

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEGUNDO A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF)

THE POTENTIAL ACCOUNTABILITY OF POLITICAL ACTORS FOR MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE - "ADMINISTRATIVE IMPROBITY" - ACCORDING TO THE DEFINITION OF THE SUPERIOR COURTS (STJ AND STF)

BEATRIZ RUSSO DE OLIVEIRA

Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

beatriz-russo@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a conceituação da improbidade administrativa, bem como a análise da possibilidade da responsabilização de agentes políticos por condutas ímprobas, nos termos da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Para tanto, buscou-se trazer o conceito de agente político e as possíveis controvérsias acerca da sua classificação segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, além da compilação de julgados dos tribunais superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF) para análise acerca de divergência jurisprudencial sobre o tema. Isso porque haveria dúvidas no sentido de que os agentes políticos, quando cometem condutas ímprobas, são responsabilizados por legislação própria e especial, em razão do cargo exercido. Então, quando praticam condutas ímprobas, respondem pelos chamados crimes de responsabilidade. Caso respondessem simultaneamente pelas sanções da Lei 8.429/92, ocorreria o fenômeno da dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*), vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa (Lei 8.429/92); Agentes políticos; Crimes de responsabilidade; Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67; Posição majoritária das Cortes Superiores.

ABSTRACT: The present study had as purpose conceptualize dishonest conducts or misconduct in public office, called by Brazilian legal order as "administrative improbity", under the Law number 8.429/92. In order to do so, it has been brought the concept of political agent and the possible controversies about its classification according to the majority Brazilian doctrine and jurisprudence. Besides that, it has been done a compendium of judgments of the Superior Brazilian Courts (Superior Court of Justice - STJ and Supreme Federal Court - STF) to analyze possible jurisprudential divergence on the subject. This is because there would be doubts in the sense that political agents, when commit impulsive conducts, are held accountable for their own special legislation, because of the position they hold in the political scenery. Finally, it was discussed that when they practice misconduct in public office, they respond to so-called crimes of responsibility. If they respond, simultaneously to the sanctions of Law number 8.429/92, the phenomenon of double punishment for the same act (*bis in idem*) would occur, which it's forbidden by the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Administrative improbity (Law number 8.429/92); Political actors; Crimes of responsibility; Law number 1.079/50 and Decree-Law 201/67; Majority position of the superior courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre ética, corrupção e moralidade administrativa. 3. Improbidade Administrativa. 3.1 Conceito. 3.2 Classificação, sujeitos ativos e sujeitos passivos. 3.3. Configuração, modalidades e sanções. 3.4 Controles dos atos de improbidade: preventivo, repressivo e ferramentas administrativas para o monitoramento de condutas ímprobas previstas na Lei 8.429/92. 3.5 Ação de improbidade, competência e foro por prerrogativa de função. 3.6 Prescrição e irretro-

atividade da Lei 8.429/92. 4. Explanações necessárias sobre os agentes políticos. 4.1 Classificação, enquadramento segundo a doutrina brasileira majoritária e segundo o STF. 5. A Lei 1.079/50, o Decreto-Lei 201/67, os crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos e a vedação das suas aplicações simultâneas à Lei 8429/92 aos agentes políticos que cometeram condutas ímprobas. 6. A posição majoritária do STJ e do STF sobre a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos mediante a análise de julgados. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

A Emenda Constitucional 19/98 trouxe, entre outras providências, a passagem do Estado burocrático para o Estado gerencial, impondo o exercício de um controle rigoroso sobre as despesas públicas. O principal motivo da realização da emenda foi a busca da gestão pública por resultado, o que permitiria que os cidadãos atuassem conjuntamente com o Poder Público na fiscalização e no controle dos recursos públicos, a fim de que fossem utilizados corretamente, de acordo com a finalidade da lei.

Por meio de normas e outros instrumentos de governança, busca-se, então, a efetivação do denominado “direito à boa administração”, utilizando-se, para tanto, padrões éticos de eficiência administrativa e do controle da gestão pública, a fim de evitar a apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos.

No entanto, ao mesmo tempo em que a reforma gerencial do Estado foi instituída no país e trouxe normas bem definidas acerca de seu funcionamento, como, por exemplo, a criação do princípio da eficiência e sua adoção como princípio administrativo fundamental (novo paradigma da gestão pública), segundo Bresser-Pereira, esse princípio ainda não foi integralmente implementado em virtude da “miopia gerencial” dos administradores públicos que insistem em raciocinar e agir sob a égide de velhas formas, que sequer encontram respaldo na Constituição da República (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 79).

Uma das convergências entre as gestões pública e privada é que ambas devem atender às necessidades do cidadão-cliente, seguir

a Constituição Federal e prestar contas ao cidadão, detentor de direitos e deveres. Além disso, a nova visão empreendedora exige que o administrador público compatibilize custos e resultados, levando em conta os princípios da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, tornando decisões céleres, com riscos calculados, para aproveitar as oportunidades de mercado (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 83).

Dessa maneira, a CF/88 trouxe em seu artigo 37, parágrafo 4º, para fins de proteção à moralidade administrativa e efetivação da gestão pública nos termos da reforma gerencial, as sanções impostas aos praticantes de atos de improbidade administrativa: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Segundo o ex-ministro do STF, Carlos Velloso, em voto proferido no julgamento da Reclamação 2.138/DF:

O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele, o princípio da moralidade administrativa, constitui o gênero, do qual a probidade administrativa é espécie. ‘Então’, escreve Marcelo Figueiredo, ‘a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa’ (Marcelo Figueiredo, ‘ob. e loc. cit.’) (BRASIL, 2017).

Por outro lado, a CF/88 somente trouxe cláusula geral no tocante à punição de atos ímprobos. Diante da necessidade de uma lei específica para regular o assunto, o legislador editou a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual representa um marco no ordenamento jurídico na busca pela “moralização” da Administração Pública.

A Lei 8.429/92 é considerada instrumento de realização do princípio maior, o da moralidade administrativa. Ela dispõe acerca de

quatro categorias de atos de improbidade administrativa, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11) (BRASIL, 1992).

Além disso, a Lei 8.429/92 também conceitua e apresenta o rol de sujeitos ativos a responderem por atos ímprobos, afirmando que a improbidade administrativa pode ser praticada por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, fundacional ou autárquica de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios e de empresas incorporadas ao patrimônio público (BRASIL, 1992).

Importante salientar também que comete ato de improbidade quem atua em nome da Administração, ainda que temporariamente e sem remuneração, conforme preceitua o artigo 2º da referida lei (BRASIL, 1992).

Como se nota, a Lei 8.429/92 traz um conceito geral de agente público, ou seja, um conceito abrangente, o qual, ao menos se considerado *a priori*, abrange os agentes políticos, os agentes colaboradores e os servidores públicos em geral, categorias de agente públicos apontadas costumeiramente pela doutrina.

Apesar disso, ainda existe relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o agente político ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/92, tendo em vista a submissão desses agentes públicos ao regime de responsabilização política (por cometimento de crimes de responsabilidade), o que poderia resultar na famosa dupla punição pelo mesmo fato – *bis in idem* – alegada como argumento pelos seus defensores.

A controvérsia acerca do assunto diz respeito ao fato de que as principais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais acerca deste tema possuem repercussões práticas muito importantes. É que, a depender do entendimento adotado pelos tribunais pátrios, determinado agente político pode ou não perder o seu cargo público e ter seus direitos suspensos em razão da aplicação da Lei 8.429/92. Segundo o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, verifica-se a possibilidade de afastar da vida política “quem não logrou observar as condições de legitimidade necessárias para exercer uma relevante missão na sociedade política organizada” (BRASIL, 2017).

Sendo assim, é importante que se investigue qual é a posição majoritária adotada pelos órgãos jurisdicionais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de se verificar também a compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

Verificar-se-á, ao final, que a responsabilização do agente político pela prática de ato de improbidade administrativa, perante o juiz de primeiro grau, como todo e qualquer agente público que não age de forma proba é, portanto, não só constitucionalmente admitida, mas antes, decorrência necessária da aplicação do princípio da igualdade e do princípio republicano (GARCIA, p.1-4).

Por fim, analisa-se de maneira crítica se as sanções constitucionais por crime de responsabilidade esgotam a utilização das referidas consequências desfavoráveis aplicáveis ao agente público em razão de ilícito cometido.

2. Considerações sobre ética, corrupção e moralidade administrativa

No Brasil, os padrões éticos, a eficiência administrativa e o controle da gestão pública são características indissociáveis da ges-

tão pública pós-moderna, em busca do denominado “direito à boa administração” (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 17).

Segundo Daniel Amorim Neves, o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, vinculando o ordenamento pátrio, tais como: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção dos Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002, com reserva para o art. XI, § 1.º, inciso “C”, e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006 (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 218).

A expressão “corrupção” pode ser definida como o “fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Trata-se, em suma, de “uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima” (GARCIA, p.1-4).

Nesse contexto, a corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública quando a característica básica e intrínseca ao republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado (GARCIA, p.1-4).

