



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

A ação de improbidade administrativa e o processo de *impeachment*: um olhar republicano sobre a responsabilização dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa

The administrative improbity action and the impeachment process: a republican look about the accountability of political agents by acts of administrative improbity

Paulo Vitor da Silva

Resumo: A responsabilidade dos agentes públicos, sobretudo dos denominados agentes políticos, no trato da *res publica* é assunto da ordem do dia em nosso cenário sociopolítico atual. Nesse quadro, resta patente a necessidade de se estabelecer mecanismos adequados de fiscalização e controle do poder, devendo o Estado dispor de meios adequados à prevenção e à repressão de comportamentos desviados para garantir sua estabilidade. O presente trabalho tem por escopo estudar a possibilidade de sujeição dos agentes políticos tanto ao regime especial de responsabilidade político-administrativa pelo processo de impeachment quanto ao regime sancionador da Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; crimes de responsabilidade; responsabilização; impeachment; princípio republicano; democracia; estado de direito.

Abstract: The responsibility of the public agents, especially of the so-called political agents, in the treatment of *res publica* is a subject of the order of the day in our current socio-political scenario. Within this framework, there is a clear need to establish adequate mechanisms for inspection and control of power, and the State should have adequate means to prevent and repress deviant behavior to guarantee its stability. The purpose of this work is to study the possibility of subjecting political agents at the same time to the special regime of political and administrative responsibility for the impeachment process and to the sanctioning regime of the Law of Administrative Improbability.

Keywords: administrative improbity; responsibility crimes; liability; Impeachment; republican principle; democracy; rule of law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p66-98>

Artigo submetido em: novembro de 2017

Aprovado em: dezembro de 2017

A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PROCESSO DE IMPEACHMENT: UM OLHAR REPUBLICANO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Paulo Vitor da SILVA**

Sumário: 1 Introdução; 2 Um breve giro histórico a respeito do tema; 3 A Reclamação 2.138-6/DF – Supremo Tribunal Federal. A tese restritiva da responsabilidade – Argumentos principais; 4 Os crimes de responsabilidade e o Impeachment; 5 Origem do impeachment e seu principal objetivo; 6 A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade e do impeachment; 7 A Improbidade Administrativa e a Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa; 8 Improbidade e Moralidade; 9 A natureza jurídica dos atos improbidade administrativa e da ação civil por ato de improbidade administrativa; 10 Solução da controvérsia – A possibilidade de sujeição simultânea dos agentes políticos ao regime especial dos crimes de responsabilidade e ao regime da Lei de Improbidade Administrativa; 11 Refutação dos argumentos utilizados na Reclamação 2.138-6/DF – Supremo Tribunal Federal; 12 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos integrantes dos altos escalões dos Poderes do Estado tem suscitado inúmeras polêmicas, notadamente entre elas a que toca à possibilidade de sujeição concomitante de determinados agentes políticos ao regime especial dos crimes de responsabilidade e ao regime da Lei de Improbidade Administrativa.

A não incidência da Lei de Improbidade Administrativa sobre os atos praticados por agentes políticos tem sido defendida por juristas de escol, baseada na existência de normatização específica dirigida a estas autoridades, qual seja a previsão constitucional de punição por infrações intituladas de crimes de responsabilidade. Em sentido contrário a esta tese, outros tantos juristas têm se manifestado pela aplicabilidade simultânea de ambos os regimes sancionatórios. A celeuma está instaurada, inclusive, no seio dos tribunais, tendo em perspectiva a jurisprudência vacilante sobre o tema.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, assessor de magistrado na Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro.

O presente trabalho justifica-se, em vista disso, na necessidade de se fixar balizas sobre a eficiência do sistema jurídico na repressão dos atos de improbidade administrativa, com especial atenção para a possibilidade de submissão dos agentes políticos tanto ao regime especial de responsabilidade político-administrativa, materializada na aplicação de leis especiais que cuidam dos crimes de responsabilidade, quanto aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, apresentando razões que legitimam a devida responsabilização em ambas as instâncias.

Busca-se, através deste estudo, verificar a adequação do disposto na Lei de Improbidade Administrativa às normas constitucionais vigentes, sobretudo no que pertine aos dispositivos alusivos à Administração Pública e aos agentes públicos, estabelecendo a amplitude da aplicação do regime de responsabilidade da Lei nº 8.429/1992 no que toca aos agentes políticos, bem como as razões que dão legitimidade a tal aplicação.

O caminho a ser percorrido iniciar-se-á por um apanhado histórico do assunto, passando-se, em seguida, a uma análise dos termos e institutos que interessam ao estudo do tema, mediante revisão de doutrina especializada, bem como de diplomas normativos pertinentes, de maneira a alicerçar o progresso da matéria.

Em seguida, desenvolver-se-á a temática da possibilidade de dupla sujeição dos agentes políticos tanto ao regime especial dos crimes de responsabilidade (quando aplicável) quanto ao regime da Lei de Improbidade Administrativa. Far-se-á um cotejo das normas da Constituição da República com as da Lei nº 8.429/1992, bem como de eventuais dispositivos que tangenciem o assunto, dispostos em outros diplomas normativos. Isso será feito também com apoio em doutrina especializada, bem como em análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça afeta ao objeto em estudo.

2. Um breve giro histórico a respeito do tema

A responsabilidade de agentes políticos está presente em nosso ordenamento jurídico desde a fase colonial, época em que as ordenações portuguesas já previam penalidades aplicáveis a agentes do Estado no exercício de suas funções. As Ordenações Filipinas, por exemplo, dispunham sobre a vedação ao recebimento de vantagens por parte dos que chamavam de Oficiais de Justiça e da Fazenda, cominando-lhes penas de perda do ofício e a obrigação de pagamento de vinte vezes o valor que viessem a receber indevidamente. Eis um trecho do teor do Livro V, Título LXXI¹:

Defendemos a todos os Dezembargadores e Julgadores, e a quaesquer outros Officiaes, assi da Justiça, como da nossa Fazenda, e bem assi da nossa Caza, de qualquer qualidade que sejam, e aos da Governança das Cidades, Vilas e lugares, e outros quaesquer, que não receberão para si, nem para filhos seus nem pessoas, que debaixo de

¹ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1218.htm>. Acesso em 12 de abril de 2017.

seu poder e governança têm, dadas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posloque com eles, não traga requerimento de despacho algum.

E quem o contrário fizer, perderá qualquer Officio, que tiver, e mais pagará vinte por hum do que receber, a metade para quem o accusar e a outra para nossa Camara.

A partir da independência, a primeira Constituição genuinamente brasileira, a Constituição Imperial de 1824, embora consagrasse a irresponsabilidade do chefe do Executivo (o Imperador)², previa que os demais agentes políticos, a exemplo dos Ministros³ e Conselheiros de Estado⁴, respondiam (do ponto de vista do direito positivo) pela prática de ilícitos em seu exercício funcional.

Após o fim do período imperial pela proclamação da República em 1889, foi elaborada a primeira Constituição Republicana em 1891, com forte influência do texto constitucional norte-americano. A nova Constituição manteve presente a responsabilização do alto escalão do governo e, ao contrário da anterior, previu também a responsabilidade do chefe do Poder Executivo, tendo este como seu traço mais marcante. Utilizou-se pela primeira vez a expressão *crime de responsabilidade*, sendo uma de suas modalidades o atentado contra a probidade da administração.

As Constituições da Era Vargas (Constituições de 1934 e 1937) não trouxeram em seu bojo modificações significativas com relação ao tema de nosso estudo, valendo destacar apenas a exclusão da competência exclusiva do Senado para julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, que passou, na Constituição de 1934, a um Tribunal Especial, que teria como presidente o da Suprema Corte e seria composta de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados⁵. Na constituição de 1937, a competência para o julgamento foi conferida ao

² Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

³ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis

I. Por traição.

II. Por peita, suborno, ou concussão.

III. Por abuso do Poder.

IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

⁴ Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.

⁵ Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

Conselho Federal⁶, órgão criado pela própria Carta, com composição e forma de investidura determinadas por seu artigo 50⁷.

