



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Agentes Políticos e a Improbidade Administrativa

Renata Christino Cossatis

Rio de Janeiro
2010

RENATA CHRISTINO COSSATIS

Os Agentes Políticos e a Improbidade Administrativa

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Guilherme Sandoval

OS AGENTES POLÍTICOS E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renata Christino Cossatis

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito (UFRJ).

Resumo: A principal discussão em torno da improbidade administrativa está na sua aplicabilidade aos agentes políticos que já estariam sujeitos aos crimes de responsabilidade. A identidade da natureza sancionatória entre a Lei nº 8.429/92 e a Lei nº 1.079/50 e as regras especiais de perda do cargo estabelecidas no texto constitucional têm sido os principais argumentos levantados por aqueles que sustentam a sua não aplicação aos agentes políticos. O princípio do “*accountability*”, a nova estruturação da Constituição e o princípio da adequação punitiva representam, por sua vez, o contra-argumento. A pacificação da controvérsia é exigência de segurança jurídica e a solução deve sempre buscar a concretude e a máxima efetividade do texto constitucional.

Palavras-chaves: Direito Constitucional e Administrativo. Agentes Políticos. Atos de Improbidade. Sanções.

Sumário: Introdução. 1. A Tutela da Probidade Administrativa. 2. Os Crimes de Responsabilidade. 3. O Sistema Punitivo da Lei nº 8.429/92. 4. A Natureza Jurídica das Sanções de Improbidade na Jurisprudência do STF; 5. Adequação dos Dois Regimes Punitivos; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O enfoque do presente trabalho é a análise do sistema repressivo político-jurídico contra os atos caracterizados como de improbidade administrativa praticados pelos agentes

políticos, em especial, aqueles ocupantes de cargos eletivos. Isso porque, não obstante a previsão do artigo 2º da Lei nº 8.429/92 que dispõe sobre a responsabilidade de agentes públicos eleitos, há uma forte controvérsia sobre a aplicação desse regramento àqueles que já se submetem aos chamados *crimes de responsabilidade*. O tema tem sido objeto de grande discussão no Supremo Tribunal Federal, sendo possível verificar uma mudança de sua orientação a partir da sua nova composição nesses últimos anos.

No presente trabalho, busca-se enfrentar os argumentos defendidos por aqueles que ainda são recalcitrantes em admitir a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, sem desconsiderar a vedação contida no princípio do *non bis in idem*, a compatibilidade da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92) com a Lei de crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50), bem como os procedimentos de perda do cargo estabelecidos na Constituição da República de 1988.

Ao longo da exposição, serão analisados os seguintes tópicos: distinções entre a natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e a daquelas estabelecidas para os crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50); um estudo comparativo entre elas; análise da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal; e o procedimento de perda de mandato político em razão de condenação por improbidade administrativa.

O presente artigo pretende, portanto, contextualizar a discussão do sistema de responsabilização por improbidade daqueles eleitos pelo povo para gerir a coisa pública no cenário jurídico atual, em que estudiosos mais esperançosos com a efetividade do art. 37, §4º da Constituição buscam uma via mais enérgica de combate à corrupção endêmica que, desde o período do Império, contamina os mais diversos setores da vida pública e que se mostra um entrave ao progresso do Brasil.

1. TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A tutela da probidade administrativa na Constituição da República de 1988, de forma ostensiva e mais abrangente, constituiu um avanço moral e jurídico extraordinário para a sociedade brasileira. Nas Constituições antecedentes já havia alusão à probidade administrativa, porém ela se resumia à previsão de crime comum e de crime de responsabilidade, este último com aplicação específica para os agentes políticos.

A previsão constante da Constituição da República de 1934¹, que se repetiu nas Cartas de 1937², 1946³ e 1967⁴, era lacônica, porque tão-somente estabelecia crime de responsabilidade por ato do Presidente da República que atentasse contra a probidade da administração. As Constituições de 1946⁵ e 1967⁶, ainda de forma incipiente, passaram a prever “o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública”, disposição já contida no Código Penal editado em 1941. A reprodução nos textos constitucionais de dispositivo previsto originalmente na lei penal demonstra o caráter estritamente criminal atribuído à sanção, tanto que elencada no título “Dos Direitos e Garantias Individuais”, no mesmo inciso da vedação da pena de morte.

¹ Art. 57, letra “f” da CRFB/34.

² Art. 85, letra “d” da CRFB/37.

³ Art. 89, inciso V da CRFB/46.

⁴ Art. 84, inciso V da CRFB/67.

⁵ Art. 141, § 31 da CRFB/46 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. *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. Constituição do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de outubro 2010.

⁶ Art. 153, § 11 da CRFB/67 c/ EC 1/69- Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. *A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública.* BRASIL. Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > Acesso em 15 de outubro 2010.

A Constituição de 1988 também trouxe a mesma previsão do crime de responsabilidade no seu art. 85, inciso V, mas avançou muito mais. O constituinte, ao iniciar seu capítulo referente à Administração Pública, no bojo do seu Título III – Da Organização do Estado –, anunciou sua forte preocupação com a moralidade, a impessoalidade e a eficiência⁷ na Administração ao elevar esses conceitos a princípios constitucionais, ao lado da legalidade, conforme o *caput* do artigo 37.

Com isso, constitucionalizou-se a doutrina que há muito vislumbrava a autonomia entre os princípios da legalidade e da moralidade, desenvolvendo-se a ideia de que o serviço público em sentido lato, isto é, não só o Chefe do Executivo, mas todos os agentes públicos devem atender não só ao que é legal, mas também ao que é *justo e honesto* para a sua sociedade, conceitos jurídicos indeterminados que encerram a chamada tutela da probidade administrativa. Em outras palavras, o tratamento da matéria, que até então era exclusivamente penal, passou a pertencer também a outra esfera jurídica, qual seja, a do Direito Administrativo.

A partir dessa modificação estrutural da tutela da probidade administrativa na Constituição de 1988, é possível inferir que, como aversão da probidade, a improbidade administrativa constitui a violação dos princípios reitores da atuação estatal, com especial destaque para o princípio da moralidade⁸, o que torna a improbidade administrativa uma *imoralidade administrativa qualificada*⁹.

⁷ EC 19/98.

⁸ A doutrina associa a probidade administrativa mais especificamente à moralidade administrativa, porém, a advertência de Emerson Garcia é oportuna: “Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.” No entanto, o mesmo autor acaba concordando com a referência incisiva da doutrina e jurisprudência ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que ele funciona “como verdadeiro mecanismo aglutinador, extraíndo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em standards que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.58 e 96).

