como um inciso do art. 10. A proposta de autonomia está nitidamente vinculada ao fato de o legislador ter desejado estabelecer uma reprimenda menor para a infração contida no art. 10-A, bem como afastar a conduta culposa admitida pelo *caput* do art. 10 da LIA (SIMÃO, 2017, p. 298).

⁹ Conforme explica Aloísio Zimmer Júnior, “embora a Lei 8.429/92 seja uma lei ordinária e a Constituição da República, em seu art. 37, §4º, não exija lei complementar para tratar do tema, utilizou-se da figura da lei complementar nesse caso porque essa normativa trata de imposto municipal e distrital, devendo, portanto, seguir o disposto no art. 156, III, §3º, da Constituição da República” (2018, p. 216).

Volviendo à análise do novo tipo incriminador, da mera leitura de sua dicção percebe-se que estamos diante de preceito primário incompleto, ou seja, sua aplicação está condicionada à complementação por outra norma.

Com efeito, a Lei Complementar 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN –, estabeleceu que sua alíquota mínima é de 2% (art. 8-A), e que “O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar” (§1º do art. 8-A).

Em suma, percebe-se que o texto da norma é expresso ao vedar a concessão de isenções ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte na redução da carga tributária (BEZERRA FILHO, 2019, p. 266).

O objetivo do dispositivo em comento foi estimular uma regra geral a ser seguida, estabelecendo uma alíquota mínima, cuja funcionalidade é evitar uma “guerra fiscal” entre os municípios na busca de atrair novas empresas com isenções e alíquotas menores (SIMÃO, 2017, p. 298).

Por fim, vale salientar que esta nova espécie de ato de improbidade administrativa não se estende a todo e qualquer tributo, mas tão somente ao ISS que foi objeto de tratamento pela LC 157/16. Com efeito, a concessão indevida de isenções tributárias continua sendo considerada ato de improbidade que causa dano ao erário, nos moldes do art. 10 da Lei 8.429/92, não estando abarcada na nova espécie legislativa (CARVALHO, 2017, p. 970).

1.5.4. Dos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11)

Seguindo na análise dos atos de improbidade administrativa em espécie, diz o *caput* do art. 11 da Lei 8.429/12 que “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”. Na sequência, elenca rol exemplificativo de condutas passíveis de se enquadrar no tipo legal em comento, 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.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.
- X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (BRASIL, 1992)

Volvendo à análise dos atos de improbidade que atentam contra princípios da Administração Pública, Alexandre de Moraes elenca como necessários para sua tipificação os seguintes requisitos: (i) conduta dolosa do agente; (ii) conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público; (iii) violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; (iv) atentado contra os princípios da Administração; e (v) existência denexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração (2002, p. 330-331).

No que diz com o elemento subjetivo do tipo em questão, verifica-se que cuida exclusivamente do dolo, pois não houve expressa referência à culpa. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, para incidência do art. 11 da LIA faz-se imprescindível a comprovação da má-fé do sujeito ativo, não sendo suficiente a mera prática de irregularidade administrativa. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 931.135:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, impõe "necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa." (REsp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.05.2004) 2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre que a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca

disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

3. A doutrina do tema é assente que 'imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do caput do artigo 10 da Lei 8.429/92.' (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que "estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão 'culposa' inserta no caput do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário." (Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108).

4. Destarte, "somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa - cumulativamente com a dolosa - de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal" (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).

5. Recurso especial provido (BRASIL, 2009).

Ainda, em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o AgRg no AREsp nº 73.968 (BRASIL, 2012), entendeu que o dolo necessário para caracterização da afronta ao art. 11 da Lei 8.429/92 pode ser o dolo eventual ou genérico, sendo desnecessária a demonstração da intenção específica do agente para caracterização dessa conduta ilícita, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

LAUDO MÉDICO EMITIDO POR PROFISSIONAL MÉDICO, SERVIDOR PÚBLICO, EM SEU PRÓPRIO BENEFÍCIO. CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. REDUÇÃO.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Agravos regimentais interpostos contra decisão que deu provimento ao recurso especial, por violação do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, para reduzir a pena de multa imposta à recorrente, pela prática de ato de improbidade administrativa. A primeira agravante defende a inexistência de ato ímprobo e a desproporcionalidade da pena de multa que fora arbitrada. O segundo, que a pretensão não deveria ter sido acolhida, à luz do entendimento contido na Súmula n. 7 do STJ, e que "se a conduta ímproba é grave, a resposta judicial tem que guardar paridade e consonância com tal ato, devendo ser enérgica, sob pena de representar um incentivo à continuidade da prática de atos contrários aos princípios da legalidade e da moralidade" (fl. 788).

2. Conforme pacífico entendimento do STJ, "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei

8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011). De outro lado, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 8.937/MG, Rel.

Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/02/2012.

3. O acórdão recorrido, sobre a caracterização do ato ímprobo, está em sintonia com o entendimento jurisprudencial do STJ, porquanto não se exige o dolo específico na prática do ato administrativo para caracterizá-lo como ímprobo. Ademais, não há como afastar o elemento subjetivo daquele que emite laudo médico de sua competência para si mesmo.

4. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da prática de ato ímprobo (art. 11 da Lei n. 8.429/1992), ponderando a respeito da extensão do dano causado, do proveito patrimonial obtido, da gravidade da conduta e da intensidade do elemento subjetivo do agente, condenou a ora recorrente à multa "no valor de 20 vezes o valor da remuneração percebida, quando da sua manutenção no primeiro cargo, pelo período de 5 (cinco) anos, 1999 a 2004, esclarecendo que esta não é quantia referente à lesão ao patrimônio público".

5. Em sede de reavaliação do que fora considerado pelo acórdão a quo, atentando-se para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a multa deve ser reduzida para 5 vezes o valor da remuneração mensal que percebia pelo exercício do cargo, em razão desse valor ser suficiente para penalizar a recorrente pela conduta perpetrada. Sobre a possibilidade de readequação da pena, em sede de recurso especial, vide, dentre outros: REsp 980.706/RS, Rel.

Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/02/2011; REsp 875.425/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 11/02/2009.

6. Agravos regimentais não providos.

De outra margem, questão digna de nota diz com o caráter subsidiário ou residual da figura típica trazida pelo art. 11 da LIA. Com efeito, é intuitivo que a prática de atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) ou que causem lesão ao erário (art. 10) sempre acarretem também a transgressão a princípios constitucionais explícitos ou implícitos (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 100). Daí porque o caráter residual ou subsidiário do tipo em comento, eis que somente poderá ser aplicado nas hipóteses em que não houver enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário, caso contrário restará absorvido pelas figuras típicas mais graves.

No que diz com a previsão legal da necessidade de violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, José dos Santos Carvalho Filho explica que:

O texto referiu-se aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, mas tal relação é nitidamente aleatória. Na verdade, o legislador disse menos do que queria. O intuito é o da preservação dos princípios gerais da administração pública como consta do título da seção III. A honestidade e a lealdade às instituições são associadas à moralidade e à probidade; a imparcialidade tem elo com a impessoalidade; e a legalidade já preexiste por si própria. Não houve na conduta

genérica referência à publicidade, mas a conduta específica prevista no inciso IV ('negar publicidade aos atos oficiais') a contempla (2015, p. 1126-1127).

Ademais, quando o tipo em análise faz referência à afetação dos princípios da Administração, vale registrar que o art. 4º do mesmo diploma legal determina que os agentes públicos “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Percebe-se, portanto, a importância dos princípios jurídicos na esfera administrativa, havendo reconhecimento expresso de sua força normativa e vinculante no âmbito das relações públicas, pois caracterizada a improbidade administrativa na hipótese de violação a qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública.

Com efeito, “trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica” (OLIVEIRA, 2016, p. 89).

Por fim, no que toca à necessidade de existência de nexos causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração, reitera-se o que foi dito nos tópicos precedentes, ou seja, a norma exige uma relação de causalidade, isto é, a existência de conexão entre a violação a um princípio regente da Administração e o desempenho da atividade pública pelo sujeito ativo.

1.6. Das sanções estabelecidas pela Lei 8.429/92

Neste tópico, cuidar-se-á em abordar as sanções aplicáveis a cada um dos atos de improbidade administrativa disciplinados pela Lei 8.429/92. Trata-se de questão de suma importância à problemática central desenvolvida nesta dissertação, eis que a natureza das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa como àquelas previstas para os crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50), além da similitude entre ambas, figura como um dos argumentos invocados pela corrente que sustenta a impossibilidade de aplicação concomitante entre ambos os institutos. Não obstante, consoante será demonstrado ao longo do presente trabalho, mais especificamente nos capítulos II e III, a eventual semelhança entre as sanções não impede a existência harmônica entre ambos os institutos, eis que a diferenciação se dá em momento anterior, isto é, por ocasião da delimitação das condutas passíveis de configurar atos de improbidade administrativa ou crimes de responsabilidade.

Como cedição, sanção consiste em uma penalidade imposta ao agente que viola uma norma, impondo-lhe a perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei com o objetivo de evitar novas infrações, além da função cautelar de finalidade intimidatória a todos os destinatários.

O exame particularizado de cada uma das sanções típicas (ou próprias) da Lei 8.429/1992 revela que o diploma legal dedicou a cada uma das espécies de atos de improbidade administrativa descritas nos artigos 9º, 10 e 11 blocos de sanções respectivas nos incisos I, II e III do art. 12, e que compreendem a perda de bens, a perda da função pública, a suspensão temporária dos direitos políticos, o pagamento de multa civil, o ressarcimento do dano, e a proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (BEZERRA FILHO, 2019, p. 359-360).

Há grande divergência doutrinária em torno da natureza jurídica das sanções previstas para os atos de improbidade administrativa.

A título exemplificativo, enquanto a professora Maria Sylvia Zanella de Pietro entende que as sanções possuem natureza civil e política (2003, p. 679), o ministro Alexandre de Moraes sustenta que todas as sanções são de natureza civil (2002, p. 335). Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho se posiciona no sentido de que a suspensão dos direitos políticos é sanção política; a perda da função pública é político-administrativa; a proibição de contratar e receber benefícios, meramente administrativa; e a multa civil, ressarcimento e perda de bens e valores, são de natureza civil (2006, p. 148). Por fim, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves afirmam que

o ato ilícito de improbidade administrativa não tem natureza administrativa e suas sanções não são administrativas. Pelo contrário, ostentam características de natureza cível, utilizando o Código de Processo Civil, ressalvadas, obviamente, as singularidades da Lei n. 8.429/1992, aplica determinadas sanções com o necessário influxo do Direito Penal, fonte mor do direito sancionador (2013, p. 590).

A definição da natureza jurídica das sanções estabelecidas pela Lei 8.429/92 apresenta grande relevo à problemática central desenvolvida no presente trabalho, eis que, se entendermos possuírem natureza meramente civil, não haveria controvérsia na aplicação conjunta com àquelas estabelecidas pela Lei 1.079/50, que, por sua vez, possuem caráter político-administrativo. Todavia, a partir da concepção de que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa possuem natureza político-administrativa, abre-se margem para a divergência que se desenvolveu no âmbito do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Reclamação 2.138/DF, consoante será melhor discorrido no capítulo III.

Para os fins do presente trabalho, filiamo-nos à posição que sustenta a natureza jurídica mista das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa isto é, enquanto a suspensão dos direitos políticos possui caráter tão somente de sanção política, a perda da função pública ostenta características político-administrativa, bem como a proibição de contratar e receber benefícios da Administração Pública possui natureza meramente administrativa e a multa civil, o ressarcimento ao Erário e a perda de bens e valores são de natureza civil.

As sanções possuem dupla classificação, as quais são chamadas de sanções fixas e variáveis. As fixas consistem: (a) na perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos, (b) na perda da função pública e (c) no ressarcimento do dano. Por outro lado, as sanções variáveis correspondem à (a) suspensão temporária dos direitos políticos, (b) ao pagamento de multa civil e (c) proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (SOBRANE, 2010, p. 156).

Vejam, assim, de forma aprofundada cada uma das sanções trazidas pelo artigo 12 da Lei 8.429/92.

No que pertine à sanção de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo, esta é aplicável aos atos descritos nos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de sanção que, com amparo no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “b”, da Constituição Federal, visa punir o enriquecimento ilícito derivado da improbidade administrativa, devendo ser sempre aplicável na modalidade de improbidade descrita no artigo 10, somente será aplicável a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, quando concorrer o enriquecimento ilícito de terceiro (HOLANDA JÚNIOR; TORRES, 2015, p. 392).

Nesse sentido, estabelece o artigo 6º da Lei 8.429/92 que “no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. Este dispositivo, embora tenha sido criticado pela doutrina por sua inutilidade em razão de repetir comando já existente nos artigos 3º e 12 da mesma lei, ainda assim, serve:

(...) para demonstrar a preocupação do legislador em coibir o reconhecimento ilícito, chegando a utilizar o inusitado artifício de estatuir um dispositivo idêntico a outros dois em um diploma legal que contém apenas vinte e cinco agentes (GARCIA; ALVES, 2013, p. 608).

Lembra José Antonio Lisboa Neiva que:

(...) a medida consubstanciada na perda dos bens, em princípio, deve atingir os bens que foram agregados indevidamente ao patrimônio do agente ímprobo. Por sua vez, se estes desaparecerem ou foram consumidos, em virtude de suas características,

possível a substituição e incidência em outros bens, inclusive valores, existentes em poder do réu (2013, p. 191).

Como expõe Eurico Ferraresi:

(...) o agente público ou o terceiro não perdem bens ou valores; apenas restituem o que ilicitamente tomaram do Estado. Tecnicamente, a perda dos bens ou valores não tem natureza de sanção, mas de restituição do que subtraído do patrimônio público (2011, p. 139).

Em verdade, bens ou valores foram ilicitamente acrescidos ou porque desviados do patrimônio estatal ou porque foram apropriados de particulares sem causa lícita por conta de função pública exercida.

No que diz respeito ao ressarcimento integral do dano, esta sanção consiste na responsabilização civil destinada a reparar os danos causados pela ação ou omissão do agente público ao *status* de riqueza anterior ao fato danoso. O ressarcimento pressupõe a existência de prejuízo material causado ao erário pelo agente com sua conduta desonesta, que afete a integralidade de bens ou valores, estejam ou não, sob sua guarda ou responsabilidade. A questão nodal deste dispositivo é caracterizar a responsabilidade civil do agente pelo resultado patrimonial que diminuiu, reduziu ou desviou algo do acervo da entidade pública pela sua participação em razão do cargo ou função pública (HOLANDA JÚNIOR; TORRES, 2015, p. 449). Ou seja, o ressarcimento do dano, já previsto no art. 5º da Lei 8.429/92, é preceito que se enraíza nas tradicionais disposições do sistema jurídico, consistindo na recomposição do patrimônio lesado. Como já acenado, não se trata propriamente de sanção, mas, obrigação resultante da prática de ato ilícito (MARTINS, 2017 b).

Ressalte-se, porém, que o dever jurídico de reparação civil inerente ao agente público pressupõe que ele tenha agido com dolo ou culpa, eis que o §6º do artigo 37 da Carta Política se refere a qualquer daquelas modalidades para autorizar o dever indenizatório dos agentes públicos. Outro aspecto relevante é a imprescritibilidade quanto aos prejuízos causados ao erário, nos termos do §5º do artigo 37 da Carta Magna. A dimensão do dano suportado pelo erário poderá ser demonstrada na fase instrutória da demanda de improbidade administrativa e também pelo posicionamento dos Tribunais de Contas da União, Estados ou Municípios, servindo de elemento informativo relevante para a conclusão dessa definição econômica ou financeira, visto que cabe à Corte de Contas a fiscalização contábil, operacional e patrimonial das contas públicas considerando os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. (BEZERRA FILHO, 2019, p. 364-365). Ponha-se de relevo que a condenação de ressarcimento

ao erário se transmite aos sucessores o condenado, pois “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança” (Código Civil, artigo 943).

Em relação à perda da função pública, esta sanção é inerente à conduta típica, própria daqueles que exigem ser o agente portador de capacidade especial, cujo sujeito ativo seja qualquer agente público ou político no exercício de atividade funcional no âmbito da administração pública (BEZERRA FILHO, 2019, p. 364).

