A Improbidade Administrativa e os Crimes de Responsabilidade: Aspectos Polêmicos

Antonio Pedro Pellegrino
Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar a discussão a respeito da aplicabilidade da Lei nº 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) aos agentes públicos, notadamente àqueles que têm vínculo político com a Administração Pública. É realizada análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo-se, em síntese, que: a) à exceção do Presidente da República, é plena a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos; e b) não há que se falar em foro por prerrogativa de função em sede de ação de improbidade administrativa.

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a discussão a respeito da aplicabilidade da Lei nº 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) aos agentes públicos, notadamente àqueles que têm vínculo político com a Administração Pública. O tema é dos mais relevantes, sobretudo nos dias atuais, em que a classe política como um todo se vê às voltas com o Poder Judiciário. Para tanto, a questão será abordada, primeiramente, sob o ponto de vista doutrinário. Em seguida, analisar-se-á a evolução da jurisprudência a respeito do tema, tomando-se por base o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Finalmente, como conclusão, serão adotadas as seguintes assertivas: a) à exceção do Presidente da República, é plena a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos; e b) não há que se falar em foro por prerrogativa de função em sede de ação de improbidade administrativa.

II – O CONCEITO DE AGENTE POLÍTICO

Conforme já dito, pretendemos com este artigo abordar a aplicabilidade do regime da improbidade administrativa aos chamados agentes políticos. Assim sendo, é indispensável analisar o que se entende por agente político.

É possível identificar duas concepções distintas para a aludida expressão: uma, restritiva; outra, mais ampla. Um dos expoentes da corrente restritiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que:

> Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos 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, ou auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os vereadores.[1]

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles perfilha entendimento distinto, abraçando a corrente ampliativa, no sentido de que se incluem na categoria de agente político:

> 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 Políticos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os 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. [2][3]

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 251-252. No mesmo sentido: FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 685-689; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 510-512; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 156-159; FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 594-595.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80.

3 José dos Santos Carvalho Filho, rebatendo argumento da teoria ampliativa, afirma, de maneira incorrigível, que: "(...) o

Com efeito, o certo é que todo agente político é agente público, mas a recíproca não é verdadeira, isto é, nem todo agente público é agente político. Trata-se de relação gênero/espécie, enquadrando-se na qualidade de agente público não só os agentes políticos, como também os particulares em colaboração (mesários em época de eleição, por exemplo) e os servidores públicos em geral, sejam eles celetistas, estatutários ou temporários (art. 37, IX da Constituição de 1988 – CR/88).[4]

Concordamos com o entendimento mais restritivo, pois o exercício de mandato eletivo e/ou a nomeação por agentes eleitos para cargos em comissão, a nosso sentir, são traços constitutivos da qualidade de agente político. Pode-se afirmar que aos agentes políticos competem as verdadeiras decisões políticas, das quais depende o futuro do país. Tais decisões são tomadas por aqueles que exercem mandato eletivo e seus auxiliares, que têm legitimidade democrática para tal mister.

Sublinhe-se que os requisitos acima apontados são alternativos – e não cumulativos. Assim, Ministros de Estado são agentes políticos, apesar de não serem eleitos pelo voto popular. Nessa linha de pensar, magistrados, membros de Tribunais de Contas e do Ministério Público, assim como os agentes diplomáticos, não podem ser considerados agentes políticos. Já os chefes do Executivo, seus auxiliares (ministros e secretários) e os membros do Poder Legislativo são agentes políticos por excelência.[5]

Não sendo agentes políticos, nos se afigura correto enquadrar magistrados, membros do Ministério Público, integrantes dos Tribunais de Contas e agentes diplomáticos na qualidade de servidores públicos especiais, que "(...) *executam certas funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado, sendo, por isso mesmo, sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado* (...)".[6]

art. 37, XI, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluam entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas fins remuneratórios, não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público." FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595.

4 Além dos agentes públicos de direito, há que assinalar a existência de agentes públicos de fato, categoria que se subdivide em agentes públicos necessários e putativos. Enquanto os primeiros exercem a atividade em situações de emergência, como no caso de chuvas torrenciais, os segundos exercem a função em plena normalidade institucional, o que se verifica, a título de exemplo, no caso de agentes públicos que exercem funções públicas sem prévia aprovação em concurso público. Neste sentido, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 620. Uma outra classificação distingue os servidores públicos comuns dos especiais. Neste sentido, FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 601.

5 Neste sentido, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 619.

6 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 601.