⁹ Expressão utilizada na Rcl 2138 pelo Min. Carlos Velloso fazendo referência ao Texto de Marcelo Figueredo em “Ação de Improbidade Administrativa, suas peculiaridades e inovações” em “Improbidade administrativa- questões

Como forma de combatê-la, o artigo 37 da Constituição da República, em seu parágrafo quarto, assentou as graves sanções a serem impostas aos ímprobos, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Com a previsão, no parágrafo quinto, da imprescritibilidade das ações que visem ao ressarcimento do erário.

Valendo-se da sua liberdade de conformação, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.429/92, que apresenta uma singularidade histórica: foi o primeiro diploma normativo ordinário de combate à corrupção no Brasil e sancionado pelo primeiro e único Presidente da República afastado do cargo após processo de *impeachment*, Fernando Collor de Mello.

Em sede de legislação ordinária, antes desse novo regramento, além das disposições previstas no Código Penal com previsão de perda de bens e valores, existiam: (a) os crimes de responsabilidade; (b) a possibilidade de ação de reparação de danos com base no art. 159 do Código Civil de 1916; (c) a ação popular, que é um *minus* em relação à atual lei de improbidade, porque ela não visa punir o agente ímprobo, mas sim anular os atos lesivos ao patrimônio público e a recomposição do dano; e (d) eventuais previsões de sanção de natureza administrativa nos respectivos estatutos dos servidores públicos.

Além da ampliação extraordinária da tutela da probidade pela nova Carta, a edição da Lei de Improbidade, naquele contexto histórico, encontrou um solo fértil para a produção de frutos, haja vista que a Constituição de 1988 também fortaleceu a autonomia da instituição do Ministério Público no país. Apenas para contextualizar o leitor no tempo, é importante lembrar que, nas Constituições antecedentes, o Ministério Público situava-se como órgão vinculado ao

polêmicas e atuais, obra coletiva coordenada por Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo: Malheiros, 2001, p.285. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n. 2138*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 18.04.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em 08 de outubro 2010.

Poder Executivo, tanto que ele recebia previsão constitucional dentro do capítulo relativo a essa esfera do Poder, e tinha como uma de suas funções representar a Fazenda Pública em juízo. Vide art. 126 CRFB/67 c/ EC 1/69.

Assim, é possível verificar que a Constituição da República de 1988 conferiu outro *status* à tutela da probidade administrativa: ampliou significativamente seus destinatários; elevou a moralidade à estatura de princípio constitucional; atribuiu a sua persecução a uma instituição autônoma e independente de qualquer esfera de Poder – o Ministério Público; desvinculou-a do crime de responsabilidade, de natureza política, para uma feição autônoma, com sanções independentes e jurisdicionalizadas; por fim, exigiu a edição de um texto normativo autônomo de combate à improbidade administrativa.

Toda essa mudança estrutural na tutela da probidade na Administração, evidentemente, foi sentida pelos gestores da coisa pública. E, como toda mudança provoca inconformismos, além do amadurecimento de uma sociedade não se alcançar com a simples edição de uma lei, as reações começaram a surgir.

A primeira reação foi a edição da Medida Provisória nº 2.225/00, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, até hoje em vigor na sua 45ª edição (MP nº 2.225- 45/00), que trouxe, em matéria processual, a necessidade de defesa preliminar, previamente ao recebimento da inicial. Depois adveio a Lei nº 10.628/02 que previa foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa. Para finalizar, o contorno encontrado por alguns membros da Corte Constitucional no sentido de que aqueles que respondem por *crime de responsabilidade* não responderiam por improbidade administrativa, uma vez que haveria o vedado *bis in idem*.

Enfim, a Lei de Improbidade está em pleno vigor, porém, não se sabe a extensão de sua aplicabilidade, nem se o avanço sentido com o advento da Constituição de 1988 ganhará

concretude. A preocupação se apresenta não só com o cumprimento do texto constitucional, mas também com a obstrução de uma das poucas vias capazes de conduzir o Brasil para níveis mais elevados de desenvolvimento.

A corrupção¹⁰ é, inegavelmente, um dos entraves ao progresso do país. Ela é, sem dúvida, um vírus destrutivo de toda e qualquer estrutura democrática. Está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público¹¹. Mas, enquanto a sociedade brasileira não amadurecer educacional e culturalmente, é inequívoco que o que se verá será o enfraquecimento do texto constitucional pela tolerância nas urnas eleitorais.

Para garantir efetividade ao texto constitucional, existe o Poder Judiciário e, se ele se envergar no combate à corrupção, a Constituição será frontalmente violada, com o distanciamento cada vez maior das soluções para diversos problemas sociais enfrentados hoje pelo Brasil, decorrentes dos nefastos efeitos ocasionados pela má gestão da coisa pública, que acarreta a falta de recursos públicos, impedindo a concretização das diretrizes constitucionais sociais, como se constata com as milhares de demandas individuais por remédios, internações hospitalares, vaga em creche e escola pública em face de um Estado ineficiente.

2. OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Antes de adentrar no sistema punitivo dos atos de improbidade, necessária se faz a compreensão do chamado crime de responsabilidade de imputação aos considerados agentes políticos.

¹⁰ A improbidade administrativa é conceito mais amplo que abrange também a corrupção. É possível a prática de ato ímprobo que viole princípios maiores da Administração sem que tal conduta se enquadre na epígrafe da corrupção.

¹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 9.

Quanto à definição dos agentes políticos, importante lembrar que há certa controvérsia doutrinária a respeito da sua abrangência, porquanto não é fácil alocar a função exercida pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público diante da complexidade das relações jurídicas a serem dirimidas, muitas vezes em massa e com repercussões sociais inegáveis, o que, indubitavelmente, lhe traz um viés político.

De acordo com a doutrina clássica apresentada por Hely Lopes Meirelles¹², os agentes políticos abrangeriam todos os que exercem função de Poder catalogados no texto da Constituição da República, o que incluiria, além de Ministros de Estado, aqueles que exercem cargos vitalícios, como os magistrados e integrantes do Ministério Público. Seria “o primeiro escalão do Governo”, segundo o autor, no exercício de suas atribuições constitucionais.¹³

Doutrinas mais modernas que vêm ganhando força atualmente são mais restritivas. José dos Santos Carvalho Filho¹⁴ delimita a noção de “agentes políticos” àqueles que exercem efetivamente função política - de governo e de administração - no comando das políticas públicas.

