



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZ FERNANDO PATRÍCIO DA SILVA FILHO

**A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIZAÇÃO POR
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE
AOS AGENTES POLÍTICOS**

**BARBACENA
2014**

LUIZ FERNANDO PATRÍCIO DA SILVA FILHO

**A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIZAÇÃO POR
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE
AOS AGENTES POLÍTICOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho

**BARBACENA
2014**

Luiz Fernando Patrício da Silva Filho

**A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIZAÇÃO POR
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICABILIDADE
AOS AGENTES POLÍTICOS**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Odete de Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Agradecimentos

Agradeço a Deus por me acompanhar em cada passo, guiando-me sempre ao caminho certo.

Agradeço também a todos me apoiaram nesta trajetória.

E, especialmente nesta ocasião, agradeço aos que me orientaram e me disponibilizaram o conhecimento necessário para concluir meu trabalho, Edson Gonçalves Tenório Filho, Rafael Francisco de Oliveira e Mônica Silveira Vieira.

*“A moralidade é a melhor de todas
as regras para orientar a humanidade.”*

Friedrich Wilhelm Nietzsche

Resumo

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa é princípio constitucional. Nesse sentido, a Lei 8.429/92, que dispõe sobre a responsabilidade dos agentes públicos por atos de improbidade, representa um forte instrumento de combate à corrupção em todo o Poder Público, mal que assola o País e reflexamente impede que o Estado outorgue à sociedade direitos fundamentais como saúde, educação, segurança, entre outros. A análise sistemática e teleológica da Constituição Federal de 1988 evidencia que a responsabilidade por improbidade administrativa tem sua autonomia fundada nos artigos 37, *caput*, § 4º, e 15, V, nos princípios republicanos e no princípio da moralidade. No entanto, essa autonomia foi colocada em xeque, quando, no julgamento da Reclamação 2138 pelo Supremo Tribunal Federal, prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento que a Lei nº 8.429/92 não é aplicável aos agentes políticos, uma vez que estes já respondem por crimes de responsabilidade com base na Lei nº 1.079/50, e que, por ser a improbidade uma infração político-administrativa, deve-se aplicar a lei específica para os crimes de responsabilidade, sob pena de se caracterizar o *bis in idem*. Porém, as Leis nºs 1.079/50 e 8.429/92 dispõem sobre diferentes esferas de responsabilidade, de modo que é juridicamente possível a aplicação cumulada de ambas a um mesmo fato, visando à máxima eficácia da proteção constitucional à moralidade.

Palavra chave: Moralidade. Proibidade. Improbidade administrativa. Agente político. Reclamação nº 2138/STF. Crimes de responsabilidade. *Bis in idem*.

Abstract

The responsibility for administrative misconduct is a constitutional principle. Regarding this, Law 8,429/92, which deals with the responsibility of public officials for administrative misconduct, is a strong tool to fight corruption throughout the Government, an evil that plagues the country and reflexively prevents the State to grant society fundamental rights such as healthcare, education, security, among others. The systematic and teleological analysis of the Federal Constitution of 1988 shows that the responsibility for administrative misconduct has its autonomy based on Articles 37, *caput*, § 4, and 15 V, on the republican principles and on the principle of morality. Nevertheless, this autonomy was put in a Catch-22 situation, when, in the judgment of the lawsuit 2138 by the Supreme Court, prevailed, by a majority of votes, the understanding that Law No. 8,429 / 92 does not apply to politicians, since they are already account for impeachable offenses under Law No. 1,079 / 50, being both Laws concerned with political-administrative violations, it must be applied the specific law for the politicians, so as not to characterize the *bis in idem*. However, analyzing the Laws 1,079/50 and 8,429/92 it is inferred that these belong to different areas of responsibility, so it is legally possible to cumulative application of both laws, to ensure maximum effectiveness of the constitutional protection of morality.

Keywords: Immorality. Probity. Administrative misconduct. Politicians. Lawsuit 2138, Supreme Court. Impeachable offenses. *Bis in idem*.

Sumário

1 Introdução.....	15
2 Improbidade administrativa.....	17
2.1 Autonomia constitucional da responsabilidade por ato de improbidade	17
2.2 Improbidade administrativa e sistemas clássicos de responsabilidade.....	19
2.3 Neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito	23
2.4 Princípio republicano.....	26
2.5 Princípio da Moralidade	28
3 Responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade.....	33
3.1 Reclamação 2138/STF.....	34
3.1.1 Tese prevalecente	35
3.1.2 Tese vencida.....	38
4 Considerações finais	49
Referências	53

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um marco na História do Direito brasileiro, um instrumento jurídico dotado de grande carga valorativa que visa a assegurar os direitos fundamentais do indivíduo e estabelecer a harmonia social em um ambiente propício à promoção o bem de todos.

Para tanto, ciente que o maior empecilho para se alcançar esses objetivos é a corrupção de agentes públicos, precipuamente de agentes políticos, cuja missão é justamente trabalhar pelo bem comum, a Constituição inovou no controle do Poder Público e no combate à corrupção. Percebe-se isso facilmente no status conferido à moralidade de princípio da Administração Pública, desvencilhando-a da legalidade e da finalidade, prevendo para sua violação sanções gravosas previstas nos artigos 37, § 4º, e 15, V, municiando o cidadão com a ação popular para seu controle (artigo 5º, LXXIII), elencando-a ainda como causa de inelegibilidade (artigo 14, § 9º).

No entanto, doutrina e jurisprudência vêm tendo dificuldades em reconhecer a autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa, o que pode dificultar a boa gestão pública. Um severo golpe no combate à corrupção foi a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2138, por maioria de votos, na qual prevaleceu o entendimento que os agentes políticos não devem ser responsabilizados por improbidade administrativa, mas tão só por crimes de responsabilidade, pois ambas são responsabilidade político-administrativas, para assim se evitar a duplicidade de punição.

Todavia, esse entendimento do STF, parece violar o princípio da moralidade e a forma de governo adotada pelo Brasil, a República, na qual a responsabilidade também é princípio fundamental.

Por isso, a necessidade de se analisar este tema à luz dos fundamentos constitucionais da autonomia da responsabilidade pela prática de ato ímprobo no Estado Democrático de Direito em confronto com entendimentos que hoje gravitam em torno da matéria, um deles exarado pelo STF na decisão da Reclamação 2138, para então se ponderar a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Porém, não serão analisadas as possíveis formas de aplicação das sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, pois o presente trabalho, por seu objeto, não o comportaria.

2 Improbidade administrativa

Antes de se aprofundar no tema, mas visando a facilitar sua compreensão, pode-se inicialmente conceber a improbidade administrativa como uma imoralidade, não uma imoralidade comum, mas apenas aquela qualificada por enriquecimento ilícito, por prejuízo ao erário ou por atentado contra os princípios da Administração Pública.

Porém, tanto a imoralidade comum quanto a qualificada, que por isso constitui improbidade, são atos ilícitos para os quais a legislação prevê sanções. Todavia, devido ao seu efeito altamente nocivo e devastador, a Constituição Federal de 1988 dispôs expressamente sobre como deveria dar-se a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, visando assim efetivar a moralidade no âmbito da gestão e política públicas.

2.1 Autonomia constitucional da responsabilidade por ato de improbidade

A Improbidade Administrativa, embora prevista em Constituições anteriores, jamais foi tratada com tamanha importância como na Constituição da República de 1988, a qual em seu art. 37 deu autonomia ao princípio da moralidade, e, em razão do seu descumprimento, estabeleceu no art. 37, § 4º, as sanções a serem aplicadas ao agente público ímprobo, asseverando que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível", reafirmando ainda, no rol taxativo do art. 15, V, que os casos de improbidade administrativa poderão resultar em perda ou suspensão de direitos políticos.

Assim, para dar efetividade ao primado constitucional da moralidade, o legislador ordinário elaborou a Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, que passou a regular a matéria, da qual se extrai que os atos ímprobos decorrem de condutas evitadas de desonestidade, deslealdade e parcialidade, efetivadas contra o patrimônio público e que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem dano ao erário (art. 10) ou que simplesmente atentem contra os princípios da administração pública (art. 11).

O artigo 2º da Lei 8.429/92 apresenta objetivamente a definição de agente público adotado para estabelecer o sujeito ativo do ato ímprobo, dispondo que:

Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas do artigo anterior.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 76) agentes públicos "são todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal". São, portanto, os responsáveis por expressar a vontade da Administração/Estado, figurando como verdadeiros prepostos. (CARVALHO FILHO, 2013).