Conforme explica Aluísio Bezerra Filho:

A significação deste tipo próprio exclui desta sanção específica o terceiro particular ou *extraneus*, que tenha auferido vantagem com sua participação, do ato de improbidade, mas que está sujeito a outras penas previstas neste diploma legal. Sobreleva assinalar que a perda da função pública poderá ocorrer pela via administrativa com a instauração de processo administrativo regular, na forma da lei, com a observância das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. A perda da função pública resulta na desinvestidura do titular de cargo efetivo pelo instituto da demissão no caso de falta grave, ou pela exoneração quando o cargo for comissionado. A renúncia é para os titulares de cargos eletivos. Diante de uma situação anormal, é dever jurídico do dirigente do órgão público instaurar de imediato o processo administrativo para apurar a responsabilidade em cada uma de suas modalidades (2019, p. 365).

Há uma situação que merece atenção para aquele agente público que exerce dois cargos efetivos legalmente cumulativos, por exemplo, um, de professor, outro, de técnico. Se o ato de improbidade se deu em função do cargo técnico, não poderá ele ser penalizado com a perda do cargo de professor, que não foi utilizado no resultado alcançado por sua conduta de improbidade, posto que terá de haver o nexo da função atingida com o resultado produzido, porquanto a conduta de improbidade está intrinsecamente vinculada ao exercício do cargo ou função emanadora do ato atacado (BEZERRA FILHO, 2019, p. 365). Por outro lado, o alcance da decisão da perda de função pública poderá atingir o titular do cargo comissionado e o seu cargo efetivo no serviço público, mesmo que o ato objeto da improbidade tenha sido no exercício daquele (BEZERRA FILHO, 2019, p. 366).

E, finalmente, no que diz com as sanções classificadas como variáveis, especificamente em relação à multa civil, conforme já apontado nos comentários feitos à natureza jurídica das sanções derivadas dos atos de improbidade administrativa e como o próprio nome deixa entrever, a multa civil tem natureza cível, não tendo natureza penal. Não obstante, a multa civil tem caráter sancionatório, sendo, portanto, uma multa punitiva, o que afasta qualquer caráter indenizatório. Com efeito, a indenização “consuma-se pela sanção de reparação integral do dano” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1098).

O parâmetro de aplicação do *quantum* da multa civil variará de acordo com a modalidade do ato de improbidade praticado. Na improbidade que importa enriquecimento ilícito a base de cálculo será o acréscimo patrimonial obtido pelo agente; na improbidade que causa prejuízo ao Erário a base de cálculo será o valor do dano provocado pelo agente; e na improbidade por violação aos princípios da Administração Pública a base de cálculo será a remuneração percebida pelo agente. Explicam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves que “o artigo 12 da Lei n. 8.429/1992, em seus três incisos, procura cominar as multas passíveis de aplicação ao ímprobo de forma correlata à natureza do ato por ele praticado” (2013, p. 670).

O parâmetro utilizado para a multa civil no caso de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (remuneração percebida pelo agente) faz com que em haja certa dificuldade em sua aplicabilidade em duas situações: i) quando haja a figura do terceiro partícipe ou beneficiário; e ii) quando o agente público exerça gratuitamente suas funções. Na primeira situação referida, conforme apontam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o terceiro estará “sujeito à multa cominada no inciso III do artigo 12, sendo a remuneração do agente público parâmetro a ser seguido para a sua fixação”, acrescentando os citados autores que:

(...) a condição do agente público possibilitará a incidência da tipologia legal, que deve ser concebida na perspectiva de sua unidade, fazendo que todos os envolvidos respondam pelo mesmo ato e incidam no mesmo feixe de sanções a ele cominado, ainda que sejam distintos os valores relativos aplicados a cada qual (2013, p. 670).

A doutrina vem sustentando que “o produto da multa civil deve ser destinado à pessoa jurídica que sofreu a lesão patrimonial” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1098). Com efeito, embora a Lei 8.429/92 não seja expressa quanto à destinação da multa civil, tendo em vista o disposto em seu artigo 18 e “não sendo aplicável às condenações por ato de improbidade o disposto no artigo 13 da Lei n. 7.347/1985”, “o sujeito passivo sempre será o ente aglutinador de todo o numerário originário do ímprobo, quer de natureza indenizatória, quer punitiva, o que é derivação do próprio vínculo mantido entre ambos” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 673).

No que tange a sanção de proibição de contratar com o Poder Público, além do caráter punitivo, tem a função de garantir a “segurança das relações jurídicas a serem estabelecidas” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 674), por esta regra, a pessoa física ou jurídica passa a ter um pressuposto legal negativo que o impossibilita de participar de processo licitatório para a venda de bens ou produtos, contratação de serviços ou qualquer outra relação contratual com entidades públicas, de qualquer das esferas de Poder (BEZERRA FILHO, 2019, p. 371). Segundo Calil

Simão, os efeitos desta sanção se projetam para o futuro (2017, p. 821). Está sanção, em razão de sua natureza, independe da efetiva ocorrência de dano e sim da gravidade real do fato (SIMÃO, 2017, p. 821).

Quando o agente sofre esta sanção, isso significa que, embora seja capaz na vida civil, não terá legitimidade para contratar com o Poder Público. Não é paralisada a sua capacidade negocial de maneira geral, mas tão só restringida com relação à contratação com o Estado (SIMÃO, 2017, p. 822). Vale ressaltar que esta condição vai além da de licitar, incidindo na proibição de contratar mesmo nos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação, tendo em vista que a proibição é de realizar qualquer negócio jurídico com o Poder Público (SIMÃO, 2017, p. 822). Ela também se dirige a todos os entes públicos, seja ele municipal, estadual distrital ou federal, independentemente, também, do ente federado a que esteja vinculado o órgão contra o qual foi reconhecida a conduta ímproba.

É taxativa a Constituição Federal em seu artigo 15, ao utilizar as expressões vedada à cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos por ela descritos. Ao dizer que é vedada, a norma cria uma proibição expressa com relação à inclusão, de qualquer outra situação, pelo legislador ordinário (SIMÃO, 2017, p. 812). Entre as situações de suspensão encontra-se a condenação por ato de improbidade administrativa, nos termos do parágrafo 4 do artigo 37 e artigo 15, inciso V, ambos da Constituição Federal.

A procedência da ação de improbidade não gera, de forma automática, a suspensão dos direitos políticos. As sanções aplicadas nos casos de improbidade administrativa possuem formas e graduações estabelecidas na legislação especial por força do parágrafo 4 do artigo 37 da CF, e, em razão disso, deverão constar expressamente lançadas na decisão condenatória (SIMÃO, 2017, p. 812). Assim, para que haja suspensão dos direitos políticos com base no inciso V do artigo 15 da CF, o demandado deverá ter sido condenado a essa sanção (SIMÃO, 2017, p. 813). Caso contrário, quando apenas for condenado nas demais penalidades, não terá o seu direito político suspenso (SIMÃO, 2017, p. 813).

1.7. Independência das instâncias civil, penal e administrativa

Nas lições de José Antonio Remedio o sistema jurídico brasileiro possibilita que, de um mesmo ato ou fato, possam decorrer efeitos jurídicos diversos, de modo que um comportamento pode ser simultaneamente considerado ilícito civil, administrativo e penal, mas também pode

repercutir somente em uma dessas instâncias, razão pela qual decorre a relativa independência entre as esferas civil, penal e administrativa (2015, p. 729).

Com efeito, os atos de improbidade administrativa estampados na Lei 8.429/92 podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Nesse caso, nada impede a instauração de processos nas três instâncias, eis que a esfera administrativa vai apurar o ilícito segundo as normas estabelecidas pelo estatuto funcional, a instância civil vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções da Lei 8.429/92 e a seara penal vai apurar o ilícito segundo as figuras típicas do Código Penal e legislação extravagante (DI PIETRO, 2015, p. 978-979).

A autonomia e independência das instâncias judiciais no que pertine à responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa advém da própria Constituição Federal, que na redação do §4º do artigo 37 expressamente fez constar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Do mesmo modo, a Lei 8.429/92 também cuidou de registrar a independência entre instâncias, ao consignar em seu artigo 12 que as sanções ali previstas podem ser aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Aliás, ao tratar da independência das instâncias judicial e administrativa, o Supremo Tribunal Federal já asseverou no julgamento do MS nº 26.969 que “a fiscalização do TCU não inibiria a propositura de ação civil pública, mesmo porque, na hipótese de condenação ao final do processo judicial, bastaria comprovar a quitação do débito na esfera administrativa ou vice-versa” (BRASIL, 2014), conforme ementa a seguir transcrita:

1. O Tribunal de Contas tem atribuição fiscalizadora acerca de verbas recebidas do Poder Público, sejam públicas ou privadas (MS nº 21.644/DF), máxime porquanto implícito ao sistema constitucional a aferição da escorrita aplicação de recursos oriundos da União, mercê da interpretação extensiva do inciso II do art. 71 da Lei Fundamental. 2. O art. 71, inciso II, da CRFB/88 eclipsa no seu âmbito a fiscalização da Administração Pública e das entidades privadas. 3. É cediço na doutrina pátria que “o alcance do inciso [II do art. 71] é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, sem seu sentido amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, (...)”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 564). 4. O Decreto nº 200/67, dispõe de há muito que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”. 5. O Tribunal de Contas da União, sem prejuízo de sua atuação secundum constitutionem, atua com fundamento infraconstitucional, previsto

no art. 8º da Lei Orgânica desse órgão fiscalizatório. 6. As instâncias judicial e administrativa não se confundem, razão pela qual a fiscalização do TCU não inibe a propositura da ação civil pública, tanto mais que, consoante informações prestadas pela autoridade coatora, “na hipótese de ser condenada ao final do processo judicial, bastaria à Impetrante a apresentação dos documentos comprobatórios da quitação do débito na esfera administrativa ou vice-versa”. Assim, não ocorreria duplo ressarcimento em favor da União pelo mesmo fato. 7. Denegação da segurança, sem resolução do mérito, diante da falta de apresentação, nesta ação, de fundamento capaz de afastar a exigibilidade do título constituído pelo TCU em face da Impetrante, ficando ressalvado, ex vi do art. 19 da Lei nº 12.016, o direito de propositura de ação própria, ou mesmo de eventual oposição na execução fiscal ou na ação civil pública para o afastamento da responsabilidade da Impetrante”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão atinente à independência entre instâncias nos autos do Inquérito nº 3644, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, publicado em 13/10/2014, consignou que “há de se aplicar o princípio da independência relativa dos juízos cível, criminal e administrativo, que permite que as esferas atuem juntas, sem, contudo, afetarem-se de modo a prejudicar a punição daquele que mereça sanção por ilícito penal” (STF - Inquérito 3644/AC, Relator Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 09/09/2014).

Ainda, pela sistemática de repercussão geral, a Suprema Corte já havia reafirmado a independência de instâncias, conforme ementa do julgamento do ARE nº 691.306 (BRASIL, 2012) abaixo transcrita:

SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Processo administrativo. Falta disciplinar. Exclusão da corporação. Ação penal em curso, para apurar a mesma conduta. Possibilidade. Independência relativa das instâncias jurisdicional e administrativa. Precedentes do Pleno do STF. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. Recurso extraordinário a que se nega provimento. [...].

A título exemplificativo, a orientação acima exposta permanece inalterada, conforme decisão recente nos autos do ARE 1.120.423 do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário com agravo – Alegada violação a preceitos constitucionais – Controvérsia suscitada no ARE 748.371-RG/MT – Matéria a cujo respeito não se reconheceu a existência de repercussão geral – Servidor público – Pretendido reconhecimento de nulidade do processo administrativo disciplinar – Ofensa indireta à Constituição – Contencioso de mera legalidade – Reexame de fatos e provas – Impossibilidade – Súmula 279/STF – Imposição de sanção administrativa de demissão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – Vulneração do princípio constitucional da não culpabilidade – Inocorrência – Autonomia da esfera penal e da instância administrativa – Decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal – Consequente inviabilidade do recurso que a impugna – [...] – Agravo interno improvido (BRASIL, 2019).

Segundo Fernanda Marinela, a comunicabilidade das instâncias é medida excepcional, que somente se justifica diante de algumas hipóteses específicas, nas quais a decisão na esfera penal opera efeitos nas esferas cível e administrativa, fazendo coisa julgada, a saber: a) decisão penal absolutória que nega a existência do fato criminoso ou sua autoria; b) sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado numa das hipóteses de excludentes de ilicitude (2019, p. 1071-1072).

2. CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Superada a análise da improbidade administrativa tal qual prevista no §4º do artigo 37 da Constituição Federal e disciplinada pela Lei 8.429/93, para completa delimitação da problemática e para que se possa compreender a dicotomia na responsabilização dos agentes políticos, impende debruçarmos a análise sobre os crimes de responsabilidade.

Com efeito, antes de verificarmos o acerto ou desacerto da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Reclamação 2.138/DF, mostra-se necessário verificar a natureza dos crimes de responsabilidade e de suas respectivas sanções, com o escopo de verificar os pontos de convergência e divergência com os atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92.

A responsabilidade é uma premissa inafastável do Sistema Republicano, tanto é que até mesmo o Presidente da República, ainda que aparado em cláusula de irresponsabilidade relativa, pode vir a ser afastado do cargo, processado e julgado por delitos funcionais – art. 52, inciso I, da CF –, sem prejuízo de ser punido pela prática de crimes comuns – art. 102, inciso I, b, da CF –, ou seja, no exercício do *munus* que lhe foi confiado, não poderá ser processado por atos estranhos à sua função, mas poderá sim sofrer punição por ações levianas e impensadas, que causem prejuízo ao erário público (BULOS, 2014, p. 1253).

A previsão constitucional de normas especiais de responsabilização do Presidente da República, tanto por delitos político-administrativos quanto por infrações criminais, serve como um contrapeso àquele que tem a direção administrativa do Estado, objetivando neutralizar eventuais excessos ou abusos (BULOS, 2014, p. 1254).

José Afonso da Silva explica que o Presidente da República poderá, pois, cometer crimes de responsabilidade e crimes comuns, sendo estes definidos na legislação penal comum ou especial, enquanto aqueles distinguem-se em infrações políticas – atendado contra a existência da União, contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e contra a segurança interna do País (art. 85, incisos I a IV) – e crimes funcionais – como atentado contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (art. 85, incisos V a VII) (SILVA, 2017, p. 556-557).

Aqui cabe a ressalva de que não somente o Presidente da República poderá ser julgado por crime de responsabilidade, mas também o Vice-Presidente da República (art. 52, I, CF), os

Ministros de Estado (art. 52, II, CF), os Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 52, II, CF), o Procurador-Geral da República (art. 52, II, CF), o Advogado Geral da União (art. 52, II, CF), assim como também Governadores e Prefeitos (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1588).

Além disso, é importante registrar desde já que os crimes de responsabilidade não são crimes em sentido próprio, mas, na verdade, constituem infrações político-administrativas, cuja incidência enseja o chamado processo de *impeachment*¹⁰ (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 407).

Com efeito, o processo de *impeachment* no Brasil é análogo ao existente nos Estados Unidos da América, onde o constituinte buscou sua inspiração desde a Primeira República, sendo estabelecido em todas as Constituições republicanas até a Constituição de 1988 (BONAVIDES *et al.*, 2009, p. 1122-1123). José Cretella Júnior faz a ressalva de que os crimes de responsabilidade enumerados no texto constitucional vigente são praticamente os mesmos que constavam da Constituição de 1891 (1991, V. 5, p. 2932).

Passemos, pois, ao necessário aprofundamento da matéria.

2.1. Evolução histórica e aspectos constitucionais dos crimes de responsabilidade

A expressão crimes de responsabilidade surgiu no Brasil em 16 de dezembro de 1830, data em que foi sancionado o Código Criminal do Império, constando de seu artigo 308, 1º, para aludir àqueles delitos em que sujeitos ativos eram os ministros e secretários de Estado (BULOS, 2014, p. 1256).