Não obstante o peso doutrinário de cada uma das vertentes apresentadas, certo é que nem todos os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público podem ser totalmente excluídos da categoria de agente político, porquanto em matéria de crime de responsabilidade, aqueles que exercem função de presidência e, atipicamente, função administrativa, são por ela abrangidos. A título de exemplo, a Constituição da República prevê a competência do Senado Federal¹⁵ para julgar os crimes de responsabilidade praticados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República, bem como a competência do Superior

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 383.

¹³ No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 228.977*. Rel.: Min. Néri da Silveira. Publicado DJ de 12.04.02; *AgRg no RE 579.799-6*. Rel.: Min. Eros Grau. Publicado DJ de 19.12.08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 08 de outubro 2010.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 560.

¹⁵ Art. 52, inciso II da CRFB/88.

Tribunal de Justiça¹⁶ para julgar os crimes de responsabilidade dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados.

A importância na delimitação do conceito de agentes políticos ganha contornos mais relevantes ainda em matéria de improbidade administrativa, porque, hodiernamente, as maiores controvérsias relativas à possibilidade de responsabilização por improbidade se referem aos agentes públicos sujeitos aos crimes de responsabilidade.

A expressão “crimes de responsabilidade” provoca certa confusão, uma vez que se refere a *crimes*, mas não recebem sanção de natureza penal. A dubiedade provoca certa divergência doutrinária.

Damásio de Jesus¹⁷ busca ampliar a noção de *crimes de responsabilidade* para classificá-los em “próprios” e “impróprios”. Em termos gerais, eles consistiriam em “um fato violador do dever do cargo ou função, apenado com sanção criminal ou de natureza política”. Mas, em sentido estrito, esclarece o autor, os *crimes de responsabilidade próprios* consistiriam naqueles delitos, previstos na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante, considerados *crimes funcionais* praticados pelos funcionários públicos no exercício da função. Já os *impróprios*, seriam infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentariam 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. Não poderiam ser delitos em virtude da natureza da sanção, o *impeachment*, haja vista a ausência de preceito secundário típico da norma penal. Logo, crime de

16 Art. 105, inciso I, alínea “a” da CRFB/88.

17 JESUS, Damásio Evangelista. *Crimes de Responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/cwd4w2.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2010.

responsabilidade possuiria tão-só o caráter de *sanctio juris* política, ou seja, tratar-se-ia de mero ilícito político, e nada mais.

A consequência jurídica do crime de responsabilidade é o *impeachment*, traduzido pelo afastamento do agente político do cargo ocupado por não se mostrar apto a desempenhar suas respectivas funções, além da inabilitação para o exercício de qualquer função pública¹⁸ pelo prazo de até 8 (oito) anos (art. 2º da Lei nº1.079/50). O *impeachment* encerra, portanto, um processo de contornos essencialmente políticos¹⁹ e com forte colorido de mecanismo de contenção dos Poderes (*checks and balances*), o que, insofismavelmente, impõe concluir pela sua natureza político-constitucional²⁰.

No entanto, não é pacífica essa natureza política dos crimes de responsabilidade, havendo forte divisão doutrinária e jurisprudencial, afirmando alguns ter natureza propriamente penal e outros, mista (penal e política).

Aqueles que entendem pela natureza penal dizem não poder ser política pelo fato de ser o processo de *impeachment* passível de revisão pelo Poder Judiciário quanto aos seus aspectos constitucionais e legais, precipuamente o devido processo legal, sem, no entanto, poder ingressar no mérito da decisão da Casa Legislativa²¹. Essa diretriz apóia-se no magistério de autores como Pontes de Miranda e Marcelo Caetano²².

¹⁸ Na já referida *Rcl n. 2138*, assentou-se que essa inabilitação para o exercício de qualquer função pública não se confunde com a cassação dos direitos políticos prevista no art. 12 da Lei nº 8.249/92.

¹⁹ Nesse sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 536.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 550. No mesmo sentido: DALLARI, Adilson Abreu. *Crime de responsabilidade do Prefeito*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, vl. 72, p. 146. MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*, v. 3, 2.ed., São Paulo: Millenium, p. 444/445, item 864. PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.88/112. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 805.

²¹ Esse entendimento foi sufragado no julgamento do *MS n. 21564* relativo ao controle judicial exercido sobre o processamento do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Melo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21564*, Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 27.08.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

²² MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.413.

O Supremo Tribunal Federal entendia, até há poucos anos, pacificamente, pelo seu caráter penal²³, sendo, inclusive, esse o fundamento do enunciado da sua jurisprudência predominante consagrado na súmula de nº 722, bem como a razão para a interpretação dada pela Corte ao art. 41-A²⁴ da Lei 1.079/50 no sentido de inadmitir a legitimidade de qualquer cidadão para o oferecimento da denúncia, restringindo-a ao Ministério Público²⁵. No entanto, no julgamento pelo Plenário da Reclamação n. 2138, a maioria dos votos enunciou o crime de responsabilidade como de natureza política²⁶, com apenas alguns no sentido de se tratar de natureza político-administrativa²⁷.

Não obstante essa aparente adoção da natureza política, o Supremo Tribunal Federal continua declarando inconstitucionais preceitos de constituições estaduais que estabelecem crimes de responsabilidade para seus governadores e membros do legislativo, com base no enunciado sumular nº 722, que se estriba na natureza penal do instituto.²⁸

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet n.85/DF*, Rel.: Min. Soares Munoz. Pub. no DJ 13.02.1981; *Pet n.1.104 AgR-ED/DF*, Rel.: Min. Sydney Sanches. Pub. no DJ de 23.05.2003; *Pet n.1.954/DF*, Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pub. no DJ de 01.08.2003; *ADI n.2592/RO*, Rel.: Min. Sydney Sanches. Pub. no DJ de 25.03.2003; *ADI n.2.220-MC/SP*, Rel.: Min. Octavio Gallotti. Pub. no DJ de 07.12.2000; *ADI n.1628-MC/SC*, Rel.: Min. Nelson Jobim. Pub. no DJ de 26.09.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

²⁴ Artigo acrescentado à Lei nº 1.079/50 pela Lei nº 10.028/00.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet n 1.104*, Rel. Min. Sydney Sanches Pub. no DJ de 23.05.2003; *Pet n. 1.954*, Rel. Min. Maurício Corrêa. Pub. no DJ de 01.08.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

²⁶ Nesse sentido, os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

²⁷ Nesse sentido, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 4190 REF-MC*. Rel.: Min. Celso de Mello. Publicado no DJE 11.06.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 08 de outubro 2010. Nesse julgamento, o Min. Relator foi categórico em se posicionar contrário à Súmula 722 por entender que os crimes de responsabilidade possuem natureza política, razão por que poderiam os estados-membros dispor sobre o tema em suas respectivas constituições. Porém, reconheceu ser minoritário e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados da EC estadual 40/09 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia crime de responsabilidade para membros do Tribunal de Contas do Estado. O Min. Ayres Britto, na mesma ADI, também se posicionou pela natureza política dos crimes de responsabilidade. No sentido da natureza política, em *obiter dictum*, manifestou-se o Min. Joaquim Barbosa na *Pet-QO n. 3923*, Publicada no DJE de 26.09.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550447>>. Acesso em: 03 de outubro 2010.