No Brasil, nota-se que há dificuldade histórica por parte dos agentes públicos na distinção entre os patrimônios público e privado. Tais agentes são escolhidos por meio de critérios subjetivos, como laços de amizade, por exemplo, não importando se possuem capacidade técnica ou mérito para exercer atos de gestão pública, incapacidade esta que faz com que muitos acabem misturando tal

gestão com assuntos particulares. Os resquícios dessa confusão entre o público e o privado também possuem reflexos nos dias atuais, na medida em que o próprio STF editou a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no funcionalismo público (GARCIA, p.1-4). Ou seja, o STF, ao verificar a ocorrência de inúmeros casos de nepotismo no serviço público, editou norma vinculante *erga omnes* a fim de se coibir tal prática, que estava sendo extremamente comum e praticada no âmbito administrativo.

A Lei 8429/92 é sinônimo da punição especializada contra atos ímprobos, sendo um verdadeiro instrumento implementador do Estado gerencial.

A moralidade qualificada como *moralidade administrativa* trata-se de conceito jurídico indeterminado. Em decorrência disso, ela não corresponde apenas ao certo ou errado no plano da consciência dos agentes públicos, ou seja, eles não podem agir em nome próprio de acordo com seus padrões morais internos, pois agem em nome da população e do Estado, que é o real detentor do poder institucional. Os agentes devem respeitar padrões mínimos e princípios previstos na CF/88 e nas leis extravagantes, praticar boas condutas com boa-fé e honestidade, pautando-se sempre no princípio da eficiência.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a atribuir autonomia ao princípio da moralidade administrativa, pois até então a imoralidade era compreendida somente como uma espécie de ilegalidade. Ela estava relacionada ao desvio de poder. Logo, o princípio da legalidade abarcava o princípio da moralidade (BUENO, 2014).

Enquanto a legalidade exige a adequação do ato à lei, a moralidade administrativa exige o cumprimento do dever de boa administração. Partindo desse pressuposto, pode-se considerar que, para um ato ser considerado imoral, ele não precisa necessariamente ser ilegal (verificada a ilegalidade estrita ao cumprimento da lei). Por outro lado, um ato de improbidade sempre será necessaria-

mente ilegal, tendo em vista que as condutas ímprobas estão tipificadas como ilegais pelos parâmetros da Lei 8429/92. Assim, em que pese todo ato de improbidade atente, de uma forma ou de outra, contra a moralidade administrativa em sentido lato, é possível que o agente fira o princípio da moralidade sem necessariamente cometer ato de improbidade, por falta de previsão daquela conduta específica na referida lei. Os atos ímprobos sujeitos à Lei 8.429/1992 são específicos, pois a improbidade nada mais é do que a imoralidade qualificada (FIGUEIREDO, 2004, p. 40).

Dessa maneira, pode afirmar-se que, quando tratamos de condutas ímprobas, podemos perfeitamente encaixá-las no conceito amplo de condutas que, de alguma maneira, desrespeitam a honestidade no exercício da função pública. Por isso que toda conduta ímproba é considerada como uma conduta imoral, apesar de nem toda conduta imoral ser considerada ímproba.

Apesar de todo o disposto, pode-se afirmar, numa análise ampla dos fatos, que todo agente ou terceiro que agir imoralmente na Administração Pública estará agindo em desacordo com os princípios gerais de Direito, especialmente o princípio da boa-fé na Administração.

3. Improbidade Administrativa

3.1. Conceito

Etimologicamente, o termo probidade, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p.18). Portanto, nota-se que principalmente pelo próprio significado da palavra probidade, qualquer conduta ímproba será considerada como imoral. No entanto, a probidade administrativa possui outra face a qual enseja breve explicação. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a probidade ad-

ministrativa conta com um fundamento não apenas moral genérico, mas com a base de moral jurídica. Vale dizer, planta-se ela nos princípios gerais de direito” (ROCHA, 2000, p.920).

A improbidade então está estritamente ligada com a ideia de estrito cumprimento de padrões éticos, de boa-fé e lealdade para com a Administração Pública. Dessa maneira, ela é tratada como um conceito jurídico indeterminado. Para a caracterização da conduta, no entanto, não basta um mero desvio de finalidade, como, por exemplo, um lançamento tributário equivocado. É necessária que a ilegalidade para tipificar improbidade exija uma forma de credenciada pela má-fé prevista, como será descrito posteriormente, nas hipóteses elencadas pela Lei 8.429/92.

Ponto crucial a ser destacado quando se fala em improbidade administrativa é o fato de que, por mais que muitos confundam, ela não é sinônimo de nenhum tipo penal, ou seja, não é considerada crime para fins de Direito Penal. O artigo 37, §4º *in fine*, da CF/88, o artigo 12 da Lei 8429/92 e decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade (ADI 2797) atestam tal fato. Assim, pode-se concluir claramente que ato de improbidade não é crime e nem pode ser assim considerado em sentido estrito.

Portanto, a ação de improbidade administrativa se desenrolará na esfera cível e não penal. O ato praticado pelo agente público ou por terceiro pode, todavia, gerar três tipos de responsabilidade: a civil, a penal e a administrativa. Ou seja, dependendo do caso concreto, não há impedimento para instauração de processo para apuração de atos ímprobos nas três esferas citadas.

Na esfera administrativa, apurar-se-á o ilícito administrativo, comumente pelo que é chamado por doutrinadores de Processo Administrativo, cuja instauração, uma vez que há suspeitas pelo Poder Público de condutas ímprobas é obrigatória, tratando-se de verdadeiro poder/dever da autoridade pública.

Por sua vez, a esfera cível fará parte do eixo processual: será através dela apurada a conduta e por ela se pedirá e se processará o ressarcimento dos danos aos cofres públicos.

Por fim, pela esfera penal apurar-se-á o ilícito penal, que pode ser, a critério do amplo espectro de definição dos artigos 9, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92, quaisquer dos tipos penais correspondentes aos crimes contra a administração pública entre outros previstos no CP.

No Brasil há duas teorias acerca do conceito de improbidade. Para uma parte da doutrina, o conceito de probidade seria diferente do conceito de moralidade, visto que a própria CF/88, em seus tantos dispositivos, empregou os dois termos separadamente.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a moralidade administrativa e a probidade são princípios constitucionais autônomos, apesar de possuírem similaridade grande em seus significados.

Para outra parte da doutrina (Wallace Paiva e José Afonso da Silva), considera-se a moralidade como princípio e a improbidade, lesão a esse princípio. Para eles, a improbidade é considerada como subprincípio do princípio da moralidade.

Apesar de o assunto ser controvertido, a teoria majoritária prevalecente é a primeira, tendo em vista que a própria CF/88 fez a separação dos termos acima citados, pela literalidade do seu texto e também pela criação da Lei específica 8.429/92 (TONELI, 2017).

Voltando ao fato de que nem toda conduta ilegal é considerada um ato de improbidade administrativa, temos a opinião do Ministro do STJ, Napoleão Nunes Maia Filho. Para ele, a distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba, imputada ao agente público ou privado é muito antiga. Apesar de serem conceitos com grande similaridade, cada um tem um significado. Em sua opinião, a

improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito nocivo do agente, que atua com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. Ou seja, nem todas as vezes em que o agente praticar uma conduta ilegal ela será considerada ímproba, para fins da Lei 8.429/92. Para que o ato ilegal seja considerado ímprobo, exige-se um *plus*, que é o intuito de atuar com desonestidade, malícia ou culpa grave. Essa confusão de que todo ato ilegal é também ímprobo acaba existindo porque o artigo 11 da Lei 8429/92 prevê como ato de improbidade qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (artigo 37 da CF/88). Se toda conduta ilegal fosse considerada ímproba em decorrência de ferir o artigo 11 da Lei 8429/92, haveria uma responsabilização objetiva, que é vedada pelo ordenamento nesse caso. (CAVALCANTE, 2018, p. 212).

3.2. Classificação, sujeitos ativos e passivos

Ao classificar o sujeito ativo de uma conduta, é comum que a primeira definição em mente seja a de que o sujeito ativo é aquele que pratica uma conduta comissiva. No entanto, no tocante às condutas praticadas contra a Administração Pública, também se considera sujeito ativo aquele que, de qualquer modo, concorra para a prática da conduta ou que dela se beneficie, ou seja, que obtenha vantagens indevidas.

Tanto o artigo 1º como o artigo 3º da Lei 8.429/92 estabelecem que o agente público e o particular podem vir a cometer ato de improbidade compreendido na citada Lei.

O artigo 3º faz questão de ressaltar que as disposições da Lei também 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. A literalidade do artigo é clara, podendo o terceiro

ser responsabilizado por condutas contra a Administração Pública (BRASIL, 1992). Ou seja, o terceiro é a pessoa física ou jurídica que, mesmo não sendo agente público, induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiou direta ou indiretamente.

No entanto, o STJ decidiu que não é possível que se instaure ação de improbidade somente contra o terceiro, com atuação própria. É necessário que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato ímprobo, concomitantemente à presença do terceiro, a fim de que esse possa ser responsabilizado e ser incluído no polo passivo da demanda (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Nesse sentido, o STJ, em meados de 2014, julgou Recurso Especial e reconheceu que os notários e registradores podem ser considerados agentes públicos para fins de improbidade administrativa. Isso porque os sujeitos ativos dos atos ímprobos não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/92. Então, os notários e registradores estão abrangidos no amplo conceito de agentes públicos, na categoria dos “particulares em colaboração com a Administração”. Além disso, caso assim não fossem considerados, por divergência doutrinária acerca da classificação jurídica, eles poderiam perfeitamente se encaixar na categoria de “terceiros”, e então serem responsabilizados nos termos da Lei 8.429/92 (CAVALCANTE, 2018, p. 213).