A partir de então, reiteraram-na não somente o legislador ordinário, mas também os Textos Constitucionais de 1891 (arts. 28 e 34), de 1934 (art. 57, *caput*), de 1946 (art. 89, *caput*), de 1967 (art. 84, *caput*, e parágrafo único), com a sua Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 82, *caput*, e parágrafo único), e de 1988, que repetiu a velha e defeituosa denominação dez vezes (BULOS, 2014, p. 1257). Somente a Carta de 1824 não se valeu da terminologia, muito embora previsse normas sobre a responsabilização dos ministros, secretários e conselheiros de Estado (arts. 38 e 47, II, c.c. art. 133).

A Constituição Federal de 1988 assinala em seu art. 52, inciso I, que compete, privativamente, ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da

¹⁰ A expressão *impeachment* proveniente do verbo inglês *to impeach*, serve para designar tanto o processo parlamentar bifásico contra o Presidente da República e outras autoridades, como a pena final atribuível, qual seja a destituição do cargo ocupado (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 407).

República nos crimes de responsabilidade, depois de autorizado o respectivo processo por dois terços dos membros da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 51, inciso I.

Na sequência, a Carta Magna indica em seu artigo 85 os atos do Presidente da República que podem caracterizar crimes de responsabilidade, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988)

Analisando detidamente o dispositivo destacado, percebe-se que a expressão especialmente constante do *caput* imprime caráter exemplificativo aos atos do Presidente da República passíveis de caracterizar crimes de responsabilidade.

Com efeito, “especialmente significa principalmente, mas não exclusivamente, razão pela qual qualquer violação à Constituição Federal que não esteja elencada nos incs. I a VII nem por isso deixa de ser crime de responsabilidade” (MARTINS, 2000, p. 389).

O inciso I cuida da ação ou omissão do Chefe do Poder Executivo que ponha em risco ou prejudique a existência da União Federal e a integridade do território nacional, eis que cabe a ele o dever de zelar pela sua proteção. À evidência, o que se pretendeu proibir foi o atentado à Federação¹¹, eis que seria consequência direta do desaparecimento da União, pois das unidades federativas esta é a que possui mais forças (MARTINS *et al*, 2000, p. 391). Em suma, “a expressão ‘existência da União’ não é exata, considerando o seu alcance. De fato, o que se pretende proteger é a integridade nacional, seja com relação à forma federativa adotada, seja

¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que “a Constituição vigente conservou a proibição de abolir a Federação já dotada em 1891. Todas as Constituições brasileiras, aliás, com exceção da Carta de 1937, expressamente proibiram o poder constituinte derivado de abolir o Estado federal, transformando-o em unitário. Isso, porém, não impediu nem impede a constante centralização que se nota na história republicana. Embora inafastável, a Federação tem sofrido inegável esvaziamento, como comprova especialmente a Constituição vigente. Caberia até indagar se ainda hoje é o Brasil, realmente, um Estado federal. Essa indagação, no entanto, presumiria estabelecida de modo insofismável a distinção entre Estado federal e Estado unitário descentralizado. Ora, tal distinção é extremamente controversa. Entre um e outro tipo de Estado, há uma zona cinzenta onde se multiplicam tipos intermediários que não se enquadram num ou outro molde, batizados ao sabor das conveniências políticas ou das tradições de Estado federal ou de Estado unitário” (1992, v.2, p. 91-92).

pela garantia da independência e soberania nacionais, conforme os princípios contidos nesta Constituição” (BRASIL, 1989, p. 480).

Em relação ao inciso II, a preservação da autonomia estadual e de seus pressupostos constitucionais, configuradores da forma federativa do Estado, assim como a observância e garantia do princípio constitucional da independência e separação dos Poderes, são deveres do Presidente da República, cuja inobservância também caracteriza crime de responsabilidade. Wolgran Junqueira Ferreira assim comenta o dispositivo:

São crimes contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais: a) tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas câmaras; b) usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação, para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer seu mandato, bem como, conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção; c) violar imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais; d) permitir que força estrangeira transite pelo território do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional; e) opor-se diretamente e por fatos, ao livre exercício do poder judiciário ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; f) usar de violência ou ameaça, para constranger juiz ou jurados, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato de ofício; g) praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo; h) intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais (1989, p. 674-675).

Neste ponto, interessante o posicionamento adotado por Ives Gandra Martins, no sentido de que o uso abusivo da medida provisória é capaz de caracterizar crime de responsabilidade, “na medida em que tolhe a possibilidade de o Poder Legislativo legislar” (2000, p. 396). Com efeito, sustenta o aludido autor:

De rigor, desde 5 de outubro de 1988 o Poder Legislativo mais cuidou de medidas provisórias do que de produzir sua própria legislação, já tendo sido editadas, quando escrevi estes comentários, mais de 1.400 medidas provisórias em pouco mais de sete anos. Algumas delas, inclusive, atingem a própria dignidade do Congresso, como aquela de n. 1.046/95, que proíbe a eficácia do art. 16, §2º, da Lei n. 8.880/94, artigo promulgado pelo Senado Federal, pois decorrente de derrubada de veto. Ora, o Presidente da República, ao tirar eficácia de lei promulgada pelo Senado, reestabeleceu o veto, violentando o livre exercício do Poder Legislativo. Apesar de derrubado o veto, prevalecem os efeitos do veto e não da lei. Por outro lado, as sucessivas reedições de medidas provisórias antes do prazo de discussão do veículo presidencial no Parlamento acarretam, como consequência, o direito de o Poder Executivo ser o Poder Legislativo e inviabilizar o Poder Legislativo de legislar, pois não permite sequer que se esgote o prazo de tinta dias para a reedição. Atentou, também, a meu ver, conta o livre exercício do Poder Judiciário a intervenção do Presidente Itamar Franco no que diz respeito a sua autonomia financeira, na decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal em definir os parâmetros de reajustes dos vencimentos dos Ministros. E, de forma variada, no curso da vida atual da Constituição tem havido violações e atentados ao livre exercício dos Poderes

mencionados, mas sem maiores reflexos, à falta de questionamento juntos aos poderes competentes (MARTINS *et al*, 2000, p. 397-398).

De qualquer modo, para efeitos constitucionais, caracteriza crime de responsabilidade capaz de ensejar o *impeachment* do Presidente da República qualquer ato que atente contra o livre exercício dos Poderes mencionados, nas três esferas da Federação.

Já o inciso III pretende a responsabilização na hipótese de desrespeito ao pleno exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, eis que corolários do Estado Democrático de Direito. Á evidência, o inciso em questão faz a distinção dos três tipos de direitos fundamentais para superar o aspecto formal, conformando seu aspecto estrutural, na medida em que o atentado, por parte do Presidente da República, aos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou políticos, seria suscetível de responsabilização, com a caracterização de crime de responsabilidade (MARTINS *et al*, 2000, p. 404).

Por sua vez, o inciso IV cuida de omissões ou excessos do Presidente que possam comprometer a segurança interna e a ordem pública do País. Ives Gandra Martins explica que

O Supremo Tribunal Federal, pelo voto de Aliomar Baleeiro, entendeu que ‘segurança nacional’ deveria ser limitada a visão mais restrita, vinculando-a exclusivamente à preservação da estabilidade das instituições e da ordem em face do inimigo externo ou de comoções intestinas, não se estendendo, pois, a qualquer atividade ou exercício dos direitos inerentes à cidadania (2000, p. 407).

Analisando o inciso IV do art. 85 da Carta Política de 1988, José Cretella Júnior informa:

A segurança interna – estado estático, de tranquilidade – depende de contínua e intensa atividade, destina à manutenção da ordem pública – estado dinâmico dos agentes do estado –, mediante uma série de medidas preventivas e repressivas. Decorrendo da lei, que cabe ao Chefe do Poder Executivo aplicar, de ofício, a manutenção da segurança ou ordem interna inscreve-se como a mais relevante das funções que a Carta Política outorga ao Presidente da República, cabendo a este zelar pela ordem pública. Caso qualquer ato ou omissão do Presidente tenha como consequência a perturbação da segurança interna do país, será o Chefe do Executivo submetido a procedimento especial e, condenado, perderá o cargo (1991, p. 2936-2937).

O quinto aspecto a ser examinado nos crimes de responsabilidade diz respeito à improbidade administrativa, eis que, nos termos do inciso V, na condição de dirigente máximo da administração federal, deve observar o Presidente o dever de probidade, sob pena de incidir em infração político-administrativa. Sobre o tema, segue percuciente análise de Ives Gandra Martins:

Indiscutivelmente o mal maior que pode afetar o Poder Executivo é a improbidade administrativa. Já Hauriou fazia menção ao princípio da moralidade pública, como o mais relevante da Administração. A Constituição Federal de 1988 consagrou-o expressamente ao lado dos princípios da impessoalidade, legalidade e publicidade, dando-lhe, todavia, relevância maior, visto que a legalidade conforma todo o sistema jurídico pátrio, a publicidade está na essência do ato administrativo e a impessoalidade resta estritamente vinculada ao princípio da moralidade, pois os favorecimentos e os tratamentos diferenciais só podem prejudicar o Estado como prestador de serviços através dos agentes públicos. Estou pessoalmente convencido de que o mais relevante princípio da Administração Pública é o da moralidade, visto que o agente público, representando a sociedade, deve servi-la, devolvendo-lhe em serviços o dinheiro que dela foi retirado através de tributos e imposições diversas, não se admitindo que se aproprie do que não lhe pertença por força do cargo que ocupa. E, quando a improbidade é manifestação do Presidente da República, a gravidade é consideravelmente maior, razão pela qual deve ser duramente punida (MARTINS *et al.*, 2000, p. 412-415).

Neste inciso V reside a previsão que conflita com a Lei 8.429/92, porquanto, ao considerar que atos que atentem contra a probidade na administração são passíveis de caracterizar crime de responsabilidade, a Carta Política faz incidir sua tutela, frise-se de forma extremamente ampla e genérica, sob condutas ímprobas dos agentes políticos, especificamente do Presidente da República, suscitando divergências quanto à possibilidade de aplicação concomitante de ambos os institutos.

Ocorre que, conforme será aprofundado no capítulo 2.3, em que pese a previsão constitucional de responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa e, da mesma forma, a previsão de crimes de responsabilidade aos agentes políticos em decorrência da inobservância do dever de probidade, na prática, as condutas estabelecidas pela legislação que as disciplina, notadamente a Lei 8.429/92 e a Lei 1.079/50 respectivamente, não se confundem e são bastante distintas, afastando a incompatibilidade entre os referidos institutos.

O inciso VI visa coibir prejuízos decorrentes de atrasos na iniciativa privativa do Chefe do Executivo de enviar ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária anual, além dos projetos de lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que o orçamento “é o plano de despesas do Estado, plano este obrigatório para cada um dos poderes, como lei que é” (1992, p. 170). Prossegue o autor explicando que

O desrespeito ao orçamento, em especial, pela realização de despesas sem autorização, ou excedentes da autorização, viola essa regra constitucional, configura, portanto, insofismável atentado contra a Constituição. Não é de estranhar, desse modo, que tal infração seja capitulada como crime de responsabilidade (FERREIRA FILHO, 1992, p. 170).

Não obstante, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já teve orientação no sentido de que não constitui crime de responsabilidade a desobediência a lei orçamentária, desde que motivos de relevância e de urgência justifiquem tal desobediência em prol do interesse público, conforme decidido na AP nº 293 (BRASIL, 1994):

AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL E CO-RÉU. DENUNCIA POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 177, PAR. 1., III, E 299, DO CÓDIGO PENAL, E AO ART. 34, I, DA LEI N. 4.595, DE 1964. NÃO RESTOU COMPROVADO, NOS AUTOS, RELACIONAMENTO FRAUDULENTO, NAS OPERAÇÕES ENTRE ECONOMISA S.A, E SERPREM S.A, NOTADAMENTE, A VISTA DOS DISPOSITIVOS DA LEI PENAL EM QUE A DENUNCIA PRETENDEU ENQUADRADOS OS REUS. A ACUSAÇÃO RELATIVA A EMISSAO DE "AUTORIZAÇÃO DE PAGAMENTO (APS.)" NÃO POSSUI CONSISTENCIA NO SENTIDO DE CARACTERIZAR CRIME DE FRAUDE NA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE, POR PARTE DOS DENUNCIADOS, COMO, DE RESTO, CONCLUIRAM, DESDE O INICIO, OS RELATORIOS DA COMISSAO DE INQUERITO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E DA POLICIA FEDERAL, AO NÃO DAREM POR COMPROVADAS INFRAÇÕES PENAIIS NOS NEGOCIOS APURADOS DE ECONOMISA S.A.. OS DELITOS DE FRAUDE E ABUSOS NA ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE POR AÇÕES, IMPUTADOS AOS REUS, NÃO SE COMPROVARAM. DENUNCIA JULGADA IMPROCEDENTE, ABSOLVIDOS OS REUS, COM BASE NO ART. 386, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Por fim, o inciso VII exige do Presidente a estrita observância aos princípios da legalidade e do acesso ao Judiciário, pilares de um Estado Democrático de Direito (BONAVIDES *et al.*, 2009, p. 1133-1134). Por razões óbvias, enquanto líder máximo de uma nação, cabe ao Presidente da República dar o exemplo ao cumprir as leis de seu país e respeitar as decisões judiciais, já que cabe ao Poder Judiciário a interpretação definitiva das leis existentes. Todavia, pertinente a crítica tecida por Ives Gandra Martins no sentido de que “sempre que a democracia entra em crise, os descumprimentos à lei e às decisões judiciais são a regra de quem tem força, e, no Brasil, em pouco mais de cem anos de República, tais ocorrências resultaram não no *impeachment* do Presidente, mas em rupturas da ordem institucional” (2000, p. 424/425).

Além dos sete incisos sobreditos, cabe registrar que a Constituição Federal prevê mais uma espécie de conduta passível de caracterizar crime de responsabilidade no próprio *caput* do art. 85, notadamente os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal (MARTINS *et al.*, 2000, p. 387).

Nota-se que, por fim, em estrita observância ao princípio da legalidade, a própria Constituição estabeleceu no parágrafo único do aludido dispositivo que os crimes de responsabilidade “serão definidos em lei especial”.

Cabe a ressalta de que quando se fala em *lei especial*, na verdade é preciso lei federal definindo quais as condutas passíveis de caracterizar crime de responsabilidade. Um decreto legislativo, uma medida provisória, uma resolução, por exemplo, não podem dispor sobre a matéria, que se encontra adstrita ao princípio da reserva de lei em sentido formal, a ser elaborada pelos deputados federais e senadores da República (BULOS, 2014, p. 1257). Nesse sentido o entendimento da Suprema Corte exarado nos autos da ADI 834:

Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado- membro - como sustentam autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembleia Legislativa (BRASIL, 1999).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal considera que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu próprio conteúdo penal, na competência exclusiva da União, conforme a súmula vinculante 46, segundo a qual “são de competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento” (STF - Súmula Vinculante 46. Data de Publicação: 17/04/2015).

Assim, atendendo à previsão constitucional, ainda sob vigência da Constituição de 1946, foi editada a Lei 1.079/50, que definiu os respectivos crimes de responsabilidade, valendo frisar que, embora promulgada sob regime jurídico anterior, foi recepcionada, em parte, pela atual Constituição da República, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (TAVARES e PRADO, 2016, p. 40).

2.2. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade

Paulo Brossard assevera que “repetidas vezes a Constituição fala em crimes”, empregando a locução indiscriminadamente (1992, p.62). Prossegue o citado autor afirmando que “esta falha da Lei Básica, que reiteradamente se refere de modo equivocado a crimes de responsabilidade, ora com sentido de infração política, ora na acepção de crime funcional, tem concorrido para a defectiva sistematização do instituto concernente à responsabilidade presidencial” (1992, p. 65).

Em verdade, desde o Primeiro Reinado a locução defeituosa se insinuou na linguagem legislativa e não mais foi abandonada,

ora aludindo àqueles delitos por que são responsáveis os ministros e secretários de Estado, ora designando certas espécies de crimes comuns, definidos no Código de 1830, ou seja, *delicta in officio*, crimes de função, *delicta propria* dos que exercem funções públicas; desde esse momento a locução nunca mais foi abandonada, Repetiram-na as leis; os legisladores a citaram; a ela recorreram escritores. E muitos por ela passaram sem sequer se aperceberem do vício que divulgavam (CHAVES, 1960, p. 37, *apud* BROSSARD, 1992, p. 68-69).