Essa distinção quanto à natureza jurídica dos crimes de responsabilidade é de total relevância, porque, se a natureza for penal, a citada súmula estaria de todo correta; se for política, além de a Constituição do país poder estabelecer o julgamento político, as constituições estaduais também poderiam estabelecer o referido julgamento, com observância das diretrizes da Carta Maior²⁹.

Historicamente, no Brasil, a Constituição do Império não estabeleceu crime de responsabilidade para o Imperador. Seu art. 99³⁰ trazia a vetusta regra do *The King can do no wrong*. Mas, a partir da proclamação da República em 1889, o art. 53³¹ da Constituição Republicana inovou ao prever esse tipo de sanção. Na atual Constituição, há a previsão no art. 85; art. 52, I e II; art. 55, II; art. 102, I, “c”; art. 105, I, “a”; art. 29-A, §§ 1º e 2º, além da Lei nº 1.079/50, Dec.-Lei nº 201/67 e Lei nº 7.106/83, diplomas recepcionados pelo texto constitucional.

Mais uma vez, vale-se das nobres lições de Emerson Garcia³²:

Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal. Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos administrativos que redundam num julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a uma pena de prisão. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.

²⁹ Oportuna a crítica levantada por Emerson Garcia: “Acresça-se a dificuldade em compreender o real fundamento do Enunciado nº 722 da Súmula do STF (‘são da competência legislativa da União a definição de crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento’), pois, se os crimes de responsabilidade não são verdadeiros crimes (v.g. não são considerados para fins de reincidência), mas infrações de raiz política e administrativa, como justificar a competência da União para legislar sobre a matéria? Incidiria na hipótese o disposto no art. 22, I da Constituição da República?”. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 538.

³⁰ Art. 99 da *Constituição Imperial*. “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”. BRASIL. Constituição do Império de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 15 de outubro 2010.

³¹ Art 53 - *O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado*. BRASIL. Constituição da República do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 15 de outubro 2010.

³² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Ibidem*, p. 537.

Percucientes as lições trazidas pelo ilustre autor, porém, pede-se vênias para discordar em alguns pequenos pontos.

Relativamente aos Prefeitos, adota-se as lições acima traçadas por Damásio de Jesus para distinguir as tipologias trazidas pelo Decreto-Lei nº 201/67 em crimes de responsabilidade próprios e impróprios. Em seu art. 1º, embora o *caput* anuncie “são crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais”, como ele estabelece como sanção pena de reclusão e detenção (§1º) aplicadas pelo Poder Judiciário, temos, aqui, a previsão de crimes de responsabilidade próprios, cuja natureza é estritamente penal. Já os crimes de responsabilidade impróprios estariam dispostos no art. 4º do mesmo diploma, cujo *caput* declara definir as “infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas a julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato”. Assim, entende-se que o referido Decreto-Lei traz o regramento tanto dos crimes comuns como dos delitos políticos, que não se confundem e até mesmo apresentam órgãos julgadores distintos.³³

Quanto aos Deputados e Senadores, é verdade que a Constituição da República estabeleceu um sistema diferenciado. Para esses agentes políticos, o sistema repressivo ocorre nas suas respectivas Casas, com a perda do mandato por aquele (a) que infringir qualquer das proibições contidas no art. 54, no qual se estabelece incompatibilidades funcionais, negociais, políticas e profissionais³⁴; (b) cujo procedimento for incompatível com o decoro parlamentar³⁵;

³³ Nesse sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC n. 70.671/PI*. Pleno. Rel.: Min. Relator Carlos Velloso. Publicado no DJ de 19.05.1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72599>>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

³⁴ Classificação de CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.1150.

³⁵ O §1º do art. 55 estabelece que “É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. Segundo Kildare Gonçalves, “Tem-se entendido que a falta de decoro parlamentar se caracteriza pela prática de atos que afetam a dignidade do mandato, inconciliáveis com as qualidades morais ou compostura que se

(c) que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer; (c) que perder ou tiver suspenso seus direitos políticos; e (d) condenado por crimes eleitorais ou por crimes comuns. Além disso, de acordo com a Lei das Inelegibilidades (LC 64/90), em seu art. 1º, I, *b*, as hipóteses de cassação por infringência das proibições estabelecidas no art. 54 da Constituição ou por procedimento incompatível com o decoro parlamentar gerarão a inelegibilidade por 8 (oito) anos.

Malgrado a Constituição da República não tenha se utilizado do *nomen iuris* de “crime de responsabilidade” para os Deputados e Senadores e não tenha atribuído a competência para a aplicação das sanções a outra esfera do Poder, é possível aproximar, em muito, essa perda do mandato com o sistema repressivo dos crimes de responsabilidade, porque as consequências jurídicas são as mesmas. Assim, não se reduziria a um *nada jurídico*.

Além disso, com a recepção do art. 8º do Decreto-Lei nº 201/67 pela Constituição de 1988, os Vereadores, por sua vez, respondem nas hipóteses inculpidas no referido artigo, que tem como sanção a cassação política do mandato, com a convocação do respectivo suplente, além da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, *b*, LC 64/90.