Muito embora do ponto de vista constitucional pouca relevância possa ser creditada ao período conhecido como Era Vargas para a evolução do combate à improbidade, em nível infraconstitucional tem-se nesse período o marco inicial no direito positivo brasileiro da responsabilização civil por atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública, desde que resultassem em locupletamento ilícito para o agente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014, p. 902-906), ao fazer um apanhado histórico da legislação sobre o tema, quando trata de sua evolução no direito positivo, observa que o Decreto-Lei nº 3.240, de 8/5/41 previa a possibilidade de sequestro de bens de pessoas indiciadas por crime de que resultasse prejuízo para a Fazenda Pública.

Com a queda de Getúlio Vargas e a redemocratização do país, a Constituição de 1946 foi a primeira Constituição a tratar expressamente da responsabilidade de agentes públicos, que não as autoridades de alto escalão, visto que tratou da possibilidade da lei dispor sobre sequestro e perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, em seu artigo 141, §31⁸.

A lei que veio a regulamentar o dispositivo constitucional foi proposta em 1951 e votada apenas 1957. Trata-se da Lei nº 3.164 de 1º/6/1957, que ficou conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, em razão da iniciativa legislativa do deputado alagoano Ari Pitombo e da atuação decisiva desses parlamentares (Pitombo e Godói-Ilha) no processo legislativo (PÓVOA, VIANNA, 2005, p. 2-3). De acordo com esta lei, haveria independência das instâncias civil e criminal⁹, na medida em que a responsabilidade criminal ficava ressalvada de eventual resultado de processo cível¹⁰.

⁶ Art. 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

⁷ Art. 50 - O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos.

Parágrafo único - Cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, elegerá um representante. O Governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembléia; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembléia.

⁸ § 31 – [...]. 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.

⁹ Art. 1º, § 1º. As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual.

¹⁰ Art. 2º A extinção da ação penal ou a absolvição do réu incurso nos crimes capitulados no Título XI da Parte Especial do Código Penal ou em outros crimes funcionais, de que resulte locupletamento ilícito, não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens de aquisição ilegítima, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

Outro ponto marcante desta lei foi a atribuição de legitimidade ativa para a propositura da ação civil ao Ministério Público ou a qualquer um do povo¹¹.

A Constituição de 1946 trouxe ainda a possibilidade de qualquer cidadão promover ação objetivando a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, em seu artigo 141, §38¹². Tem-se, aqui, a concepção de mais uma ferramenta de suma importância ao combate dos atos de improbidade, qual seja a Ação Popular. Nesse contexto, Rafael Bielsa, ao tratar do autor popular, demonstra a importância da ampliação da legitimidade para a propositura de ação protetiva do patrimônio público (BIELSA, 1954, P.44):

O autor da ação popular é uma espécie de "cavaleiro cruzado" da legalidade e da moralidade pública. Nêle se vê uma expressão de solidariedade para com todos os cidadãos honestos ou animados de espírito cívico. O interesse jurídico está em segundo plano para êle; mas em primeiro plano para a lei. É a lei que exige a extinção do ato e o castigo dos culpados e, para isso, investe de um título legal todo aquêle que tenha interesse em defender a ordem jurídica tutelar da moralidade administrativa, do patrimônio do Estado, do erário, da legalidade, em suma.

O julgamento dos crimes de responsabilidade voltou a integrar o feixe de competências privativas do Senado Federal¹³, incluindo-se outras autoridades à hipótese de julgamento político por crimes de responsabilidade pela Câmara Alta, o que vigora até hoje.

Durante o Regime Militar instaurado no Brasil desde 1964, vigorou a partir da posse do presidente Costa e Silva a Constituição de 1967 que, em seu artigo 150, § 11, alterado pela Emenda Constitucional nº 1/69 para artigo 153, § 11, trazia dispositivo semelhante ao da Constituição de 1946 em sua parte final, quando dizia que a lei disporia sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública (DI PIETRO, 2014, p. 903).

¹¹ Art. 1º, § 2º. O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo.

¹² § 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

¹³ Art. 62 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º - Nos casos deste artigo, funcionará como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - O Senado Federal só proferirá sentença condenatória pelo voto de dois terços dos seus membros.

§ 3º - Não poderá o Senado Federal impor outra pena que não seja a da perda do cargo com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da Justiça ordinária.

Sem embargo das mazelas do período, a Constituição de 1967 foi a primeira a conter em seu bojo a nomenclatura Ação Popular para qualificar esta importante ferramenta de controle dos atos lesivos ao patrimônio público, em seu artigo 150, § 31¹⁴. Aliás, ocorreu já durante o regime militar a promulgação da lei regulamentadora do manejo da Ação Popular, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, ainda sob a égide da Constituição de 1946, e que vige até os dias atuais.

Com a derrocada do Regime Militar, uma nova e ampla redemocratização do país resulta na promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Constituição Cidadã, como conhecida, trouxe a moralidade para o rol dos princípios norteadores da Administração Pública¹⁵, dando, portanto, força normativa à ideia de moralidade administrativa. Significa dizer que a moralidade não deve ser apreciada apenas de forma desconexa do direito, mas passa, a partir de então, a integrar o juízo de legalidade do agir da Administração. Dito de outro modo, o ato imoral passa a ser também ilegal, ou mais precisamente, passa a ser inconstitucional. Apesar de esta conclusão ser extraível diretamente do princípio republicano, ao passo que a Administração Pública, ao gerir interesses públicos, logicamente deve agir de forma reta, prova, ao positivar o princípio da moralidade, o constituinte reforça o compromisso de combater os desvios cometidos no seio da Administração pelos agentes públicos e por aqueles que com eles concorrem.

Na atual Constituição, a improbidade administrativa, antes tipificada apenas em seção própria ao tratamento dos crimes de responsabilidade, passou a integrar também capítulo referente à Administração Pública em geral, aparentando, em razão disso, uma espécie de *bis in idem* sancionatório por atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, vozes sustentaram que a responsabilização pelo processo de *impeachment* concomitantemente à responsabilização por meio da ação de improbidade, em decorrência de um determinado ato ilícito, constituiria uma dupla penalização pelo mesmo fato (*bis in idem*), a despeito de os artigos 37, § 4º, e 52, parágrafo único, ambos da Constituição Federal, serem bastante claros em afirmar a independência das esferas punitivas.

A partir da atual moldura normativa, o presente trabalho tenciona discutir se os agentes políticos sujeitos a regime específico de culpabilidade por crimes de responsabilidade (CF, art. 85, Lei 1.079/50 e DL 201/67) – que abarca dentre seus tipos os atos de improbidade administrativa – estariam também sujeitos à responsabilização específica por atos de improbidade, nos termos do artigo 37, §4º, regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa – LIA. Dito de outro modo, debate-se se a

¹⁴ § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

¹⁵ 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 [...]. Obs.: A eficiência passou a integrar este rol a partir da Emenda Constitucional nº 19/98.

punibilidade da conduta a título de crime de responsabilidade afasta a incidência da Lei de Improbidade Administrativa sobre os atos de improbidade praticados. É sobre essa controvérsia interpretativa que nos debruçaremos neste trabalho.

3. A Reclamação 2.138-6/DF¹⁶ – Supremo Tribunal Federal. A tese restritiva da responsabilidade – argumentos principais

A questão posta fora debatida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 2.138-6, do Distrito Federal, tratando da hipótese de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a Ministro de Estado. O então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, da Presidência da República, teria supostamente solicitado e utilizado aviões da Força Aérea Brasileira – FAB para transporte particular seu e de terceiros, bem como utilizado as instalações de hotel de trânsito da Aeronáutica, sem vinculação com as atividades funcionais, razão que motivou o Ministério Público a requerer a condenação do agente pela prática de atos de improbidade administrativa disciplinados nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429, de 1992, com as sanções correspondentes.

Defendendo a tese de responsabilidade única dos agentes políticos por crimes de responsabilidade, em se tratando de condutas caracterizáveis como atos de improbidade administrativa, a União, reclamante, sustentou argumentos que podem definir os contornos do problema.