O vasto rol de sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa é apresentado pelo art. 1º da predita lei, a saber:

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Portanto, o requisito essencial para se figurar como sujeito passivo do ato ímprobo é, sob qualquer forma, o envolvimento com o patrimônio público. A lei não se dirigiu apenas às pessoas de direito público, incluiu nesse rol as instituições privadas que tenham vínculo com a Administração, com o patrimônio público, demonstrando, dessa forma, a intenção precípua em proteger a *res publica*.

A probidade é a "observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral".¹ É o que se espera de qualquer pessoa que se envolva com o patrimônio de outrem, tanto mais com o patrimônio público no exercício de um *munus publico*.

¹ <http://www.priberam.pt/DLPO/probidade>

Diversamente, a improbidade administrativa é o desvirtuamento da finalidade pública a que se submetem todos os agentes públicos, em seu sentido mais amplo. Consiste na quebra da confiança neles depositada pelo Povo e pela Administração, caracterizada pela parcialidade, imoralidade e deslealdade no trato da coisa pública.

2.2 Improbidade administrativa e sistemas clássicos de responsabilidade

Conhecidos os aspectos gerais da improbidade administrativa, verifica-se a complexidade de enquadrá-la em um dos sistemas clássicos de responsabilização, considerados como únicos por grande parte da jurisprudência e doutrina, a saber, a responsabilidade civil, criminal e administrativa. Esse enquadramento é necessário para se determinar o regime jurídico a ser adotado na interpretação da Lei 8.429/92, e, por conseguinte, a forma de aplicação de suas sanções aos que se sujeitam a ela.

A dificuldade da doutrina e da jurisprudência para se determinar a esfera de responsabilidade a que pertence a improbidade administrativa ficou muito clara na divergência entre os ministros do STF na questionada decisão exarada por maioria de votos na Reclamação 2138.² Essa dificuldade decorre do fato de a improbidade administrativa não se enquadrar efetivamente em nenhuma dessas esferas, mas em consistir um sistema autônomo de responsabilização, advindo do berço de todos sistemas: a Constituição Federal da República de 1988.

É, pois, um sistema de responsabilização autônomo, próprio da improbidade administrativa, com as especificidades e peculiaridades que o diferencia dos demais, de modo que se acha postado não dentro de um ou outro sistema, mas ao lado dos demais sistemas tradicionais consagrados.

Ora, "na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação" (GONÇALVES, 2011, p. 42).

Porém, na improbidade administrativa o bem jurídico lesado não é privado, mas público: a própria *res publica*. Frise-se, com base nos arts. 1º a 3º da Lei nº 8.429/92, que a responsabilização pela prática de improbidade atinge todo agente público, servidor ou não, qualquer que seja seu vínculo com o poder público, como também aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a sua prática ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

² <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089754&base=baseAcordaos>

Repise-se que embora atualmente se afirme que o direito é uno, portanto, abandonada a clássica dicotomia entre direito privado e público, nesta análise vale-se dessa divisão didática apenas para ressaltar que o direito envolvido nas relações administrativas é público e indisponível, pois se trata de patrimônio público, de interesse geral do povo. O ato de improbidade não afeta relação ou interesse privado, até porque não deve existir interesse particular nesse âmbito. No exercício de função pública todo agente deve atuar com honestidade, lealdade, moralidade, imparcialidade, buscando o melhor para a coletividade, o bem-estar comum, jamais tendo em mira os seus interesses particulares.

Ademais, as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos não são compatíveis com a responsabilização civil, pois esta tem caráter essencialmente patrimonial. Contudo, não se deve analisar estritamente a sanção de uma lei para colocá-la em um sistema de responsabilização, visto que os ramos do direito podem valer-se uns dos outros, como no caso da prisão civil por débitos alimentares. No entanto, em análise a essa prisão civil, exceção nesse ramo, infere-se que ela visa ao cumprimento forçado de uma obrigação patrimonial, qual seja, o pagamento de um débito material essencial à sobrevivência de outra pessoa. Assim, embora seja prisão, é uma sanção civil, pois todo o direito envolvido é essencialmente civil. O mesmo não pode se dizer de algumas sanções da lei de improbidade administrativa, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, sem qualquer amparo no direito civil, pois seus objetivos são diversos: afastar o agente ímprobo da Administração e retirar-lhe a condição de cidadão.

Não há, pois, como alocar a improbidade administrativa na responsabilidade civil, visto que os interesses, relações e objetivos desta são outros.

A responsabilização penal por ato de improbidade, a seu turno, é de pronto afastada pela própria Constituição na medida em que ela aduz que o processamento e o julgamento por improbidade administrativa dar-se-á "sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º, CF/88). Portanto, não é de bom alvitre atribuir natureza penal à improbidade administrativa apenas em razão das severas sanções, quando assim não fez a Constituição. Ademais, é extremamente possível que um mesmo ato enseje uma ação civil por ato de improbidade administrativa e uma ação penal, as quais podem tramitar simultaneamente.

Outrossim, não há que se falar em responsabilidade penal de fatos tipificados de modo genérico ou vago nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429/92, nem em aplicar uma lei fora de sua esfera para suprir eventuais lacunas, tendo em vista o art. 5º, XXXIX, da Constituição que assegura como direito fundamental a legalidade, ao estabelecer que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). A lei penal deve ser clara e objetiva ao prescrever condutas delituosas para não incidir em inconstitucionalidade. Essas características da lei penal não são vislumbradas nos necessários tipos abertos descritos na Lei de Improbidade. Necessários porque, conhecendo a criatividade dos corruptos e desonestos incumbidos de funções públicas neste País, o legislador valeu-se de regras de textura aberta para dar mais eficácia ao combate à improbidade e permitir a responsabilização por sua prática.

Outro aspecto relevante da responsabilização penal é a possibilidade de privação da liberdade individual e a geração de efeitos secundários típicos, como os antecedentes criminais e reincidência atribuídos ao condenado. A sanção decorrente de ato de improbidade administrativa não é privativa de liberdade e tampouco a condenação do ímprobo gera maus antecedentes criminais ou reincidência.

Assim, por todo o exposto, não há como alocar a improbidade administrativa na esfera penal de responsabilização.

Por seu turno, a responsabilização administrativa ocorre diante de situações jurídico-administrativas que envolvem o vínculo entre indivíduo e Estado, seja pela sujeição geral a que "todos e quaisquer cidadãos encontram-se indistinta e potencialmente submetidos a situação jurídica disciplinada em lei",³ como é o caso do Código de Trânsito Brasileiro, seja pela sujeição especial a que se submetem certos cidadãos vinculados à Administração, espontânea ou forçadamente, como ao regime estatutário dos servidores públicos ou ao regimento de Colégio Público.

Essa responsabilização é imposta pela Administração Pública competente pela apuração do ilícito. Como preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, p. 854), reconhece-se "a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la". Diversamente, a responsabilização em razão da prática de ato de improbidade administrativa não é de entidade ou órgão administrativo, mas do Poder Judiciário, isto é, a ação de improbidade administrativa é processada e julgada por um magistrado, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

³ <http://www.scribd.com/doc/226475834/Apostila-improbidade-administrativa-pdf>, p. 2.

Como se constata, não é coerente a alocação da improbidade no âmbito da responsabilidade administrativa.

Outrossim, para alocá-la em um dos sistemas já consagrados, seria necessário mitigá-los, com a alteração de elementos fundamentais em alguns, com a própria alteração da finalidade em outros ou mesmo a fusão de todos eles no tocante à parte oportuna.

Ainda assim, não seria satisfatório. Isso porque, faltar-lhe-ia o objetivo. A responsabilização por improbidade administrativa tem um objetivo que a distingue das demais e a torna autônoma, é ele: preservar a moralidade na Administração Pública e em todo Poder Público, para que se concretize os ideais do Estado Democrático de Direito e da República, de forma a combater todo e qualquer ato que, eivado de parcialidade, desonestidade ou deslealdade, lese os interesses públicos, primários ou secundários. Para tanto, suas sanções são sistematicamente estabelecidas a fim de que, em caso de ofensa concreta, não só se puna o agente ímprobo, mas também se restaure o patrimônio público e restitua a segurança ao Povo, mesmo que temporariamente, afastando o agente ímprobo da *res publica*.

Ao elaborar a Lei 8.429/92 o legislador ordinário conhecia a autonomia que lhe foi dada pela Constituição e muito bem se expressou no art. 12 ao dispor que "Independente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade [...]" sujeito às cominações da Lei de Improbidade.