Apesar da jurisprudência aplicada ao caso concreto, ainda pode haver dúvidas sobre a classificação do agente público. Nesse sentido, também se deve seguir a interpretação literal da Lei 8.429/92, em seu artigo 2º, reputando-se para tanto, todo indivíduo que exerça, 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 do artigo 1º (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Dessa maneira, a caracterização de agente público para a Lei 8.429/92 independe do vínculo que este possuir com o Estado, podendo ser ocupante de cargo permanente ou temporário (ainda que transitoriamente), efetivo ou comissionado, remunerado ou não remunerado, eletivo ou não eletivo.

Ainda no que toca à classificação do agente público, há controvérsia em relação ao fato de que os agentes políticos responderiam ou pelas condutas da Lei 8.429/92 ou pelos crimes de responsabilidade, o que será descrito posteriormente em tópico aberto para esse fim específico.

Ainda tem-se a possibilidade de responsabilização dos sucessores dos sujeitos ativos por condutas ímprobas. Dessa maneira, o artigo 8º dispõe que os sucessores dos sujeitos ativos também devem suportar as condenações patrimoniais advindas do ato de improbidade até o limite da herança, posto que se trata de sanção de natureza civil e não penal (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Sobre o assunto, o STJ julgou, em meados de 2015, se os estagiários poderiam ser responsabilizados por atos de improbidade. O Superior Tribunal de Justiça então decidiu que sim, já que o estagiário atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, estando sujeito à responsabilização por atos ímprobos, porque, como já explanado, o conceito de agente público para fins de improbidade não abrange somente os servidores, mas todo aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública. Caso não fosse assim considerado, o estagiário poderia ser perfeitamente caracterizado como “terceiro” e então responsabilizado nos termos da LIA (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

Vale lembrar, também, que os membros do Ministério Público, segundo o STJ, também podem ser processados por improbidade. Apesar de os membros do *Parquet* gozarem de vitaliciedade e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prever uma série

de condições para a perda do cargo, tais membros podem ser réus em ações de improbidade e serem condenados à perda do cargo mesmo sem ser adotado o procedimento próprio da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93 e da LC 75/93), nos termos do artigo 12 da Lei 8.429/92. Para o STJ, tais leis não cuidam de improbidade e, portanto, nada interferem nas disposições da Lei 8.429/92, o que faz com que os dois sistemas convivam harmonicamente e um não exclua o outro (CAVALCANTE, 2018, p. 214).

O artigo 1º da Lei de Improbidade estabelece que podem ser vítimas de tais atos a Administração Direta (leia-se União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios), a Administração Indireta (composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista), as fundações públicas, e as empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (BRASIL, 1992).

3.3. Configuração, modalidades e sanções

Segundo o STJ, para a configuração do ato de improbidade administrativa é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 (BRASIL, 2010). Ou seja, a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, em decorrência do fato de que no ordenamento jurídico brasileiro não é admitida a responsabilidade objetiva, considerando as penalidades (sanções) contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda segundo a citada Corte, nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para fins da Lei 8.429/92. Isso porque a ilicitude que expõe o agente às severas sanções da Lei é

apenas aquela especialmente qualificada em norma tipificadora, no geral dos casos praticados dolosamente. São, portanto, ilicitudes sujeitas ao princípio da tipicidade (BRASIL, 2007).

Assim, quando estiver tratando-se de condutas que importem enriquecimento ilícito do agente público (artigo 09), exige-se o dolo; de condutas que causem prejuízo ao erário pode exigir-se o dolo ou no mínimo culpa (artigo 10); de atos que decorram da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (artigo 10-A), exige-se dolo. Nesse último tipo de improbidade, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, ainda que a causa de pedir envolva questões tributárias. Quando se estiver tratando de atos que atentem contra princípios da administração pública, exige-se o dolo, mas aqui pode ser o dolo genérico ou *lato sensu*, não sendo necessário o elemento subjetivo específico. Ainda neste tipo de improbidade, segundo o STJ, é dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos (CAVALCANTE, 2018, p. 215-223).

Como verificado, a Lei 8.429/92 classifica os atos de improbidade em quatro tipos: 1) Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (artigo 9º); 2) Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (artigo 10); 3) Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (artigo 10-A) e 4) Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (artigo 11) (BRASIL, 1992).

Como o artigo 11 traz as condutas que ferem os princípios da administração pública, há uma preocupação com o fato da abrangente amplitude de incidência desses princípios, fazendo com que possa se cogitar que condutas meramente ilegais possam ser classificadas como ímprobas. É importante ressaltar que o Direito não é ciência exata, e que há constantemente mudanças nos seus paradigmas em decorrência da própria evolução da so-

cidade e da maneira que ela deve ser protegida. Assim, quando houver controvérsias e dúvidas acerca do assunto, os Tribunais Superiores se manifestarão a respeito. Por exemplo, o STJ, em sede do Recurso Especial nº 1.177.910-SE, considerou que a tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública (CAVALCANTE, 2018, p. 215).

A CF/88, em seu artigo 37, parágrafo 4º, traz as sanções decorrentes da prática dos atos de improbidade: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A CF/88 ainda estabelece que os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento serão dispostas por lei especial, no caso a Lei 8.429, publicada em 1992.

Por outro lado, a Lei 8.429/92 prevê outras sanções que são mais específicas, a serem aplicadas de acordo com a prática de cada conduta descrita em seu texto normativo. Nesse sentido, o artigo 12 deixa claro que as penas aplicadas serão independentes das possíveis sanções penais, civis e administrativas a serem aplicadas em decorrência de previsão em legislação específica.

Além disso, ressalta-se o fato de que o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito às cominações descritas na Lei, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Ou seja, no caso concreto, cada julgador irá analisar a gravidade do fato ao aplicar a pena, também devendo observar o parágrafo único, que diz em sua literalidade: “na fixação das penas previstas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (BRASIL, 1992).

Segundo o inciso I, na hipótese dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), o

responsável estará sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (BRASIL, 1992).

Já em relação ao inciso II, na hipótese dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, o responsável estará responsável pelo ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (BRASIL, 1992).

Na hipótese prevista no inciso V, em relação aos atos de improbidade que decorram de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, haverá a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido (BRASIL, 1992).

No caso do inciso III, dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, haverá o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (BRASIL, 1992).

Importante ressaltar que, segundo o artigo 20 da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ademais, a Lei é clara quando diz que a aplicação das sanções previstas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (BRASIL, 1992).

Por fim, a Lei 8.429/92 também traz sanções a quem impute ato de improbidade contra quem o sabe ser inocente. Nesse sentido, o artigo 19 retrata que constitui crime (tipo penal específico previsto na própria Lei) a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente, sob pena de detenção de seis a dez meses e multa. O parágrafo único ainda prevê, além da sanção penal, que o denunciante estará sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (BRASIL, 1992).

Em relação à indisponibilidade de bens, o STJ entende que não se pode conferir uma interpretação literal aos artigos 7º e 16 da Lei 8.429/92, que dizem que a indisponibilidade será decretada pelo magistrado quando as condutas sejam de enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público.

Dessa maneira, a jurisprudência do STJ e também a doutrina majoritária (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves) indicam que a medida cautelar pode ser aplicada aos atos ímprobos que ferem os princípios da administração, para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil do artigo 12, III, da citada Lei. A indisponibilidade ainda pode ser decretada antes do recebimento da inicial e sem

que se ouça o réu (liminar *inaudita altera parte*) visando assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, o ressarcimento ao erário.

Além disso, não é necessária a demonstração do *periculum in mora*, que é presumido (implícito) ao comando normativo do artigo 7º, bastando que se prove o *fumus boni iuris*, que consiste em indícios de atos ímprobos. Ou seja, tal fato constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo. Pode recair sobre os bens que o acusado possuía antes da suposta prática do ato de improbidade e também sobre o bem de família, mas não sobre verbas absolutamente impenhoráveis, as quais não poderão assegurar futura execução, tais como verbas trabalhistas (CAVALCANTE, 2018, p. 219).

3.4. Controles dos atos de improbidade: preventivo, repressivo e ferramentas administrativas para o monitoramento de condutas ímprobas previstas na Lei 8.429/92

O ordenamento jurídico prevê uma série de mecanismos de controle com o intuito de evitar ou reprimir a prática de atos de improbidade administrativa. Por esta razão, é possível distinguir duas formas de controle da improbidade: o controle preventivo e o controle repressivo (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

O controle preventivo, como diz o próprio nome, tem o intuito de evitar a prática de tais atos, com o fito principal de assegurar a prática da ética na administração pública e estatal.

Existem, neste sentido, diversos instrumentos jurídicos de prevenção de condutas ímprobas.