O STF vacila entre a corrente restritiva e a ampliativa. Com efeito, veja-se que, para a Suprema Corte, a vedação ao nepotismo é aplicada ao cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas estadual. Analisando um caso em que se escolheu o irmão do então Governador do Paraná para o Tribunal de Contas daquele estado, o STF repeliu o "*enquadramento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas na categoria de agentes políticos*"[7], razão pela qual ser-lhes-ia aplicável a vedação constante da Súmula Vinculante nº 13[8], a qual, como se sabe, não se aplica aos agentes políticos.

Por outro lado, o STF já definiu que os "*magistrados enquadram-se na espécie agente político*"[9], o que o aproxima da corrente ampliativa.

De todo modo, o fato é que qualquer agente público, seja ele político ou não, enquadra-se no art. 2º da LIA[10], que traz um conceito deveras amplo de agente público. Mesmo os agentes públicos de fato, pois, podem ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.

Contudo, a questão principal diz respeito à análise da aplicabilidade da LIA aos que se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade. Conforme visto, o Procurador-Geral da República, na qualidade de membro do Ministério Público da União, não deve ser considerado agente político, muito embora esteja sujeito à responsabilização por infrações político-administrativas.

Assim, concluímos no sentido de que a sujeição ao regime dos crimes de responsabilidade não é constitutiva da qualidade de agente político. A título ilustrativo, os Ministros do STF, em que pese serem mencionados pelos arts. 52, II da CR/88[11] e 2º da Lei nº 1.079/50[12], não são agentes políticos. Reconhecendo essa circunstância, afirma Eduardo Furtado Bim:

7 Rcl 6702 MC-AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJ de 30/04/2009.

8 Súmula Vinculante nº 13: "*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*".

9 RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgamento em 05/03/2002, *DJ* de 12/04/2002

10 Art. 2º da LIA: "*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.*".

11 Art. 52, II da CR/88: "Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal (...) II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

12 Art. 2º da Lei nº 1.079/50: "*Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República.*".

> Uma observação é necessária: para os fins de crimes de responsabilidade, o conceito de agente político não coincide totalmente com o seu significado cunhado pela doutrina porque abrange também outros cargos que, dependendo da definição adotada, não são considerados de agentes políticos: juízes, Ministros do Tribunal de Contas da União (TCU), membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)/Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e chefes de missões diplomáticas.[13]

Discordamos do autor quando afirma que apenas agentes políticos se submetem aos crimes de responsabilidade. A nosso sentir, agentes políticos e não políticos se submetem às infrações político-administrativas. Contudo, o que se afirma, com correção, é que nem todos aqueles que se sujeitam aos crimes de responsabilidade podem ser considerados agentes políticos, na acepção restritiva do termo. É este, por exemplo, o caso do Procurador-Geral da República.

Enfim, ante todo o exposto, a questão a ser analisada nas próximas linhas se desloca da *aplicabilidade da LIA aos agentes políticos*, para a *aplicabilidade da LIA a todos que se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade*.

III – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIMES DE RESPONSABILIDADE: *BIS IN IDEM*?

A aplicabilidade concomitante da LIA e da legislação atinente aos crimes de responsabilidade a determinados agentes públicos suscita grande controvérsia, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Conforme se demonstrará abaixo, a questão foi objeto de longos – e acalorados – debates, tendo se consolidado um posicionamento majoritário no sentido da possibilidade de convivência harmônica entre os dois regimes.

Com efeito, parte da doutrina entende que a LIA traz hipóteses de crime de responsabilidade. Assim, se aplicada aos agentes públicos que já se submetem às infrações político-administrativas[14], resultaria em um inadmissível *bis in idem*. Neste sentido, afirma Aristides Junqueira Alvarenga:

13 BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. *In*: **Revista de Direito do Estado,** nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 200

14 Quanto à legislação infraconstitucional relativa aos crimes de responsabilidade, tem-se: a) a Lei nº 1.079/50, aplicável ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF , Procurador-Geral da República, Governador e Secretários estaduais; b) a Lei nº 7.106/83, relativa aos crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal e dos Territórios, bem como dos seus Secretários; e c) o Decreto-Lei nº 201/67, relativo aos Prefeitos e Vereadores.