Do mesmo modo, Uadi Lammêgo Bulos pontifica que as constituições, de modo geral, adotam a locução *crime de responsabilidade* sem maior esmero técnico ou preocupação científica, sendo “factível afirmar que a espécie, além de ambígua, constitui uma peculiaridade do Direito Positivo brasileiro, pois se refere a crimes político-administrativos não sancionados com penas de caráter criminal” (BULOS, 2014, p. 1255).

Assim, por tradição, se atribuem ao Presidente da República, sob a denominação de crimes de responsabilidade, atos infracionais administrativos e políticos, os quais, porém, não se confundem com os crimes comuns (TAVARES e PRADO, 2016, p. 40). Em síntese, os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas que afetam exclusivamente agentes políticos. Conforme pontificam Juarez Tavares e Geraldo Prado:

Atendendo às suas características, podem estar classificadas como espécies de infrações contra a ordem pública (*Ordnungswidrigkeiten*) e não contra a organização administrativa e seus deveres. Convém, então, estabelecer, desde logo, uma distinção no próprio âmbito do direito administrativo sancionador, ao qual pertencem essas infrações, entre infrações tipicamente administrativas, às quais estão afetos os funcionários públicos em geral, em face de descumprimento de deveres específicos de organização, e os crimes de responsabilidade, que, por implicarem um efeito sobre agentes políticos e não, simplesmente, funcionários, congregam normas proibitivas e mandamentais, com caráter penal. A doutrina sempre tergiversou quanto às características e à natureza dessas infrações, ora entendendo que se tratava de infrações puramente contra a ordem jurídica, portanto, como infrações a interesses administrativos, ora como infrações que produziriam efeitos sociais ou políticos específicos, sem qualquer lesão individual ou cultural, ora como infrações a deveres de desobediência. Com essas assertivas, a doutrina sempre buscou e ainda busca ressaltar a autonomia do direito administrativo sancionador, o qual, por isso mesmo, se regeria por princípios diversos daqueles do direito penal (TAVARES; PRADO, 2016, p. 41).

No mesmo sentido, Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior explicam que os atos que caracterizam crimes de responsabilidade não se tratam de crimes propriamente ditos, mas infrações político-administrativas, sendo que para sua configuração não se faz necessária a existência de tipicidade e antijuridicidade, mas sim um “juízo congressional de oportunidade e conveniência” (2016, p. 408).

Ainda, Geraldo Brindeiro explica que a impropriedade da expressão crime de responsabilidade decorre de fato de que não existe, na hipótese, a aplicação de uma pena, mas de uma sanção política, eis que, nas palavras do saudoso Ministro Nelson Hungria “a pena criminal só existe no Código Penal. O julgamento pelo Poder Legislativo constitui medida político-administrativa, consistente no afastamento ou não do acusado que ocupa e sua subsequente inabilitação temporária para a função pública” (BONAVIDES *et al.*, 2009, p. 1126-1127).

Portanto, “se o crime de responsabilidade não é sancionado com pena criminal, como delituoso não se pode qualificar o fato ilícito assim denominado, pois o que distingue o crime dos demais atos ilícitos é, justamente, a natureza da sanção abstratamente cominada” (MARQUES, 1961, p. 45 – *apud* BROSSARD, 1992, p. 70). Com efeito, “se aos crimes de responsabilidade, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse a denominação de infrações políticas, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas” (BROSSARD, 1992, p. 70).

Pelo exposto, percebe-se que, apesar da utilização equivocada e ambígua da expressão *crime*, os ilícitos previstos no artigo 85 da Constituição Federal e disciplinados pela Lei 1.079/50 tratam-se de infrações político-administrativas, tendo em conta a natureza jurídica das sanções a elas atribuídas.

2.3. Dos crimes de responsabilidade previstos na Lei 1.079/50

O dispositivo constitucional adrede analisado (art. 85 da CF/88) encontra-se regulamentado a nível infraconstitucional pela Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, pela qual se tipificam atuações de caráter misto, político-jurídico (constitucional-administrativo) e não propriamente criminal (PRADO, 2016, p. 62). Verifica-se que a Lei 1.079/50 não descreve crimes e sim infrações político-administrativas. (JESUS, p. 14-15, nov. 2001).

O art. 2º da Lei 1.079/50 estabelece que o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República estão sujeitos à pena de perda do cargo com inabilitação por até cinco anos para o exercício de qualquer função pública na hipótese de responsabilização por crimes de responsabilidade, sanções que serão impostas através de processo conduzido pelo Senado Federal.

No que diz com os atos passíveis de serem enquadrados como crimes de responsabilidade, seguindo mesma a sistemática que posteriormente foi adotada pelo texto constitucional, a Lei 1.079/50 estabelece em seu artigo 4º um rol exemplificativo, notadamente:

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União;

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

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 - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciárias (Constituição, artigo 89). (BRASIL, 1950).

Com efeito, “especialmente significa principalmente, mas não exclusivamente, razão pela qual qualquer violação à Constituição Federal que não esteja elencada nos incs. I a VII nem por isso deixa de ser crime de responsabilidade” (MARTINS, 2000, p. 389), sendo que a mesma lógica pode ser estendida ao rol do aludido artigo 4º.

As hipóteses do inciso I do art. 4º são esmiuçadas no art. 5º, segundo o qual “são crimes de responsabilidade contra a existência política da União”:

1 - entreter, direta ou indiretamente, inteligência com governo estrangeiro, provocando-o a fazer guerra ou cometer hostilidade contra a República, prometer-lhe assistência ou favor, ou dar-lhe qualquer auxílio nos preparativos ou planos de guerra contra a República;

2 - tentar, diretamente e por fatos, submeter a União ou algum dos Estados ou Territórios a domínio estrangeiro, ou dela separar qualquer Estado ou porção do território nacional;

3 - cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, ou comprometendo-lhe a neutralidade;

4 - revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação;

5 - auxiliar, por qualquer modo, nação inimiga a fazer a guerra ou a cometer hostilidade contra a República;

6 - celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação;

7 - violar a imunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros acreditados no país;

8 - declarar a guerra, salvo os casos de invasão ou agressão estrangeira, ou fazer a paz, sem autorização do Congresso Nacional.

9 - não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor;

10 - permitir o Presidente da República, durante as sessões legislativas e sem autorização do Congresso Nacional, que forças estrangeiras transitem pelo território do país, ou, por motivo de guerra, nele permaneçam temporariamente;

11 - violar tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras. (BRASIL, 1950).

O artigo 6º se debruça sobre os crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais, trazendo em seu rol as seguintes figuras:

- 1 - tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras;
- 2 - usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;
- 3 - violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados, da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e das Câmaras Municipais;
- 4 - permitir que força estrangeira transite pelo território do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional;
- 5 - opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças;
- 6 - usar de violência ou ameaça, para constringer juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício;
- 7 - praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo;
- 8 - intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais. (BRASIL, 1950).

Na sequência o artigo 7º especifica os crimes contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, quais sejam:

- 1- impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto;
- 2 - obstar ao livre exercício das funções dos mesários eleitorais;
- 3 - violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirar de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material;
- 4 - utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral;
- 5 - servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua;
- 6 - subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social;
- 7 - incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina;
- 8 - provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis;
- 9 - violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição;
- 10 - tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição. (BRASIL, 1950).

O artigo 8º cuida dos crimes contra a segurança interna do país, estabelecendo as seguintes condutas passíveis de ensejar a responsabilização do Presidente da República:

- 1 - tentar mudar por violência a forma de governo da República;
- 2 - tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município;
- 3 - decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa;

- 4 - praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal;
- 5 - não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes;
- 6 - ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional;
- 7 - permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública;
- 8 - deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento. (BRASIL, 1950).

No que diz com o dever de probidade na Administração Pública, o art. 9º da Lei 1079/50 estabelece como crime de responsabilidade do Presidente da República as seguintes hipóteses:

- 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;
- 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
- 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;
- 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;
- 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;
- 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;
- 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decore do cargo. (BRASIL, 1950).

Como se percebe, a Lei 1.079/50 traz em seu artigo 9º um total de sete condutas passíveis de caracterizar crime de responsabilidade derivados do dever de probidade do Presidente da República e de seus Ministros de Estado.

Confrontando essas condutas com aquelas estabelecidas como passíveis de caracterizar atos de improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, resta manifesta a inexistência de praticamente nenhuma correspondência entre elas.

Como exceção, temos que a figura prevista no item 2 do artigo 9º da Lei 1.079/50 (“não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior”) guarda semelhança com aquela prevista no inciso VI do artigo 11 da Lei 8.429/92 (“deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”).

Poder-se-ia vislumbrar também certa similitude entre a conduta prevista no item 1 do citado artigo 9º (“omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo”) com aquelas previstas nos incisos II e IV do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” e “negar publicidade aos atos oficiais”).

Todavia, é fato que, enquanto a Lei 1.079/50 traz em seu rol sete condutas passíveis de caracterizar crime de responsabilidade em decorrência da inobservância do dever de probidade, a Lei 8.429/92 estabelece um rol de aproximadamente quarenta e quatro condutas passíveis de configurar atos de improbidade administrativa.

Percebe-se, portanto, que afastar a possibilidade de coexistência entre ambos os institutos no que tange aos agentes políticos com fundamento na suposta ocorrência de *bis in idem* não é algo que se sustente, porquanto significativa a diferença entre as condutas tipificadas por cada um dos diplomas legais mencionados.

Evidentemente, haveria controvérsia naquelas duas hipóteses excepcionais em que as previsões típicas se assemelham, todavia, não se afigura lógico eximir de responsabilidade os agentes políticos por quarenta e duas condutas passíveis de responsabilização por atos de improbidade administrativa ao argumento de que duas condutas seriam semelhantes àquelas trazidas pela Lei 1.079/50. Em outras palavras, não se muda a regra em razão das exceções.

Retornando às demais figuras típicas trazidas pela Lei 1.079/50, o artigo 10º traz as condutas que caracterizam crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária, especificamente:

- 1 - Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;
- 2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;
- 3 - Realizar o estorno de verbas;
- 4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.
- 5 - deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;
- 6 - ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
- 7 - deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;
- 8 - deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;
- 9 - ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
- 10 - captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;
- 11 - ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;
- 12 - realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei. (BRASIL, 1950)

A Lei 10.028/00, além de alterar o Código Penal, acrescentando-lhe crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H), modificou em seu art. 3º a Lei 1.079/50, ampliando o rol das infrações político-administrativas e acrescentando uma disposição ao art. 41, com a seguinte redação:

Art. 41 -A. Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei 8.038/90, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2000).

Voltando à análise dos dispositivos legais da Lei 1.079/50, o artigo 11 se debruça sobre os crimes contra a guarda e emprego de verbas públicas, *in verbis*:

- 1 - ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas;
- 2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;
- 3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;
- 4 - alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal;
- 5 - negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional. (BRASIL, 1950).

Finalmente, o artigo 12 cuida dos crimes de responsabilidade imputáveis ao Presidente da República na hipótese de não cumprimento de decisões judiciais, notadamente:

- 1 - impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário;
- 2 - Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo;
- 3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral;
- 4 - Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária. (BRASIL, 1950).

Ademais, nos termos do artigo 74 da Lei 1.079/50 estabelece que as previsões ali contidas no sentido das hipóteses caracterizadores de crime de responsabilidade do Presidente da República se estendem aos Governadores de Estado para os atos de sua alçada.

Superadas as hipóteses passíveis de caracterizar crimes de responsabilidade imputáveis ao mandatário do Poder Executivo, vale dizer que, em relação aos Ministros de Estado, o artigo 13 do diploma legal em comento estabelece que eles estão sujeitos à imputação de crime de responsabilidade quando praticarem qualquer dos atos atribuíveis ao Presidente da República,

bem como se deixarem de comparecer perante a Câmara de Deputados ou o Senado Federal quando convocados e quando não prestarem no prazo legal as informações solicitadas pelo Congresso Nacional.

Do mesmo modo, no que pertine aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o artigo 39 da Lei 1.079/50 estabelece que são condutas passíveis de caracterizar crimes de responsabilidade as seguintes hipóteses:

- 1 - alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;
 - 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;
 - 3 - exercer atividade político-partidária;
 - 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;
 - 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções.
- (BRASIL, 1950).

Ainda, a Lei 10.028/2000 alterou a Lei 1.079/50 para incluir o artigo 39-A, segundo o qual também constitui crime de responsabilidade imputável ao Presidente do Supremo Tribunal as condutas previstas no artigo 10 quando por ele praticadas ou ordenadas no exercício da Presidência, bem como o parágrafo único estabelece que “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 Juizes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição” (BRASIL, 2000).

Por fim, o artigo 40 traz as hipóteses passíveis de caracterizar crime de responsabilidade em relação ao Procurador-Geral da República, notadamente emitir parecer, quando, por lei, seja suspeito na causa; recusar-se a prática de ato que lhe incumba; ser patentemente desidioso no cumprimento de suas atribuições; e proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo. Ainda, do mesmo modo que visto acima, o artigo 40-A estabelece que as condutas elencadas no art. 10 também caracterizam crime de responsabilidade do Procurador-Geral da República ou de seu substituto quando por eles ordenadas ou praticadas, bem como seu parágrafo único estende a aplicação dos crimes de responsabilidade ao Advogado-Geral da União e

“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”.

Como se percebe, as infrações político-administrativas disciplinadas pela Lei 1.079/50 recebem tratamento excepcional, eis que seguem regime jurídico que exorbita “àquele inerente aos crimes disciplinares”, bem como, excedem, por igual, a índole dos delitos contra a Administração Pública, capitulados no Código Penal” (BULOS, 2014, p. 1256). Assim, se aplicam a certa categoria de indivíduos que se encontram investidos de altas funções públicas.

3. A CONTROVÉRSIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Como visto acima, os agentes políticos são os indivíduos investidos em mandato eletivo, no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e aqueles que, por determinação constitucional, exercitam função de auxílio imediato ao Chefe do Poder Executivo, que são os Ministros de Estado no âmbito federal, os Secretários Estaduais e Municipais nas outras esferas legislativas (JUSTEN FILHO, 2015, p. 894).

Em uma análise literal da Lei 8.429/92, verifica-se que foi adotado um conceito amplo de agente público para fins de identificação do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, sendo definido como “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” (REMEDIO, 2015, p. 743) nas entidades descritas nos artigos 1º e 2º da mesma lei.

Com efeito, os artigos 1º e 3º da Lei de Improbidade Administrativa “são expressos ao preverem a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta”, conforme orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 931.135 (BRASIL, 2009).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Reclamação 2.138/DF, afastou a possibilidade de responsabilização de alguns agentes políticos por atos de improbidade administrativa nos moldes da Lei 8.429/92, notadamente o Presidente da República, os Ministros de Estado e os próprios Ministros da Suprema Corte, ao argumento de que referidos agentes, segundo o próprio texto constitucional, estariam sujeitos a regime próprio de responsabilidade estabelecido pela Lei 1.079/50.

Façamos, portanto, a necessária incursão nas minúcias do julgamento da Reclamação 2.138/DF para compreender a linha adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como empreender a análise dos votos favoráveis e contrários à tese vencedora, para, ao final, ponderar sobre a correção ou não do entendimento prevalente.

3.1. A Reclamação 2.138/DF e os argumentos lançados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Verte do Relatório de lavra do eminente Ministro Nelson Jobim que o Ministério Público Federal propôs Ação de Improbidade Administrativa em face de Ronaldo Mota Sardemberg, então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, pela qual pretendia-se sua responsabilização por ato de improbidade administrativa decorrente da “solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais”, bem como pela “fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica” (BRASIL, STF, 2007, p. 97/98).

Em síntese, pretendiam os Procuradores da República a condenação de Ronaldo Mota Sardemberg como incurso no art. 9º, *caput* e incisos IV e XII, no art. 10, *caput* e incisos IX e XIII, e no art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei 8.429/92 (BRASIL, STF, 2007, p. 98).