Ademais, a autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa não se funda nas divergências com os demais sistemas de responsabilização, seus principais fundamentos estão na matriz de todas as responsabilizações jurídicas, a própria Constituição. (BARBOSA, 2007)⁴

Da interpretação sistemática e teleológica da Constituição depreende-se que a moralidade administrativa é pressuposto de validade⁵ de toda a atuação do Poder Público. Corolário disso não seria outro senão a criação de um sistema de defesa desse primado capital, a moralidade, erigida ao *status* de princípio constitucional, cuja violação resulta em severas sanções e cujo controle pode dar-se pelo Estado ou mesmo diretamente pelo povo.

⁴ <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc12138JB.pdf>

⁵ Palestra do Professor Doutor Lenio Luis Streck, no seminário "Improbidade Administrativa e Desafios para a Gestão do Estado Brasileiro", nos dias 21 e 22 de agosto de 2014, no auditório do CJF, em Brasília-DF, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=D6XK_UYq-mg

2.3 Neoconstitucionalismo e Estado Democrático de Direito

No Estado de Direito reconhece-se a superioridade da lei sobre outras fontes normativas. Porém, o Direito e a Moral sempre se relacionaram, tanto que muitos princípios e regras jurídicos são princípios e regras morais. Todavia, "em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça" (LENZA, 2013, p. 68). Desse modo, não se discutia mais juízos morais ou éticos, a Justiça na aplicação da lei, mas tão somente a validade da lei. Assim, o Direito revelou-se solípedo, despreocupado com os direitos fundamentais dos indivíduos, o que resultou em guerras, discrepância social e miséria, fomentando a ideia de que um novo Direito deveria ser criado.⁶

Após a Segunda Guerra, em 1945, iniciou-se um movimento de criação de um novo modelo de Direito e também de Estado, o que se deu pela Democracia efetiva e um novo modelo de Constituição.

Nesse neoconstitucionalismo, a Constituição passou a ter caráter normativo, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade; em suma, firmou-se que tudo deve ser conforme a Constituição, tornou-se ela o vértice do Estado como um todo. A Constituição passou a aproximar novamente o Direito da Moral, da Ética, da Justiça, e, para isso, foi "marcada por uma intensa carga valorativa" (LENZA, 2013, p. 65), consignando em seu texto objetivos como equiparação social, dignidade da pessoa humana, e direitos de terceira "dimensão": fraternidade e solidariedade. Enfim, deveria transportar para o texto constitucional uma espécie de eudemonia,⁷ um ideal de vida boa que o Estado se encarregaria de concretizar. Esse novo modelo foi claramente adotado pela Constituição Federal de 1988, como se pode observar nos seus primeiros artigos.

Integra-se ou mesmo se confunde com esse novo modelo constitucional o pós-positivismo, que, com grande prestígio na segunda metade do século XX, visa a criação de um Direito em que a lei não seja absoluta, opondo-se ao centro do Direito positivista, para que não mais haja guerra, miséria, atrocidades, sem que se infrinja a Lei, como é o caso das Grandes Guerras.

⁶ Palestra do Professor Doutor Lenio Luis Streck, no seminário "Improbidade Administrativa e Desafios para a Gestão do Estado Brasileiro", nos dias 21 e 22 de agosto de 2014, no auditório do CJF, em Brasília-DF, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=D6XK_UYq-mg

⁷ ibidem

Esse absurdo é mais visível no pós segunda guerra, quando foi necessária a elaboração da Carta de Londres, na qual os aliados estabeleceram os princípios e procedimentos que seriam utilizados no julgamento dos países do eixo, no Tribunal de Nuremberg.

O pós-positivismo, assim, enxerga o Direito como um conceito interpretativo que está em constante construção,⁸ rompendo o paradigma que a lei é a expressão do justo, do certo e do razoável, e que, quando de sua aplicação, não se questiona se é justa ou razoável, mas sim se é válida. Dessa forma, visa à criação de métodos para concretizar o direito no momento da aplicação, do caso concreto, não se fundamentando simplesmente na lei. O pós-positivismo é, objetivamente, o Direito além da legalidade,⁹ informado pela Moral e pela Ética.

Corolário desse novo modelo constitucional é o Estado Democrático de Direito, opção política que o legislador constituinte registrou expressamente no preâmbulo e no art. 1º da CF/88 – além de estar presente implicitamente no decorrer do texto constitucional através de direitos, deveres, responsabilidades e diretrizes típicas –, tendo em vista os inúmeros malogros da Democracia na História do País, pois mesmo que previstas a república ou a democracia em Constituições passadas elas não se concretizaram efetivamente, seja devido aos direitos civis e políticos adotados na época, seja pela utilização desenfreada e descarada da coisa pública direcionada a interesses particulares, como evidenciam Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filhos, nestes termos:

Ademais, no Brasil não logramos combater a indigência material de parcela significativa de nossa população, problema mitigado no Estado de bem estar social dos países desenvolvidos. Além disso, nossa cultura política é pouco habituada com o controle efetivo de poder, e, assim, em situações de confronto o Estado brasileiro nunca respeitou a sua própria enunciação de direitos, sempre utilizando a coisa pública em favor dos interesses das pessoas e dos grupos dirigentes do país. (2006, p. 7)¹⁰

⁸ <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CEkQFjAG&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.pucminas.br%2Findex.php%2FDireito%2Farticle%2Fdownload%2FP.2318-7999.2013v16n31p119%2F6100&ei=ELuIVOOrG5DesATu2oHAAw&usg=AFQjCNFJ3ycUziAgOX3gy2QH2Vc3Rw6DnA>

⁹ Palestra do Professor Doutor Wagner Ginotti Pires sobre o tema "O Estado Democrático de Direito em face do Pós-positivismo", disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=-WIHM19ViY8>

¹⁰ http://s3.amazonaws.com/manager_attachments/cms/downloads/2013/07/12-Roberio_Nunes_e_Geisa_de_Assis_-_Estado_democr%C3%A1tico_de_direito.pdf?1372870081

Há quem diga que a expressão "Estado Democrático de Direito" é redundante, uma vez que o Estado de Direito já engloba a democracia, mas em uma análise histórica e sistemática, infere-se que na expressão escolhida há um forte conteúdo valorativo, o qual demonstra a verdadeira vontade do povo brasileiro naquela época: a instalação de um novo Estado em que haja efetiva participação social, não por simples representatividade participativa, mas sim que a vontade geral do povo seja o desiderato de toda ação do Governo e da Administração, e no qual sejam garantidos os direitos fundamentais do indivíduo. Assim, a expressão vai além da simples união dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, pois está imbricado aos dois a vontade de transformação social, como entende José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*". (2010, p. 119)

Verifica-se, assim, a necessidade que se tinha de transformação do *status quo ante*. A realidade da época não atendia aos anseios do povo, que não queria simplesmente leis de regiam, que não queria eleger candidatos para representá-los apenas formalmente, que queria, sim, algo novo, que a Constituição chamou de "Estado Democrático de Direito" para tentar efetivamente concretizar a eudemonia objetivada pelo neoconstitucionalismo.

No conceito ideal de Estado Democrático de Direito não há espaço para atos ímprobos que visem a interesses particulares, para malversação, para agentes públicos desinteressados pelo bem comum e tendentes ao autoritarismo. Extrai-se claramente isso das regras constitucionais de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a ideia de improbidade mostra-se incompatível com o novo modelo de Estado e deve ser repelida em com rigor, pois afronta o cerne do Estado Democrático de Direito, o seu componente revolucionário, sob pena de o povo permanecer no mesmo *status quo* anterior à Constituição Federal de 1988.

2.4 Princípio republicano

Ao instituir a República Federativa do Brasil como forma de governo o art. 1º da Constituição Federal evidenciou princípios e deveres republicanos inerentes e indispensáveis à sua existência. Assim, dos princípios e características da República é que se estabelecerá a "maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce" (SILVA, 2010, p. 102).

Com efeito, na República o governo deve ser do povo, para o povo e pelo povo, assentando-se na ideia de um bem pertencente à coletividade, um bem comum. Há uma união harmônica do povo para se instituir uma república, ela não se dá de forma aleatória ou desorganizada, como se nota nas palavras de Cícero, para quem é a "coisa do povo, considerada tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum". (LEWANDOWSKI, 2005, p. 191)

Desse conceito exsurge a ideia de consentimento jurídico que o povo é governado pelas leis, criadas por ele através de seus representantes, e da utilidade comum que essas leis e a coisa pública devem ser trabalhadas visando a atender a coletividade e não aos interesses de poucos, evidenciando a igualdade entre todos os integrantes do corpo social, do Presidente da República ao miserável.

São características essenciais da República a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade dos governantes, esta, certamente, a mais marcante delas, pois destoa totalmente dos regimes autoritários, é dizer, os governantes e quaisquer outros no seio da *res publica* devem responder pelos desvios de conduta que ofendam o regime normativo ou mesmo a confiança que lhe fora dada.