No julgamento da questão de ordem na Pet nº 3.923-8, o relator, Ministro Joaquim Barbosa, discorreu preciosas linhas, em *obiter dictum*, sobre o crime de responsabilidade. Primeiro o nobre ministro assentou tratarem-se de sanções de natureza política decorrentes do mecanismo de *checks and balances*, cujo objetivo é lançar o agente político faltoso no ostracismo político. Destacou a razão da vagueza, da parcimônia descritiva na tipificação da conduta caracterizadora do crime de responsabilidade que estaria exatamente na natureza política do processo de responsabilização desses agentes. Em seguida, o relator afirmou que o crime de

exige dos congressistas” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Ibidem*, p. 1153). O Regimento Interno da Câmara dos Deputados trata do decoro parlamentar no art. 244.

responsabilidade é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros poderes. Assim, não se conceberia *impeachment* em face de membro do Poder Legislativo, porque seria uma monumental *contraditio in terminis*. A Constituição de 1988 seria clara no sentido de prever um juízo censório próprio para os membros do Parlamento, que é previsto no art. 55, o que significa que não haveria como se falar em crime de responsabilidade para os parlamentares.

Não obstante as preciosas lições lançadas pelo eminente Ministro, embora em termos históricos os parlamentares não respondessem por crime de responsabilidade, não foi essa a normatização dada pela Constituição da República, uma vez que o seu artigo 29-A, §3º, expressamente estabeleceu crime de responsabilidade pelo Presidente da Câmara Municipal, bem como há previsão de sanção dessa natureza no Decreto-Lei nº 201/67 para os Vereadores.

Por fim, é necessário compreender que as sanções de crime de responsabilidade somente serão aplicadas se não tiver o agente político renunciado ao cargo antes do recebimento da denúncia pela competente Casa Legislativa (art. 15, Lei nº 1.079/50). Se houver renúncia ao mandato, ocorre a perda de objeto e será inviável o processo para tal fim³⁶.

Estabelecidas as premissas básicas para se entender o sistema político de responsabilidade do agente político, já é possível analisar o sistema punitivo da Improbidade Administrativa.

³⁶ No julgamento relativo ao *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, o Pleno do STF fez a distinção quanto ao momento em que ocorre a renúncia. Apenas a renúncia operada antes do recebimento da denúncia é capaz de obstar o processamento do crime de responsabilidade. A renúncia concretizada depois não impede o julgamento. Especificamente no caso do Presidente Collor, como ele renunciou ao cargo no dia do julgamento, o Senado extinguiu o processo de *impeachment* tão-somente na parte relativa à destituição do cargo, mas prosseguiu no julgamento para condenar-lhe à inabilitação para o exercício de outro cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 21689*. Rel.: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 07.04.1995. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

3. O SISTEMA PUNITIVO DA LEI 8.429/92

A Lei nº 8.429/92 trouxe, em seu artigo 12, o rol de sanções a serem aplicadas em cada espécie de improbidade - espécies que estão delineadas nos artigos 9º, 10 e 11.

As sanções são praticamente as mesmas para cada uma das espécies de improbidade, apenas variam quanto à intensidade. São elas: 1) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; 2) ressarcimento integral do dano; 3) perda da função pública; 4) suspensão dos direitos políticos; 5) proibição de contratar com o Poder Público; e 6) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Para não se desviar do tema proposto, não serão abordados os pormenores da conduta ímproba e qual seria a respectiva sanção aplicável, porque a ideia do presente trabalho é analisar se há realmente *bis in idem* na aplicação dessas sanções aos agentes políticos que já estão submetidos à sanção relativa ao *crime de responsabilidade*. Para tanto, passa-se à análise da natureza jurídica das referidas sanções, matéria em que a doutrina e a jurisprudência estão longe de se pacificar.

Em um primeiro momento, as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 podem parecer ter uma natureza híbrida, que conjuga sanções civis, penais, administrativas e políticas. Tal ideia seria até corolário natural do aprimoramento e da complexidade das relações jurídicas, a exigir a adoção, hodiernamente, dos conhecidos “microssistemas legais”.

O desenvolvimento da ciência jurídica, com o abandono cada vez maior da divisão clássica entre o Direito Público e o Privado, torna ainda mais difícil a tarefa do operador do Direito de alcançar com precisão a natureza jurídica de certos institutos.

A sua definição em relação às sanções decorrentes da prática de improbidade administrativa não se resume a uma discussão acadêmica, ao contrário, sua importância cresce, principalmente, em razão do desenvolvimento de doutrinas e jurisprudências que sustentam a ocorrência de *bis in idem* quando também incidente crime de responsabilidade.

Como visto, o crime de responsabilidade tem natureza política para alguns, penal, para outros, e mista, para uma terceira corrente de entendimento. Assim, será que as sanções por improbidade administrativa possuem a mesma natureza? A tutela da probidade teve seu nascedouro nos crimes de responsabilidade, mas será que, hoje, ainda é possível fazer essa vinculação?

Destacam-se na doutrina os seguintes entendimentos sobre a natureza jurídica das referidas sanções estabelecidas no artigo 12 da Lei de Improbidade.

Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁷ afirma que a natureza das medidas previstas está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração do processo penal, e também na esfera administrativa, é possível ainda caracterizar um ilícito de natureza civil e política, pelo fato de poder implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.

José dos Santos Carvalho Filho³⁸, ao tratar da competência legislativa para essas sanções, diz que conquanto não tenham natureza penal, são elas de natureza política quanto à suspensão dos direitos políticos e civil para as demais.

Emerson Garcia³⁹ aponta diversos posicionamentos doutrinários: Fernando Rodrigues Martins entende que as sanções têm natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa),

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas,1993, p. 722/723.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1.027.

administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos); Waldo Fazzio Júnior, pelo consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas; José Jairo Gomes as identifica como sanções de responsabilidade por ilícito civil-administrativo, de natureza *sui-generis*; Para Álvaro Lazzarini, tais sanções têm natureza política; Affonso Ghizzo Neto sustenta a natureza administrativo-disciplinar; Ives Gandra e também Sérgio de Andréa entendem serem os atos de improbidade espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade; e Antonio Carlos Ferreira aponta a natureza penal e política.

A doutrina de Emerson Garcia⁴⁰, no entanto, é no sentido de que as sanções do referido art. 12 seriam meramente civis. Essa posição apresenta-se como a mais técnica.

A natureza não seria administrativa porque as sanções são aplicadas por um órgão jurisdicional, e não por um órgão hierarquicamente superior. Aqueles que costumam indicar a natureza administrativa da improbidade, ainda que sob o pálio da natureza político-administrativa, o fazem sob o argumento de que ela deflui das regras basilares do Direito Administrativo, bem como de seus princípios norteadores. Contudo, com todas as vênias aos nobres pensadores, não se vê respaldo a esse fundamento, porque, se assim o fosse, o efeito da condenação criminal consistente na perda do cargo seria também uma sanção administrativa e não jurisdicional-penal. A natureza jurídica da sanção não pode estar relacionada com o ramo do Direito do qual se origina, mas sim se a autoridade está no exercício da jurisdição - que é uma - ou no da atividade administrativa de cunho disciplinar.