Primeiramente, afirmou-se que os agentes públicos que ocupam cargos e funções previstas na constituição (agentes políticos) e dela extraem suas atribuições, prerrogativas e responsabilidades, pela característica que lhes é própria de atuar de forma livre e independente, decorrente do exercício da própria soberania do Estado, devem diferenciar-se dos servidores públicos em geral, subordinados a limitações hierárquicas, sem autonomia funcional e que se subordinam a regime comum de responsabilidade. Em razão da especial natureza das funções que exercem, necessitando de maior liberdade funcional, não poderiam os agentes políticos responder por seus atos como os demais servidores administrativos.

Aduziu-se, ainda, que a possibilidade de um juiz de primeiro grau impor a um Ministro de Estado a sanção de perda dos direitos políticos e a perda do cargo, inclusive em sede liminar, em primeira instância de jurisdição, não seria consentâneo com o sistema de proteção da liberdade de atuação do agente político querida pelo Poder Constituinte. Em que pese a possibilidade de reforma de eventual provimento de primeiro grau, destacou-se que o sacrifício da liberdade de ação ensejaria a submissão exclusiva ao regime de responsabilização especial dos crimes de responsabilidade, afastando-se a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em 14 de abril de 2017.

Destacou-se que os crimes de responsabilidade se referem a condutas administrativas, consubstanciadas em verdadeiros ilícitos político-administrativos, com consequências análogas às da Lei de Improbidade Administrativa, o que ensejaria dupla punição pelo mesmo fato. A maneira adequada para evitar esse *bis in idem* seria a utilização do critério da especialidade. Assim, a Lei 8.429/92 aplicar-se-ia a todos os agentes públicos, incidindo sobre os agentes políticos a legislação que cuida dos crimes de responsabilidade por constituir norma especial.

Dispôs-se que entender o agente político como sujeito à Lei de Improbidade Administrativa seria desprezar o sistema de responsabilização especial expressamente desejado pelo constituinte e por ele instituído, negando o princípio da máxima efetividade que se deve buscar para as normas constitucionais.

Por fim, consignou-se que como todo o suposto ato de improbidade administrativa constitui, em essência, crime de responsabilidade, aos agentes políticos só cabe a imputação mediante procedimento próprio para apuração desta espécie.

Ao fim do julgamento, restou marcado que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o regulado pela Lei de Improbidade Administrativa e o regime dos crimes de responsabilidade. A possibilidade de cumulação de instâncias esvaziaria, por exemplo, o conteúdo do artigo 102, I, "c", da Constituição da República, pois a competência para apuração dos determinados ilícitos caracterizadores de crimes de responsabilidade praticados por determinadas autoridades ficaria ao alvedrio dos juízes de primeiro grau, em afronta ao regime especial de responsabilidade constitucionalmente definido.

Em que pese o julgamento pela procedência desta Reclamação e o consequente acolhimento dos argumentos defendidos pela União, não parece a solução mais adequada ao regime constitucional vigente. Aliás, a posição dos tribunais superiores tem tomado rumo diverso, conforme delinearemos adiante.

4. Os crimes de responsabilidade e o *Impeachment*

Os crimes de responsabilidade concretizam o princípio republicano e o *impeachment* decorre desse princípio. Tais ilícitos extraem seu fundamento constitucional do artigo 85, que dispõe que 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.

O parágrafo único do artigo 85 da Constituição da República de 1988 conferiu ao legislador ordinário a competência para traçar os contornos desta espécie de ilícito, tarefa da qual se desincumbiu por meio da edição da Lei nº 1.079/50, para autoridades de âmbito federal e estadual, e pelo Decreto-Lei nº 201/67, para os Prefeitos. Trata-se de tipos políticos, cuja apuração se dá por meio da instauração de procedimento denominado *impeachment*¹⁷.

5. Origem do *impeachment* e seu principal objetivo

O *impeachment* é procedimento originário da Inglaterra e não tinha a feição originária de atingir o chefe do Executivo. Essa conclusão decorria da concepção de que o rei representava o divino e, portanto, não cometia erros (*the King can do no wrong*) (BIM, 2007, p. 203). Assim o foi também na Constituição do Império, que, como visto no capítulo anterior, estabelecia expressamente a irresponsabilidade do imperador. Era utilizado, assim como no Brasil Imperial, para responsabilizar os Ministros de Estado por seus atos, resultando no afastamento de seus cargos. Consistia, enfim, em um importante instrumento de controle do parlamento em face dos atos da Coroa, consolidando o sistema de governo parlamentarista inglês.

Frise-se, por oportuno, que durante o período absolutista, o *impeachment*, além da moldura política, também ostentava características criminais (BROSSARD, 1964, p. 33), o que não encontra eco na atualidade.

No direito estadunidense, o instrumento sofre algumas adaptações. Como visto, a constituição norte-americana prescreve expressamente a responsabilidade do Presidente e do Vice-Presidente da República, sujeitando-os, por conseguinte, ao procedimento especial de impedimento, o que aproxima o instituto do que temos hoje no Brasil. O objetivo do *impeachment* nos Estados Unidos era primordialmente afastar o agente do cargo ocupado e posteriormente a aplicação da pena de inabilitação.

O *impeachment* no Brasil, embora se aproxime dos contornos norte-americanos, possui algumas complicações adicionais. Por aqui, o instituto pode ser classificado em *monofásico* ou *bifásico* e *legislativo* e *judicial* (BIM, 2007, p. 206). É bifásico quando realizado em duas fases por órgão distintos, como é o caso da autorização para instauração de processo contra o Presidente da República pela Câmara dos Deputados¹⁸ e posterior julgamento pelo Senado Federal¹⁹. Monofásico nas hipó-

¹⁷ Palavra de origem inglesa que significa impedimento. O termo também pode ser utilizado para designar o procedimento pelo qual se apura a ocorrência crime de responsabilidade imputado a altas autoridades públicas.

¹⁸ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

¹⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

teses em que não se exige autorização da Câmara dos Deputados, sendo o agente julgado diretamente pelo Senado Federal ou pelo tribunal competente, a exemplo dos crimes de responsabilidade praticados por Desembargadores dos Tribunais de Justiça²⁰, dentre outros.

Por legislativo, compreende-se aquele processo cujo julgamento se dá por uma casa representativa do Poder Legislativo, como no primeiro exemplo citado anteriormente; e judicial, quando o julgamento se dá por órgão do Poder Judiciário, como no segundo exemplo.

Em qualquer das hipóteses apresentadas, o único objetivo do processo de *impeachment* é o afastamento de um cargo político e a eventual inabilitação para o exercício de cargos dessa natureza. Aliás, vale destacar que somente os agentes políticos podem ser submetidos ao processo de impedimento, embora nem todos estejam a ele sujeitos, como é o caso dos integrantes do Poder Legislativo e os Secretários Municipais.

6. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade e do *impeachment*

A despeito da nomenclatura, a doutrina amplamente majoritária afasta a natureza penal dos crimes de responsabilidade. É senso comum que *nomem iuris* não define a natureza jurídica de determinado instituto. Algumas vezes, sequer corresponde ao conceito, como é o caso. Nesse sentido, para Emerson Garcia, por exemplo, o crime de responsabilidade corresponde a infração político-administrativa que, a depender do agente, terá julgamento político ou judicial (GARCIA; ALVES, 2011, p. 516-517)²¹. Neste mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190/RJ, de sua relatoria:

Por entender que a natureza jurídica do “crime de responsabilidade” permite situá-lo no plano estritamente político-constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal, não posso deixar de

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

²⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

²¹ Ousamos discordar parcialmente do eminente autor. Apesar de em determinadas hipóteses o julgamento da infração político-administrativa ocorrer no âmbito do Poder Judiciário, tal fato, por si só, não desnatura a natureza política do impeachment, visto que o fim último do procedimento é o afastamento do cargo e eventual inabilitação para o exercício de cargos de mesma índole.

atribuir, a essa figura, a qualificação de ilícito político-administrativo, desvestida, em consequência, de conotação criminal, o que me autoriza concluir, tal como o fiz em voto vencido (Pet 1.954/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA) – dissentindo, então, da orientação jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (RTJ 166/147, Rel. Min. NELSON JOBIM – RTJ 168/729, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 176/199, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.) –, que o impropriamente denominado “crime de responsabilidade” não traduz instituto de direito penal [...]. Essa visão do tema assenta-se no reconhecimento de que se revela imprópria a locução constitucional “crimes de responsabilidade”, que compreende, na realidade, infrações de caráter político-administrativo, em oposição à expressão (igualmente inscrita no texto da Constituição) “crimes comuns”.