A ação de improbidade administrativa foi distribuída perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal sob nº 1999.34.00.016727-9, e, ao fim e ao cabo da instrução processual, foi julgada procedente “para condenar o réu nas penalidades previstas na lei de improbidade, art. 12, e art. 37, §4º, da CF” (BRASIL, STF, 2007, p. 98/99).

Neste ponto, surge questão de grande relacionada à competência para julgamento da respectiva ação de improbidade administrativa em face de agentes políticos na hipótese de prevalência da corrente que sustenta a possibilidade de sua submissão tanto à Lei 1.079/50 como à Lei 8.429/92.

Com efeito, partindo da premissa que é legítima a submissão do agente político a dois regimes distintos de responsabilização por atos que atentem contra a probidade na administração, questiona-se de quem seria a competência para julgá-los, se do magistrado de primeira instância, nos moldes do que disciplina a Lei 8.429/92, ou do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal.

Em que pese a relevância desta discussão, a nosso sentir escapa dos limites da controvérsia analisada neste trabalho, eis que somente surge a partir do momento em que se admite como possível a responsabilização do agente político pelas condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa.

Não obstante, a síntese das posições conflitantes no que pertine à competência para julgamento de eventuais ações de improbidade administrativa será trazida no tópico subsequente.

Volvendo ao caso, houve a interposição de recurso de ambas as partes, sendo que, antes do julgamento do mérito pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, houve a propositura pela União da Reclamação ora em análise, pela qual pretendia a preservação da competência do

Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, Ministro de Estado ao qual é imputada a prática de crime de responsabilidade, bem como que em uma “interpretação sistemática da Constituição, somada à compreensão constitucionalmente adequada da natureza dos agentes políticos, conduz à conclusão de que esses agentes não podem ser perseguidos por meio da ação de improbidade administrativa e leva à necessidade de ser firmada uma redução teleológica do teor da norma constante do art. 2º da Lei 8.429/92”. (BRASIL, STF, 2007, p. 99/102).

Liminarmente, pretendia a suspensão do andamento processual da ação de improbidade administrativa nas instâncias ordinárias (BRASIL, STF, 2007, p. 103).

O Ministro Nelson Jobim, então relator da Reclamação 2.138/DF, deferiu a medida liminar pleiteada para suspender a eficácia da sentença reclamada, bem como para sustar a tramitação do processo até posterior deliberação (BRASIL, STF, 2007, p. 103).

No julgamento de mérito, ao indagar se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos¹², o relator deixou assente os seguintes pontos, a seguir categorizados:

a) Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950. [...] A pena prevista também é severa: - perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos (art. 2º). Por outro lado, a imposição dessa pena não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais (L. 1.079/1950, art. 3º). Não há dúvida de que os delitos previstos na L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, na linha da doutrina dominante, são delitos político-administrativos (BRASIL, STF, 2007, p. 141/145).

b) É certo que 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 abrogante do disposto no art. 102, I, ‘c’, da Constituição (BRASIL, STF, 2007, p. 141/145).

c) Entendo que, aos Ministros de Estado, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam às regras comuns da lei de improbidade. Há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos políticos-administrativos, na hipótese do art. 102, I, ‘c’, da Constituição. Não se cuida de assegurar ao Ministro de Estado um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. O Ministro de Estado há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo. Ademais, praticamente todos esses delitos políticos-administrativos configuram igualmente crimes comuns, podendo ser devidamente perseguidos na esfera penal perante os tribunais competentes. Caso causem danos ao erário, hão de responder, também, às ações civis competentes nas instâncias ordinárias (BRASIL, STF, 2007, p. 141/145).

¹² (a) o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei 8.429, de 1992, e (b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, inciso I, alínea ‘c’, da Constituição Federal, e disciplinado pela Lei 1.079, de 1950.

d) A simples possibilidade de superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie. Os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência recomendam um preciso esclarecimento da matéria. Não tenho a menor dúvida de que o Ministro de Estado não se submete ao regime geral da lei de improbidade. O entendimento contrário importaria no completo esvaziamento da competência do STF para processar e julgar, por crime de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, 'c'). Desaparecia a competência constitucional da alínea c do inciso I do art. 102 (BRASIL, STF, 2007, p. 141/145).

Sobre a possibilidade de convivência de ambos os sistemas, pelo qual se reconheceria o caráter autônomo da ação de improbidade, distinguindo-a daquela destinada a perseguir os crimes de responsabilidade, asseverou o Ministro Nelson Jobim:

Nesse caso, diante das premissas assentadas, não tenho a menor dúvida em afirmar que ela haveria de ser processada perante esta Corte, como na hipótese dos autos. Tudo em decorrência da repercussão para o sistema político-institucional. Tudo diante do inequívoco significado jurídico-político da decisão. A equação é límpida. Somente o STF pode processar e julgar os Ministros nos casos de crimes comuns ou de responsabilidade – e, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos (CF, art. 102, I, c). Por isso não poderia o sistema, por desvios inexplicáveis, conviver com uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e de responsabilidade política, ajuizada perante outra instância judicial. [...] Seria inconsistente e, por isso, implosivo para o sistema, outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com a ameaça de perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo, como ocorreu na hipótese dos autos. Se se quisesse introduzir esta mudança, ela haveria de provir de emenda constitucional. E, nessa hipótese, melhor seria suprimir de vez a competência desta Corte para processar e julgar os Ministros de Estado, em sede penal e de responsabilidade. Do contrário, ter-se-ia o completo esvaziamento da prerrogativa de foro estabelecida na Constituição Federal. Essas consequências demonstram que a ação de improbidade contra Ministros de Estado, em primeiro grau de jurisdição, é totalmente incompatível com a ordem constitucional vigente (BRASIL, STF, 2007, p. 145/147).

De outra margem, pondera o relator se seria razoável que instância ordinária determinasse a perda dos direitos políticos do Presidente da República, do Presidente do Congresso Nacional, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, lançando as seguintes reflexões:

Imaginem juiz de primeiro grau presidindo ação criminal contra Desembargador ou Juiz de Tribunal Regional Federal que o censurou na prova de confirmação do estágio probatório? Ou contra corregedor do Tribunal de Justiça? Dir-se-á que os atingidos poderão interpor recursos para as Cortes superiores e que estas hão de corrigir os equívocos. Pergunto. O julgamento desses recursos há de se verificar depois de quantos anos de tramitação do processo? E se o recurso for inviável, por envolver matéria de prova por exemplo? Mantém-se condenação da autoridade, nesse caso?

Fica evidente que a simples instauração da ação – ainda que não temerária – dá ensejo a prejuízos pessoais e institucionais incalculáveis, em especial para o exercício das funções. São inconsistentes os argumentos utilitários que se pretendem usar em favor da ação de improbidade contra agentes políticos (BRASIL, STF, 2007, p. 147).

Conclui o relator, ao enfrentar o argumento de que a ação de improbidade com viés universal seria expressão do sistema republicano, que “a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade” e, por isso, “não há como aceitar o *bis in idem* que se pratica em detrimento da competência” do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2007, p. 148).

Ao preferir seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, a respeito da competência para processar e julgar atos de improbidade administrativa praticados por agentes políticos, sustentou

a incompetência dos juízes de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus ministros de Estado ou membros de tribunais superiores, [...] tendo em vista, sobretudo, a natureza das sanções aplicáveis. Nesse ponto asseverou-se que, admitir a competência funcional dos juízes de primeira instância implicaria [...] subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências. Isso porque a Lei 8.429/92 haveria de ser entendida como seguindo as regras constitucionais de competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade ajuizada [...] contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição, que, por sua vez, seria competente para impor-lhe a sanção de perda do cargo, o que configuraria patente absurdo [...] (BRASIL, STF, 2007, p. 149).

Ainda, posicionou-se no sentido de que “as ações de improbidade ajuizadas contra as referidas autoridades deveriam observar a regra de competência fixada no artigo 102, I, c, da Constituição”, bem como que a prerrogativa constitucional de foro decorreria “não em razão de qualquer suspeita contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político-institucional” (BRASIL, STF, 2007, p. 150).

Ademais, consignou que “sob a roupagem da ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns” (BRASIL, STF, 2007, p. 150).

Assim, considerando o citado Ministro que “multiplicaram-se as ações de improbidade ajuizadas em primeira instância, com o propósito de afastar de suas funções autoridades que gozam de prerrogativa constitucional de foro”, entendeu que “os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade”, pelo que acompanhou o relator para decretar a extinção do feito (BRASIL, STF, 2007, p. 151).

Por sua vez, a Ministra Ellen Gracie entendeu por acompanhar o relator ao argumento de que

não se pode admitir que quaisquer atos dos agentes políticos, alcançados pelo benefício do foro privilegiado por prerrogativa de função, sejam apreciados em primeira instância, com base na Lei nº 8429, de 92, isso porque, dado o caráter predominantemente punitivo das sanções nela prevista, tal solução entraria em testilha com o dispositivo constitucional que afirma a competência desta Corte para o julgamento dos crimes de responsabilidade, ou seja, o art. 102, inciso I, letra “c” (BRASIL, STF, 2007, p. 152).

Além disso, teceu severas críticas no sentido de que

solução diversa daquela proposta pelo Relator poderia resultar, como bem demonstrado por ele, na admissão de uma eventual instauração de um foquismo judiciário com multiplicação de procedimentos judiciais que mantivessem o governo em permanente inquietação e alerta, com prejuízos para a atuação de seus agentes e, conseqüentemente, para a governabilidade do país. Os números de procedimentos já noticiados, inclusive nos diversos memoriais recebidos, e o embasamento fático desses mesmos procedimentos, revelam a contestação de decisões de ordem eminentemente político-administrativas (BRASIL, STF, 2007, p. 152).

O Ministro Maurício Corrêa esclareceu que

não há como negar que o servidor público, ao cometer ato de improbidade administrativa com relação ao interesse público estará na verdade agindo ilicitamente. Tal infração, entretanto, não tem natureza penal simples ou comum. Seu conteúdo político-administrativo preponderante distingue-a como equiparável aos denominados crimes de responsabilidade. As hipóteses de que cogitam os artigos 9º, 10 e 11 da Lei [8.429/92] e as situações descritas na própria Constituição Federal, assim como os efeitos decorrentes da condenação, bem demonstram tratar-se os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade de infrações com idêntica natureza (BRASIL, STF, 2007, p. 154).

Assim, sustentou que

não se pode tratar esses ilícitos político-administrativos como crimes ordinários, razão pela qual estou em que as regras especiais de competência por infrações penais comuns devam estender-se às ações por improbidade administrativa. Já as normas atinentes aos crimes de responsabilidade, aí sim, atraem a aplicação analógica, com vistas a oferecer razoabilidade, homogeneidade e harmonia ao sistema de apuração de delitos políticos administrativos praticados pelos agentes políticos. Se assim admito, o foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente para os crimes de responsabilidade, deve ser aplicado aos casos de ações por improbidade administrativa, movidas contra as respectivas autoridades (CF, artigos 102, I, ‘c’; 105, I, ‘a’; 108, I, ‘a’; 96, III; 125, §1º c/c 25, *caput*) (BRASIL, STF, 2007, p. 154/155).

Cuidou de ressaltar, ainda, em relação ao foro privilegiado que

diversamente do que muito se propala, a prerrogativa de foro não se materializa em privilégio, no sentido pejorativo vulgarmente utilizado pela crítica leiga. Destina-se, isso sim, à segurança da própria sociedade, de modo a assegurar que a autoridade

pública, por mais alta a função que exerça, seja processada e julgada na forma da lei, de maneira isenta, imune às influências externas e pressões de ordem política, pois o juízo estará no mesmo patamar hierárquico do réu. Terá, ainda, melhores condições de mensurar as razões de Estado que levaram a autoridade à conduta impugnada (BRASIL, STF, 2007, p. 156).

Conclui, portanto, que

não se pode exigir que os ocupantes de altos postos governamentais, que efetivamente governam o País, responsáveis que são por decisões políticas e estratégicas, e não simplesmente técnicas e profissionais, fiquem sujeitos ao rito comum de responsabilização aplicável genericamente aos servidores públicos. Na verdade o foro especial reflete uma prerrogativa a esses agentes políticos para o pleno desempenho de suas próprias funções, sem que essa condição, ao contrário do que se possa admitir, constitua-se em privilégio de índole meramente pessoal (BRASIL, STF, 2007, p. 156).

Deste modo, entendendo que o ato reclamado usurpou competência da Suprema Corte, o Ministro Maurício Corrêa votou por acompanhar o relator para julgar procedente a reclamação e cassar a decisão de primeira instância que condenou Ministro de Estado por ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

Na mesma linha, o Ministro Ilmar Galvão pontuou que

nunca tive dúvida de ao juiz de primeiro grau falecer competência, seja na esfera civil, seja na criminal, para determinar o afastamento ou a perda de cargo de um outro juiz do mesmo grau, desembargador, prefeito, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado ou do próprio Presidente da República, como possibilita essa Lei a uma primeira leitura. Enfim, quanto a qualquer dos agentes políticos que, entre nós, gozam de foro privilegiado para ações criminais ou para responderem, por exemplo, por mandado de segurança, habeas data ou habeas corpus, o sistema brasileiro, como mostra a Constituição, às escâncaras, é hierárquico, e essa lei, à primeira vista, subverte-o completamente (BRASIL, STF, 2007, p. 158).

Entendeu que “a perda ou suspensão do cargo são efeitos previstos nas leis que, entre nós, disciplinam o chamado crime de responsabilidade, que, na verdade, conquanto denominado de crime, não passa de fato de natureza político-administrativa” (BRASIL, STF, 2007, p. 158). Desta forma, sustentou que a matéria

já se acha disciplinada em leis diversas. Já há lei prevendo o processamento do Presidente da República por crime de responsabilidade e, igualmente, dos Governadores de Estado, Ministros de Estado, Prefeito, Governador do Distrito Federal. Os magistrados, de um modo geral, respondem por tais atos na forma prevista na LOMAN. Os membros do Ministério Público, também agentes políticos, têm lei própria – Lei Complementar nº 75 –, prevendo o modo pelo qual eles são responsabilizados. Restariam os parlamentares, que, entretanto, gozam de foro especial para as ações penais e disciplinares contra eles propostas. Na verdade, esses fatos relacionados como de improbidade, configuradores de crime, quando praticados

por um parlamentar, vão ter seu desfecho em ação processada perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2007, p. 159/160).

Conclui, portanto, que “a Lei nº 8.429 se presta tão somente, no meu entendimento, a uma função normativa residual de responsabilizar, por atos de improbidade, os servidores públicos cujas funções não tiverem sido contempladas com foro civil privilegiado” (BRASIL, STF, 2007, p. 160), acompanhando a linha adotada pelo Ministro relator.

O Ministro Carlos Velloso sintetizou a demanda objeto do caso em análise da seguinte forma:

A reclamação assenta-se sobre dois fundamentos: a) Ministro de Estado, como agente político, não está sujeito à lei de improbidade, mas, tratando-se de acusação da prática de ato contra a probidade administrativa, tem-se, em tal caso, crime de responsabilidade, caso em que a competência para o processo e julgamento, competência originária, seria do Supremo Tribunal Federal, na forma do disposto no art. 102, I, c, da Constituição Federal; b) ademais, competente originariamente para o julgamento da ação de improbidade seria o Supremo Tribunal Federal, consoante disposto no art. 102, I, b, da mesma Carta (BRASIL, STF, 2007, p. 165).

Ao fazer a análise do artigo 85, inciso V e parágrafo único, do Texto Constitucional, o ministro ressalta que

Da leitura dos dispositivos constitucionais mencionados ressaem as seguintes conclusões: a) os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração são crimes de responsabilidade; b) esses crimes, entretanto, serão definidos em lei especial. A Lei 1.079, de 10.4.1950, é a lei especial que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento (BRASIL, STF, 2007, p. 169/170).