> Ora, se todos os atos de improbidade do Presidente da República são crimes de responsabilidade, *a fortiori*, as condutas funcionais de improbidade administrativa, definidas na Lei nº 8.429/92, têm a mesma natureza jurídica, ou seja, são crimes de responsabilidade, pois, se assim é quanto ao Presidente da República, nada se justifica que sua natureza se transmude em razão, apenas, da diferença da função pública exercida pelo agente público. Se assim não for, cair-se-á no ilogismo de se admitir que uma circunstância meramente acidental é capaz de mudar a essência das coisas.
>
> Porque ato de improbidade é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quiçá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo presidente da República, mas por todo e qualquer agente público, a Lei nº 1.079/50 estendeu sua aplicação aos MINISTROS DE ESTADO (art. 13), aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao Procurador-geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74) (...).[15]

Na mesma linha, Gilmar Mendes e Arnoldo Wald:

> Em verdade, a análise das consequências de 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, está-se 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.'[16]

Por outro lado, parcela da doutrina entende pela possibilidade de aplicação conjunta da LIA e da legislação relativa aos crimes de responsabi-

15 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Atos de improbidade administrativa: crimes de responsabilidade. *In*: Caderno Direito & Justiça, **Jornal Correio Braziliense,** 30.09.2002

16 WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira**.** Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998, p. 215.

lidade. Para tanto, são utilizados, basicamente, dois argumentos: um, que se prende ao objetivo da LIA; outro, que realça as diferentes naturezas jurídicas da improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade.

Quanto à primeira linha argumentativa, ela se resume ao seguinte raciocínio: seria ilógico pensar que a LIA tivesse por objetivo excluir de sua incidência determinados agentes públicos, notadamente aqueles que possuem vínculo *político* com a Administração Pública, pois é justamente no meio deles que a improbidade encontra campo fértil. Tanto é assim que o art. 2º da LIA, ao conceituar agente público, fala, expressamente, em "*eleição, nomeação, designação*". Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Como se percebe, o âmbito de abrangência da noção de agente político adotada pela lei a fim de qualificar os agentes alcançados por suas disposições é o mais genérico e amplo possível. Demais disto, ante o teor da linguagem normativa, não padece dúvida alguma de que a norma revela o mais explícito, consciente e deliberado intento de colocar sob seu âmbito de regência tanto os sujeitos relacionados ao Poder Público ou a suas entidades auxiliares por vínculos de trabalho profissional quanto os que a eles se vinculam por liame de caráter político. É que falou também em 'eleição, mandato, designação'. Espancou, destarte, qualquer possibilidade de acrobacia ou malabarismo exegético que pudesse ser forjicado para restringir a noção (já por si mesmo ampla) de agente público e permitir aos agentes políticos que escapulissem dos rigores da lei.
>
> Aliás, diga-se de passo, seria despropositado se o diploma em causa os houvera deixado ao largo de sua incidência. É que são eles, justamente, os que desfrutam das condições mais propícias à prática de atos de improbidade administrativa e os que dispõem dos melhores meios para se evadirem à consequente responsabilidade. Donde, o máximo temor há de ser o de que a probidade administrativa seja afrontada pelos respectivos agentes, pois são os que comandam todo o aparelho administrativo do Estado. Se a lei veio para coibir atos de improbidade, conforme seu explícito objetivo, é óbvio que de seu alvo jamais po-

> deriam estar excluídos os agentes políticos, aos quais, de resto, se ajustaria bem o papel de centro de mira (a mosca).[17]

No tocante à natureza jurídica, particularmente quanto aos crimes de responsabilidade, é preciso reconhecer a existência de três correntes: uma primeira defende a sua natureza política[18]; uma segunda advoga pela sua natureza penal; finalmente, há autores que entendem pela natureza mista, isto é, político-penal.[19]

O STF entende que os crimes de responsabilidade têm natureza penal. Tanto é assim que editou a Súmula Vinculante nº 46, por força da qual "*a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União*". A competência é privativa da União porque a matéria se encaixa em "*direito penal*", presente no art. 22, I, da CR/88.

Assim, independentemente da corrente adotada, o fato é que a natureza jurídica dos crimes de responsabilidade não coincide com a da ação de improbidade administrativa. Isto porque esta ação é, predominantemente, cível – natureza esta que ninguém ousa imputar aos crimes de responsabilidade.

Não há dúvida: a ação de improbidade não tem natureza penal. Isto decorre do parágrafo quarto do art. 37 da CR/88, segundo o qual os atos de improbidade administrativa serão punidos independentemente da "*ação penal cabível*"[20]. Veja-se, a propósito, o entendimento de Alexandre de Moraes:

> A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). **Interesse Público**, Ano 09, nº 42, março/abril de 2007, Porto Alegre: Notadez, p. 16.