Com efeito, o crime comum e o crime de responsabilidade são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. O crime comum é um aspecto da ilicitude penal. O crime de responsabilidade refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte utilizou a expressão crime comum, significando ilícito penal, em oposição a crime de responsabilidade, significando infração político-administrativa.

Com efeito, os crimes de responsabilidade situam-se no plano político-constitucional, submetendo-se a tipicidade constitucional estrita, restando ao legislador ordinário apenas esmiuçar as práticas que se subsumam aos tipos previamente determinados pelo constituinte. Em razão disso, esta espécie de ilícito simboliza importante ferramenta do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), como corolário do princípio da separação dos poderes, de natureza eminentemente política.

Vale frisar que a tipicidade constitucional fechada não afasta a natureza política do crime de responsabilidade, mas certamente mitiga a discricionariedade em sua apreciação.

Reforçando a natureza política dos crimes de responsabilidade, a Lei 1.079/50, ao estabelecer o procedimento para averiguação, prevê que a denúncia pela prática do ilícito somente pode ser recebida se o agente não tiver deixado definitivamente o cargo²². Daí concluir-se que não possuem natureza penal os crimes de responsabilidade, vez que sua persecução se encerra a partir do encerramento do vínculo com o Poder Público.

²² Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Art. 76. [...].

Parágrafo único. Não será recebida a denúncia depois que o Governador, por qualquer motivo, houver deixado definitivamente o cargo.

A propósito, é justamente esse rompimento do vínculo entre o agente e a Administração Pública que constitui a exclusiva finalidade do processo de *impeachment*. Paulo Brossard, em sua clássica obra, afirma que, no processo de impedimento, em nosso sistema republicano, *não se apura senão a responsabilidade política, através da destituição da autoridade e sua eventual desqualificação para o exercício de outro cargo* (BROSSARD, 1964, p. 37). Destarte, não há falar em responsabilidade criminal, cível ou sequer administrativa (*stricto sensu*) a ser apurada mediante o processo de crimes de responsabilidade. O que se objetiva é tão somente o rompimento do vínculo político em razão de perda superveniente de legitimidade do titular do cargo. Trata-se, portanto, de prolongamento do princípio democrático.

Cumpra destacar brevemente a diferença entre responsabilidade, ensejadora do impedimento, e confiança. Em nosso regime presidencialista, o afastamento do chefe do executivo se dá em decorrência do cometimento de crime de responsabilidade e, embora o julgamento seja político, a tipicidade é objetiva e prévia, ou seja, as práticas tipificadas como crime de responsabilidade são objetivamente definidas e anteriores ao cometimento do ilícito, o que permite uma, ainda que mínima, apreciação de sua juridicidade. Na confiança, característica de regimes parlamentaristas, a verificação da perda da legitimidade é subjetiva e posterior. Isso quer dizer que a legitimidade do governante deve ser constantemente reforçada perante o parlamento, sob pena de afastamento do cargo.

Sobre a natureza jurídica do processo de *impeachment*, importante colacionar breve trecho da ementa da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 - Distrito Federal, que teve como redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso:

1. O impeachment integra, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei 1.079/1950, o rol de procedimentos presentes no Estado Democrático de Direito, configurando-se em processo de índole dúplice, de natureza jurídico-política para o fim de examinar a imputação e definir a ocorrência ou não de crime de responsabilidade por parte de Presidente da República, devendo o Supremo Tribunal Federal assegurar a realização plena do procedimento nos estritos termos da lei e da Constituição.
2. O conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de impeachment é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.
3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de impeachment deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e

da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Este trecho da ementa do acórdão permite perceber com clareza solar a natureza dúplice do procedimento de *impeachment*, que do ponto de vista processual ostenta natureza jurídica, na medida em que não foge à apreciação do Poder Judiciário o cumprimento do devido processo legal no seu curso, e do ponto de vista material assume natureza política, visto que cabe exclusivamente ao órgão julgador, seja ele integrante do Poder Legislativo ou do Judiciário, nas hipóteses constitucionais, exercer o juízo político de mérito.

No mesmo sentido, ensina Fábio Medina Osório ao consignar que *o impeachment é um claro exemplo de responsabilidade política disciplinada num processo jurídico, em que se asseguram direitos de defesa, contraditório e prerrogativas democráticas aos acusados, acusadores e julgadores* (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 103).

À luz do que foi articulado neste tópico, fica evidente que os crimes de responsabilidade constituem infrações político-administrativas constitucionalmente tipificadas, ao passo que o procedimento para sua aferição, o *impeachment*, apresenta feição político-jurídica, haja vista ter o juízo meritório vinculado a julgamento exclusivamente político, enquanto o procedimento deve obedecer estritamente às regras jurídicas definidas, sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Adiante, passaremos à análise da improbidade administrativa.

7. A improbidade administrativa e a ação civil por ato de Improbidade administrativa

Probidade é, do ponto de vista semântico, a qualidade do que é probo. Significa retidão de caráter, honestidade, honradez, integridade, decência²³. Improbidade é o avesso da probidade, formada pela adição do prefixo latino *im*, que indica negação. É, portanto, a falta de probidade. Constitui-se em prática desonesta, que denota mau-caráter e caminha contra a honradez, a boa-fé, a integridade, o bom caráter e a lisura.

A probidade/improbidade ganha contornos jurídicos quando sua prática passa a interessar ao direito. Quer dizer, passa a constituir âmbito de incidência de norma jurídica, quando o ordenamento lhe atribui consequências jurídicas relevantes. Nessa toada, para José Afonso da Silva, *probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu especial atenção da Constituição [...]* (SILVA, 2013, p. 673). Sustenta o autor, que a probidade administrativa corresponde ao dever do agente público de atuar com honestidade, lisura no desempenho de suas

²³ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/probidade/>. Acesso em 15/04/2017.

funções. A partir do desrespeito a esta obrigação, com favorecimento pessoal ou a outrem, resta caracterizada a improbidade administrativa. Conclui o autor que *[a] improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem* (SILVA, 2013, p. 673).

O atual dispositivo constitucional a tratar da improbidade, como destacada em capítulo anterior, é o artigo 37, §4º, cuja redação aponta que *[o]s 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*.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, define o procedimento da Ação Civil por Atos de Improbidade Administrativa, instrumento para a persecução de ilícitos deste jaez, bem como minudencia a gradação das sanções aplicáveis, em cumprimento ao comando constitucional.

À luz desse desenho normativo, Fabio Medina Osório apresenta um conceito analítico de improbidade administrativa de grande profundidade, traduzido em um somatório de assertivas, as quais reproduzimos adiante em sua inteireza (MEDINA OSÓRIO, 2017, p. 94):

- a) Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo e exposto ao processo hermenêutico institucionalizado num marco de razoabilidade, sempre dependendo, no universo jurídico, das previsões normativas específica;
- b) Espécie de má gestão pública, em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares;
- c) Exige vulneração de regras legais e princípios (ou princípios e regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes;
- d) Perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei 8.429/1992.

Portanto, condensando as assertivas propostas pelo autor, pode-se definir a improbidade administrativa como uma categoria ético-normativa ligada à ideia de honra

institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, consubstanciada em uma espécie de má gestão pública, para a qual se exige vulneração de normas jurídicas que presidem as funções públicas e que se perfectibiliza a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas.

8. Improbidade e moralidade

Não há consenso doutrinário a respeito da relação entre as ideias de improbidade administrativa e moralidade administrativa. Como se viu, José Afonso da Silva interpreta a improbidade administrativa como uma espécie de imoralidade qualificada pelo dano ao erário. Alguns consideram que a probidade é um subprincípio da moralidade.