Os estatutos funcionais, por exemplo, são regras disciplinares que apontam a correta forma de atuação dos agentes públicos, com a

previsão da potencial aplicação de sanções administrativas no caso de infração das citadas regras (como, por exemplo, a Lei 8.112/90, que fixa o regime jurídico dos servidores públicos estatutários federais). Os códigos de ética são normas de conduta complementares aos estatutos funcionais e fixam padrões éticos de condutas de agentes públicos ou de outras categorias, como, por exemplo, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

Ainda existem, como mecanismos preventivos, a quarentena, o “*Ombudsman*”, a atuação do Ministério Público e do Tribunal de Contas. A quarentena se qualifica como regras que estabelecem impedimentos para o exercício de determinadas atividades por autoridades exoneradas ou demitidas dos cargos que ocupavam, evitando-se, assim, que os seus conhecimentos privilegiados acerca de determinado assunto beneficiem determinada empresa privada, por exemplo, o Decreto 4.187/2002 e artigo 8º da Lei 9.986/2000, que impede o exercício de atividades por ex-dirigente de agência reguladora no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato. O “*Ombudsman*” refere-se à instituição de ouvidorias nas entidades administrativas capazes de receber críticas e sugestões da população, viabilizando a melhoria na gestão pública (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

Por fim, tem-se a atuação do Ministério Público, que possui extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que atua na defesa (preventiva e repressiva) da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da CF/88) e do Tribunal de Contas, que é órgão dotado de forte autonomia institucional e responsável pela fiscalização de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que administram dinheiros, bens e valores públicos (artigo 71 da CF/88). Tal enumeração é meramente exemplificativa, eis que o sistema de controle da probidade na Administração é complexo e dinâmico (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

O controle repressivo, por sua vez, tem o escopo de apurar e sancionar a prática de atos ímprobos. A investigação e a aplicação de sanções aos ímprobos são levadas a efeito no âmbito dos Três Poderes (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 31).

O Poder Executivo pode apurar, de ofício ou mediante provocação, por meio de processo administrativo disciplinar (PAD), a ocorrência de atos de improbidade aplicando a devida sanção aos seus servidores, as quais estarão previstas nos respectivos estatutos funcionais. O Poder Legislativo, por sua vez, por meio de suas Casas Legislativas ou com o auxílio dos Tribunais de Contas também podem sancionar os responsáveis por atos de improbidade, como, por exemplo, a atuação do Tribunal de Contas na aplicação de sanção aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, conforme prevê o artigo 71, inciso VIII, da CF/88. Por fim, o Poder Judiciário, por conta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, traz o fato de que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive no tocante ao resguardo da probidade administrativa, como, por exemplo, a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 no bojo da ação de improbidade ou a proteção do patrimônio público por meio do julgamento de ações populares (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 32).

Além dos controles preventivo e repressivo, a Lei 8.429/92 previu, ainda, a partir dos Capítulos IV e V, importantes mecanismos administrativos para o monitoramento de agentes públicos para fins de se coibir a prática de atos contra o erário (BRASIL, 1992).

Assim, o artigo 13 traz a obrigatoriedade da declaração de bens do agente público. De acordo com tal dispositivo, todo agente público, desde a posse e enquanto durar o exercício do cargo/emprego/função, é obrigado a apresentar declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

Tal declaração, segundo a lei, compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no país ou no exterior e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. A declaração será anualmente atualizada, também carecendo de atualização na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, sendo que o agente que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa, será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (BRASIL, 1992).

Já o Capítulo V, artigo 14, traz o Procedimento Administrativo instaurado para apuração de condutas de improbidade, onde qualquer pessoa pode representar à autoridade competente para que seja instaurada investigação.

A representação será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato, sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento, sob pena de rejeição, o que também não exclui a representação ao Ministério Público. Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos (BRASIL, 1992).

3.5. Ação de Improbidade, competência e foro por prerrogativa de função

A ação de improbidade, segundo o artigo 17 da Lei 8.429/92, possui rito ordinário e pode ser proposta pelo Ministério Público ou por pessoa jurídica interessada. Segundo o mesmo artigo, o Ministério Público, se não for o autor da ação, intervirá sempre como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo (BRASIL, 1992).

A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas na impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente (artigo 319 do Código de Processo Civil – condições genéricas da ação). Exige-se, portanto, a justa causa. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (BRASIL, 1992).

Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Recebida a petição inicial (decisão da qual cabe a interposição de agravo de instrumento), será o réu citado para apresentar contestação (BRASIL, 1992).

De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados como improbidade administrativa, a petição inicial da ação de improbidade deve ser recebida pelo juiz, pois na fase inicial prevista no artigo 17, parágrafos 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de se possibilitar o maior resguardo do interesse público (proteção do patrimônio público).

Assim, após o oferecimento de defesa prévia, somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na ação de improbidade administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência do ato, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Da decisão que rejeitar a inicial caberá o recurso de apelação. E a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação de improbidade está sujeita ao reexame necessário, com base na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e por aplicação analógica da primeira parte do artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) (CAVALCANTE, 2018, p. 217-218).

Da decisão que recebe a inicial contra alguns réus e rejeita para os demais cabe, segundo o STJ, agravo de instrumento, apesar de haver fungibilidade entre o recurso de apelação e o agravo nesses casos concretos, desde que não haja má-fé e tenha sido interposto no prazo do recurso correto (CAVALCANTE, 2018, p. 217-218).

A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito. Ou seja, a condenação em pecúnia será revertida para a pessoa jurídica lesada (artigo 18) (BRASIL, 1992).

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, na busca da fixação de competência no caso concreto, o operador do direito deve se atentar às diversas normas e aos variados diplomas legais, a respeito da competência da Justiça, do foro e do juízo. Para isso, o operador do direito deve seguir um esquema baseado em etapas, a fim de descobrir a competência do caso concreto. E dessa maneira não é diferente quando se trata de improbidade administrativa (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124).

Então, primeiramente, para que se determine a competência, deve se considerar o fato de que a Lei 8.429/92 não faz nenhuma menção ao tema. Assim, para declinar-se a competência será necessária uma análise do microsistema coletivo, do Código de Processo Civil, da CF/88 e das leis extravagantes (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124).

Primeiro, define-se se a competência da Justiça Brasileira. Sendo o ato de improbidade praticado em prejuízo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, naturalmente o juízo brasileiro estará prevento.

Após, segundo Daniel Amorim, verificar-se-á se existe prerrogativa de competência originária dos tribunais superiores para o

juízo de crimes comuns e de responsabilidade quando praticados pelas pessoas indicadas nos artigos 102, I, b e c, e 105, a, b e c, da CF/88, ou dos tribunais de segundo grau (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 124). No entanto, para o STJ, a ação de improbidade deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha o foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. No cenário atual pode-se concluir que não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa, tanto para o STJ como para o STF (CAVALCANTE, 2018, p. 216).

No tocante à determinação da Justiça Comum Estadual ou Federal, segue-se a regra de que a competência da Justiça Federal é absoluta (*ratione personae*), nos termos do artigo 109, I, da CF/88, enquanto a competência da Justiça Estadual será residual a da Federal.

Ocorre que pode haver dificuldades para determinação da competência em situações concretas, o que será resolvido pelos tribunais superiores. Por exemplo, o STJ, em sede do Recurso Especial 1.391.212-PE, determinou que em ação de improbidade em caso de desvio de verbas transferidas pela União a Município por meio de convênio, a competência para o processamento da ação dependerá das regras definidoras do próprio convênio, ou seja, se a verba transferida tiver sido incorporada ao patrimônio municipal, a competência será da Justiça Comum Estadual (Súmula 209-STJ), enquanto que se a verba transferida não tiver sido incorporada ao patrimônio municipal, ficando sujeita à prestação de contas perante o órgão federal, a competência para a ação será da Justiça Federal (Súmula 208 STJ) (CAVALCANTE, 2018, p. 217).

Em ação de improbidade proposta por Município contra ex-prefeito que não prestou contas de convênio federal, a regra geral é que competirá à Justiça Estadual processar tal ação, pois se presume que as verbas transferidas mediante convênio se incorporaram ao patrimônio municipal. Mas haverá exceção, e então

competirá à Justiça Federal, caso a União, autarquia federal, fundação federal ou empresa pública federal manifestar expressamente interesse em intervir na causa pela situação amoldar-se ao artigo 109, I, da CF/88.

Até meados de maio de 2018, pairava a dúvida no ordenamento jurídico brasileiro se existia ou não foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) nas ações de improbidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, em sede da ADI 2797, jogou uma pá de cal sobre o assunto e confirmou sua jurisprudência no sentido de que não há tal foro “privilegiado” em ações de improbidade, nem quando essas forem propostas contra agentes políticos (CAVALCANTE, 2018).

Isso porque a ação de improbidade administrativa possui natureza cível. Em outras breves palavras, é uma ação civil e não uma ação penal. Em regra, somente existe foro por prerrogativa de função no caso de ações penais (e não em demandas cíveis), nos termos da própria legislação processual penal e da CF/88.

Então, por exemplo, se for proposta uma ação penal contra um Deputado Federal por crime que ele tenha cometido durante o seu mandato e que esteja relacionado com as suas funções, esta deverá ser ajuizada no STF, garantindo-se o “foro privilegiado”. E por outro lado, se for ajuizada uma ação de cobrança de dívida contra esse mesmo Deputado, a demanda será julgada por um juízo de 1ª instância (CAVALCANTE, 2018).