18 Neste sentido, Paulo Brossard, para quem as Constituições, "*quando falam em crime de responsabilidade, em contraposição de crimes comuns, referem-se àqueles sujeitos a juízo político*" . **O impeachment**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 57. Veja-se, também, Eduardo Bim, para quem "*a própria fisionomia da Lei nº 1.079/50 mostra que os crimes de responsabilidade têm natureza política, não ostentando qualquer característica penal por: (i) patente ausência de previsão de sanções privativas de liberdade; (ii) existir previsão dizendo que a imposição das penas nela previstas não exclui as dos crimes comuns, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal (art. 3º), separando as punições do impeachment das criminais; (iii)somente admitir o recebimento da denúncia enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.*" . A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 235

19 É o que entende José Frederico Marques. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 154.

20 Art. 37, § 4º da CR/88: "*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*".

> penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula '... sem prejuízo da ação penal cabível.'[21]

Com todo respeito ao ilustre constitucionalista, o que o dispositivo constitucional faz é ressaltar a natureza não penal da ação de improbidade. Contudo, para se concluir que a ação de improbidade é eminentemente cível, é preciso ir ao parágrafo quinto do mesmo art. 37, onde se lê que as ações de ressarcimento serão ressalvadas dos prazos de prescrição estabelecidos por lei.[22]

Assim, o perfil constitucional que se quis dar à ação de improbidade é o ressarcitório, como se colhe da lição de Eduardo Bim:

> O seu caráter constitucional mais relevante ou preponderante é o ressarcitório. Essa é a razão pela qual existe um dispositivo para preceituar que o ressarcimento do dano nunca prescreve (CF, art. 37, § 5º). Pela leitura constitucional sistemática, não há como se negar que a sua natureza é predominantemente civil.[23]

Diz-se natureza *predominantemente* cível, pois a LIA traz, no seu art. 12, uma sanção de forte cunho político, que é a suspensão dos direitos políticos. Isto, contudo, não possui o condão de transformar a natureza da ação. Vale aqui o mesmo raciocínio para a sentença penal condenatória transitada em julgado, para a qual Constituição de 1988 traz, como consequência, a suspensão dos direitos políticos (art. 15 , III da CR/88).[24] O fato de se prever a suspensão de direitos políticos não afasta da sentença a sua natureza essencialmente penal.

Sublinhe-se que o próprio STF já reconheceu a natureza cível da ação improbidade administrativa, quando, no julgamento da ADI 2797/DF, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, a qual, modificando o Código de Processo Penal (CPP), trouxe, dentre outras coisas, o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa.[25] Na-

21 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 345.

22 Art. 37, § 5º da CR/88: *"A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento."*

23 BIM, Eduardo Furtado. **A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas**. *In*: Revista de Direito do Estado, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

24 Art. 15, III da CR/88: "*Art. 15*. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: *III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*"

25 Por força da Lei nº 10.628/02, acrescentou-se um parágrafo segundo ao art. 84 do CPP, que passou a dispor que "*a ação improbidade* (...) *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* (...)".

quela ocasião, a Suprema Corte, com base no voto do Min. Sepúlveda Pertence, assentou, a partir de interpretação do já citado art. 37, § 4º da CR/88, que "*a ação de improbidade administrativa é uma ação civil*"[26], razão pela qual não haveria que se falar em foro por prerrogativa de função.

Estabelecida a diferença quanto à natureza jurídica da ação de improbidade e dos crimes de responsabilidade, desponta a conclusão no sentido da possibilidade de convivência harmônica entre os dois regimes. É esta a lição de Eduardo Bim, para quem, "*tendo naturezas diferenciadas, a previsão de uma conduta ímproba de crimes de responsabilidade não consome a improbidade administrativa com a mesma tipificação.*".[27]

Nem se pode afirmar que, pelo princípio da especialidade, a legislação dos crimes de responsabilidade deveria ser aplicada a determinados agentes públicos em detrimento da LIA. Isto porque, como as naturezas jurídicas são distintas, não há espaço para a aplicação do referido princípio.[28]

Portanto, não há que se falar em *bis in idem*, sendo perfeitamente possível a convivência da LIA com o regime dos crimes de responsabilidade, seja por causa do amplíssimo escopo da LIA, seja por causa da diferença quanto à natureza jurídica.

Ressalte-se, apenas, que, na linha do voto do Min. Carlos Britto na Questão de Ordem na Petição nº 3.923-8/SP, analisado mais adiante, o único agente público que não pode sofrer a incidência da LIA é o Presidente da República. Isto por causa de uma opção política da Constituição de 1988, que, no seu art. 85, V, considera como crime de responsabilidade todos os atos do Presidente da República, e somente dele, que atentarem contra a "*probidade na administração*".[29]

Nas próximas linhas, será analisada a evolução da matéria no âmbito do STF, tomando-se como ponto de partida a Reclamação nº 2.138-6/DF, para se chegar, enfim, ao entendimento de sua 1ª Turma, proferido em 2016, nos autos do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.186/DF.