Emerson Garcia apresenta uma abordagem um pouco diferente. Por não haver, *a priori*, diferença entre a moralidade jurídica e a moralidade social, o autor percebe que a ideia de probidade apresenta espectro mais amplo que a ideia de moralidade, abarcando a improbidade não apenas componentes morais como também os demais princípios regentes da atividade estatal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que, *[a] rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública* (DI PIETRO, 2014, p. 899). Todavia, a autora percebe uma diferença própria de nossa atual Constituição, ressaltando que *quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º)* (DI PIETRO, 2014, p. 899). Segundo o pensamento da autora, conclui-se, portanto, que a improbidade administrativa, em última análise, constitui-se em violação do princípio da moralidade administrativa.

Na mesma linha, segue José dos Santos Carvalho Filho. Para o Professor, não há falar em diferenciação entre os conceitos de moralidade e improbidade, uma vez que as expressões possuem significado semelhante confirmada pela maioria dos dicionários. Prossegue aduzindo que no cenário jurídico as expressões perseguem a mesma finalidade que é a proteção da moralidade administrativa e finaliza dizendo que o *agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade* (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1089).

Parece-nos mais adequada esta última perspectiva. Embora, de fato, a improbidade alcance condutas violadoras de quaisquer dos princípios da Administração Pública, identificamos que, em última análise, haverá sempre violação do princípio da moralidade administrativa no ilícito. Na verdade, a moralidade administrativa não constitui apenas um princípio estanque, mas deve ser compreendida sob uma ótica global, exigindo do agente a obediência a todas as normas inerentes a seu ofício. Assim, transgressão a qualquer princípio ou regra atinente à Administração Pública

atinge também o princípio da moralidade administrativa, o que faz do agente ímprobo violador da moralidade.

Ademais, fato é que a improbidade administrativa, no direito brasileiro, não está exclusivamente ligada à ocorrência de dano patrimonial ao erário, mas também tem o escopo de tutelar o que se entende por moralidade administrativa. A Lei de Improbidade, neste aspecto, apresenta três espécies de atos de improbidade contidas na cabeça dos artigos 9º, 10 e 11, que tratam, respectivamente, de atos de improbidade que ensejam enriquecimento ilícito do agente, atos de improbidade que causam danos ao erário público e atos de improbidade que atentam contra princípios da administração pública. Eis o teor dos dispositivos, *in litteris*:

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:

[...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

Trata-se de estrutura tripartite em ordem decrescente de gravidade dos ilícitos, na qual o artigo 9º traz as hipóteses mais graves e o artigo 11 aquelas de menor lesividade. Importa ressaltar que o rol de condutas trazidas pelos incisos de cada artigo se mostra meramente exemplificativo, haja vista a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses em que o agente praticará atos que ensejem enriquecimento ilícito, que causem danos ao erário ou que violem princípios administrativos.

9. A natureza jurídica dos atos improbidade administrativa e da ação civil por ato de improbidade administrativa

Antes de dizer qual a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, merece afirmação aquilo que esta espécie de ilícito notoriamente não é. Como se pode perceber da simples leitura da parte final do dispositivo do artigo 37, § 4º da

Constituição de 1988, exaustivamente citado neste trabalho, os atos de improbidade não ostentam natureza criminal.

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa aponta que *[i]ndependentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às [...] cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.*

Nessa linha, aparentemente quis o legislador atribuir ao ato de improbidade natureza própria, na medida em que dele resultam possíveis consequências tanto nas esferas civil, administrativa e penal quanto na esfera punitiva própria da improbidade administrativa. Corroborando este entendimento, merece destaque a ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº RE 736351 AgR / SC - Santa Catarina, julgado em 12 de novembro de 2013, pela Primeira Turma do STF, com relatoria do Ministro Roberto Barroso.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa. Caso em que a resolução da controvérsia demandaria a análise da legislação local e o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Parece-nos que o ato de improbidade representa gênero apartado dos demais, aproximando-se, entretanto, dos ilícitos de natureza civil e administrativa, dada a natureza das consequências que dele decorrem. Com efeito, por afrontarem princípios e valores da Administração Pública afiguram-se como verdadeira infração administrativa, e a partir da ocorrência do dano ao patrimônio público, acresce-se a esta a feição civil, reparatória.

Não se pode perder de vista, contudo, que as condutas definidoras de atos de improbidade podem constituir, simultaneamente, ilícitos criminais e, a depender do agente que as pratica, ilícitos políticos.

No que toca à ação civil para a persecução dos atos de improbidade, aparentemente a solução é menos controversa. A despeito do posicionamento defendido por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes acerca do forte conteúdo penal da ação de improbidade, em decorrência das severas sanções impostas em eventual condenação do agente (MENDES; WALD, 1998, p. 214), fato é que o texto constitucional não deixa espaço para dúvidas de que a ação de improbidade pode ser qualquer

coisa, exceto ação penal, quando assenta que *[o]s 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*. Assim, a grande maioria dos autores afirma que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil.

Ademais, em que pese a diversidade de sanções aplicáveis ao agente ímprobo no bojo da ação por ato de improbidade, que realmente possuem índole civil, administrativa e política, não deve ser este o critério para definir a natureza jurídica da ação. A existência de sanção política, *exempli gratia*, não transforma a natureza da ação de improbidade administrativa em política, assim como a perda do cargo não a converte em ação de natureza administrativa. Tal interpretação levaria à conclusão lógica de que a condenação penal ensejadora da suspensão dos direitos políticos transmudaria a ação penal em ação política, tese que, obviamente, não merece acolhimento.

De toda sorte, o caráter preponderante da Lei de Improbidade Administrativa é civil. O ressarcimento do dano ao Erário é seu maior objetivo. Tanto é assim que o artigo 37, § 5º, da Constituição prevê a imprescritibilidade da ação ressarcitória. A Lei nº 8.429/92 objetiva primordialmente a proteção ao erário contra o patrimonialismo, há muito conhecido em nosso país.

Como bem sustenta Emerson Garcia, trata-se de ação civil, distribuída a juiz com competência civil, utilizando-se o Código de Processo Civil, com as ressalvas, obviamente, da Lei de Improbidade Administrativa, que constitui o diploma normativo de regência (GARCIA; ALVES, 2013, p. 588-589).

Portanto, temos que os atos de improbidade possuem natureza jurídica *sui generis*, afastando-se da classificação tradicional em civil, administrativo e penal, aproximando-se, contudo, dos atos de natureza civil e administrativa, sem prejuízo de que as condutas qualificadas como ato de improbidade possam também constituir ilícitos nas outras esferas punitivas. A ação que busca punir os agentes ímprobos por atos desta natureza detém caráter civil, haja vista ser o ressarcimento do dano o seu objetivo principal, restando às outras espécies sancionatórias categoria meramente acessória.

Feitos estes esclarecimentos preliminares, passemos à análise da controvérsia.

10. Solução da controvérsia: a possibilidade de sujeição simultânea dos agentes políticos ao regime especial dos crimes de responsabilidade e ao regime da Lei de Improbidade Administrativa

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 diz, logo em seu artigo 1º, que [a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito

[...]. O parágrafo único, do mesmo artigo, assenta que [t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Vivemos, portanto, em uma democracia, onde todo o poder exercido pelos representantes do Estado emana do povo, sob um governo de forma republicana (termo que deriva do latim *res publica*, coisa pública), tendo como uma de suas características fundamentais a responsabilidade do governante (DALLARI, 2010, p. 230), que constitui o dever de prestação de contas ao titular do poder, no caso, o povo. Além disso, nosso modelo jurídico-institucional constitui-se em Estado de direito, que significa a submissão dos governantes e dos governados ao ordenamento jurídico, coroando o princípio de origem inglesa do *rule of law*, governo da lei.

Estes são os pilares de todo o nosso ordenamento jurídico. Não por outra razão, inauguram a nossa Carta Magna.