E prossegue:

os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Governadores e Secretários de estado-membro e dos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios e seus respectivos Secretários estão tipificados, por força do mandamento constitucional, CF, parágrafo único do art. 85, na Lei 1.079, de 1950, e na Lei 7.106, de 1983. Os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, no Decreto-lei 201, de 1967, artigo 4º, ali denominados de infrações político-administrativas. [...] Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público [...]. A aplicação da Lei de Improbidade, Lei 8.429/92, a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições. Por exemplo, ao Presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF. Quanto aos Deputados e Senadores, não há falar em

perda do mandato (CF, art. 55). O mesmo deve ser dito relativamente aos Deputados Estaduais (CF, art. 27, §1º) (BRASIL, STF, 2007, p. 173/176).

Assim, abrindo a divergência, sustenta o Ministro Carlos Velloso que “isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública”, pois “infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos” e “precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública” (BRASIL, STF, 2007, p. 176). Prossegue afirmando:

Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em casa um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção (BRASIL, STF, 2007, p. 177).

Assim, ao julgar improcedente a reclamação, o faz com base nos seguintes argumentos:

verifica-se que as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, retro transcritas, não se enquadram como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079, de 1950, a menos que se empreste interpretação extensiva ao crime de responsabilidade do Presidente da República inscrito no inciso 7 do art. 9º: proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo. A interpretação extensiva, entretanto, não seria possível, por isso que, tratando-se de crime, seja crime comum, ou crime de responsabilidade, observa-se a tipificação cerrada, sem possibilidade de interpretação extensiva ou analógica. No que concerne à pena de perda de cargo e a suspensão dos direitos políticos – Lei 8.429/92, art. 12, incisos I, II e III –, reporto-me ao que foi dito linhas atrás, relativamente ao Presidente da República, Senadores, Deputados Federais e Estaduais. E no que concerne aos demais agentes políticos, estou em que a interpretação sistemática da Constituição, artigos 15, 51, I, 86 e 87, e bem assim do disposto nos arts. 47, I, e 92, I, do Código Penal não autoriza a sua aplicação senão em sentença transitada em julgado, tal como, aliás, está disposto no art. 20, caput, da Lei 8.429/92. É dizer, não tem aplicação relativamente aos agentes políticos o disposto no parágrafo único do citado art. 20 (BRASIL, STF, 2007, p. 185/186).

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso, ao acompanhar o voto do relator para julgar procedente a reclamação em análise, pontuou que

A categoria dos agentes políticos é uma categoria especial de servidores públicos que têm, na Constituição, a sede da disciplina dos cargos, das suas atribuições, do sistema de escolha, que por isso mesmo pressupõem um regime funcional específico, ligado à dignidade dessas funções estatais que implicam, de certo modo, poder de tomar decisões que constituem exercício do poder de soberania, ou que são expressões do exercício desse poder de soberania. Por isso também, tais autoridades são dotadas de autonomia funcional, de regra não estão subordinadas a nenhuma outra autoridade, não estão sujeitos a relações hierárquicas e possuem competência decisória de relevo, como os parlamentares, as pessoas investidas em funções judicantes e ministeriais etc.

Todos devem ter, a meu juízo, por consequência, sistema próprio de responsabilização funcional, compatível com a liberdade política de que devem desfrutar na tomada de decisões, e, segundo o qual, não podem ser responsabilizados de acordo com os critérios comuns, como por exemplo, o da culpa comum ou dos erros técnicos que atuam como critérios de responsabilidade dos demais servidores públicos. E têm ainda como consectário o foro especial por prerrogativa de função, não apenas pelo fato de submeter sua condição a órgãos mais qualificados, que representariam garantias máximas de completa imparcialidade, mas sobretudo pela repercussões político-sociais do julgamento desses agentes políticos (BRASIL, STF, 2007, p. 192/193).

Assim, entende o ministro que a Lei 8.429/92 deveria ter interpretação restritiva, “segundo a qual esses agentes, por atos de improbidade, ficam sujeitos a regime próprio, que é o da Lei nº 1.079, de 1950, onde seus atos são definidos como crimes de responsabilidade” (BRASIL, STF, 2007, p. 193), invocando para solução do conflito aparente de normas o princípio da especialidade.

Argumenta que solução diversa levaria a absurdos tais como a possibilidade de um magistrado de primeira instância determinar o afastamento cautelar do Presidente da República, do Presidente do Congresso Nacional, do Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer de seus membros, bem como de destituí-los do cargo e impor-lhe a pena de inabilitação para outra função por até dez anos, “situação que é incompatível com o sistema” e que as consequências de outro entendimento “privariam o Supremo Tribunal Federal de apreciar a causa, porque isso só seria admissível na via de recurso extraordinário, em cuja sede não poderia reexaminar os fatos” (BRASIL, STF, 2007, p. 194/195). Nas palavras do Ministro:

Subtrai-se tudo isso do Supremo Tribunal Federal, donde graves elementos de um julgamento ficariam fora do controle das mais altas Cortes do País. Ademais, traria insegurança, que a mim me parece absolutamente incompatível com a gravidade das funções, que são de tomar decisões ligadas a aspectos relevantes do exercício da soberania nacional. Implicaria, em muitos casos, como já foi observado no voto do Ministro-Relator, a destituição de pessoas que foram eleitas pelo voto popular, sem participação e sem pronunciamento dos representantes do povo (BRASIL, STF, 2007, p. 195/196).

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu por divergir parcialmente da tese do relator, posto manifestar concordância com o Ministro Carlos Velloso no sentido de que as tipificações da Lei 8.429/93 “não se enquadram como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079, de 1950, a menos que se empreste interpretação extensiva [ao] ... proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo” (BRASIL, STF, 2007, p. 331/332). Sustentou que, sob sua ótica:

os fatos em razão dos quais o Ministério Público Federal ajuizou a ação de improbidade contra o ilustre embaixador e ex-ministro de Estado não se enquadram

na tipificação supracitada [artigos 9º e 13 da Lei 1.079/50]. Não se cuida, pois, de responsabilidade política, e por isso mesmo não é aplicável ao caso o art. 102, I, c da Constituição Federal (BRASIL, STF, 2007, p. 333).

Além disso, consignou que

há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950. Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública - têm, porém, objetivos constitucionais diversos (BRASIL, STF, 2007, p. 334/335).

Assim, para o Ministro Joaquim Barbosa, a sistemática de responsabilização trazida pelo §4º do art. 37 da Constituição Federal e disciplinada pela Lei 8.429/92 busca coibir

a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados, atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas penalidades previstas na lei - e tão somente elas. Aí reside, aliás, uma particularidade dessa nova normatização: a natureza cerrada da tipificação, com penas específicas para cada tipo de conduta desviante (BRASIL, STF, 2007, p. 335).

Todavia, “o contraste é manifesto com a outra disciplina da improbidade, quando direcionada aos fins políticos, isto é, de apuração da responsabilidade política”, eis que, sob sua ótica, “o tratamento jurídico da improbidade, tal como prevista no art. 85, V da Constituição e na lei 1.079/50, assume outra roupagem” pois o objetivo constitucional visado seria mais elevado, pois “cuida-se aí de mais um dentre os inúmeros mecanismos de checks-and-balances típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo” (BRASIL, STF, 2007, p. 335). Até por isso é que

a natureza do instituto e os objetivos constitucionais por ele visados é que explicam por que nessa modalidade especial de responsabilização as penalidades são diferenciadas e podem parecer relativamente brandas, se comparadas às previstas na lei de improbidade. É que o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições, em suma, um Presidente que por seus atos e ações perde a ‘public trust’, isto é, a confiança da Nação. Igualmente, a natureza política e os objetivos constitucionais visados com esse

instituto é que explicam por que ao agente eventualmente condenado por crime de responsabilidade são aplicáveis apenas duas punições, e nada além dessas duas únicas punições: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos (BRASIL, STF, 2007, p. 336).

Prossegue o Ministro na distinção entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa da Lei 8.429/92 sustentando que

da conduta do chefe de Estado e de seus colaboradores diretos, que seja reprovável a ponto de desencadear o processo de responsabilização política por violação ao princípio da probidade, se exige um grau de especificidade de condutas bem menor do que aquele que encontramos nas diversas tipificações da lei de improbidade (BRASIL, STF, 2007, p. 337).

E a explicação, segundo o Ministro Joaquim Barbosa, para essa diferenciação no tratamento de uma situação aparentemente semelhantes reside na “natureza eminentemente política do processo de responsabilização dos agentes políticos” (BRASIL, STF, 2007, p. 337). Assim, o conteúdo material da improbidade administrativa prevista nos incisos do artigo 9º da Lei 1.079/50 “longe de apontar para a exigência da prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como ímprobos por parte do Presidente da República e de seus ministros, guarda a fluidez inerente aos signos descritivos das ações de comando supremo” (BRASIL, STF, 2007, p. 337), ou seja, “são pura e simplesmente delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de danos, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos” (BRASIL, STF, 2007, p. 338).

Por isso, o aludido Ministro concluir que

estamos diante de entidades distintas e nada mais. Distintas e que não se excluem, podendo ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos, embora desencadeados pelos mesmos fatos. O único obstáculo que vislumbro, e nesse ponto eu concordo parcialmente com o Ministro Jobim, diz respeito a uma restrição que faço quanto a uma pena suscetível de ser aplicada em se tratando de improbidade regida pela lei 8.429/92 (BRASIL, STF, 2007, p. 339/340).

Assim, embora entenda a possibilidade de coexistência simultânea entre os dois sistemas de responsabilização para os agentes políticos, o Ministro Joaquim Barbosa faz a ressalva de que

“não cabe a juiz de primeira instância decretar, muito menos em ação de improbidade, a perda do cargo político, do cargo de ministro de Estado, por ser esta uma modalidade de punição que é típica do elenco de mecanismos de controle e aferição da responsabilidade política no sistema presidencial de governo”. Solução diversa

“configuraria um fator de desestabilização político-institucional para a qual a lei de improbidade administrativa não é vocacionada” (BRASIL, STF, 2007, p. 351).

Pelas razões sinteticamente expostas, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu por julgar parcialmente procedente a Reclamação em voga, “tão somente para declarar a impossibilidade de, na via de ação de improbidade administrativa regida pela lei 8.429/1992, ser a autoridade interessada destituída do cargo político” (BRASIL, STF, 2007, p. 352).

O Ministro Marco Aurélio de Mello, por sua vez, no que tange à competência do Supremo Tribunal Federal, apontou que “a definição está de forma exaustiva e não exemplificativa no Diploma Maior”, bem como, ao ingressar na temática de fundo do julgamento, consignou que

[...] corre um certo preconceito, como se aqueles que estão na pedreira, na primeira instância, não atuassem como Estado-Juiz. Existe, realmente, a consequência drástica – colocando-se em segundo plano que a parte mais sensível do corpo humano é o bolso -, que é a perda da função pública. Mas o legislador comum foi sábio ao dispor, no artigo 20 da Lei nº 8.429, de 1992, que ‘a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória’. Às vezes, a preclusão vai para as calendas gregas, considerada a parafernália de recursos. O risco é relativo. Fica restrito à interpretação teleológica do que se contém no citado artigo 20, vedada a possibilidade de implementar-se ato precário e efêmero – já que nem mesmo mediante um pronunciamento definitivo isso se mostra cabível -, que é a liminar, afastando-se o réu da função pública, embora temporariamente, para aguardar-se a tramitação do processo. A Constituição Federal é um grande todo, não se devendo abandonar a interpretação sistemática. Constata-se que há dispositivos a revelarem, em outro campo, a consequência que pode resultar também de um pronunciamento no campo cível, ou seja, a perda da função. Nem por isso podemos dizer que a ação de improbidade, já que realmente é passível de desaguar na perda da função pública, ganha contornos de ação penal, tendo em vista crime seja ele qual for (BRASIL, STF, 2007, p. 386/387).

No tocante à prerrogativa de foro, pontuou que “as normas que o encerram são de direito estrito”, ou seja, “a prerrogativa está limitada aos parâmetros subjetivos definidos, muito embora saibamos que a prerrogativa visa proteger o mandato, visa proteger o próprio cargo ocupado” (BRASIL, STF, 2007, p. 388). Por isso, sustenta

Não posso interpretar o artigo 102 do Diploma Maior a ponto de albergar situação nele não prevista; não posso interpretar esse artigo, no que define competência, de forma elástica, trazendo para o Supremo ações que nele não estão mencionadas. E, daqui a pouco, quem sabe, teremos petição inicial sustentando a competência do Supremo, em extensão da prerrogativa de foro, que é penal, para o julgamento de ação popular, para o julgamento de ação civil pública. Vejo a conclusão a que chegou a maioria numa época péssima, em termos de percepção pela sociedade. Entendo a extensão da prerrogativa de foro como um retrocesso e não como um avanço no campo do Estado Democrático de Direito, no campo republicano. Não posso admitir neste julgamento, por mais que se diga que a atuação de primeira instância cause receio, e não penso assim – sou um arauto da atuação daqueles que estão no que rotulo como

‘pedreira’, que é a primeira instância -, a postura de legislador positivo e inserir, no rol definidor da competência do Supremo, essa ação civil – a ação de improbidade (BRASIL, STF, 2007, p. 389).

Pelas razões expostas, votou o Ministro Marco Aurélio em sentido contra majoritário, acompanhando os termos do voto do Ministro Carlos Velloso, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial (BRASIL, STF, 2007, p. 390).

O Ministro Celso de Mello, ao iniciar seu voto, registra de pronto que “a responsabilidade dos governantes, num sistema constitucional de poderes limitados, tipifica-se como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado da ideia republicana”, eis que “a expansão do arbítrio, dos excessos e dos abusos deve ser contida por um sistema que permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder” (BRASIL, STF, 2007, p. 391). Por isso, sustenta que

A sujeição dos agentes públicos às consequências jurídicas de seu próprio comportamento, é inerente e consubstancial, desse modo, ao regime republicano, que constitui, no plano de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais adotadas pelo legislador constituinte brasileiro. A forma republicana de Governo, analisada em seus aspectos conceituais, faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade a que se devem submeter, de modo pleno, todos os agentes públicos, inclusive aqueles que se qualificam como agentes políticos (BRASIL, STF, 2007, p. 392).

Assim, elenca a moralidade administrativa como pressuposto de validade dos atos da Administração Pública, pois

É preciso ressaltar, neste ponto, que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos em que se funda a ordem positiva do Estado. É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais. Na realidade, especialmente a partir da Constituição promulgada em 1988, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos, que, fundados, ou não, em competência discricionária, tenham emanado de autoridades ou de órgãos do Poder Público (BRASIL, STF, 2007, p. 394/395).

Além disso, afastou categoricamente a tese de que as sanções decorrentes da responsabilização por ato de improbidade administrativa teriam natureza penal, pois

não se questiona que os atos de improbidade administrativa podem induzir a responsabilidade penal de seu autor, assumindo na diversidade de tipos penais existentes, múltiplas formas de conduta delituosa. Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa também assumem qualificação jurídica diversa daquela de caráter penal, apta, por isso mesmo, a viabilizar, no contexto da pertinente ação civil a imposição de sanções previstas, expressamente, no art. 37, §4º, da Constituição Federal [...] Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este se distingue, de maneira muito clara, entre as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro (BRASIL, STF, 2007, p. 398).

Ainda, seguindo a mesma posição adotada pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello registra que, analisando-se o tema sob a perspectiva das atribuições jurisdicionais,

a competência originária do Supremo Tribunal Federal – precisamente por revestir-se de extração constitucional (à semelhança do que sucede com a competência originária do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais) – submete-se, por isso mesmo, a regime de direito estrito [...], não podendo, desse modo, ser ampliada nem restringida por legislação meramente comum (ordinária ou complementar), sob pena de frontal desrespeito ao texto da Lei Fundamental da República (BRASIL, STF, 2007, p. 399).

Sustenta, ainda, que

Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Isso significa, na perspectiva da controvérsia suscitada pela Lei nº 10.628/2002, que as atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida, por efeito de imprópria atividade legislativa comum, da competência originária desta Corte, para que não se transgrida, com a concessão de prerrogativa de foro a ex-ocupantes de cargos públicos ou a ex-titulares de mandatos eletivos, um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade, viabilizando-se, desse modo em relação a quem não mais detém certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural, cuja importância tem sido enfatizada, em sucessivas decisões, por esta Corte Suprema (BRASIL, STF, 2007, p. 403).