Não teria, outrossim, natureza política, porquanto o Poder Judiciário é eminentemente contramajoritário, sendo sua função a proteção e preservação do texto constitucional, independentemente de questões político-partidárias e da vontade de maiorias

³⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 526.

⁴⁰ Ibidem, p. 525.

ocasionais. O julgamento político foi reservado no texto da Constituição ao próprio Poder Legislativo, o que se verifica no elenco de competências atribuídas ao Senado Federal em seu artigo 52 e 55, §2º. Além disso, a sentença no processo de improbidade administrativa impescinde de fundamentação jurídica, tal como preceitua o artigo 458 do Código de Processo Civil, exigência esta desnecessária em caso de julgamento político.

As sanções também não apresentam natureza penal, até pelo fato da própria Constituição ter ressalvado no art. 37, §4º a possibilidade de ação penal contra o mesmo ato caracterizador da improbidade administrativa. O artigo 18 da Lei 8.429/92 ainda acentua: “A sentença que julgar procedente a *ação civil*...determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

Afastado, portanto, o caráter administrativo, político ou penal, consoante exposição anterior, resta enfrentar a questão proposta, a fim de estabelecer qual a real natureza jurídica da sanção por improbidade.

4. A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.797/DF, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, na parte em que essa introduziu o parágrafo segundo no art. 84 do Código de Processo Penal, explicitou que, por se tratar de ação de improbidade administrativa, deve ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau em razão da sua natureza cível.

A Reclamação nº2138⁴¹, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, constitui importante referência jurídica quanto ao tema, porque nela, após muito discutir sobre a natureza jurídica das sanções ao ato ímprobo, levantou-se a tese de ocorrência de *bis in idem*. Constituiria uma dupla sanção punir os agentes políticos por crime de responsabilidade e pela Lei de Improbidade. Entendimento esse que prevaleceu na citada reclamação.

Nesse julgamento, o ex-ministro Nelson Jobim afirmou que tanto os crimes de responsabilidade como a Lei de Improbidade trazem sanções político-administrativas, logo, a natureza das sanções de improbidade seria de crime de responsabilidade. Assim, como os agentes políticos já se submeterem à Lei nº 1.079 ou DL nº 201/67 ou Lei nº 7.106/83, não se submeteriam também à Lei nº 8.429/92.

Foram as palavras do citado Ministro:

A responsabilidade pública dos agentes políticos é imensa. Não é por acaso que a Constituição define, claramente, os agentes que estão submetidos a um regime especial de responsabilidade (...) Não se admite 'destituição indireta' de autoridade sufragada pelo voto popular sem o consentimento expresso dos representantes do povo. (...) O convívio dos dois sistemas propiciaria que um juiz substituto de primeiro grau suspendesse, em caráter provisório, a pedido de um diligente membro do Ministério Público prestes a encerrar o estágio probatório, do exercício de suas funções, o Presidente da República, Ministro de Estado, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, ou o Comandante do Exército.

O Min. Cezar Peluzo arrematou na mesma assentada:

Sr. Presidente, tiro a conclusão de que a Lei nº 8.429/92 postula interpretação restritiva, segundo a qual esses agentes, por ato de improbidade, ficam sujeitos a regime próprio, que é o da Lei nº 1.079/50, onde seus atos são definidos como crimes de responsabilidade. Invoco aqui o princípio da especialidade no conflito aparente de normas.

No mesmo sentido, seguiu o voto do Ministro Maurício Corrêa, do Min. Ilmar Galvão, da Min. Ellen Gracie, do Min. César Peluzo e do Min. Gilmar Mendes.

⁴¹ O caso em exame na referida reclamação dizia respeito a ato praticado por Ministro de Estado consistente na utilização de avião da FAB e hospedagem no hotel de trânsito militar em Fernando de Noronha, em momento de folga.

Em doutrina, esse último Ministro, em obra conjunta com Arnold Wald, destacou: “A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma ‘ação civil’ de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos”.⁴²

Nessa toada, o Ministro Eros Grau, sucessor do Ministro Maurício Corrêa, na mesma Rcl 2138, após destacar que agente político, pelo princípio da especialidade, apenas se submeteria à Lei de Crime de Responsabilidade, exaltou que não há como “conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais”. Concluiu que “a interpretação alcançada não conduz a resultado de impunidade”, apenas distinguiria situações, na trilha de opção assumida pelo legislador entre a Lei nº 1.079/52 e a Lei nº 8.429/92. O fato de o art. 42 do primeiro diploma determinar que a abertura do processo por crime de responsabilidade deva ocorrer enquanto a autoridade política esteja no cargo, não traria também maiores problemas porque “de todo modo, iniciado o processo por crime de responsabilidade em tempo apto, a ação não sofrerá solução de continuidade se, após, o réu deixar o cargo”. Se, eventualmente, não for possível aplicar mais as sanções, nada impediria uma ação civil pública de ressarcimento ao erário.

O Ministro Carlos Velloso⁴³ foi o primeiro a instaurar a divergência. Ele ressaltou a grande relevância dada pela Constituição de 1988 ao princípio da moralidade na Administração como um todo e que a não incidência da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos seria “um desastre para a Administração Pública”. Destacou que o fato de alguns agentes possuírem um

⁴² WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. “Competência para Julgar a Improbidade Administrativa”, *in*: *Revista de Informação Legislativa* n. 138, abril/junho 1998, p. 213/214.

⁴³ Rcl 2138.

procedimento especial para a perda do cargo não impediria a aplicação da Lei de Improbidade, basta a eles não aplicar o art. 20 da Lei nº 8.429/92, que prevê exatamente tal reprimenda.