Decorre também da República os deveres de transparência, prestação de contas e, novamente, responsabilização. Ora, se os governantes são escolhidos pelo povo para exercerem a soberania popular, eles não passam de meros mandatários dos cidadãos para representá-los na gerência da coisa pública (LEWANDOWSKI, 2005). E, em sendo assim, devem explicar ao povo o modo como estão administrando a coisa pública. A transparência é, assim, uma forma de fiscalização popular do governo, e contribui para o aprimoramento das estruturas de fiscalização, denúncia e responsabilização (GHEDINI NETO, 2013).

Imbricada à transparência está a prestação de contas, a qual preza que se deve mostrar o que se faz, como se faz, a finalidade do que se está fazendo e que tudo está conforme as leis determinam. Verifica-se, portanto, que a prestação de contas está intimamente ligada à transparência, e serve para demonstrar ao povo e à própria Administração que a conduta assumida está de acordo com a vontade popular.

A responsabilização, por sua vez, é a "obrigação de responder pelas ações próprias, pelas dos outros ou pelas coisas confiadas".¹¹ No caso, a coisa confiada aos mandatários do povo é a própria *res publica*, é o bem comum pertencente a todos os cidadãos, e, sendo assim, pelo fato de o administrador não estar lidando com bens seus ou interesses, ele tem o dever mínimo de não ser negligente, indolente ou imprudente com recursos públicos.

Destarte, infere-se que de nada adiantaria a transparência e a prestação de conta se não houvesse responsabilização por eventuais ilícitos cometidos. A responsabilização é um dever essencial no ideal republicano e o diferencia de forma antagônica do ideal monárquico, no qual o rei ou imperador não sofre qualquer tipo de responsabilização pessoal. Assim, todo aquele que tenha contato com a *res publica* deve ser responsabilizado pelos ilícitos e condutas faltosas que cometer, pois essa "é a consequência jurídica decorrente do desrespeito ao ordenamento jurídico" (GHEDINI NETO, p. 22).

Para melhor atender ao princípio republicano, o legislador constituinte tratou com extrema relevância sobre a necessidade de se afastar da Administração Pública, lato senso, e da soberania popular, aquele indivíduo que não atuar com base nos princípios morais e éticos no exercício de uma função pública, inserindo os casos de improbidade administrativa no rol restritivo das causas que geram a perda ou suspensão dos direitos políticos (art. 15, V, CF/88).

Ora, em um Estado Democrático de Direito, como visto, o poder emana do povo. Restringindo esse direito de uma pessoa, perderá ela a condição de cidadã e o direito à representação no Estado, seja por representante eleito, seja diretamente. Percebe-se, com isso, que a perda dos direitos políticos é uma sanção drástica, que a Carta Magna reservou para casos específicos e de extrema conveniência.

¹¹ <http://www.priberam.pt/dlpo/responsabilidade>

Em contrapartida, deu a cada cidadão a legitimidade para exigir, através de ação popular, a proteção contra atos lesivos ao patrimônio público, compreendidos neste o patrimônio histórico e cultural, o meio ambiente, os atos lesivos à moralidade administrativa, realçando uma vez mais a importância da moralidade no Estado Democrático de Direito e na República, municiando o cidadão com um instrumento apto ao controle e zelo da *res publica*.

Note-se, finalmente, que o dever de responsabilidade republicano está diretamente ligado à efetividade da forma de governo, pois sem ele a República estaria à mercê da tirania, e, mesmo que prevista nominalmente a República em nossa Carta Magna, poderíamos estar, mais uma vez, sob um governo despótico, onde a tirania se sobrepõe ao povo, e é certo que onde está o tirano não existe espécie alguma de República. (SILVA, 2010)

Vencido esse ponto, outra demonstração da autonomia constitucional da responsabilização por improbidade administrativa é o zelo que o legislador constituinte teve ao tratar da moralidade na Administração.

2.5 Princípio da Moralidade

A Constituição pontificou claramente o quão imprescindível é a moralidade no trato com a coisa pública, atribuindo-lhe o caráter de princípio autônomo, devidamente alocado no caput do art. 37, ao lado de outros consagrados como a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. É dizer, não entendeu suficiente proclamar o princípio da legalidade, o qual, no Estado de Direito, contém a moralidade. (VELLOSO, 2007, VOTO VISTA RCL, P. 166).

Não há dúvida que "a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente" (SILVA, 2010, p. 669) e que um ato ímprobo – e, portanto, com desvio de finalidade – não atende de forma alguma ao interesse público. Portanto, a autonomia atribuída ao princípio da moralidade é mais uma faceta do Estado Democrático de Direito e da República.

Oportuno registrar, neste ponto, que o empenho em tonificar a moralidade na Constituição de 1988 prova o fracasso ocorrido quando se separou o Direito da Moral, ainda no século XIX.

Entretanto, a moralidade, requisito essencial do Estado Democrático de Direito e da República, e pronunciada como princípio administrativo na Constituição Federal, tornou-se pressuposto de validade dos atos públicos. Segundo o novo constitucionalismo pós-segunda guerra, uma norma que estabeleça direitos, prerrogativas e obrigações que desrespeitem os fundamentos éticos e morais, os padrões de justiça, ou seja, uma norma imoral, é ela, antes de tudo, absolutamente inconstitucional,¹² pois ofende gravemente os alicerces da República, do Estado Democrático de Direito, instituídos na Constituição e ela própria.

Dessa forma, a moralidade, pressuposto de validade de todos os atos emanados do Poder Público, obriga todo agente público a atinar para os fundamentos éticos e morais que orientam o ordenamento jurídico e a própria sociedade, e, assim, no exercício da função pública ou na gerência de verba pública, no caso de particulares, parceiros da Administração, deve atuar segundo "padrões normativos de justiça e justiça, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade".¹³ (ROCHA, 1994, p. 191)

O ministro Celso de Mello, na decisão da AC 3585 MC/RS, bem ressalta o *status* do princípio da moralidade, nestes termos:

Nesse contexto, vale referir que o princípio da moralidade administrativa (que tem, na Lei nº 8.429/92, poderosíssimo instrumento de sua concretização, na medida em que legitima a punição do "*improbus administrator*") qualifica-se como valor constitucional impregnado de substrato ético, erigido à condição de vetor fundamental que rege as atividades do Poder Público, como resulta da proclamação inscrita no art. 37, "*caput*", da Constituição da República. (BRASIL. STF. AC 3585 Agr/RS. Relator Desembargador Celso de Mello. Brasília, 02/09/2014)¹⁴

Os termos probidade e moralidade "se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º)" (CARVALHO FILHO, 2006, p. 883). A improbidade administrativa consiste na sobreposição do interesse particular de um agente ímprobo à finalidade pública inerente à sua função. Nessa ordem, Marino Pazzaglini Filho pontifica que:

¹² Palestra do Professor Doutor Lenio Luis Streck, no seminário "Improbidade Administrativa e Desafios para a Gestão do Estado Brasileiro", nos dias 21 e 22 de agosto de 2014, no auditório do CJF, em Brasília-DF, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=D6XK_UYq-mg

¹³ apud AC 3585 MC/RS, p. 16.

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AC3585.pdf>

[...] improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.¹⁵

Na mesma esteira, Wallace Paiva Martins Júnior preleciona que:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial". (2009, p. 116-117)

Embora se reconheça todo o empenho que os legisladores constituinte e infraconstitucional, bem como a doutrina tiveram ao tratar da importância do Estado Democrático de Direito, do Neoconstitucionalismo, dos Princípios Republicanos e da Moralidade, sabe-se que a simples previsão não é suficiente para sua efetivação. De fato, para se concretizar o conceito ideal de cada componente é imprescindível "um processo diuturno e inesgotável" por parte de todas as esferas do Poder Público e,¹⁶ fundamentalmente, de cada cidadão, em sua vida privada. A este último não cabe apenas a tarefa de fiscalizar e denunciar, mas que cada ação de seu dia-a-dia esteja em plena sintonia com os valores morais.

Ainda nessa senda, eis o elucidativo aresto do TJSP:

O Estado, entidade de atividade política e atividade administrativa, é formado pela Nação, como instrumento capaz de realizar os objetivos nacionais. A Nação o forma através de sua versão política, o Povo. A verbe-se que a Nação, ser de natureza sociológica, perene na senda cronológica, guarda anseios que projeta na Constituição, dentre eles a probidade administrativa, um dos seus interesses, como condição de um bom desempenho do aparelho político-administrativo, o Estado. Violado esse anseio, esse interesse, revela-se irrecusável ser ele de feição geral, indeterminado na titularidade, já que se origina de todo o meio social, por expressão, pelo menos, da maioria. A maioria dita a feição do Estado e a projeta na Constituição. (TJSP, 8ª Câmara Cível, Agl 213.408-1/4, São Paulo, Relator Desembargador Walter Thedósio, 31/08/1994, v.u.)