Por tais razões, ao considerar que o Supremo Tribunal Federal não goza de competência originária para processar e julgar lide de caráter eminentemente civil, concluiu o Ministro Celso de Mello pela competência do juízo de primeira instância para apreciar ação civil de improbidade administrativa ajuizada em face de agente político, “respeitadas as exigências constitucionais para efeito de perda do cargo e de privação do mandato” (BRASIL, STF, 2007, p. 404).

Por fim, o então decano da Suprema Corte, Ministro Sepúlveda Pertence, registrou em seu voto que não faria “nenhuma consideração sobre o mérito do caso concreto” (BRASIL,

STF, 2007, p. 405), eis que, na questão de fundo, sua posição estaria “praticamente antecipada” no voto por ele proferido na ADIn 2797, no sentido de que

Ação de improbidade administrativa é uma ação civil. Evidencia-o o art. 37, § 4º da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’. O Tribunal jamais deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República a de conhecer de ações civis contra eles propostas por atos de ofício, ainda que delas possa decorrer a condenação da autoridade a diferentes sanções civil: a ação popular é o exemplo mais frequente dessa nítida distinção jurisprudencial (BRASIL, STF, 2007, p. 406).

Por tal razão, optou por acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Carlos Velloso, e julgar improcedente a reclamação, consignando que

Levo em conta, sobretudo, que a perda da função pública, seja ela a de um cargo efetivo, seja de um mandato político, só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade. Por isso, não há a temer o argumento ad terrorem de que pudesse um juiz singular suspender, preventivamente, o Presidente da República ou outro dignitário de alta hierarquia, nem dá à sua sentença força para destituí-lo imediatamente do mandato e suspender-lhe os direitos políticos (BRASIL, STF, 2007, p. 407).

Assim, a decisão final emanada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito da Reclamação nº 2.138/DF foi no sentido de julgá-la procedente, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, conforme ementa abaixo transcrita:

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. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência 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 (BRASIL, STF, 2007).

3.2. O enfrentamento das posições registradas no julgamento da Reclamação 2.138/DF

A análise detida e aprofundada do julgamento promovido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 2.138/DF deixa evidente a existência de duas posições antagônicas no que diz com o sistema de responsabilização de agentes políticos por atos que atentem contra a probidade na Administração Pública.

De um lado, capitaneada pelo relator do processo, Ministro Nelson Jobim, encontra-se a corrente prevalente, no sentido da impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa, enquanto de outro, temos a posição vencida, pela qual se admite a dupla responsabilização dos agentes políticos, tanto por crime de responsabilidade quanto por ato de improbidade administrativa disciplinado na Lei 8.429/92.

A primeira premissa que precisa ser estabelecida é no sentido de que, durante o julgamento em questão, ficou assente que tanto os atos de improbidade administrativa disciplinados pelo artigo 37, §4º, da CF, como os crimes de responsabilidade previstos no artigo 85 da CF possuem conteúdo político-administrativo preponderante, isto é, não há grande controvérsia que os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade são infrações com idêntica natureza, inclusive guardando similitude quanto às sanções de cunho político, muito embora os atos de improbidade administrativa ainda comportem outras sanções de caráter nitidamente penal e civil.

De outra margem, em um segundo aspecto, embora a análise da competência para eventual julgamento de atos de improbidade administrativa imputáveis ao Presidente da República ou aos Ministros de Estado, somente surja a partir do momento em que se tem como possível a sujeição dos mesmos aos atos ímprobos disciplinados na Lei 8.429/92, e, por isso, está além dos limites da controvérsia objeto desta dissertação, fato é que essa discussão foi suscitada por ocasião do julgamento da Rcl 2.138-DF.

De um lado, em posição capitaneada pelo Ministro Nelson Jobim, sustentou-se a impossibilidade de submissão das ações de improbidade administrativa ao juízo de primeira instância, que, para ele, se fosse admitida, deveria ser processada perante o Supremo Tribunal Federal, ao argumento da “repercussão para o sistema político-institucional” e do “inequívoco significado jurídico político da decisão” (BRASIL, STF, 2007, p. 145), eis que

“O sistema não poderia outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com a ameaça de perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo” (BRASIL, STF, 2007, p. 145/147).

Verte desta corrente, ainda, que as penas trazidas pela Lei 1.079/50 seriam severas e que o ajuizamento de ação de improbidade em primeiro grau de jurisdição contra agentes possuidores de foro especial por prerrogativa de função seria totalmente incompatível com a ordem constitucional vigente, eis que os agentes políticos detentores de foro especial efetivamente governam o País, responsáveis que são por decisões políticas e estratégicas, e não simplesmente técnicas e profissionais, não sendo razoável que fiquem sujeitos ao rito comum de responsabilização aplicável genericamente aos servidores públicos.

De outra margem, como assentado pelo Ministro Marco Aurélio, em contraponto temos que a extensão da prerrogativa de foro configura um *retrocesso* e não um avanço no campo do Estado Democrático de Direito, eis que, segundo ele, não haveria como se admitir que

“por mais se diga que a atuação de primeira instância cause receio, e não penso assim – sou um arauto da atuação daqueles que estão no que rotulo como ‘pedreira’, que é a primeira instância –, a postura de legislador positivo e inserir, no rol definidor da competência do Supremo, essa ação civil – a ação de improbidade” (BRASIL, STF, 2007, p. 389).

Assim, o *risco* aventado pela corrente que entende pela impossibilidade de se processar a ação de improbidade administrativa em primeira instância, seria relativo,

“ficando adstrito à interpretação teleológica do que se contém no citado artigo 20, vedada a possibilidade de implementar-se ato precário e efêmero – já que nem mesmo mediante um pronunciamento definitivo isso se mostra cabível – , que é a liminar, afastando-se o réu da função pública, embora temporariamente, para aguardar-se a tramitação do processo. A constituição Federal é um grande todo, não se devendo abandonar a interpretação sistemática” (BRASIL, STF, 2007, p. 386).

Por tais razões, sob as perspectivas trazidas, refutando-se uma extensão ao foro por prerrogativa de função, não vemos nenhum óbice, senão preconceito, à tramitação de eventuais ações de improbidade administrativa em face de agentes políticos ocupantes dos mais altos cargos do Executivo Federal perante a jurisdição de primeira instância, ressalvada a interpretação teleológica do parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92, afastando-se a possibilidade do afastamento do exercício do cargo em observância às exigências constitucionais.

Feitas essas necessárias considerações a respeito da competência para processar e julgar hipotética ação de improbidade administrativa movida em face de agentes políticos, voltando ao objeto central, no que pertine à corrente que sustenta a impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa, se estrutura em torno da ideia de que os agentes políticos estariam regidos por normas próprias, em decorrência da peculiaridade de seu afazer político, ou seja, haveria um regime especial de responsabilização.

Por fim, sustentou-se que, ante a natureza idêntica dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, a dupla responsabilização caracterizaria hipótese de *bis in idem*, bem como que, pelo princípio da especialidade no confronto aparente de normas, que os agentes políticos ficariam sujeitos somente ao regime que lhes é próprio, dado no plano infraconstitucional pela Lei 1.079/50, em detrimento da incidência da Lei 8.429/1992.

Os debates com relação ao caso foram intensos, bem como a margem de votação que finalizou de forma bastante apertada, sendo que seis foram os Ministros que votaram pela procedência da Reclamação, entendendo que os agentes políticos não estariam sujeitos às aplicações das sanções previstas na LIA, em razão de estes responderem exclusivamente por crimes de responsabilidade, de acordo com a Lei 1.079/50.

Não obstante, cinco foram os Ministros da Suprema Corte que tiveram um posicionamento divergente, entendendo que se aplica a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, embora com pequenas ressalvas, sendo que a competência para o julgamento das ações seria do juiz singular, não havendo que se falar em prerrogativa de foro em razão da função exercida.

Com efeito, a corrente vencida se orienta pela possibilidade de aplicação conjunta de ambos os institutos, porquanto a improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos (DI PIETRO, 2015, p. 915).

Sustentou-se que “isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública”, pois “infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos” e “precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública” (BRASIL, STF, 2007, p. 176), pelo que deveria se dar efetividade máxima à Lei 8.429/92.

Ademais, considerou que as tipificações da Lei 8.429/92 não se enquadram como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50, a menos que se empreste interpretação extensiva ao crime de responsabilidade do Presidente da República, o que seria vedado, eis se tratar de tipificação cerrada.

Com efeito, a Lei 1.079/50 traz em seu artigo 9º um total de sete condutas passíveis de caracterizar crime de responsabilidade derivados do dever de probidade do Presidente da República e de seus Ministros de Estado. Confrontando essas condutas com aquelas estabelecidas como passíveis de caracterizar atos de improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, resta manifesta a inexistência de praticamente nenhuma correspondência entre elas.

Isso porque, como visto no capítulo II, enquanto a Lei 1.079/50 traz em seu rol sete condutas passíveis de caracterizar crime de responsabilidade em decorrência da inobservância do dever de probidade, a Lei 8.429/92 estabelece um rol de aproximadamente quarenta e quatro condutas passíveis de configurar atos de improbidade administrativa.

Percebe-se, portanto, que afastar a possibilidade de coexistência entre ambos os institutos no que tange aos agentes políticos com fundamento na suposta ocorrência de *bis in idem* não é algo que se sustente, porquanto significativa a diferença entre as condutas tipificadas por cada um dos diplomas legais mencionados.

Evidentemente, haveria controvérsia naquelas duas hipóteses excepcionais em que as previsões típicas se assemelham, todavia, não se afigura lógico eximir de responsabilidade os agentes políticos por quarenta e duas condutas passíveis de responsabilização por atos de

improbidade administrativa ao argumento de que duas condutas seriam semelhantes àquelas trazidas pela Lei 1.079/50.

Assim, o cerne da tese da Reclamação 2.138-DF, pela possibilidade de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa, estrutura-se em torno do argumento de que

há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950. Trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública - têm, porém, objetivos constitucionais diversos (BRASIL, STF, 2007).

Assim, para o Ministro Joaquim Barbosa, a sistemática de responsabilização trazida pelo §4º do art. 37 da Constituição Federal e disciplinada pela Lei 8.429/92 busca coibir

a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados, atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas penalidades previstas na lei - e tão somente elas. Aí reside, aliás, uma particularidade dessa nova normatização: a natureza cerrada da tipificação, com penas específicas para cada tipo de conduta desviante (BRASIL, STF, 2007, p. 335).

Todavia, a corrente divergente entendeu que há diferença significativa entre ambos os regimes de responsabilização - o da Lei de Improbidade Administrativa e o dos crimes de responsabilidade - eis que o tratamento da improbidade administrativa como crime de responsabilidade cuida de mais um dentre os inúmeros mecanismos de checks-and-balances típicos das relações entre os poderes do Estado no regime presidencial de governo (STF, 2007, p. 335), pois o “objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente político faltoso, especialmente o chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o estado de Direito, para a estabilidade das instituições” (BRASIL, STF, 2007, p. 336).

Além disso, considerou-se que o processo de responsabilização política por violação ao princípio da probidade exige um grau de especificidade de conduta menor do que aquele exigido para caracterização de atos de improbidade administrativa conforme a Lei 8.429/92, pois para

essa diferenciação no tratamento de uma situação aparentemente semelhantes reside na “natureza eminentemente política do processo de responsabilização dos agentes políticos” (BRASIL, STF, 2007, p. 337). Assim, o conteúdo material da improbidade administrativa prevista nos incisos do artigo 9º da Lei 1.079/50 “longe de apontar para a exigência da prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como ímprobos por parte do Presidente da República e de seus ministros, guarda a fluidez inerente aos signos descritivos das ações de comando supremo” (BRASIL, STF, 2007, p. 337), ou seja, “são pura e simplesmente delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de danos, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos” (BRASIL, STF, 2007, p. 338).

Questiona-se se tal interpretação seria afastada sob o enfoque do artigo 11 da Lei 8.429/93, destinado à tutela dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública, contudo, trata-se de tipificação de caráter subsidiário, cuja aplicação é de pequena relevância no âmbito prático, somente quando ausentes os requisitos para caracterização das demais figuras típicas. Independentemente, em sendo vedado o *bis in idem*, na hipótese da existência de ação de improbidade administrativa em face de agente político com fundamento no artigo 11 da Lei 8.429/92 e de ação perante o Supremo Tribunal Federal destinada a apuração de crime de responsabilidade contra o mesmo agente, a controvérsia poderia ser solucionada fazendo prevalecer aquela que ajuizada antes.

Assim, embora se entenda pela possibilidade de coexistência simultânea entre os dois sistemas de responsabilização para os agentes políticos, o Ministro Joaquim Barbosa faz ressalva, a qual subscrevemos, de que “não cabe a juiz de primeira instância decretar, muito menos em ação de improbidade, a perda do cargo político, do cargo de ministro de Estado, por ser esta uma modalidade de punição que é típica do elenco de mecanismos de controle e aferição da responsabilidade política no sistema presidencial de governo” (BRASIL, STF, 2007, p. 351).

Na mesma linha, sustentou o Ministro Sepúlveda Pertence que

Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Isso significa, na perspectiva da controvérsia suscitada pela Lei nº 10.628/2002, que as atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal devem merecer interpretação que impeça a expansão indevida, por efeito de imprópria atividade legislativa comum, da competência originária desta Corte, para que não se transgrida, com a concessão de prerrogativa de foro a ex-ocupantes de cargos públicos ou a ex-titulares de mandatos eletivos, um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade, viabilizando-se, desse modo em relação a quem não mais detém certas titularidades funcionais no aparelho de Estado, a aplicação ordinária do postulado do juiz natural, cuja importância tem sido enfatizada, em sucessivas decisões, por esta Corte Suprema (BRASIL, STF, 2007, p. 403).

A endossar esse entendimento, dignas de nota as lições do eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Melo:

Como se percebe, o âmbito de abrangência da noção de agente público adotada pela lei a fim de qualificar os agentes alcançados por suas disposições é o mais genérico e amplo possível. Demais disto, ante o teor da linguagem normativa não padece de dúvida alguma que a norma releva o mais explícito, consistente e deliberado intento de colocar sob seu âmbito de regência tanto os sujeitos relacionados ao Poder Público ou a suas entidades auxiliares por vínculos de trabalho profissional quanto os que a eles se vinculam por liames de caráter político. É que falou também em ‘eleição, mandato ou designação’. Espancou, dessarte, qualquer possibilidade de acrobacia ou malabarismo exegético que pudesse ser forjicado para restringir a noção (já por si mesmo ampla) de agente público e permitir aos agentes políticos que escapulisses dos rigores da lei. Aliás, diga-se de passo, que seria despropositado se o diploma em causa os houvera deixado ao largo de sua incidência. É que são eles, justamente, os que desfrutam das condições mais propícias à prática de atos de improbidade administrativa e os que dispõem dos melhores meios para se evadirem à consequente responsabilidade [...]. Se a lei veio para coibir atos de improbidade, conforme seu explícito objetivo, é óbvio que de seu alvo jamais poderiam estar excluídos os agentes políticos, aos quais, de resto, se ajustaria bem o papel de centro de mira (MELLO, 2002, p. 13/14).

Além disso, não é desarrazoado considerar que “a responsabilidade de um agente político deva aumentar proporcionalmente à sua ascensão hierárquica na Administração Pública” (BATISTI; PIMENTA, 2015, p. 14). Ou seja, considerar que aos agentes políticos em cargos de alta hierarquia não estão sujeitos às sanções estabelecidas pela Lei 82.49/93 enquanto, ao mesmo tempo, caberia sua aplicação a qualquer outro agente público, efetivo ou comissionado, “é substancialmente contrário a esse pensamento lógico” (BATISTI; PIMENTA, 2015, p. 14). Nos dizeres de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos (2013, p. 901).

Outrossim, pode-se afirmar que a aplicação da Lei 8.429/1992 e sua máxima eficácia é o meio, aparentemente, mais eficiente para tentar eliminar a corrupção da Administração Pública, isto é, retirar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos seria um retrocesso no que diz respeito à tentativa de erradicar a corrupção do país, tão debatida e amplamente divulgada nos dias atuais (BATISTI; PIMENTA, 2015, p. 14).