O STF, ao pacificar a jurisprudência da Corte, fez uma interpretação literal do próprio texto constitucional. As competências do STF e do STJ foram previstas pela CF/88 de forma expressa e taxativa, na medida em que nos artigos 102 e 105 da Carta Magna existe a previsão de que as ações penais contra determinadas autoridades serão julgadas por esses Tribunais. Não há, contudo, nenhuma regra que disponha que as ações de improbidade serão julgadas pelo STF e STJ (CAVALCANTE, 2018).

Tal controvérsia decorria do fato de que a Lei nº 10.628/2012 previu foro por prerrogativa de função para a ação de improbidade, tendo acrescentado o § 2º ao artigo 84 do CPP, prevendo foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

(...)

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

No entanto, como citado, o STF, em sede de ADI 2797, julgou tal parágrafo inconstitucional, eis que não se pode fazer confusão entre as esferas cíveis, penais e administrativas, a fim de se estender o “foro privilegiado” de agentes políticos para ações nas três esferas, as quais são independentes entre si. O STF então decidiu:

“no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes. (...) Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal — salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III —, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.” (Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/9/2005).

Em suma, o STF afirmou que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária assim não poderia prever. Desse modo, com a decisão da ADI 2797, ficou prevalecendo o

entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas em 1ª instância, apesar de a controvérsia ainda se estender ao longo desses anos (CAVALCANTE, 2018).

Por fim, o Supremo, em maio de 2018, como dito, confirmou sua jurisprudência majoritária consolidada na ADI 2797. Importante trazer a título de esclarecimento trecho do julgado do Plenário do STF, julgado em sede de Pet 3240/DF, em 10/05/2018, por 10 votos a 01, de relatoria do Ministro Barroso, esclarecendo definitivamente o tema:

“Não existe foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa proposta contra agente político. O foro por prerrogativa de função é previsto pela Constituição Federal apenas para as infrações penais comuns, não podendo ser estendida para ações de improbidade administrativa, que têm natureza civil.” (Supremo Tribunal Federal. Plenário. Pet 3240/DF, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 10/5/2018).

3.6. Prescrição e irretroatividade da Lei 8.249/92

Os atos de improbidade também estão sujeitos à prescrição (perda do direito de ação), ressaltando-se que por outro lado o dano ao erário é sempre imprescritível.

Segundo o artigo 23 da Lei 8.429/92, prescreve em cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança a possibilidade de entrar com ação de improbidade contra o agente público.

O inciso II ainda prevê prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, e o inciso III lapso temporal de até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da

citada Lei. O prazo prescricional é interrompido com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de 05 anos contado a partir do término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ainda que a citação do réu seja efetivada após esse prazo. Então, se a ação tiver sido ajuizada dentro do prazo prescricional, eventual demora na citação do réu não prejudica a pretensão condenatória da parte autora (BRASIL, 1992).

É importante destacar que não existe prescrição intercorrente nas ações de improbidade. Então, se depois de ajuizada a ação, a sentença demorar mais de 05 anos para ser prolatada, isso em nada afetará a punição para os agentes ímprobos.

Em 2012, o STJ julgou um Recurso Especial (de nº 1129121/GO), e pacificou o entendimento de que a Lei 8.429/92 não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988 (CAVALCANTE, 2018, p. 213).

4. Explanações necessárias sobre os agentes políticos

4.1. Classificação segundo a doutrina brasileira majoritária e segundo o STF

A classificação de agentes políticos encontra divergência doutrinária, não sendo pacífica entre os estudiosos do Direito. Isso porque a classificação toma por base o regime jurídico ao qual estes sujeitos se submetem, qual a natureza do seu vínculo com a Administração Pública e os seus limites de atuação (CARVALHO, 2016, p. 735).

Consideram-se agentes políticos aqueles que atuam no exercício da função política do Estado, os quais possuem cargos estruturais e inerentes à organização política do país e que exercem a vontade superior do Estado. Os deveres e direitos destes agentes decorrem de leis específicas que estabelecem o seu vínculo com

o Poder Público. Na maioria das vezes, estas regras estão definidas na própria CF/88 (CARVALHO, 2016, p. 735).

Apesar de haver divergência no tocante à classificação dos agentes políticos, é indiscutível para parte da doutrina administrativista que são assim classificados os detentores de mandato eletivo e os secretários e ministros de Estado, como os chefes do Executivo (Presidente da República, governadores e prefeitos), seus auxiliares diretos (secretários estaduais e municipais) e aqueles eleitos para o exercício do mandato no Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores) (CARVALHO, 2016, p. 735).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, somente esses agentes citados são considerados agentes políticos, pois o vínculo que mantêm com o Estado não é de natureza profissional, mas sim de natureza política, em decorrência de serem os formadores da vontade superior do Estado, exercendo um múnus público (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 251).

Bandeira de Mello ainda explica que a escolha desses agentes não se dá por meio de aptidão técnica, e sim por suas qualidades como cidadãos e pela capacidade de conduzirem a sociedade, sendo normalmente escolhidos por nomeação ou eleição popular.

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária, ou seja, seus direitos e deveres não advêm de um contrato realizado com o Poder Público, mas provém diretamente da própria CF/88 e das leis (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 252).

A maior parte da doutrina brasileira, como Hely Lopes Meirelles, vem se posicionando majoritariamente no sentido de que os membros da magistratura e do Ministério Público também estão classificados na categoria de agentes políticos. Isso porque eles atuam no exercício de funções essenciais ao Estado e praticam atos inerentes à soberania deste (MEIRELLES, 2016, p. 79). O STF também possui posição majoritária nesse sentido. Veja-se o seguinte julgado/informativo de jurisprudência:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...) Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)... (BRASIL, 2002).

No que diz respeito aos Membros dos Tribunais de Contas, alguns doutrinadores os classificam como agentes políticos, pois

eles exercem função de importante atuação no Estado (CARVALHO, 2016. p. 736). No entanto, o STF decidiu que os membros dos Tribunais de Contas na verdade são enquadrados na categoria de agentes administrativos.

Isso porque, em 2008, após a edição da Súmula Vinculante número 13, que veda o nepotismo no funcionalismo público, determinado Prefeito Municipal nomeou seu irmão como Secretário de Obras do Município, o que foi considerado constitucional para o STF haja vista que tal cargo possui cunho político, o que é exceção à súmula. Em intervalo posterior, um Governador nomeou seu irmão para assumir um cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas de determinado Estado. Após tal ato, o STF anulou a decisão sob a alegação de que a função exercida por Conselheiros de Contas na verdade é função administrativa e não política. Em virtude disso, não se pode considerar, para o STF, que os membros dos Tribunais de Contas são agentes políticos, mas sim agentes administrativos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO.

I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública.

III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembleia Legislativa paranaense.

IV - A luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição.

V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado.

VI - Agravo regimental provido. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

5. A Lei 1.079/50, o Decreto-Lei 201/67, os crimes de responsabilidade cometidos pelos agentes políticos e a vedação das suas aplicações simultâneas à Lei 8429/92 aos agentes políticos que cometeram condutas ímprobas

Os chamados crimes de responsabilidade correspondem às infrações político-administrativas cometidas no desempenho da função presidencial, desde que definidas por lei federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 85, dispõe que serão considerados crimes de responsabilidade condutas que atentam contra a Constituição e especialmente contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (PAZZANESE, 2008).

No entanto, essa enumeração do artigo 85 não é exaustiva/taxativa, e sim meramente exemplificativa. Assim, os crimes de responsabilidade precisam ser descritos em lei especial, pois não foram enumerados pela CF/88. O parágrafo único do artigo 85 da CF/88 dispõe que tais crimes serão definidos em lei especial, qual seja, a Lei 1.079/50, editada para esse fim, definindo então os crimes de responsabilidade e regulando o seu respectivo processo de julgamento.

Segundo a Lei 1.079/50, existem três grupos de crimes de responsabilidade, comportando cada grupo variadas hipóteses.

Os crimes de responsabilidade que atentam contra a probidade da administração estão tipificados nos incisos 1 a 7 do artigo 9º; os crimes contra a lei orçamentária estão previstos nos incisos 1 a 12, do artigo 10; e os crimes de responsabilidade que atentam contra o cumprimento das decisões judiciais estão previstos nos incisos 1 a 4, do artigo 12.

Embora não expressamente previstas na Constituição Federal, existem outras modalidades de crime de responsabilidade (por exemplo, os que atentam contra a guarda legal e emprego dos dinheiros públicos), que estão tipificados nos incisos 01 a 05, do artigo 11 da Lei 1.079/50. Tecnicamente, as condutas tipificadas neste artigo 11 situam-se dentro do campo do direito orçamentário (HARADA, 2015).

A Constituição Federal/88 estabelece que o Presidente da República será processado e julgado por crimes de responsabilidade perante o Senado Federal, após admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 52.

Entende o Supremo Tribunal Federal que, admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, não cabe ao Senado Federal emitir novo juízo, furtando-se ao julgamento do Presidente. A decisão da Câmara dos Deputados vincula o Senado Federal a proceder ao julgamento do crime de responsabilidade (PAZZANESE, 2008).