¹⁵ FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39 *apud* MELO, D. F. S., 2008

¹⁶ ANJOS FILHO; RODRIGUES, 2006, p. 10.

Frise-se que não há República nem Estado Democrático de Direito que subsista sem responsabilização e sem moralidade no trato da coisa pública, pois qualquer transgressão nesse sentido desdoura a Constituição em seu âmago. Por isso, a Constituição criou um sistema autônomo de proteção e responsabilização pela prática de Improbidade Administrativa.

Posta assim a questão, advirta-se que há entendimento que esse sistema de responsabilização não se aplica aos agentes políticos, posto estes já respondem por "crimes de responsabilidade" e eventual responsabilização violaria princípio do *non bis in idem*. Esse entendimento baseia-se na ideia de que a natureza de ambas as responsabilizações previstas nas Leis n^{os} 8.429/92 e 1.079/50 são de caráter político-administrativo.

3 Responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade

O conceito de agente político não é uniforme na doutrina. Hely Lopes Meireles (2010, p. 78) entende que "agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais", incluindo nesse rol os Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros das Corporações Legislativas, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos e "demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público". (MEIRELLES, 2010, p.78)

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello adota um entendimento mais restritivo, pontificando que:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores. (2010, p. 247)

Como bem frisa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao agente político liga-se a ideia de governo e de função política.

Assim, somente os que estão no primeiro escalão do Governo devem ser considerados agentes políticos, pois são os que ditam a vontade maior do Estado e servem de referência para os demais agentes.

Os agentes políticos objeto deste estudo são aqueles aos quais se refere a Lei nº 1.079/50, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, pois é em relação a eles que recai o entendimento de que a Lei nº 8,429/92 não lhes é aplicável, sob o argumento que tendo vista a natureza político-administrativa das sanções previstas nessas leis, a dupla responsabilização configuraria *bis in idem*.¹⁷

¹⁷ Ver capítulo 7 deste trabalho "Reclamação 2138 do STF".

Portanto, são sujeitos passivos nos crimes de responsabilidade o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, os Governadores e os Secretários de Estado.

Alguns desses agentes são os principais mandatários do povo, eleitos por tempo determinado e com o dever de responsabilidade. Como, então, cogitar a sua não responsabilização por ato improbidade administrativa? Como explicar que os detentores dos mais altos cargos do Estado tenham menos responsabilidade que os demais agentes públicos?

O presente estudo permite inferir que não há espaço para essas hipóteses, pois, como será visto, a lei dos crimes de responsabilidade tem escopo e natureza unicamente políticos, e não é eficaz, tanto que para afastar sua incidência basta, por exemplo, que o agente político renuncie ao cargo (art. 42, da Lei 1079/50).

Dessa lei, provavelmente, surgiram os dizeres populares de que os políticos nunca são condenados, simplesmente renunciam ao cargo e pouco depois estão ocupando outro, o que gera e aumenta a sensação de impunidade.

É certo que ambas as leis devem ser aplicadas sem que isso configure duplicidade de punição, pois dessa forma a Constituição Federal será respeitada e prevalecerá a soberania popular.

3.1 Reclamação 2138/STF

A origem da calorosa discussão sobre a aplicabilidade ou não da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos é a Reclamação 2138 do STF.¹⁸ Como é cediço, o instituto da Reclamação destina-se à preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, i, CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f, CF/88). É, pois, o instrumento processual válido para combater a usurpação da competência e da autoridade das decisões dos Tribunais.

Destaque-se, inicialmente, que a decisão da Reclamação 2138/DF é "inteiramente desprovida de efeito vinculante",¹⁹ pois o entendimento do STF sobre a matéria ainda não está consolidado, havendo de se frisar que a atual composição do STF é diferente daquela época da decisão. Portanto, é possível que haja mudança de entendimento e a República saia vitoriosa no combate à corrupção.

¹⁸ BRASIL. STF. Reclamação 2138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Brasília. 20/11/2002.

¹⁹ BRASIL. STF. AC 3585 Agr/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 02/09/2014, p. 5

Vale-se ressaltar, nesse sentido, a brilhante decisão da medida cautelar AC 3585/RS na qual o ministro Celso de Mello entendeu que os agentes políticos estão sujeitos à responsabilização por improbidade administrativa.

A Reclamação 2138 originou-se na Ação de Improbidade que o Ministério Público ajuizou contra Ronaldo Mota Sardenberg, então Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, por ter se utilizado avião da Força Aérea Brasileira (FAB) e se hospedado em Hotel de Trânsito da Aeronáutica para fins particulares, em viagem a Salvador e a Fernando de Noronha. O juízo federal conheceu a ação e condenou o Ministro à perda da função pública e dos direitos políticos por 8 (oito) anos e a ressarcir o erário, decisão ratificada em segunda instância.²⁰

A União ajuizou a Reclamação contra o Juízo Federal de primeira e segunda instâncias, visando à preservação da competência originária do STF para processar e julgar as ações de improbidade contra Ministros de Estado. Fundamentou o pedido argumentando que embora a CF/88 não tenha previsto essa competência, dever-se-ia, por analogia, utilizar a competência para os "crimes de responsabilidade", uma vez que, assim como estes, a improbidade administrativa possui caráter político-administrativo, e, por conseguinte, são crimes de responsabilidade. Assim, o ministro ímprobo valer-se-ia da prerrogativa de foro e o caso seria julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 102, I, c, CF/88.²¹

3.1.1 Tese prevalecente

O entendimento que prevaleceu entre os então ministros do Supremo é o do Ministro Relator Nelson Jobim, que consignou que os agentes políticos já possuem um sistema específico de responsabilização, a lei de crimes de responsabilidade, e não estariam submetidos à lei de improbidade administrativa, uma vez que esta se aplica de forma geral a todos os agentes públicos. Asseverou, ainda, que os atos de improbidade administrativa se confundem com os crimes de responsabilidade, entendendo que ambos são delitos político-administrativos, e, dessa forma, o agente político, no caso exercendo o cargo de Ministro de Estado, deveria ser processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o artigo 102, I, c, CF/88.

²⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

²¹ *ibidem*

E, para complementar sua tese, explicou que a aplicação conjunta das Leis 1.079/50 e 8.429/92 caracterizaria o verdadeiro *bis in idem*, pois se estaria punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato. Aduziu, ainda, que em confrontos normativos desta natureza, a lei a ser aplicada é a mais específica, no caso, a lei de "crimes de responsabilidade", citando os seguintes dizeres de Arnold Wald e Gilmar Mendes para corroborar sua tese:

Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa "ação civil de improbidade" somente serve para ressaltar que, como já assinalado, se está diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da "ação civil de improbidade", o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, "teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns". [...] Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, 'crimes de responsabilidade', então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra MINISTROS DE ESTADO ou contra integrantes de tribunais superiores [...]. (WALD & MENDES *apud* BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 127).

Ademais, entendeu não ser plausível a aplicação de sanções tão gravosas como as previstas na lei de improbidade administrativa, como perda da função e suspensão dos direitos políticos a agentes políticos do mais alto escalão por um Juiz monocrático de primeira instância, a exemplo, citou o Ministro Eduardo Ribeiro, na RCL 591-SP, que "a admitir-se a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do Supremo Tribunal Federal e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos".²²

Em seguida, realçou a doutrina de Hely Lopes Meireles ao dizer que os agentes políticos possuem tratamento distinto dos demais agentes públicos e que as prerrogativas a eles garantidas objetivam garantir o livre exercício de suas funções, transcrevendo o seguinte texto:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções

²² https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800742034&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=3

governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. (2010, p.79)

Asseverou o ministro Nelson Jobim (2007, p. 134),²³ que submeter as decisões de agente políticos "aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão", e, lembrando a época em que fora Ministro de Estado, além de outras tantas colocações a respeito, continuou o raciocínio dizendo que:

Qualquer pessoa informada sabe que, normalmente, um titular de cargo ministerial jamais tira férias ou conhece períodos de recesso. Em verdade, somente em tempos recentes houve reconhecimento do direito a férias por parte de autoridades ministeriais. Trabalha-se, em geral, nos fins de semana com a mesma intensidade com que se atua de 2ª a 6ª feira. As viagens de fim de semana a algum local são, em geral, viagens a serviço. Ou, se não eram, acabam se tornando, pela demanda de contatos por parte de autoridades locais e pela continuidade do programa rotineiro de serviço que não sofre qualquer interrupção. (BRASIL, Rcl. 2138/DF – Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento: 13.06.2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Arquivo PDF, p. 135).²⁴