Portanto, subtraídas questões atinentes à competência para eventual julgamento de ação de improbidade administrativa, percebe-se que o ponto central da divergência no que tange à responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa gira em torno das semelhanças e divergências entre as sanções estabelecidas para os ilícitos previstos na Lei 8.429/92 e na Lei 1.079/50, bem como na possibilidade de aplicação simultânea de dois diplomas legais destinados à tutela da probidade administrativa e da persecução de infrações político-administrativas.

Com efeito, é fato que há no ordenamento jurídico pátrio dupla normatividade no que pertine ao tratamento da improbidade administrativa, cada uma delas com objetivos distintos. De um lado, a Lei 8.429/92 traz um rol de figuras típicas restrito, mas aplicável a um vasto rol de sujeitos, notadamente de agentes públicos em geral, bem como de terceiros em colaboração, mesmo que não ostentem vínculo funcional com a Administração Pública. De outro lado, especificamente em relação aos agentes políticos e especialmente em relação ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, estabeleceu-se a responsabilização constitucional por crimes de responsabilidade, disciplinada pela Lei 1.079/50. Muito embora ambas objetivem a tutela do mesmo princípio constitucional, qual seja a moralidade administrativa, possuem objetivos constitucionais distintos e se o legislador constituinte tivesse por objetivo a aplicação de somente uma delas aos agentes políticos, teria expressamente registrado tal fato no Texto Constitucional.

Isso porque a sistemática de responsabilização trazida pelo §4º do art. 37 da Constituição Federal e disciplinada pela Lei 8.429/92 busca coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, tão comuns no contexto político nacional e que talvez sejam o problema mais grave enfrentado pelo atual Estado Democrático de Direito, atribuindo aos agentes ímprobos severas penas para condutas de tipificação cerrada.

Por outro lado, a responsabilização por crime de responsabilidade decorrente de atentado à probidade administrativa, com finalidade manifestamente política, tal como estabelecida pelo inciso V do artigo 85 do Texto Maior, possui objetivo distinto, qual seja, funcionar como mecanismo de *checks-and-balances* na sistemática de interação entre os Poderes do Estado. Até por isso que as penalidades nesta hipótese aplicadas são distintas e relativamente mais brandas, já que o escopo da punição é tão somente afastar do cargo o agente político cujas ações sejam prejudiciais para o Estado de Direito e para a estabilidade das instituições democráticas.

Por isso, o conteúdo material da improbidade administrativa prevista nos incisos do artigo 9º da Lei 1.079/50 não exigem a prática de atos específicos, detalhados e diretamente caracterizáveis como ímprobos por parte dos agentes políticos, isto é, cuidam de delitos político-funcionais, puníveis com o afastamento do agente, sem que se possa falar em ressarcimento de danos, em indisponibilidade de bens, em suspensão dos direitos políticos.

Assim, a justificativa para essa diferenciação no tratamento de situações aparentemente semelhantes reside na natureza eminentemente política do processo de responsabilização dos mandatários de altos cargos políticos do Estado.

Em outras palavras, estamos diante de entidades distintas e que não se excluem, podendo ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos, embora desencadeados pelos mesmos fatos.

O que não se pode admitir é que, sob argumentos teratológicos e desprovidos de base empírica, se afaste a responsabilidade dos mandatários de altos cargos dentro da Administração Pública, notadamente o Chefe do Poder Executivo e seus respectivos Ministros sejam excluídos do rol de agentes passíveis de responsabilização por atos de improbidade administrativa e gozem de uma situação privilegiada e distinta dos demais agentes públicos. Com efeito, a natureza e responsabilidade inerentes ao cargo que ocupam não deve servir de argumento para um sistema de responsabilização distinto, pelo contrário, exigem, na verdade, um maior grau de comprometimento e de lisura de seus atos.

É fato notório que o princípio da moralidade administrativa constitui imprescindível instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana em sua plenitude. O estrito cumprimento das políticas públicas, o emprego lícito do dinheiro público em observância às diretrizes orçamentárias, sem desvios ou combinações espúrias, são objetivos decorrentes do princípio da moralidade que buscam proporcionar ao menos o mínimo existencial que deve ser assegurado a todos os cidadãos e estrangeiros residentes em território nacional. Em suma, a probidade na administração pública é um valor muito caro e que deve ensejar severas sanções aos agentes públicos que dela se desviem.

Também é preciso se ter em conta que, caso se admita a não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, estar-se-ia criando um vácuo jurídico que permitiria a impunidade dos agentes políticos ocupantes de altos cargos da República, eis que, caso venham a renunciar ao cargo antes de efetivamente recebida a denúncia pela Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 15 da Lei 1.079/50, àquela não poderá ser aceita, inviabilizando a persecução por crimes de responsabilidade. Assim, por razões óbvias, na

hipótese retratada, em havendo renúncia antes do recebimento da denúncia por crime de responsabilidade, deve ser admitida a responsabilização do agente político nos termos da Lei 8.429/92.

Sob outro vértice, merece destaque o fato de que a Reclamação 2.138/DF, embora seja equivocadamente considerada um *leading case* do Supremo Tribunal Federal, na verdade não foi julgada sob a sistemática de repercussão geral ou de recursos repetitivos, possuindo caráter exclusivamente *inter partes*, isto é, não possui eficácia geral nem efeito vinculante.

Mesmo que assim não fosse, fato é que uma votação acirrada como havida no paradigma em análise, com diferença de um único voto, não possui o condão de pacificar a jurisprudência nacional, não podendo se descurar, além disso, que houve alteração significativa no quadro de integrantes da Suprema Corte desde o julgamento da Reclamação 2.138/DF, o que poderá vir a ensejar uma alteração na orientação até então prevalecente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de se ingressar na análise do tema objeto central da presente dissertação, cabe registrar que a controvérsia instalada no julgamento da Reclamação 2.138/DF deriva primordialmente da lacuna deixada pelo legislador constituinte no que pertine à responsabilização dos agentes políticos, notadamente do Presidente da República e dos Ministros de Estado, por atos de improbidade administrativa.

Isso porque, muito embora o §4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 não faça nenhuma ressalva quanto à classe dos agentes políticos, consignando de forma indistinta a necessidade de responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa, bem como deixando pré-estabelecido ao legislador ordinário a necessidade de imposição ao agente ímprobo das penas de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, ao mesmo tempo traz no inciso V de seu artigo 85 que configura crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de qualquer ato que atente contra a probidade na administração.

Para ajudar na celeuma, enquanto os atos de improbidade administrativa acabaram por ser disciplinados através da Lei 8.429/92, promulgada após o advento da Constituição Cidadã, os crimes de responsabilidade permaneceram disciplinados pela Lei 1.079/50, cuja recepção ou não pelo advento do novo Texto Constitucional sequer fora objeto de valoração aprofundada pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou somente em verificar os aspectos procedimentais do referido diploma, não debruçando a análise sobre o diploma legal como um todo ou das figuras típicas ali contidas e suas respectivas sanções.

Assim, no atual panorama legislativo nacional, enquanto praticamente a integralidade dos agentes públicos, dentre os quais se inserem inclusive prefeitos, governadores e outros agentes políticos cuja responsabilidade por infrações político-administrativas não decorre da Constituição Federal, criou-se uma exceção em relação ao Presidente da República e Ministros de Estado que desde o início suscitou controvérsias.

Em suma, antes de se analisar o acerto ou desacerto da orientação firmada no julgamento da Reclamação 2.138/DF, é imperioso que se dê destaque ao problema endêmico e estrutural que acomete desde tempos remotos o sistema jurídico nacional, qual seja a ausência de lógica, diálogo e organização na edição de textos legislativos, fomentando correntes antagônicas e afetando a segurança jurídica enquanto princípio constitucional.

Volvendo ao objeto central da presente dissertação, ao desenvolver no capítulo I um análise ampla a respeito da improbidade administrativa, seu conceito e conteúdo, bem como o desenvolvimento de sua tutela legislativa até culminar na previsão constitucional através do §4º do artigo 37 da Carta Política de 1988 e disciplina pela Lei 8.429/92, percebemos que seu vasto rol de condutas típicas, aliadas a um amplo rol de sujeitos ativos, bem como a severidade das sanções cominadas constituem importante instrumento no combate à corrupção.

No que pertine à natureza dos atos de improbidade administrativa, identificamos a existência de três correntes distintas que se propõem a classificar a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa como: (i) contemplada dentro da responsabilidade civil; (ii) decorrente do direito administrativo sancionador; (iii) gênero próprio, desvinculada das responsabilidades civil, penal e administrativa. Para os fins do presente trabalho, filiamo-nos à corrente para a qual as sanções estabelecidas aos atos de improbidade possuem características múltiplas, com carga civil, política e administrativa, e, ainda, que possuem contornos e forte carga penal, estruturando assim um sistema *sui generis* de responsabilidade.

Ainda, no que diz com a análise do sujeito ativo na sistemática da Lei 8.429/92 foi possível identificar que qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente do vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente, incluído nesse contexto o agente político sem qualquer tipo de ressalva.

Por fim, após discorrer sobre cada um dos atos de improbidade administrativa em espécie, abordamos as sanções aplicáveis a cada um deles, concluindo pela natureza jurídica mista das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa isto é, enquanto a suspensão dos direitos políticos possui caráter tão somente de sanção política, a perda da função pública ostenta características político-administrativa, bem como a proibição de contratar e receber benefícios da Administração Pública possui natureza meramente administrativa e a multa civil, o ressarcimento ao Erário e a perda de bens e valores são de natureza civil.

De outra margem, na análise dos crimes de responsabilidade desenvolvida no capítulo II, foi demonstrado que, inobstante a errônea denominação a eles atribuída, porquanto se tratam essencialmente de infrações político-administrativas, tendo em conta a natureza jurídica das sanções a elas atribuída, encontram-se previstos no artigo 85 da Constituição Federal e disciplinados pela Lei 1.079/50, que, em seu artigo 9º, cuida especificamente das condutas que atentem contra o dever de probidade na Administração Pública.

Ao confrontar as figuras típicas trazidas pela Lei 1.079/50 e pela Lei 8.429/92 pudemos perceber a inexistência de praticamente nenhuma correspondência entre elas, sendo que, em

que pesem as exceções suscitadas no capítulo II, subcapítulo 2.3, não se afigura lógico eximir de responsabilidade os agentes políticos por quarenta e duas condutas passíveis de responsabilização por atos de improbidade administrativa ao argumento de que duas condutas seriam semelhantes àquelas trazidas pela Lei 1.079/50.

Assim, no capítulo III, após desenvolver uma análise aprofundada de cada um dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Rcl 2.138-DF, foi possível perceber a existência de duas posições antagônicas a respeito da possibilidade de submissão dos agentes políticos a dois regimes distintos de responsabilização pela prática de atos que de alguma forma atinjam a probidade na Administração Pública.

De um lado, a posição predominante, capitaneada pelo relator Ministro Nelson Jobim, foi no sentido da impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa, eis que sujeitos exclusivamente ao regime específico previsto no artigo 85, inciso V, da Constituição Federal e disciplinado pela Lei 1.079/50, visto se tratarem de infrações da mesma natureza e com sanções semelhantes, fazendo incidir a regra da especialidade.

Em contrapartida, a posição vencida, capitaneada pelo Ministro Joaquim Barbosa, orienta-se pela possibilidade de responsabilização dos agentes políticos, notadamente o Presidente da República e seus Ministros de Estado, tanto pela Lei 1.079/50 como pela Lei 8.429/92, com a ressalva de que não estamos diante da aplicação concomitante, mas sim da coexistência entre os institutos, isto é, a depender do caso concreto, os agentes políticos poderão responder pela prática de crime de responsabilidade ou de ato de improbidade administrativa.

Não obstante, fato é que uma votação acirrada como havida no paradigma em análise, com diferença de um único voto, não possui o condão de pacificar a jurisprudência nacional, não podendo se descurar, além disso, que houve alteração significativa no quadro de integrantes da Suprema Corte desde o julgamento da Reclamação 2.138/DF, o que poderá vir a ensejar uma alteração na orientação até então prevalecente.

Dito isto, a conclusão a que se chega ao término da presente dissertação se orienta no sentido da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, que se submetem a um sistema dúplice de responsabilização por atos de improbidade administrativa, notadamente em virtude da responsabilidade inerente ao poder que lhes é outorgado, com a ressalva de que não se deve admitir a dupla imputação pelo mesmo fato, ou seja, ou bem a conduta ímproba imputada ao agente político é perquirida através da Lei

1.079/50 ou pela Lei 8.429/92, dependendo a adequação do fato à norma às especificidades do fato imputado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AZKOUL, Marco Antonio. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BATISTI, Nelia Edna Miranda; PIMENTA, Júlia Acioli. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.3, p.119-140, set./dez.2015.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa: anotado e comentado**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **A Constituição do Brasil de 1988: Comparada e Comentada**. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, 17 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. **Lei n 8.745/93, 9 de dezembro de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8745cons.htm. Acesso em: 9 maio 2019.

_____. **Lei n. 10.028, 19 de outubro de 2000.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110028.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. **Lei n. 3502, de 21 de dezembro de 1958.** Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as ações aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 03 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1163643/SP. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. DJ 30 mar 2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8571516/recurso-especial-resp-1163643-sp-2009-0207385-8> >. Acesso em: 12/09/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1412214. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJ 28 mar 2016. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465517711/recurso-especial-resp-1511025-sp-2015-0008045-4> >. Acesso em: 13/05/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 931.135/RO. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ 27 fev 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372806/recurso-especial-resp-1282445-df-2011-0225615-8> >. Acesso em: 08/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo.** 5. ed. Brasília: STF, secretaria de documentação, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5163. Relator Ministro Luiz Fux. DJ 18 mai 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8481099> >. Acesso em: 04/07/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 834. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 09 abr 1999. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266856> >. Acesso em: 16/07/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3395. Relator Ministro César Peluso. DJ 10 nov 2006. Disponível em: <

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14829666/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3395-df-stf>>. Acesso em: 12/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 293. Relator Ministro Néri da Silveira. DJ 22 abr 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 10/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial n. 1004808. Relator Ministro Dias Toffoli. DJe 31 out 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5076068>>. Acesso em: 13/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 3.585/RS. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 24 out 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4545109>>. Acesso em: 13/11/ 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1004790. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJ 12 jun 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5621866>>. Acesso em: 19/10/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3644. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJ 13 out 2014. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25295027/inquerito-inq-3644-ac-stf/inteiro-teor-146492096?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 12/04/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26969. Relator Ministro Luiz Fux. DJ 12 dez 2014. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25336368/mandado-de-seguranca-ms-26969-df-stf/inteiro-teor-157520627?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 15/06/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. DJ 18 abr 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2044010>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1120423. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 27 jun 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314866003&ext=.pdf> >. Acesso em: 07/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 691306. Relator Ministro César Peluso. DJ 11 set 2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22379043/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-691306-ms-stf/inteiro-teor-110663948?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 15/01/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 228977. Relator Ministro Néri da Silveira. DJ 12 abr 2002. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749041/recurso-extraordinario-re-228977-sp>>. Acesso em: 12/05/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 46. DJ 17 abr 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=46.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15/01/2019.

BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Princípio da moralidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, oralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Volume 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 210, out. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47094/45805>>. Acesso em: 20/08/2019.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/92 comentada**. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, Saraiva, 1992.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex, 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLANDA JR, André de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Improbidade administrativa**: Lei 8.429/1992. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOBO, Arthur Mendes. **A ação prevista na lei de improbidade administrativa** – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos. *Revista Argumenta*, Paraná, 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/9>>. Acesso em 31 out. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. V. III.

_____. **Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 1961.

MARQUES, Silvio Antônio. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa** (Lei n. 8.429, de 2.6.1992). *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v.1, n. 40, jan-mar, 2002.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa**: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência. 5. ed. Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e processual. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. **Improbidade administrativa**: Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OSÓRIO, Fábio Meda. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. **Infração (crime) de responsabilidade e impeachment**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, v. 95, p. 61-80, abr-jun, 2016.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. NETO, Nicolao Dino de Castro e Costa. SILVA FILHO, Nívio de Freitas. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Juarez. PRADO, Geraldo. **O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: análise de casos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.