Nesta moldura, e à luz do que restou consignado nos tópicos anteriores, forçoso concluir que o procedimento de impeachment (persecução dos crimes de responsabilidade) e a ação civil por atos de improbidade administrativa resultam precipuamente desses princípios republicano e democrático. O primeiro, de feição marcadamente política, objetiva expurgar do cargo o agente carente legitimidade, e o segundo busca, aprioristicamente, a reparação do dano causado ao patrimônio público. Ambos são ferramentas de proteção à moralidade administrativa e à própria sustentabilidade do regime, visto que a corrupção (no sentido de degeneração, deterioração institucional) é uma de suas maiores inimigas, como já sustentado.

É de se notar que na República não existem irresponsáveis. Ao contrário do que se via nos regimes absolutistas (*the king can do no wrong* – o rei não erra), os detentores do poder não estão imunes ao ordenamento jurídico. Muito ao contrário, viver em um regime republicano demanda responsabilidade. Nas palavras de Geraldo Ataliba (ATALIBA, 2001, p. 65-66):

[A] simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial. Regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis. Michel Temer afirma: “Aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da *res publica*. A responsabilidade é corolário do regime republicano” (Elementos de Direito Constitucional, p. 163). João Barbalho, de seu lado, já asseverava: “É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas

por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional” (Constituição Federal Brasileira Comentada, Rio, 1924, p. 61). A responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação da soberania popular, são investidos os mandatários. É lógico corolário da situação de administradores, lato sensu, ou seja, gestores de coisa alheia. Dalmo Dallari assevera: “Todos os que agirem, em qualquer área ou nível, como integrantes de algum órgão público ou exercendo uma função pública devem ser juridicamente responsáveis por seus atos e omissões. Para efetivação dessa responsabilidade é preciso admitir que o agente do poder público ou o exercente de função pública possam ser chamados a dar explicações, por qualquer pessoa do povo, por um grupo social definido ou por um órgão público previsto na Constituição como agente fiscalizador” (Constituição ..., p. 30). Se a coisa pública pertence ao povo, perante este todos os seus gestores devem responder. Diversos matizes tem a responsabilidade dos mandatários executivos, no regime republicano: político, penal, civil. Quer dizer: nos termos da Constituição e das leis, respondem eles (presidente, governadores e [...] prefeitos) perante o povo, ou o Legislativo ou o Judiciário, por seus atos e deliberações. Nisso opõe-se a república às demais formas de governo, principalmente a monarquia, regime no qual o chefe de Estado é irresponsável (*the king can do no wrong*) e, por isso, investido vitaliciamente.

Assim, se o exercício do poder traz consigo a responsabilidade, quanto maior o poder, maiores são as responsabilidades a que se deve sujeitar o agente. Logo, a responsabilidade aumenta de forma proporcional ao aumento de poder. Diante disso, no cenário brasileiro, aqueles que ocupam os mais altos escalões dos Poderes da República, denominados agentes políticos, devem, por conseguinte, estar sujeitos a maiores níveis de responsabilidade, a forma de controle mais incisiva, com maiores ferramentas disponíveis para coibir possíveis desvios. Como já afirmado, a impunidade é um convite à prática ímproba.

Nesse sentido, o legislador, ao definir os sujeitos ativos dos atos de improbidade no artigo 2º, da Lei nº 8.429/92, não pareceu pretender afastar os agentes políticos de sua incidência. Vejamos:

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

Além dos agentes públicos mencionados no artigo 2º, a LIA também reputou adequada a aplicação de suas sanções aos terceiros que concorram para a prática do ilícito em seu artigo 3º, que aduz que [a]s disposições desta lei são aplicáveis, no que

couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Assim, verifica-se a existência de rol amplíssimo de pessoas às quais se atribui a qualidade de sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa para fins de incidência da LIA, dentre elas aquelas a que a doutrina administrativista denomina agentes políticos.

11. Refutação dos argumentos utilizados na Reclamação 2.138-6/DF – Supremo Tribunal Federal

A afirmação de que os agentes públicos que ocupam cargos e funções previstas na constituição (agentes políticos) e dela extraem suas atribuições, prerrogativas e responsabilidades, pela característica que lhes é própria de atuar de forma livre e independente, decorrente do exercício da própria soberania do Estado, devem diferenciar-se dos servidores públicos em geral, somente se mostra consentânea com o caminhar da história constitucional ocidental no que tange ao combate a privilégios odiosos, caso institua maiores controles ao exercício do Poder, e não o contrário, como defendido pelos que advogam a tese.

É essa a conclusão que se extrai de uma interpretação republicana – baseada na responsabilidade do governante – do aspecto material do princípio da igualdade, que impõe o tratamento desigual para situações desiguais. Infere-se, ainda, deste raciocínio, a adequada aplicação do princípio da proporcionalidade, significando que quanto maior o poder nas mãos de determinada pessoa, maiores são os controles a que deve se submeter. Satisfaz-se, assim, a ideia de Estado de direito.

Não há, portanto, no posicionamento defendido em favor da responsabilização exclusiva dos agentes políticos por crimes de responsabilidade, adequação à orientação dos princípios republicano e democrático e do Estado de direito, fundantes de todo nosso sistema normativo e que, nas palavras de Fabio Konder Comparato, situam-se no ápice do ordenamento jurídico e sobrepujam as demais normas existentes (COMPARATO, 1999, p. 6-9).

O *status* de agente político não deve constituir blindagem jurídica para sua responsabilização, mas sobretudo uma posição que exige maior responsabilidade do que aquelas que não possuem poder de comando do Estado. Essa maior responsabilidade culmina na possibilidade de responsabilização política, o que não retira, em hipótese alguma, a incidência das demais instâncias, seja civil, penal, administrativa ou por ato de improbidade administrativa. É o que se extrai da parte final do parágrafo único do artigo 52, da Constituição:

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a

condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

O Ministro Teori Zavascki (ZAVASCKI, 2017, p. 370), ressaltando os atos cometidos pelo Presidente da República, lecionava que:

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

Apesar da ressalva feita pelo ilustre jurista aos atos praticados pelo Presidente da República, não é esta a interpretação mais consentânea com nosso regime constitucional. Como se viu, a sobreposição de instâncias de responsabilização não sofre efeitos da natureza do cargo ocupado, mas sim da diversidade de consequências jurídicas que a Carta Magna atribui ao fato jurídico. Praticado o ato de improbidade, a Constituição prevê, para alguns, o enquadramento da conduta na moldura dos crimes de responsabilidade, sancionados no prisma político, e para todos (inclusive o Presidente da República), o enquadramento da conduta como ato de improbidade, disposto no artigo 37, §4º, sancionado no âmbito civil. É o que se infere do princípio da proporcionalidade. A confusão resulta da interpretação do Direito em uma perspectiva estritamente fática, desprezando a interpretação jurídica do fato, quando as duas devem coexistir. Um mesmo fato pode suscitar consequências jurídicas distintas, e não são poucos os exemplos em nosso ordenamento. Um crime de homicídio, por exemplo, além de sujeitar o agente à pena privativa de liberdade, também o obriga, na esfera civil, a reparar o dano eventualmente causado à família da vítima. Não há dúvidas de que ambas as punições devam incidir de forma concomitante. As instâncias punitivas são autônomas, não havendo relação de prejudicialidade entre elas.

Não merece acolhimento, ainda, o argumento de que a possibilidade de um juiz de primeiro grau impor a alta autoridade a sanção de perda dos direitos políticos e a perda do cargo, inclusive em sede liminar, em primeira instância de jurisdição, não

seria consentâneo com o sistema de proteção da liberdade de atuação do agente político querida pelo Poder Constituinte, a sujeitar o agente exclusivamente ao regime de responsabilização especial dos crimes de responsabilidade, afastando-se a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

O argumento, de fundo extrajurídico, tende a diminuir a legitimidade constitucional dos membros do Poder Judiciário, dando a impressão de deficiência ou incapacidade técnica dos juízes de primeiro grau para solução de demandas que exijam solução complexa ou de grande repercussão. Ora, se não se pode atribuir competência para solução de causas complexas e de grande repercussão envolvendo autoridades políticas ao juiz singular, qual a razão para que estes possam resolver causas complexas e de grande repercussão de cidadãos comuns ou de grandes corporações, com reflexo social não raras vezes muito maiores do que ao julgamento de um agente político determinado? Não parece haver uma resposta adequada a este questionamento. Ademais, o ordenamento jurídico pátrio põe à disposição dos litigantes em todo tipo de processo um sem número de garantias, remédios e recursos que certamente podem ser manejados por aqueles que, de alguma forma, se sentirem prejudicados com determinada medida judicial.