Ressaltou, também, que a ação de improbidade vem sendo usada de forma equivocada, muitas vezes sem qualquer fundamento, ora em busca de notoriedade fácil, pois ações contra este tipo de agente público causa grande repercussão na mídia, ora para participar de debates políticos, e, em ambos os casos, com "o propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível".²⁵ (JOBIM, 2007, p. 134)

Pontificou, ainda, que se as ações de improbidade administrativa fossem "propostas perante Cortes de Justiça, dotadas de experiência e responsabilidade política, certamente seriam rejeitadas liminarmente" (JOBIM, 2007, p.138),²⁶ esclarecendo que a prerrogativa de foro é um importante instrumento de proteção do Governo e do Estado, pois impede o denunciamento fácil e a banalização de procedimentos de caráter penal ou de responsabilidade a fim de causar constrangimento político aos atingidos.²⁷ (JOBIM, 2007)

²³ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

²⁴ ibidem

²⁵ ibidem

²⁶ ibidem

²⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

Por fim, concluiu que a tese defendida não assegura aos Ministros de Estado imunidade contra atos de improbidade administrativa, mas sim a sujeição à lei correta, processado e julgado pelo órgão competente, pois em se tratando de infrações político-administrativas, prevalece a mais específica, a de crimes de responsabilidade, pois entendimento contrário resultaria no "completo esvaziamento da prerrogativa de foro estabelecida na Constituição Federal".²⁸ (JOBIM, 2007, p. 147)

Dos ministros que proferiram votos na Reclamação, seis acompanharam tal entendimento. Importante ressaltar que na data do julgamento quatro ministros deixaram de proferir seu voto em razão de terem substituído ministros que já haviam votado. Dessa forma, pela nova composição do plenário do Supremo Tribunal Federal e pelo não efeito vinculante da referida decisão, ainda existe a possibilidade mudança de entendimento.

3.1.2 Tese vencida

O eminente Ministro Carlos Velloso, na decisão da Reclamação 2138, encabeçou o entendimento de que a improbidade administrativa deve ser aplicada aos agentes políticos, e iniciou seu voto ressaltando que a Constituição Federal erigiu a moralidade administrativa como princípio constitucional, frisando que não se conteve apenas em elencar os princípios da legalidade ou da finalidade, nem em inserir a moralidade administrativa como objeto de ação popular, pois fez questão de ir além, tornando a moralidade administrativa um conceito jurídico autônomo, como esclarece este trabalho. (VELLOSO, 2007)²⁹

Continuou o seu raciocínio analisando os dois sistemas normativos de improbidade, ressaltando que o art. 85 da Constituição elenca atos do Presidente da República que constituem crimes de responsabilidade, entre eles os que atentem contra a probidade na administração (inciso V) e estabelece que esses crimes serão definidos em lei especial.

Esses crimes estão definidos pela Lei 1.079/50, que assim dispõe:

²⁸ *ibidem*

²⁹ *ibidem*

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

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

Ao tratar das infrações praticadas por Ministro de Estado o art. 13, I, da Lei 1.079/50, prevê como crimes de responsabilidade "os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados", de modo que os crimes dos Ministros de Estado são os do Presidente mais os seus propriamente definidos.

Após citar todos os crimes de responsabilidade contra a administração dos agentes políticos previstos na Lei 1.079/50, argumentou que quando o ato praticado estiver previsto como crime de responsabilidade, por este o agente será responsabilizado, mas quando não estiver, não há que se falar em crime de responsabilidade, e, se estiver previsto como improbidade administrativa, por esta deverá ele responder, nos termos dessa lei. Em análise às duas leis, verificou que, no caso, os atos de improbidade administrativa atribuídos ao Ministro de Estado não se encaixam nos crimes de responsabilidade, a menos que se empreste interpretação extensiva ao inciso VII, e em caso de crime, seja comum ou de responsabilidade, a interpretação deve ser restritiva. (VELLOSO, 2007)³⁰

Como se observará, não há qualquer ligação entre os atos ímprobos e os crimes de responsabilidade em questão. E mais, se o entendimento da não sujeição dos agentes políticos à lei de improbidade prevalecer, o Ministro de Estado estaria isento de qualquer responsabilidade, tendo em vista que os atos por ele praticados não configuram crime de responsabilidade. (VELLOSO, 2007)

Ora, essa situação remete à irresponsabilidade do regime autoritário e ao falho Estado de Direito do início do século XX. A propósito, o Ministério Público enquadrou os atos praticados pelo Ministro de Estado nos seguintes artigos da Lei 8.429/92:

³⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

...

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

...

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

...

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

...

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

...

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

...

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

...

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;³¹

Após tecer essas considerações, trouxe à baila a forma a aplicação das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos aos agentes políticos que possuem prerrogativa de foro, a exemplo o Presidente da República que tem normatização própria prevista no art. 86 da Constituição.

Assim, o ministro entendeu que a ação de improbidade administrativa deve ser aplicada sob restrições contra agente com prerrogativa de foro, mas que jamais devem estar eles isentos da ação de improbidade, pois isso seria um "desastre para a administração" (VELLOSO, 2007, p. 176).³² Observou também que em nosso País há corrupção e uso indevido da coisa pública, enraizada desde a Era Colonial e fortalecida no Império.

³¹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

³² <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

Segundo o ofício nº 2333, de 18/11/2002,³³ encaminhado ao Ministro pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Paraná, Dra. Maria Tereza Uille Gomes, havia, até setembro do referido ano, 4.191 ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, em catorze estados brasileiros, entre eles o de Minas Gerais em primeiro lugar com 1.225 ações. Sobre o tema, pontuou uma importante consequência da atribuição de prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa ou mesmo da não sujeição dos agentes políticos à Lei 8.429/92, isto é, a paralisação de todas essas ações, e vai além ao aduzir que "administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente". (VELLOSO, 2007, p. 177)

Não se pode duvidar desse alerta, pois decência e vergonha não fazem parte do vocabulário e da vida de agentes ímprobos. Seria mais um golpe contra a República e mais um, entre os tantos já existentes, opróbrios na história da população brasileira que sofre dia após dia devido aos demasiados extravios de dinheiro público, retirados do povo e apropriados por particulares.

Outro importante ponto citado pelo Ministro Carlos Velloso é que a prerrogativa de foro retiraria não só o processamento e julgamento pelo Juiz de 1º grau, mas também o poder de investigação do Promotor de Justiça local, o que seria um verdadeiro desastre, como se vê no ilustre voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na Rcl 580/GO:

A Constituição de 1988 inovou sobremaneira ao prever instrumentos de controle, pela sociedade, sobre seus administradores e sobre a gestão da coisa pública. Ao conferir ao Ministério Público e legitimidade para as ações civis, atribuindo-lhe institucionalmente a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, elevou ao status constitucional a norma já inserida na Lei 7.347/85, como instrumentos de garantia do Estado democrático de direito. Nesse contexto mais amplo - que ultrapassa a estrita previsão normativa - , a proteção do consumidor, a tutela do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a disciplina da administração pública e seus serviços passaram a assegurar, desde 1988, maior efetividade à Constituição.

Por esse prisma, as diligências investigatórias estariam a exigir a proximidade dos fatos, seja para identificar possíveis irregularidades, seja para promover as medidas necessárias para saná-las e coibi-las. Assim é que, em relação à competência desta Corte, não ensejaria prejuízo as autoridades serem processadas aqui, originariamente.

Todavia, os fundamentos para concentrar o julgamento das ações de improbidade nos foros especiais por prerrogativa de função acabariam por desencadear, por exemplo, a competência dos Tribunais de Justiça

³³ ibidem, p. 177.

estaduais para processar e julgar os prefeitos como incursos nas condutas descritas na Lei 8.429/92.

A contar a força de um precedente do Superior Tribunal de Justiça, à semelhança da Rcl 591, em um Estado como Minas Gerais, só para exemplificar com mais de oitocentos Municípios, muitos deles distantes da Capital, é de imaginar-se, primeiro, o congestionamento da Corte estadual com processos de improbidade de numerosos chefes de Executivo locais. Segundo, a sobrecarga dos Procuradores de Justiça do Ministério Público que oficiassem perante o Tribunal. Terceiro, a inviabilidade de alcançar-se a gama de irregularidades nas regiões mais longínquas dos extensos territórios estaduais. Quarto, a impossibilidade de apuração das eventuais fraudes, muitas vezes detectáveis apenas pelo Promotor de Justiça local, que não só convive diuturnamente com os fatos, como também ali pode promover as ações necessárias para investigá-los. Igualmente, o Juiz de primeiro grau, presente na Comarca, teria certamente mais condição de avaliar o enriquecimento ilícito, ou o prejuízo ao erário municipal, ou a licitude dos atos editados pelo prefeito (arts. 9º a 11 da Lei 8.429/92).