O Ministro Joaquim Barbosa⁴⁴, no mesmo sentido, aduziu que a ação de improbidade administrativa “tem natureza civil, segundo o art. 37, §4º da CF/88, e conforme já afirmado por esta Corte na ADI 2.797... Não me parece que seja possível equiparar as condutas e as sanções descritas na Lei nº 8.429/92 a crimes de responsabilidade”. Também lembrou que, tanto a Constituição como a Lei de Improbidade, ao tratarem do tema, apresentam em seu texto a expressão “sem prejuízo das sanções penais cabíveis”, a autorizar a convivência pacífica de sanções de natureza diversa pelo mesmo fato, uma vez que sistema constitucional brasileiro não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente. Rememorou o antecedente histórico do Presidente Fernando Collor que, além de sofrer o processo de *impeachment*, também respondeu à ação penal por crime comum, ilustrando que é possível coexistir o regime político com o puramente penal. Então, questionou “por que razão haveria esse mesmo ordenamento jurídico impedir a coabitação entre a responsabilização política e a improbidade administrativa?”. Punir mais severamente um servidor qualquer e de forma mais branda um agente do Estado fere um dos postulados básicos do regime democrático traduzido no princípio do *accountability* que traduz “quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade e não o contrário, como se propõe nesses autos”

Não se pode dizer, no entanto, que o assunto terminou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, porque o julgamento da Rcl 2138 levou, simplesmente, 5 anos para ser concluído (iniciou em 2002 e terminou em 2007) e, nesse ínterim, foi alterada a maior parte da

⁴⁴ Rcl 2138.

composição da Corte e deixaram de votar os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Eros Grau, por sucederem ministros que já tinham proferido seus votos.

Esse fato é tão relevante que, no mesmo dia da conclusão do julgamento – 13/06/07, o Plenário apreciou a Pet nº 3.923-8 da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que a título de *obiter dictum* externou a inexistência de *bis in idem*. Nesse sentido, foram os votos do relator, do Min. Ricardo Lewandowski e do Min. Carlos Britto.⁴⁵

Em razão da mudança da composição do Supremo e das posições já externadas pelos novos ministros, não é possível dizer que a Rcl 2138 representa o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, hoje, parece ser a maioria naquela Corte os que entendem pela possibilidade de conjugar a Lei de Improbidade com os crimes de responsabilidade, sem prejuízo de possíveis ações penais⁴⁶.

5. ADEQUAÇÃO DOS DOIS REGIMES PUNITIVOS

Após a análise das posições sustentadas pela doutrina e pela jurisprudência da Corte Constitucional sobre o tema, já é possível tecer considerações mais concretas sobre o sistema punitivo aplicável aos atos de improbidade.

⁴⁵ O caso proposto era de um ex-prefeito condenado pela Lei nº 8.429/92 que alegou violação ao decidido na Rcl 2138, mas teve sua própria reclamação negada sob o argumento de que aquela decisão só possui caráter *inter partes*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n. 8221/GO*, Rel.: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 26.03.2010. No mesmo sentido: *Rcl n. 3267/MG*, DJ de 20.11.2009; *Rcl n.6079*, DJ de 09.10.2009; *Rcl n.5703*, DJ de 16.10.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609620>>. Acesso em: 05 de outubro 2010.

⁴⁶ Nesse sentido, os Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Para aqueles que entendem pela existência de *bis in idem* na aplicação simultânea das sanções do art. 12, Lei nº 8.429/92 e das leis relativas aos crimes de responsabilidade, serão aplicadas apenas essas últimas, com base no princípio da especialidade, quais sejam: perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, mas a renúncia antes do recebimento da denúncia por crime de responsabilidade obstará o sancionamento.

No entanto, para justificar que não haverá a impunidade, os defensores desse posicionamento afirmam que nada impede o ajuizamento de uma ação de ressarcimento ao erário, que é imprescritível conforme o art. 37, §5º da Constituição do Brasil.

Para a linha de entendimento que preza pela distinção ontológica entre os crimes de responsabilidade e o sistema da Lei de Improbidade, duas soluções podem ser encontradas: uma primeira no sentido da aplicação direta pelo juiz cível de todas as penalidades constantes no art. 12 da Lei nº 8.429/92; uma segunda que reserva especificamente a perda do cargo aos procedimentos especiais previstos em lei especial. Entende-se mais consonante com uma interpretação sistemática da Constituição essa última solução, a qual também observa o princípio da adequação punitiva, como adiante se explica.

Pode-se dizer que a prática do ato de improbidade aciona uma série de sistemas e microssistemas que, conjugados, visam a coibir essa violação à Constituição e aos princípios por ela elencados, o que significa dizer que serão acionados o sistema penal; o sistema punitivo político, quando previsto; o sistema administrativo disciplinar; o sistema civil de ressarcimento de danos e, ainda assim, o microssistema da Lei de Improbidade. Todos em funcionamento harmônico para operar o chamado *diálogo das fontes*, sem que haja qualquer *bis in idem*.

Não haverá *bis in idem*, porque numa ação de improbidade administrativa o julgador deve observar o *princípio da adequação punitiva*. O que, nas lições de J. S. Carvalho

Filho⁴⁷, consistiria na aplicação das sanções de acordo com a adequação da sanção à natureza do autor do fato.

O princípio da adequação punitiva deve ser visto tanto sob a ótica de que a sanção de perda do cargo só se aplica àquele que for um agente público, por exemplo, como também pela observância do regime jurídico específico a que está submetido o agente ímprobo.

Assim, a título de ilustração, vale-se de um exemplo citado por Carvalho Filho⁴⁸: se o Presidente da República pratica ato atentatório à probidade administrativa, que também constitui crime de responsabilidade (art. 85, V, CRFB/88), o processo de perda do cargo, nessa hipótese, tem caráter especial - a Câmara dos Deputados autoriza a instauração (art. 51, I) e o Senado Federal (art. 52, I) processa e julga, aplicando, se for o caso, a sanção de perda do cargo (art. 52, parágrafo único), seguindo-se o procedimento da Lei nº 1.079/50. Desse modo, não será aplicada, no bojo da ação de improbidade administrativa, a sanção de perda da função pública para o Presidente da República, porque quem o fará será o Senado, mas, de resto, as demais sanções previstas na Lei nº 8.429/92 poderão ser aplicadas.

Idêntica solução será adotada para todos os demais agentes políticos que recebem tratamento especial de perda do cargo, porque, como o próprio J. S. Carvalho Filho ressalta: “a vedação atinge especificamente a sanção de que nos estamos ocupando – a perda da função pública – e, por conseguinte, nada obsta a que a ação de improbidade seja proposta para a aplicação de outras sanções previstas na Lei 8.429/92”⁴⁹.

No mesmo sentido encontra-se, na doutrina, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰ e Marino Pazzaglini Filho⁵¹.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1029.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1031.

⁴⁹ Ibidem, p. 1034.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 722/723.