No âmbito da responsabilização de agentes políticos locais, como os Prefeitos Municipais e Vereadores, existe ainda o Decreto-Lei 201/67.

O julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Reclamação nº 2138-6, que ainda não findou (e está em sede de repercussão geral sob a Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes), discute a aplicabilidade da Lei 8.429/92, a “Lei de Improbidade Administrativa”, aos agentes políticos.

Da relatoria do ex-ministro Nelson Jobim foi alçado o posicionamento que não devem ser aplicáveis aos agentes políticos (Minis-

tros de Estado) as sanções da lei de improbidade administrativa, notadamente pela concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa: um previsto pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal, que justamente prevê as sanções por ato de improbidade administrativa; e outro previsto pelos artigos 85 e 102, inciso I, letra 'c' da Constituição, que definem os crimes de responsabilidade, hoje ainda tratados pela Lei nº 1.079/50 e no âmbito local pelo Decreto-Lei 201/67 (prefeitos e vereadores) (CHOINSKI, 2006, p.1).

A concorrência desses dois regimes de responsabilidade político-administrativa resultaria no que se chama *bis in idem*, que é vedado pelo ordenamento brasileiro. Isso porque o *non bis in idem* é um princípio de Direito segundo o qual uma pessoa não pode ser punida duas vezes pela prática de um único e mesmo fato.

No entanto, nos casos analisados, não se pode falar em *bis in idem*. Isso porque não existe, no sistema constitucional, uma separação expressa entre agentes políticos e outros servidores públicos no que toca à previsão de direitos e garantias e também obrigações.

Isso significa que o constituinte não quis fazer uma distinção formal entre agentes políticos e agentes públicos no tocante à garantia de direitos e obrigações, mas apenas definiu certos aspectos do tratamento jurídico diferenciado a ser dado a determinadas categorias de agentes políticos, em razão da importância da função estatal desempenhada, mediante os sistemas de prerrogativa de foro em razão da função e através do sistema de responsabilização dos chamados “crimes de responsabilidade”.

Conclui-se que, por se tratar de um sistema híbrido que envolve participação de órgãos do Poder Judiciário, Executivo e do Poder Legislativo, tal falta de previsão expressa não exclui a possibilidade de uma Lei Especial prever (Lei 8.429/92) e outra não prever (Lei de Crimes de Responsabilidade) outras sanções ao agente que causar prejuízos/danos ao erário e à Administração, até porque como já dito anteriormente, há total independência entre as

esferas administrativa, cível e penal, não restando caracterizada a incidência de *bis in idem* se concorrerem as sanções desses dois regimes de responsabilidade político-administrativa.

6. A posição majoritária do STJ e do STF sobre a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos mediante a análise de julgados

A posição majoritária do STJ é no sentido de que a Lei 8.429/92 se aplica aos agentes políticos. Nesse sentido há inúmeros julgados, com necessária transcrição da ementa do Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1.512.479 – RN para exemplificação. Dessa maneira:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 23 DA LEI 8.429/92. TERMO INICIAL. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. *APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. PRECEDENTES*. ART. 10 DA LEI 8.429/92. OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. Exegese do art. 23, I, da Lei 8.429/92. Precedentes: AgRg no AREsp 676.647/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016; AgRg no REsp 1.510.969/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 11/11/2015; AgRg no AREsp 161.420/TO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/04/2014, DJe 14/04/2014. 2. *A pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos*. Precedentes. 3. *A pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos*. Precedentes. Súmula 83/STJ. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Apesar de estar sob repercussão geral no STF, que é a mais alta Corte do país, o STJ possui entendimento de que os prefeitos (agentes políticos locais), apesar do regime de responsabilização do Decreto-Lei 201/67 (que dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos prefeitos), estão sujeitos às sanções da Lei 9.429/92. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.321.111 – RJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 11 DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DE QUE OS CONTRATOS ENTABULADOS PELO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO/RJ PARA RESTAURAÇÃO ASFÁLTICA PADECERAM DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS LOCAIS EM QUE AS OBRAS SERIAM REALIZADAS. ACÓRDÃO DO TJ/RJ QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EX-PREFEITO. REFORMA DO ARESTO FLUMINENSE POR ESTA CORTE SUPERIOR, AO FUNDAMENTO DE PLENA APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Esta Corte Superior firmou o entendimento de que os Prefeitos Municipais, apesar do regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, em face da inexistência de incompatibilidade entre as referidas normas.* Precedentes: STF Rel 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4.3.2010; STJ AgRg no REsp. 1.243.998/PB, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 18.12.2013. 2. No caso dos autos, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do ora Agravante, ex-Prefeito do Município de São Gonçalo/RJ, ao argumento de o então Alcaide ter sido responsável por irregularidades na abertura de licitação e na celebração de contratos para realização de serviços de restauração de pavimentação asfáltica; *não remanesçam dúvidas de que Prefeitos Municipais podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa.* 3. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Ademais, no tocante ao foro privilegiado, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda

que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. Nesse sentido, os Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 1.369.755 – AP:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE. CONVERSÃO DO RECURSO EM AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA. *PREFEITO MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO.*

1. Esta Corte, na hipótese de embargos de declaração com caráter nitidamente infringente, ante a inexistência de omissão, contradição e obscuridade, tem admitido a sua conversão em agravo regimental, por aplicação do princípio da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas. (EDcl nos EREsp 1274472/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 1449068/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade (AgRg na Rcl 12.514/MT, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 26.09.2013). 4. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental, ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

O STJ, no Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.197.469 – RJ, reafirma sua posição majoritária, somente excluindo da possibilidade de responsabilização pela Lei 8.429/92 o Presidente da República, nos termos dos artigos 85 e 86 da CF/88. Dessa maneira:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *OS AGENTES POLÍTICOS*

ESTÃO SUJEITOS ÀS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92). ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL/STJ NA RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.3.2010. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts. 85 e 86 da CF/88), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Ressalva do ponto de vista do Relator. 2. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Por outro lado, em meados de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Reclamação de nº 2.138, firmou entendimento no sentido de que agentes políticos sujeitos a processo de *impeachment* (crimes de responsabilidade previstos na Constituição Federal) não poderiam ser processados por prática de atos de improbidade administrativa.

No julgado, cuja ementa se faz necessária transcrição a seguir, chegou ao STF uma reclamação constitucional que alegava usurpação de competência. Na reclamação, a controvérsia girava em torno do fato de que se alegava que os atos de improbidade administrativa já estariam tipificados como crimes na Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade (delitos de caráter político-administrativo) cometidos por agentes políticos. Nessa esteira, seria inviável a dupla responsabilização, sendo que somente incidiria nesses casos a responsabilização pelas condutas da Lei 1.079, e não da Lei 8.429/92, sob pena da prática do *bis in idem*. Nesse sentido:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I.(...) II.MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administra-

tiva são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. *A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).* Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. *Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).*

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição.

III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Embora tal decisão configurasse precedente desfavorável na luta contra a corrupção e em favor à aplicação dos valores constitucionais da administração pública, vale ressaltar que o instituto processual da reclamação constitucional serve para preservar a compe-

tência do STF e a autoridade de suas decisões. Portanto, a eficácia das decisões proferidas nas reclamações restringe-se às partes na própria ação, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário.

Apesar de o STF ter firmado entendimento nesse sentido, ao ler-se o julgado, pôde-se aferir que a discussão girava em assunto específico, qual seja, em torno da responsabilização de Ministros de Estado, os quais detêm foro por prerrogativa de função no Supremo, segundo a literalidade do artigo 102, inciso I, alínea “c”, da CF/88.

Portanto, o STF, ao enfrentar o assunto, não deixou claro se outros agentes políticos que não fossem Ministros poderiam ser responsabilizados por improbidade, motivo pelo qual a reclamação foi julgada procedente e não se findou, aguardando repercussão geral sobre o que diz respeito ao restante da controvérsia.

Como era de se cogitar, tendo em vista o fato de que tal tema ainda não havia se findado, o STF, em 2014, em sede de Agravo Regimental na ação cautelar 3.585/RS, retomou a discussão acerca daquele. No julgado, o próprio STF relembrou o julgamento da Reclamação nº 2.138/DF e ressaltou que tal decisão, que era inteiramente desprovida de efeito vinculante, restringiu o debate do tema “*bis in idem* na responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa e crimes de responsabilidade”, limitando-o, unicamente, aos Ministros de Estado.

Ou seja, isso que dizer que a Suprema Corte brasileira confirmou, ainda que fora da repercussão geral, a possibilidade da responsabilização de outros agentes políticos que não Ministros de Estado às penas da Lei 8.429/92.

No agravo regimental, o STF admitiu a possibilidade da aplicação da Lei 8.429/92 para governadores e ex-governadores, sob pena de, no caso de não aplicação, se ferir o princípio republicano e o princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido:

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.

Mostra-se importante assinalar – considerada a estrita delimitação que esta Suprema Corte estabeleceu no julgamento da Rcl 2.138/DF (em decisão que, inteiramente desprovida de efeito vinculante, restringiu o debate do tema, limitando-o, unicamente, aos Ministros de Estado) – que a pretendida inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos locais (como os Governadores, p. ex.), tal como ora sustentado, conduziria, se admitida fosse, à completa frustração do dogma republicano segundo o qual todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis (“accountable”) pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental (BRASIL, 2014).