Em resumo, retirar do juiz de primeiro grau e do promotor de Justiça a competência investigatória dos atos de improbidade, ainda que apenas das autoridades com prerrogativa de foro, poderia implicar a mitigação da ação civil pública e do inquérito civil, além das outras diligências previstas na própria Lei 8.429/92". BRASIL. STJ. Reclamação 580/GO. Tribunal Pleno. 18/02/2002. p. 5-6.³⁴

Inarredável se mostra, então, o prejuízo que a não responsabilização com base na lei de improbidade causa não só à lei de improbidade administrativa, mas também ao que ela representa e objetiva, que é a extinção da corrupção neste País, através de um novo e rigoroso meio de combate. Resulta claro que qualquer restrição ou afastamento da responsabilidade por improbidade administrativa é um ponto a mais para a corrupção e um incentivo aos agentes ímprobos continuarem se locupletando às custas do povo, retirando-lhe a educação, a saúde, a alimentação, a segurança e tantas outras garantias.

O eminente ministro Joaquim Barbosa em muito concordou com o ministro Carlos Velloso. Também entendeu que os atos ímprobos praticados pelo Ministro de Estado Sardenberg não se encaixam nos crimes de responsabilidade, mas foi além, ao esclarecer que justamente por não se tratar de responsabilidade política, as infrações da lei de improbidade administrativa não se encaixam. (BARBOSA, 2007)³⁵

No entendimento do ilustre ministro, há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade com objetivos distintos. A primeira, prevista no art. 37, § 4º, CF/88, tratada pelo legislador infraconstitucional na Lei 8.429/92, que é tem incidência sobre um amplo rol de possíveis sujeitos passivos, inclusive os que não

³⁴ https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=1533886&n_um_registro=199800592040&data=20020218&formato=PDF

³⁵ <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl2138JB.pdf>

têm vínculo funcional com a Administração. A segunda é tratada pelo art. 85, V, CF/88, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República que atentam contra a probidade na administração, regulada na esfera infraconstitucional pela Lei 1.079/50. (BARBOSA, 2007)

Embora ambas visem à preservação do princípio da moralidade na Administração, como explica o ministro, são disciplinas normativas diversas, com objetivos constitucionais diversos.

Para o ministro Joaquim Barbosa a Lei 1.079/50 é um mecanismo de *checks-and-balances* (pesos e contrapesos) que visa equilibrar as relações entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, típico do regime presidencialista de governo. Trata-se, assim, de um sistema de responsabilização política, o que fica claro quando se analisa o objetivo das sanções imputadas nesse sistema, que é "lançar no ostracismo político o agente político faltoso [...] cuja ações configuram um risco para o estado de Direito". Por isso, há a previsão de apenas duas sanções, que comparadas às da lei de improbidade podem parecer relativamente brandas, mas que muito bem cumprem o seu objetivo: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública por oito anos (art. 2º).

Outro aspecto da responsabilidade política visível na Lei 1.079/50 é a vagueza e indeterminação na tipificação das infrações, bastando apenas a "maladresse" política para caracterizá-las, mormente se se levar em conta que quem infringe a lei são autoridades influentes que "detém a direção superior do Estado; de quem tem por missão guiar os destinos superiores da nação" (BARBOSA, 2007, p. 338), em favor das quais sempre se atua com leniência.

Outrossim, após deixar claro o caráter político-constitucional dos crimes de responsabilidade, asseverou a possibilidade de que uma pessoa sofra mais de uma sanção por um mesmo fato. Assim, de apenas um ato pode surgir responsabilidade política e penal, exemplificando com a ação penal 307, de 1994, em seguida ao processo de impeachment, de responsabilidade política, do Presidente Fernando Collor. Evidente a possibilidade de cumulação entre responsabilidade política e penal, como sustenta Paulo Brossard, em texto transcrito pelo ministro Barbosa:

De resto, a dualidade de sanções que, em virtude de um mesmo fato, podem incidir sobre a mesma pessoa, não é peculiaridade deste capítulo do Direito Constitucional. Algo semelhante ocorre quando, pela mesma e única falta, conforme seja ela, o funcionário público responde a processo administrativo e a processo penal, sujeito assim a pena disciplinar e a pena

criminal. (...) Originadas de uma causa comum, semelhantemente, sanções políticas podem justapor-se a sanções criminais, sem litígio, sem conflito, cada uma em sua esfera. com efeito, à dupla sujeição se subordinam certas autoridades, cujo procedimento ora enseja apenas o impeachment, ora permite que a sanção política se adicione à sanção penal. (BRASIL. STF. Reclamação 2138. Relator Ministro Nelson Jobim. 13/06/2007. p. 341)³⁶

Sabidamente, o ministro questiona se se é possível a cumulação de sanção política com a puramente penal, por que haveria impedimento à cumulação das sanções políticas com as de improbidade administrativa? É dizer, se a Constituição permite o mais, a coabitação com a responsabilidade penal, por que não o menos, a coabitação com a improbidade administrativa, que, embora possua sanções severas, não chegam ao patamar das criminais?

A não sujeição dos agentes políticos à lei de improbidade administrativa é, na verdade, uma inversão de valores, uma desarmonia no instituto da responsabilização. Ora, a coerência deste instituto é que quanto mais o grau de responsabilidade de uma pessoa, mais responsabilizada deve ser ela pelas faltas que cometer. Porém, a tese de que os agentes políticos responderem somente pelos crimes de responsabilidade leva exatamente ao contrário.

Na situação concreta, percebe-se facilmente o equívoco, como no seguinte exemplo: de um lado, um agente político do alto escalão do serviço público, um ministro de Estado, e, de outro, um servidor "comum", um assistente administrativo de uma autarquia, cometem a mesma conduta ímproba que importe enriquecimento ilícito. O ministro, cuja conduta provavelmente importará maior enriquecimento, será responsabilizado nos termos da Lei 1.079/59 e estará sujeito a perda do cargo político e a inabilitação para exercer função pública por oito anos. Já o assistente administrativo, poderá receber as severas – e justas – sanções previstas na Lei 8.429/92, podendo ser condenado (1) à perda dos bens locupletados; (2) ao ressarcimento de eventuais danos; (3) à perda do cargo; (4) à suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; (5) ao pagamento de multa cível de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e (6) 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.

³⁶ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

Essa incongruência foi muito bem trabalhada pelo ministro Joaquim Barbosa em seu voto-vista, conforme excerto seguinte:

[...] Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado. E mais: a tese abraçada pela maioria que já se formou, se é certo que ela conforta a situação pessoal do eminente embaixador que fora acusado e condenado, talvez de maneira excessiva e desproporcional, à perda do cargo, na ação de improbidade originária, cria no nosso sistema jurídico, por outro lado, uma situação de absoluta perplexidade, que fere os princípios isonômico e republicano que informam a nossa organização político-jurídica. A perplexidade a que me refiro, inaceitável em uma democracia, consistiria na anomalia que estaria sendo consolidada, caso prospere a tese que está a se esboçar nesta ação. Ela é particularmente perversa, especialmente em matéria de servidor público. Explico. É que, à luz da Constituição Federal e da lei 8.429/1992, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na lei 8.429/1992. Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir um posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível de engendrar: a perda do cargo público (político) e a inabilitação por 8 anos para o exercício de qualquer função pública. Uma tal discrepância contrária, a meu sentir, um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norte-americano se traduz na elucidativa expressão “**accountability**”, e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nestes autos.