É descabida a alegação de enfraquecimento do regime democrático ou republicano pela submissão de qualquer autoridade a juízo de primeiro grau. Em um sistema verdadeiramente republicano vige o governo pela lei, não constituindo ataque a esta a perda do cargo, por mais elevado que esteja na hierarquia pública, após o devido processo legal. Vale destacar o exemplo dado por Eduardo Fortunato Bim, segundo o qual o presidente americano Nixon foi processado e obrigado por um juiz de primeira instância a exibir documentos referentes ao escândalo *Watergate* (BIM, 2007, p. 229).

Na mesma linha de intervenção na atuação dos funcionários de alto escalão dos Poderes estatais, encontra-se a ação popular, cuja competência para o processamento e julgamento indiscutivelmente recai sobre o juízo de primeiro grau. Inclusive, esta ação constitucional possui legitimidade *ad causam* muito mais ampla do que a ação civil por ato de improbidade, pois confere a qualquer cidadão a possibilidade de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos praticados em afronta aos bens jurídicos que visa proteger, enquanto a ação de improbidade possui legitimidade ativa muito restrita, vez que apenas contemplada ao Ministério Público ou à pessoa jurídica lesada. Eis o teor do artigo 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços

sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Vale destacar que este foi o instrumento utilizado inicialmente para suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado pela então presidente Dilma Roussef, demonstrando o poder de intervenção deste instrumento até mesmo sobre os atos praticados pelo Presidente da República, sem qualquer espécie de questionamento acerca de sua recepção pela atual Constituição.

Este o pacífico entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a competência na ação popular, manifestado em Agravo Regimental na Petição nº 5856AgR/DF – Distrito Federal, julgado em 25 de novembro de 2015, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: AÇÃO POPULAR – AJUIZAMENTO CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA PERDA DO MANDATO PRESIDENCIAL E DA PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – REGIME DE DIREITO ESTRITO A QUE SE SUBMETE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA CORTE SUPREMA – DOCTRINA – PRECEDENTES – AÇÃO POPULAR NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – quer sob a égide da vigente Constituição republicana, quer sob o domínio da Carta Política anterior – firmou-se no sentido de reconhecer que não se incluem na esfera de competência originária da Corte Suprema o processo e o julgamento de ações populares constitucionais, ainda que ajuizadas contra atos e/ou omissões do Presidente da República. Doutrina. Precedentes.

Acerca da tese de que os atos de improbidade consubstanciam crimes de responsabilidade e de que a dupla punibilidade em ambos os regimes ensejaria *bis in idem*, há evidente equívoco. Nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo punitivo dos processos é diferente. Isto está claramente contido, a título exemplificativo, tanto na redação do artigo 37, § 4º, que prevê que as sanções por atos de improbidade não afastam eventuais sanções criminais, quanto na redação do parágrafo único do artigo 52, que firma ser o julgamento do *impeachment* pelo Senado independente de qualquer outra instância judicial.

A Lei de Improbidade Administrativa, quando prevê em seu artigo 12²⁴ a independência das instâncias administrativa, civil e penal, está demandando, por lógica, a sobreposição das instâncias. Trata-se de cláusula protetiva do patrimônio público, não podendo se falar em afastamento de uma área punitiva em razão da existência de processo em outra. Trata-se de verdadeira independência de instâncias.

Sobre este ponto, Emerson Garcia (GARCIA; ALVES, 2011, p. 518) aduz que:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a “atos de improbidade” e a “crimes de responsabilidade”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em bis in idem.

Além disso, valer-se do critério da especialidade para tratar desta matéria não alcança solução adequada para a celeuma, razão por que deve ser descartado. Por óbvio, em se tratando de crime de responsabilidade, será especial a lei nº 1.079/50, ao passo que em se tratando de improbidade, a lei especial será a lei 8.429/93. Não há solução juridicamente melhor tendo em conta que ambas possuem natureza de lei ordinária, regulamentando comando constitucional. Entendimento diverso ensejaria, ainda, a conclusão de que os servidores públicos federais, em geral, também não se sujeitariam ao regramento da Lei de Improbidade Administrativa por possuírem estatuto próprio, qual seja a Lei nº 8.112/1990, que prevê a pena de demissão para a prática de atos de improbidade, em seu artigo 32, IV²⁵, o que tornaria o diploma completamente inócuo. Não aparenta ser esta a melhor compreensão.

Dizer que o desprezo do sistema de responsabilização especial expressamente desejado pelo constituinte e por ele instituído, negaria o princípio da máxima efetividade que se deve buscar para as normas constitucionais também não parece correto. Ao contrário, atribuir legitimidade apenas ao juízo especial por crime de responsabilidade, isto sim aparenta reduzir a efetividade da norma constitucional, haja vista a redução da amplitude do alcance da Constituição. Negar-se-ia, dessa forma, vigência ao disposto no artigo 37, § 4º, e a todos os princípios constitucionais que o orientam a boa parte dos agentes públicos que viessem a cometer atos de improbidade administrativa.

Aliás, a aplicação concomitante dos dois regimes punitivos, com a sobreposição de instâncias, como já destacado, coroa o princípio da proporcionalidade, ao passo que

²⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

²⁵ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

aquele com maior poder se submete a maior responsabilidade. Pela mesma razão cumpre-se, ainda, o princípio da igualdade material, na perspectiva de Rui Barbosa, desigualando-se aqueles que se apresentam em situações jurídicas distintas.

Não é possível falar também em esvaziamento da competência constitucional do Senado Federal ou dos tribunais para julgamento dos crimes de responsabilidade, haja vista a já cansativamente ressaltada independência das instâncias. Como já pôde ser tratado em tópicos anteriores, o processo por crime de responsabilidade tem natureza política e se extingue com o fim do mandato ou a saída do cargo por qualquer razão. Já a ação de improbidade tem natureza primordialmente civil, pois objetiva o ressarcimento do dano causado ao erário.

Outrossim, conforme artigo 20, da Lei de Improbidade Administrativa, as penas de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos decorrentes da ação de improbidade somente incidem com o trânsito em julgado²⁶. Logo, do ponto de vista prático, levando-se em conta a morosidade do nosso sistema judiciário, principalmente pela quantidade de instrumentos de impugnação existentes, haveria tempo de sobra para que os órgãos legitimados para o controle político pela via dos crimes de responsabilidade pudessem concluir o julgamento, com o resultado politicamente (frise-se!) adequado.

Anote-se que com o cancelamento do enunciado 394, da súmula do STF²⁷ e da posterior declaração de inconstitucionalidade do §1º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.628/2002²⁸, na ADIn 2.797/DF, a responsabilização política não subsiste após o término do mandato ou exercício do cargo. Assim, atribuindo-se somente responsabilização política aos agentes ímprobos, ocorreria flagrante isenção de penalidades a partir do encerramento do vínculo funcional dos agentes políticos²⁹. O sistema punitivo descambaria para verdadeiro celeiro de impunidades.

²⁶ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

²⁷ Enunciado 394 - Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Cancelamento no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 315 – AP 315-QO, assim ementado: "Ação Penal. Questão de ordem sobre a competência desta Corte para prosseguir o processamento dela. Cancelamento da súmula 394. Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição." (AP 315 QO, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 25.8.1999, DJ de 31.10.2001)

²⁸ §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

²⁹ Ressalvadas hipóteses de fraude e abuso de direito, nos termos da jurisprudência do STF, como por exemplo: "1. A jurisprudência dominante no STF é no sentido de que, cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional. 2. A regra geral enunciada acima foi excepcionada na Ação Penal 396/RO, em que o Tribunal considerou ter havido abuso de direito e fraude processual. Neste caso

Noutro giro, a resposta estritamente política a condutas que ocasionem enriquecimento ilícito do agente em prejuízo do patrimônio público e/ou em violação aos princípios da Administração Pública não se mostram razoáveis, uma vez que, da mesma forma, estimulariam a prática de ilícitos desta natureza. A simples perda do cargo com suspensão dos direitos políticos para práticas ímprobas na maioria dos casos se mostra como um baixo custo a suportar pelos ilícitos perpetrados³⁰. O risco assumido torna-se vantajoso frente às consequências diminutas a que sujeito o agente.