Vale referir, no ponto, recente decisão que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA proferiu como Relatora da ACO 2.356/PB e na qual, ao negar prerrogativa de foro perante o E. Superior Tribunal de Justiça a Governador de Estado em pleno exercício de seu mandato eletivo, reconheceu submeter-se, o Chefe do Poder

Executivo estadual, ao regime jurídico da Lei nº 8.429/92, definindo, para esse efeito, a competência do Poder Judiciário local (...).” (AC 3585 AgR/RS) (BRASIL, 2014).

Segundo o Ministro Relator, é sim possível a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos locais (como os Governadores, por exemplo). O argumento utilizado pelo Ministro é no sentido de que se admitida fosse a responsabilização somente pelo crime de responsabilidade, principalmente quando tais agentes nem mais estivessem no período de exercício do mandato (o qual estaria findo, cessada a investidura), haveria uma completa frustração do dogma republicano segundo o qual todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis (*accountable*) pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental. Importante, neste contexto, trazer o conceito de *accountability* utilizado pelo Ministro, a fim de se esclarecerem os fatos e possíveis divergências.

Para Elisabete de Abreu e Moreira Lima, o *accountability* é um termo da língua inglesa, que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de “prestar contas” a instâncias controladoras ou a seus representados, tanto do ponto de vista da legalidade (conformidade) quanto do desempenho (gestão). Refere-se à capacidade de resposta dos governos (*answerability*) e à obrigação de informar e explicar seus atos. Noutro sentido, assume a ideia de “responsabilização”, usado em circunstâncias que denotam responsabilidade social, imputabilidade, obrigações, como aspecto central da governança (ABREU; MOREIRA, 2016, p. 106).

Ou seja, o que se quer dizer é que a instituição do estado gerencial trouxe uma crescente implantação de *accountability* e de mecanismos que possibilitem a responsabilização daquelas pessoas que ocupam cargos públicos por seus atos desonestos à frente das instituições do Estado. Resumindo: não há porque não aplicar a Lei de Improbidade Administrativa às condutas ímprobas.

Para acrescentar argumentos à opinião majoritária do STF quanto à aplicação da Lei 8.429/92 para agentes políticos locais, temos o julgado Questão de Ordem em Petição 3.923-8 SP. Nele, o Supremo ressaltou que não há que se falar em crime parlamentar, eis que a própria CF/88 não concebe a hipótese de *impeachment* para o membro do poder Legislativo. Nesse sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento,

que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem (BRASIL, 2008, grifo nosso).

O STF ainda traz em outra Questão de Ordem (em Petição 3211-0/DF) a possibilidade da responsabilização de seus Ministros pelas condutas da Lei 8.429/92, cuja competência será do próprio Supremo. Nesse sentido:

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. *1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais* (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Por fim, tendo em vista tamanha importância do tema e o essencial esclarecimento acerca de possíveis brechas abertas pelos defensores da corrente doutrinária que afirma não ser possível a aplicação da dupla responsabilização aos atos ímprobos, e também para que se confira maior segurança jurídica ao tema, foi reconhecida e então aguarda julgamento definitivo, estando sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, repercussão geral do Recurso Extraordinário 976566, que versa sobre “Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92”, conforme fontes próprias do STF (BRASIL, 2018).

7. Considerações finais

Sob uma perspectiva geral, este artigo teve por objetivo analisar a improbidade administrativa à luz da problemática possibilida-

de de responsabilização simultânea dos agentes políticos por condutas ímprobas, nos termos da Lei 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e das Leis especiais próprias que tratam da responsabilização por crimes de responsabilidade cometidos por agentes políticos (Lei 1.079/50 – Presidente da República ou Ministros de Estado ou do Decreto-Lei 201/67- Prefeitos e Vereadores), sem prejuízo das outras esferas (cível e penal).

Neste diapasão, procurou-se inicialmente conceituar a improbidade administrativa, por meio de uma análise geral da sua Lei específica (Lei 8.429/92). Depois, foram tecidos comentários acerca dos seus sujeitos ativos, passivos, suas modalidades, sanções previstas em lei, prescrição, controle preventivo e repressivo da improbidade, além de mecanismos administrativos presentes na própria Lei para coibir-se a prática de atos ímprobos.

Além disso, procurou-se também classificar, segundo parcela majoritária da doutrina e jurisprudência, quais sujeitos são considerados agentes políticos perante o ordenamento brasileiro. Isso tudo para que se sanassem eventuais dúvidas acerca de jurisprudências divergentes dos tribunais acerca da citada classificação, o que também acabaria importando, diante de casos concretos, a depender se tais agentes são enquadrados na categoria de agentes políticos ou não, se haveria a possibilidade da responsabilização “dupla” destes, respondendo pelas condutas ímprobas e também por crimes de responsabilidade, perante o “acúmulo” das respectivas sanções estabelecidas por ambas as Leis.

Concluiu-se, então, após a análise dos fatos e dos julgados dos tribunais superiores, que há no Brasil uma dupla normatividade em matéria de improbidade administrativa. Essa dupla normatividade possui claramente objetivos distintos, na medida em que a Lei 8.429/92 é específica e possui tipificação também específica de condutas consideradas ímprobas. As condutas descritas na lei também possui relação com o rol elencador de possíveis acu-

sados, que inclui até mesmo pessoas que não possuem vínculo funcional com o Poder Público (leia-se: terceiros).

A outra normatividade em relação à improbidade é aquela relacionada à exigência que a Constituição faz em relação aos agentes políticos e o dever desses em praticar, no âmbito de todos os seus atos, condutas que sigam os parâmetros de probidade (para o chefe do Poder Executivo e Ministro de Estado). Caso eles pratiquem condutas que atentem contra a própria probidade *lato sensu* da Administração, estarão sujeitos ao regime de penalização previsto no artigo 85, inciso V, da CF/88 (que no plano infraconstitucional se completa com a Lei 1.079/50 - Presidente da República e Ministros de Estado ou do Decreto-Lei 201/67- Prefeitos e Vereadores), constituindo crime de responsabilidade, por exemplo, os atos do Presidente que atentem contra a probidade pública.

Embora ambas as normatividades possuam objetivo idêntico, qual seja, a aplicação e preservação do princípio constitucional da probidade (e moralidade), segundo o ex-Ministro do STF, Joaquim Barbosa, essas disciplinas normativas diversas possuem objetivos constitucionais diversos.

Para o ex-Ministro Joaquim Barbosa, a Lei 8.429/92 foi sintetizada para coibir a prática de atos desonestos e antiéticos que são corriqueiros na história político-administrativa do Brasil, aplicando-se aos acusados as penalidades ora previstas na lei, e tão somente elas.

Enquanto isso, para os atos de improbidade com fins políticos, a CF/88 e a Lei 1079/50 trouxeram um objetivo constitucional “mais elevado”, no sentido de que o *impeachment* é um mecanismo típico feito para as relações no regime presidencial de governo, pois apesar de ser “mais brando”, no sentido de não prever as demais consequências (sanções) da Lei 8.429/92, tem o objetivo de punir o agente político faltoso com as obrigações públicas que atentem contra o Estado de Direito e a estabilidade das instituições (BRASIL, 2008).

Dessa maneira, para o ex-Ministro Joaquim Barbosa, tais condutas previstas na Lei de crimes de responsabilidade seriam mais “fáceis” de restarem caracterizadas, em razão da sua natureza intrinsecamente política, como o “mau exemplo” do agente político que incorra em deslize funcional grave. Isso reforça a fusão entre a responsabilidade pessoal e a responsabilidade política do agente, dado o fato de que o caráter da decisão do “*impeachment*” é dupla, ou seja, abrange tanto o lado formalmente jurídico como o materialmente político.

Ocorre que, apesar do pensamento do ex-Ministro de que as condutas da Lei de crimes de responsabilidade sejam mais fáceis de serem caracterizadas e, portanto, sejam mais facilmente punidas, as sanções relativas a esses crimes são mais brandas em relação às punições da Lei 8429/92.

Isso porque as sanções da Lei 1.079/50 são somente duas: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de oito anos. Aqui, reporta-se, inclusive, a uma discussão de evolução legislativa acerca do tema. Afirma-se isso porque é inadmissível conceber a noção de “proibidade na Administração” feita em 1950, época de criação da Lei, antes mesmo da reforma e da transição do estado burocrático para o gerencial, com o aparato semântico trazido pela Constituição de 1988, que instaurou no país o Estado Democrático de Direito. As diferenças são evidentes não só quanto à abrangência, mas também na forma de aplicação e sanção das citadas leis, eis que ambas foram feitas em época totalmente distintas de mudanças de paradigmas do próprio Estado como um todo.

Ademais, soma-se a isso o fato de que se deve considerar que os agentes políticos são espécie de agentes públicos, e esses últimos são claramente penalizados pelo artigo 2º da Lei 8429/92, caso incorram nas citadas condutas. Isso porque na improbidade administrativa não existe distinção entre atos de função política ou de função administrativa.