Aliás, tal incongruência não escapou à arguta observação feita pelo Ministro Pertence, se não me engano, na assentada anterior, quando S. Exa assim se manifestou:

“... Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade só o estão enquanto no exercício do mandato ou cargo referidos. Quid juris? Não responderiam por improbidade administrativa praticada no cargo, se já cessada essa investidura? Como explicar que, aos agentes políticos de maior hierarquia, exatamente os que respondem pelos impropriamente chamados crimes de responsabilidade – corretamente chamados, no Decreto-Lei nº 201, de ‘infrações político-administrativas’, precisamente para distinguir dos verdadeiros crimes de responsabilidade, que são os do art. 2º daquele edito -, teriam uma sanção, pela improbidade administrativa, muito mais branda: se no exercício do mandato ou do cargo, a perda do cargo e mais oito anos de impedimento para o exercício de funções públicas, e não para a suspensão dos direitos políticos”.(BRASIL. STF. Reclamação 2138. Relator Ministro Nelson Jobim. 13/06/2007. p. 342)³⁷

³⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>

Encarou como um retrocesso institucional a acolhida da tese prevalecente, o que resultaria na morte prematura da lei de improbidade. Relacionou o sobredito à perda de uma das maiores conquistas desde o século XVIII, o fim do absolutismo, pois assim como já pudemos assimilar, o que se concebe com tal entendimento é a irresponsabilidade típica do absolutismo, quando certas classes de pessoas não respondiam por suas faltas através de leis aplicadas a todas as outras, isso, quando não era de forma alguma responsabilizada, como era o caso do monarca. Ou seja, a prevalência daquela tese é "uma lamentável tentativa de rebananização da nossa República". (BARBOSA, 2007, p. 348)

Por fim, acompanha o Ministro Carlos Velloso, entendendo ser possível que as duas ações tramitem concomitantemente, uma de crime de responsabilidade no foro competente por prerrogativa de função, e outra de improbidade administrativa nas instâncias ordinárias, sob as devidas restrições.

4 Considerações finais

A Constituição erigiu a moralidade como princípio administrativo e deu-lhe autonomia para assegurar o "fator revolucionário" do Estado Democrático de Direito e o ideal republicano. Assim, modificou a concepção de moralidade na Administração, a qual deixou de ser um conceito subjetivo de otimização de caráter secundário para tornar-se pressuposto obrigatório de validade dos atos emanados do Poder Público.

Desse modo, objetivou extirpar o desvirtuamento do agente público impregnado na história brasileira desde o período colonial, quando, sob o regime de colônia de exploração, a metrópole visava "apenas explorar os recursos naturais da colônia para enriquecer e levar todo lucro a seu país de origem",³⁸ sem qualquer "preocupação com a terra colonizada".³⁹ Essa ideia passou de geração em geração, como uma espécie de maldição, até os dias atuais, gerando um ambiente em que políticos corruptos exploram o patrimônio público para se enriquecerem, em completo descaso com o Povo e o Brasil, ou seja, uma "colônia de exploração" com metrópole em Brasília.

Porém, políticos corruptos emergem da própria população brasileira, que, flagelada com o mesmo mal, enaltece o famoso "jeitinho brasileiro" como se ele fosse qualidade, uma forma de esperteza e astúcia, quando na verdade é a corrupção camuflada, que corrói o País.

Por tudo isso, outro trato não poderia ser dado à imoralidade pela Constituição, instrumento que assegura os direitos fundamentais e obriga o Estado a buscar o bem comum, e que viu na extinção desse vício social uma forma de promoção social, eis que a imoralidade obsta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com efeito, a imoralidade inviabiliza os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da Constituição Federal.

³⁸ <http://www.infoescola.com/historia/colonias-de-exploracao>

³⁹ *Ibidem*

Assim, a Constituição engendrou um sistema específico e autônomo de responsabilização que fosse capaz de combater e prevenir a corrupção e a imoralidade no Poder Público: a improbidade administrativa.

O modelo constitucional de proteção à moralidade constitui um novo sistema específico e autônomo, e, porque não dizer, revolucionário, com princípios, objetivos e regramentos próprios, que deve ser alocado ao lado dos demais sistemas de proteção existentes.

Por seu turno, o sistema de responsabilização política não fulmina a improbidade administrativa, pois, com o simples afastamento do agente da função pública, encerra-se a responsabilidade política, atribuída só a quem exerce função do primeiro escalão do governo. Portanto, não é plausível a alocação da improbidade administrativa na responsabilidade política, vez que o objetivo da lei de improbidade vai muito além e é direcionado a todos que tenham contato com patrimônio público, alcançando agentes do alto escalão do Governo e particulares em parceria com a Administração.

Destarte, possuindo o sistema de responsabilização por improbidade administrativa autonomia constitucional, descarta-se a possibilidade do *bis in idem* na aplicação concomitante da Lei de Improbidade e da Lei de Crimes de Responsabilidade. Isso porque, não há conflito entre norma geral e norma específica, mas sim um e outro sistema de responsabilidade, o de improbidade administrativa, disciplinado pela Lei nº 8.429/92, e o político-constitucional, disciplinado pela Lei nº 1.079/50. Assim, por um mesmo fato pode o agente político ser responsabilizado nas esferas civil, penal, administrativa, política e da improbidade administrativa, sem que ocorra o *bis in idem*.

É certo que a função exercida pelos agentes políticos é diversa da exercida pelos demais agentes públicos, mesmo porque os atos políticos, ou governamentais, constituem a expressão de vontade das "altas e complexas funções governamentais e decisórias" (MEIRELLES, 2010. p. 79), que direcionam os negócios públicos e constituem a vontade maior do Estado. Exatamente por exercerem funções tão relevantes para o Estado, a argumentação no sentido de que por atuarem com plena liberdade funcional os agentes políticos não podem ser submetidos à normas de responsabilização geral aplicáveis aos demais a agentes públicos, deve ser analisada com redobrada cautela, sobretudo quando se tratar de improbidade administrativa.

A liberdade funcional dos agente políticos não é razão plausível para evitar sua responsabilização por improbidade administrativa, sob pena de a liberdade funcional se transformar em arbitrariedade. Afinal, até onde vai a liberdade funcional? Pode-se, a esse pretexto, enriquecer-se ilicitamente, causar dano ao erário ou atentar contra os princípios da administração? Obviamente que não. A liberdade funcional, na verdade, deve se ater aos princípios da administração e respeitar os limites da moralidade, pois não há e nem pode haver liberdade funcional contra a Constituição e a Lei.

Ora, se a liberdade funcional dos agentes políticos puder se sobrepor à probidade administrativa, não se estará numa República, pois "a simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial".⁴⁰

Desse modo, devido à sua autonomia constitucional, o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa deve alcançar também e principalmente o agente político, para que, com isso, seja a política brasileira voltada para o verdadeiro titular do poder e quem mais necessita: o povo.

Em síntese, o sistema de responsabilização por ato de improbidade possui objetivo digno e altruístico, o combate à corrupção, pois somente assim será possível que a República, entre outros objetivos, atinja o desenvolvimento nacional e promova o bem de todos.

⁴⁰ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 1985. RT. p. 38 *apud* BRASIL. STJ. AC 3585 Agrl. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília. 02/09/20114. p. 14

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. **Estado Democrático de Direito: conceito, história e contemporaneidade**. In: Sérgio Gonini Benício. (Org.). *Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal*. 1ed. São Paulo: Editora Federal, 2006, v. 1, p. 97-113.

BRASIL [Leis, decretos, etc...]. Código de Processo Civil Brasileiro *In: VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código de Processo Penal Brasileiro. *In: VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição Federal (1988). *In: VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. *In: VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992. *In: VadeMecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 580/GO 1998/0059204-0, reclamante Milton Alves Ferreira, reclamado Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 17 de outubro de 2001. DJ 18/02/2002, p. 210. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800742034&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 591/SP 1998/0074203-4, reclamante Délvio Buffulin, reclamado Juízo Federal da 12ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, 01 de dezembro de 1999. DJ 15/05/2000, p. 112. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&seq_uencial=29620&num_registro=199800592040&data=20020218&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2797/DF – Distrito Federal, requerente Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Publicação: DJ 19-12-2006; PP-00037; Ement. Vol.-02261; PP-00250. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação – Rcl. 2138/ DF – Distrito Federal, reclamante União, reclamados Juiz singular substituto da 14ª Vara da Seção

Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC 1999.34.00.016.727-9 do Tribunal Regional da 1ª Região. Relator Ministro Nelson Jobim. Brasília, 13 de junho de 2007. Publicação: Dje-070; Divulg. 17-04-2008; Public. 18-04-2008; Ement. Vol.- 02315-01; PP-00094. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GHEDINI NETO, Armando. A autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e alguns reflexos na aplicação das infrações e sanções da Lei 8.429/92. **Revista Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v.206, p. 21-25, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/0C/D3/63/A9/781C44100C7F0444180808FF/Revista_Jurisprudencia_Mineira-206.pdf>. Acesso em: 18 out. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2014. v.1

Improbidade administrativa e os agentes políticos. III Concurso de Monografias da Controladoria Geral da União. Brasília: s.n. 2009. p. 238-314. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/3-concurso-monografias-2008.pdf>>. Acesso em: 10 ou. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, v.100, p. 189-200, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>>. Acesso em: 14 out. 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELO, Debora Fernandes de Souza. **Improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. São Paulo: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999 *apud* MELO, Debora Fernandes de Souza. **Improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jul. 2014

SANTANNA, Gustavo da Silva. **Direito administrativo**: série objetiva. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.4