Atribuir o julgamento de infrações de natureza civil apenas a tribunal político, a exemplo do Senado Federal nos crimes de responsabilidade praticados por determinados agentes, é extrair verdadeira consequência jurídica para o ilícito, é afastar a incidência da jurisdição sobre a lesão aos bens jurídicos tutelados de forma especial pelo ordenamento, já que o julgamento prescinde de fundamentação e os parlamentares são livres para decidir como bem entenderem, inclusive afastando a punibilidade para ilícito flagrante ou punindo aqueles atos de duvidosa ilicitude. Ainda que de forma atenuada, o mesmo ocorre caso o julgamento seja conduzido por tribunal integrante do Poder Judiciário, já que, embora necessária a fundamentação de suas decisões, os tribunais ficam restritos às penas de índole política cominadas pela lei.

A fragilidade das alegações acolhidas na Reclamação nº 2.138-6/DF suscitou indignação de boa parte da doutrina, entre eles Emerson Garcia (GARCIA; ALVES, 2011, p. 520) que expôs que:

O “entendimento” externado na Reclamação nº 2.138/2002, engendrado de tocais para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira. Espera-se, ao final, seja ele revisto, mas o simples fato de ter sido

específico, após seguidos deslocamentos de competência, o réu parlamentar renunciou ao mandato depois de o processo ter sido incluído em pauta para julgamento pelo Plenário. 3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade. 4. Seja pela orientação do relator, que não aplicava o critério que propunha ao presente caso, seja pela manutenção da jurisprudência que prevalece de longa data, a hipótese é de resolução da Questão de Ordem com determinação de baixa da ação penal ao juízo competente, para prolação de sentença." (AP 536 QO, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 27.3.2014, DJe de 12.8.2014)

³⁰ Vale destacar que, a despeito da redação clara do Parágrafo único, do artigo 52, da Constituição Federal, que diz que a condenação pelos crimes de responsabilidade ali previstos se limita à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis, no julgamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff apenas foi aplicada a perda do cargo, dissociada da inabilitação para o exercício de função pública, retorcendo-se claramente o texto constitucional.

arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz.

Da mesma forma alguns dos ministros que participaram do julgamento se manifestaram de forma contrária ao decidido em seus votos, a exemplo do Ministro Carlos Velloso, que sustentou que [i]sentar os agentes políticos da ação de improbidade seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por agentes ímprobos. E isso vem de longe. [...]

Demonstrando a mesma insatisfação, persistiu o Ministro Joaquim Barbosa:

A proposta que vem obtendo acolhida até o momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a-histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham a prerrogativa de terem seu ordenamento próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se, a meu sentir, de uma lamentável tentativa de rebanização da nossa República! Eu creio que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu passado, pela sua credibilidade, pelas justas expectativas que suscita, não deve embarcar nessa aventura arriscada.

Parece que o Ministro Joaquim Barbosa tinha razão em afirmar que o STF não persistiria nesse entendimento. De fato, aparentemente a jurisprudência da Suprema Corte tem caminhado em sentido inverso ao do julgado na Reclamação 2.138-6/DF. Cite-se, a título exemplificativo o Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585 – Rio Grande do Sul, julgado em 2 de setembro de 2014. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: “MEDIDA CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL” – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGENTE POLÍTICO – COMPORTAMENTO ALEGADAMENTE OCORRIDO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – POSSIBILIDADE DE DUPLA SUJEIÇÃO TANTO AO REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA, MEDIANTE “IMPEACHMENT” (LEI Nº 1.079/50), DESDE QUE AINDA TITULAR DE REFERIDO MANDATO ELETIVO, QUANTO À DISCIPLINA NORMATIVA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) – EXTINÇÃO SUBSEQUENTE DO MANDATO DE GOVERNADOR DE ESTADO – EXCLUSÃO DO REGIME FUNDADO NA LEI Nº 1.079/50 (ART. 76,

PARÁGRAFO ÚNICO) – PLEITO QUE OBJETIVA EXTINGUIR PROCESSO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DE, À ÉPOCA DOS FATOS, A AUTORA OSTENTAR A QUALIDADE DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO – LEGITIMIDADE, CONTUDO, DE APLICAÇÃO, A EX-GOVERNADOR DE ESTADO, DO REGIME JURÍDICO FUNDADO NA LEI Nº 8.429/92 – DOCTRINA – PRECEDENTES – REGIME DE PLENA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ESTATAIS, INCLUSIVE DOS AGENTES POLÍTICOS, COMO EXPRESSÃO NECESSÁRIA DO PRIMADO DA IDEIA REPUBLICANA – O RESPEITO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DOS ATOS GOVERNAMENTAIS – PRETENSÃO QUE, SE ACOLHIDA, TRANSGREDIRIA O DOGMA REPUBLICANO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO À AÇÃO CAUTELAR – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA POR SEU IMPROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Grifo nosso)

Nessa mesma linha parece seguir o Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo no julgamento, em 04 de fevereiro de 2016, do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 173.860 – Mato Grosso do Sul, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUESTÃO DE ORDEM. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. SUJEIÇÃO AO REGIME DA LEI 8.429/1992. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. LEIS E RESOLUÇÃO MUNICIPAIS. REAJUSTE DE SUBSÍDIOS (PREFEITOS, VICE-PREFEITO, SECRETÁRIOS E VEREADORES) PARA A MESMA LEGISLATURA. CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. REQUISITOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO CAUSA DE PEDIR. VIABILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. POSSIBILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ, SALVO FLAGRANTE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

[...]

5. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos.

[...]

A partir desses apontamentos, parece claro que, a despeito da controvérsia ainda existente sobre o assunto, a interpretação mais adequada ao sistema constitucional vigente, dando maior amplitude normativa aos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, notadamente aos princípios republicano, democrático e de Estado de direito, é aquela que impõe maior responsabilidade aos agentes políticos, sujeitando-os tanto ao regime sancionatório dos crimes de responsabilidade quanto ao regime punitivo da Lei de Improbidade Administrativa.

Entendimento contrário ocasionaria um grave retrocesso institucional, como salientou o Ministro Joaquim Barbosa. A eficiência do sistema de controle da corrupção (em sentido *lato*) tem como essência a diversidade de instrumentos de controle e combate à improbidade. Sob um olhar pragmático, a diminuição das ferramentas para controle do Poder acabar por constituir um convite a desmandos e a certeza da impunidade, que se mostra exagerada em nosso país.

12. Referências bibliográficas

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Código Penal e Código de Processo Penal Anotados*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6^a. ed., ver. e amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BIELSA, Rafael. *A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração*. Disponível em:
<bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/14254/13126> Acesso em: 13 abr. 2017.
- BIM, Eduardo Fortunato. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. *RDE/Revista de Direito do Estado*. Ano 2, n^o 5: 197-241. jan/mar 2007.
- BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. Porto Alegre: Globo, 1964.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei De Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade Administrativa: Prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo :Atlas, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92 - Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, nº 09, janeiro 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., rev. Porto Alegre: Ed. Globo, 2001.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MEDINA OSÓRIO, Fábio. A Inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES (coord.); MACHADO; TESOLIN, (colab.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública - corrupção - ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. – São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, nº 138, abr.-jun. 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PÓVOA, Olga Maria de Barros; VIANNA, Roberto Rocha. Improbidade Administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Ano XXIII, n. 2, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAVARES FILHO, Newton. *Foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares> Acesso em 21 de abril de 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori. Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro. In: MARQUES (coord.); MACHADO; TESOLIN (colab.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.