Para a concreção desse raciocínio, adota-se a teoria de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que considera o fato de que independentemente da classificação do agente que o pratique, os atos políticos também possuem cunho administrativo se dizem respeito à manifestação individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p- 417-418), sujeitos à apreciação do Judiciário, o que justificaria então sua aplicabilidade à Lei 8.429/92. Resumindo: o importante é que o ato tenha sido realizado em conformidade integral com o plano do Direito e, então, mesmo que considerado ato político, sempre possuirá um cunho administrativo.

Neste contexto, o ato administrativo realizado para gerar efeitos jurídicos, mas contaminado com vício que venha a ofender aos princípios administrativos, ou predisposto a causar prejuízo e enriquecimento ilícito em detrimento do Estado se sujeita ao controle jurisdicional, inclusive para imposição das sanções legalmente previstas, e nisso se inclui as sanções da Lei 8.429/92. Isso é perfeitamente justificável pelo fato de que o legislador instituiu um tratamento jurídico uniforme a todo o agente público, quando no artigo 2.º da Lei 8.429/92 impôs que “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Assim, por todas as consequências já explanadas, concluiu-se que não há ocorrência de *bis in idem* na aplicação dupla das Leis 1.079/50 e 8429/92 aos agentes políticos praticantes de condutas ímprobas, pois o próprio ordenamento jurídico vigente não concebeu tais instrumentos jurídicos como equânimes. As citadas leis possuem claramente diferenças jurídicas de ordem formal e material. Além do mais, essas Leis são instrumentos jurídicos trazidos ao ordenamento possuindo finalidades diferentes, em momentos históricos distintos, de modo que uma complementa a outra e também a supre em possível lacuna normativa, num esforço de eficácia no combate à corrupção e no mau trato ao dinheiro público.

Também vale ressaltar que isso tudo não partiu de uma análise única, mas restou claro por opiniões de diversos juristas respeitados no meio, os quais desempenharam e ainda desempenham importantes funções jurisdicionais nas cortes superiores, pelo “notável saber jurídico”, requisito imprescindível para investidura. Para ressaltar isso, o Ministro Carlos Velloso, antes de deixar o Supremo Tribunal Federal em virtude de sua aposentadoria, consignou em seu voto, no julgamento da Reclamação 2138-6, que acabou por criar a divergência doutrinária do assunto pelo STF e STJ, o fato de que, caso se abolisse a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos, poderia se gerar um efeito reverso e funcionamento como “um estímulo à corrupção”. O ex-ministro, que à época se posicionou contrariamente ao voto do relator, destacou: “Precisamos nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade” (BRASIL, 2008).

Dar a uma Lei do ano de 1950 uma eficácia superior à Lei de Improbidade Administrativa, que foi criada 42 anos depois (1992), em um diferente contexto histórico e jurídico, após a instauração da República, do Estado de Direito e do Estado gerencial, demonstra certa visão conservadora de quem pretende utilizar seus argumentos para fins de responsabilização e sanções somente po-

líticas. Isso porque é nítido o fato de que quem quer aplicar a lei de crimes de responsabilidade em detrimento da Lei 8.429/92, na verdade quer a aplicação de menos sanções ao agente cometedor da conduta ímproba, o que não corresponde aos princípios gerais da administração pública atual e o próprio Estado republicano, que luta pelo combate veemente à corrupção.

Caso se utilizasse o argumento de que há sim incidência do *bis in idem* na responsabilização dupla, haveria de se afirmar categoricamente que a Lei 8.429/92 possui natureza penal, o que é incontroverso e já foi devidamente esclarecido, pois a esfera administrativa é independente da cível e da criminal. Ou seja: não há responsabilização dupla se aplicadas simultaneamente ambas as Leis.

A comparação feita entre os tipos previstos no art. 9.º (crimes de responsabilidade) da Lei 1079/50, que trata da ‘probidade na Administração’ e os tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92 revelam que as condutas descritas não são sequer equivalentes, à exceção do artigo 11 desta última lei. Isso porque se analisada minuciosamente, nota-se que a Lei 1.079/50 não considera o enriquecimento ilícito e a malversação de dinheiro público como formas de crime de responsabilidade. A interpretação de que a Lei 1079/50 e Lei 8429/92 possuem as mesmas punições e coexistem, sendo a primeira reservada aos agentes políticos, permitiria que estes não fossem responsabilizados, salvo pelo direito penal comum, por atos de enriquecimento ilícito e de malversação de dinheiro público. A concreção desse raciocínio se materializa no argumento de que estas hipóteses não estão previstas na Lei dos Crimes de Responsabilidade, reduzindo-se às do direito penal comum, como os crimes contra a administração pública. Também porque a Lei de Improbidade, que prevê tais hipóteses, não poderia ser aplicada aos agentes políticos, pois eles somente poderiam ser punidos pelos crimes de responsabilidade previstos em lei própria e especial. Então haveria uma mistura indevida do conceito da independência da esfera da improbidade, ponto crucial da Lei.

Por fim, conclui-se que na coexistência dos institutos legais de fim idêntico (qual seja, a proteção da moralidade administrativa como um todo), mas cada qual com a aplicação por meio de critérios de conveniência própria diante de situações fáticas e empíricas (concretas, caso a caso) haveria uma incidência de efeitos de impensáveis proporções: enquanto o agente público comum (e não político) ou o terceiro que com ele cometesse condutas desonestas estariam sujeitos ao regime de sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), isto é, ao ressarcimento de danos ao erário, pagamento de multa civil, perda da função pública (para os agentes), inabilitação para a função pública (também para os agentes) e suspensão dos direitos políticos (para agentes e terceiros), o agente público político somente poderia sofrer (caso não se exonerasse) duas sanções: a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, previstas pela Lei de Crimes de responsabilidade. Isto é, para o mesmo fato poderia ocorrer a incidência da famosa máxima “um peso e duas medidas”, o que não estaria de acordo com próprio conceito e a própria aplicação da moralidade administrativa na gerência da *res* pública, da probidade administrativa e da própria atuação do Estado na proteção de seu patrimônio público (atividade essencial e fim do Poder Público) e também na proteção de seus interesses.

8. Referências

ABREU, Elisabete de; MOREIRA, Lima. *Administração Geral e Pública para concursos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 417-418.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm >. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr./2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Lei 1.079/50. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 853. Texto na íntegra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo853.htm#transcricao1>>. Acesso em: jan/2018.

BRASIL. RE 228.977-SP – Informativo 263. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo263.htm>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Reclamação 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Data do julgamento: 13/06/2007. Data da publicação: 18/04/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2138%2ENU-ME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmrqj5t>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.585/Rio Grande do Sul. Ministro Relator: Celso de Mello. Publicado em: 02/09/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7044390>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação: Rcl-MC-AgR 6702-PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicado em: 30/04/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590425>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Questão de Ordem em Petição 3.923-8 SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado em: 26/08/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550447>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Questão de Ordem em Petição 3.211/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 27/06/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Repercussão geral do Recurso Extraordinário 976566. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4997876>>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Eargos de Divergência em Resp nº 875.163 - RS (2009/0242997-0). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. *Dje*, 30/06/2010. Decisão: 23/06/2010.

BRASIL. Recurso Especial nº 751.634-MG. Ministro Teori Albino Zavascki.

BRASIL. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.512.479 – RN. Relator: Ministro Humberto Martins. Publicado em: 30/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1514036&num_registro=201500286925&data=20160530&formato=PDF>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.111 – RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado em: 13/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1509303&num_registro=201200837366&data=20160513&formato=PDF>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.369.755 – AP. Relator: Ministro Olindo Menezes. Publicado em: 15/02/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1482395&num_registro=201300505867&data=20160215&formato=PDF>. Acesso em: abril/2018.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.197.469 – RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado em: 11/12/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1468126&num_registro=201001072652&data=20151211&formato=PDF>. Acesso em: abril/2018.

BUENO, Jorge Arbex. Princípio da moralidade administrativa, probidade e improbidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34275/principio-da-moralidade-administrativa-probidade-e-improbidade-administrativa>>. Acesso em: abril/2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência*. Coleção Dizer o Direito. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. Não existe foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa proposta contra agente político. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2018/05/nao-existe-foro-por-prerrogativa-de.html>>. Acesso em: jun/2018.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Lei de Improbidade Administrativa e crimes de responsabilidade. Disponível em: <http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudios/Artigo_LIA_crime_de_respon.pdf>. Acesso em: abril/2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/publicacoes-diversas/prerrogativa-de-foro/monica_nicida_agentepolitico.pdf>. Acesso em: jan/2018.

HARADA, Kiyoshi. Crimes de responsabilidade e impeachment. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI229043,11049Crimes+de+responsabilidade+e+impeachment>>. Acesso em: jan/2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAZZANESE, Ronaldo. O que são crimes de responsabilidade do Presidente da República? Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/108029/o-que-sao-crimes-de-responsabilidade-do-presidente-da-republica-ronaldo-pazzanese>> Acesso em: abril/2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e finanças públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, dez. 2000.

TONELLI, Amanda. Improbidade administrativa: conceitos divergentes. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/improbidade-administrativa-conceito-juridico-divergente/>>. Acesso em: abril/2018.

Artigo recebido em: 11/7/2018

Artigo aprovado em: 6/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190002