Não há *bis in idem* algum. Caso o Constituinte pretendesse estabelecer distinções o teria feito expressamente ressaltando aqueles a que ele próprio atribuiu o crime de responsabilidade. Nesse ponto, é de todo conveniente a invocação do princípio do *accountability*, tal como lembrado pelo Ministro Joaquim Barbosa na Rcl n. 2138, porque quem assume elevadas obrigações constitucionais deve arcar com elevado grau de responsabilidade, e não o contrário.

Da leitura das discussões plenárias na tão citada Rcl n. 2138, extrai-se que a grande preocupação do Excelentíssimo Min. Gilmar Mendes e daqueles que o seguem é tão somente com a suspensão dos direitos políticos e o manejo irresponsável da ação de improbidade.

Veja-se:

Pode-se até contratar essa ação. Como sabemos, há advogados que contratam ações de improbidade. Agora, no caso específico, ela só poderia ser uma ação civil pública, e não de improbidade – é essa a discussão, para dar continuidade ao seminário a que Vossa Excelência referiu-, porque a ação de improbidade vem acompanhada da suspensão dos direitos políticos. Só por isso é proposta a ação de improbidade com essa consequência.⁵²

A utilização da ação de improbidade para fins eleitorais e para perseguições políticas, com a sua deflagração para uns, mas não para outros, é, realmente, uma afronta direta aos ditames constitucionais. Inaceitável. No entanto, entende-se ser inconsequente, com todas as vênias, a solução encontrada pelo Ministro, porque é a política do “ou tudo ou nada”: se o sistema apresenta uma patologia, não se busca a sua cura, prefere-se exterminá-lo de vez.

Dizer que as sanções por improbidade e por crime de responsabilidade tratariam do mesmo instituto, apenas com variações semânticas, significa reduzir o artigo 37 da Constituição do Brasil a um nada jurídico, além de contrariar a própria jurisprudência pacificada na Corte Constitucional quanto às respectivas naturezas jurídicas.

⁵¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 119.

⁵² Rcl 2138.

Diz-se isso porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre se direcionou no sentido da natureza penal dos crimes de responsabilidade, tanto que editou o enunciado sumular de nº 722 e continua a reafirmá-lo, e, quanto à sanção de improbidade, a Corte utilizou exatamente da natureza cível da ação correspondente para declarar, em sede de controle abstrato, ADI n. 2.797/DF, a inconstitucionalidade da prerrogativa de foro nessas ações, conforme previra a Lei nº 10.628/02.

Então, pergunta-se: Por que quando se trata de agente político a Corte altera a natureza jurídica dos institutos para dizer que é tudo sanção político-administrativa? Não há coerência! O próprio Tribunal contradisse sua súmula de nº 722 porque, se a reafirmasse, indicando a natureza penal do crime de responsabilidade, não se sustentaria a tese do *bis in idem*, uma vez que a Constituição do Brasil foi clara: “sem prejuízo da ação penal cabível”.

A atribuição casuística da natureza jurídica do crime de responsabilidade de acordo com os interesses em juízo, além de trazer uma odiosa insegurança jurídica, provoca verdadeiro descrédito no Poder Judiciário, que, valendo-se das palavras do Ministro Joaquim Barbosa, gera “uma lamentável tentativa de *rebanalização* da nossa República!”⁵³

CONCLUSÃO

Como é possível observar, o tema é extremamente arenoso. A punição dos atos de improbidade praticados por agentes políticos encontra um entrave histórico, sociológico e político.

⁵³ Rcl n. 2138.

Como já visto, a Constituição garantista de 1988 veio romper com o lacônico regramento vigente desde a Constituição de 1891, que apenas combatia a corrupção sob o aspecto penal e o dos crimes de responsabilidade. Ela erigiu a lisura na Administração e a moralidade como vetores fundamentais, por serem vitais à própria existência do Estado. Destacou a probidade e o comportamento ético em cada capítulo específico aos três Poderes⁵⁴, bem como instaurou um capítulo autônomo para tratar da Administração Pública com um dispositivo próprio para o sancionamento da improbidade administrativa.

Essa nova estruturação da Constituição, com o acréscimo de disposições específicas à sanção por improbidade, além das já antigas de crime de responsabilidade constantes nas Constituições antecedentes, deve importar no recrudescimento e não no arrefecimento do sistema punitivo. Se há abuso de poder e uso da ação de improbidade para fins eleitoreiros, que se puna severamente tais condutas. Agora, criar interpretações que conduzam à negativa de aplicação do art. 37, §4º da Constituição para alguns, além de absolutamente inconstitucional, caracteriza um retorno de dogmas da Era Absolutista aos dias de hoje: algumas classes de pessoas gozando do privilégio de não se submeter a regras aplicáveis a todos.

Apesar de a reminiscência histórica da tutela da probidade derivar da vetusta previsão do crime de responsabilidade para o Presidente da República, hoje ela é algo muito maior, um sistema muito mais complexo, natural do desenvolvimento moral da sociedade brasileira e da maior assimilação de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim decorrência da necessidade de um determinado grupamento alcançar o bem-estar social.

Prefere-se acreditar que o Brasil vai superar mais esse entrave e respirar ares mais republicanos.

⁵⁴ Arts. 55, II e III e §1º; 85, V; art. 95, parágrafo único, todos da CRFB/88.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988* com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 66/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11 de outubro 2010.

BRASIL. *Constituição do Império de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 15 de outubro 2010.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 15 de outubro 2010.

BRASIL. *Constituição do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de outubro 2010.

BRASIL. *Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 15 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n. 2138*. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 18.04.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl n. 8221/GO*, Rel.: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 26.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609620>>. Acesso em: 05 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n. 21689*. Rel.: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 07.04.1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC n. 70.671/PI*. Pleno. Rel.: Min. Relator Carlos Velloso. Publicado no DJ de 19.05.1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72599>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 4190 REF-MC*. Rel.: Min. Celso de Mello. Publicado no DJe 11.06.2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>>. Acesso em: 08 de outubro 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet n.85/DF*, Rel.: Min. Soares Munoz. Pub. no DJ 13.02.1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365528>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 21564*, Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 27.08.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>>. Acesso em 08 de outubro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 228.977*. Rel.: Min. Néri da Silveira. Publicado DJ de 12.04.02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 08 de outubro 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Crime de Responsabilidade do Prefeito*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, v. 72.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 1993.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista. *Crimes de Responsabilidade*. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/cwd4w2.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*, v. 3, 2.ed., São Paulo: Millenium, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed., rev. e at.. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. “Competência para julgar a improbidade administrativa”. *In: Revista de Informação Legislativa* n. 138, abril/junho 1998.