26 ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

27 BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. *In*: **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225.

28 Neste sentido, Eduardo Bim: "*Embora se discorde dessa natureza jurídica, por esse mesmo prisma não haveria que se falar em uma maior especialização da punição de improbidade administrativa dos agentes políticos, isentando-os do regime da LIA, porque a natureza de ambos seria diversa: penal para os crimes de responsabilidade e qualquer outra natureza que não a penal para a improbidade administrativa da LIA. Tendo natureza diversa, é insustentável admitir-se a aplicação do critério da especialidade, uma vez que esse critério somente pode ser aplicado quando em face da mesma natureza jurídica.*" BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

29 Art. 85, V da CR/88: "*Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: V - a probidade na administração*"

IV.A – O ENTENDIMENTO DO STF – A RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6/DF

Na Reclamação nº 2.138-6/DF[30], o STF deparou-se com uma ação de improbidade ajuizada na primeira instância da Justiça Federal pelo Ministério Público Federal (MPF) contra Ministro de Estado, acusado, dentre outras coisas, de se utilizar de avião oficial em viagem de lazer para Fernando de Noronha.

Na Reclamação, sustentou-se uma suposta usurpação da competência do STF, pois, nos termos do art. 102, I, "c" da CR/88[31], os Ministros de Estado são julgados pela Suprema Corte em razão de crimes de responsabilidade, salvo no caso em que estes são conexos com os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e Vice-Presidente da República, quando o julgamento compete ao Senado Federal (art. 52, I da CR/88).[32] Como a LIA traria, na realidade, crimes de responsabilidade, eventual julgamento por juízes de primeira instância usurparia a aludida competência constitucional.

O que se discutiu na Suprema Corte foi, justamente, a possiblidade de um agente político (no caso, Ministro de Estado) submeter-se, ao mesmo tempo, à LIA e à Lei nº 1.079/50. O julgamento foi apertado: seis Ministros (Nelson Jobim, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Cezar Peluso e Gilmar Mendes) julgaram a Reclamação procedente, firmando a tese da impossibilidade da aplicabilidade dos dois regimes a agentes políticos, os quais se submeteriam, apenas, à Lei nº 1.079/50; os demais cinco Ministros (Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa) julgaram improcedente a Reclamação.

Colhe-se do voto do Min. Relator, Nelson Jobim, o entendimento de que a LIA traria diversos crimes de responsabilidade, nada mais sendo a ação de improbidade do que uma ação por crime de responsabilidade. Nesta linha de pensar, a Constituição não admitiria a coexistência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa: o do art. 37, § 4º e o do art. 102, I, "c", ambos da CR/88, o último regulado pela Lei nº 1.079/50. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estariam regulados pelo

30 Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJ de 18/04/2008

31 Art. 102, I, "c" da CR/88: "*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente*".

32 Art. 52, I da CR/88: "*Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;*"

Capítulo V da Lei nº 1.079/50, cujo título é "DOS CRIMES CONTRA A PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO".

A conclusão, pois, a que chegou o Min. Relator, no que foi acompanhado por outros cinco Ministros, é a de que os agentes mencionados pela Lei nº 1.079/50 (Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Ministros do STF, Governadores e Secretários Estaduais) não se submeteriam à LIA, jamais podendo ser julgados por improbidade na primeira instância, sob pena de se adotar uma interpretação violadora do art. 102, I, "c" da CR/88.

Por sua vez, o Min. Carlos Velloso, inaugurando a divergência, afirmou que a LIA deve ser interpretada da forma mais ampla possível, já que tem por objetivo concretizar o princípio da moralidade administrativa, muito caro à Constituição de 1988.

Disse, também, que o que está na Lei nº 1.079/50, evidentemente, é crime de responsabilidade. Por outro lado, o que não está na aludida Lei não pode ter essa natureza, razão pela qual não há óbice à sujeição dos agentes políticos aos ditames da LIA, ressalvando-se, contudo, a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos, que não se aplicariam, por exemplo, ao Presidente da República, Senadores, Deputados Federais e Estaduais.

Por fim, vale ressaltar o voto do Min. Joaquim Barbosa, para quem há uma dupla normatividade em matéria de improbidade administrativa: a LIA e, por outro lado, o art. 9º da Lei nº 1.079/50[33] c/c art. 85, V da CR/88.

O objetivo desses dois sistemas é distinto: no caso da LIA, a tutela é da moralidade; já no caso da Lei nº 1.079/50, trata-se de mais um dos mecanismos de *checks and balances*, que tem por objetivo lançar no ostracismo político o agente faltoso.

Assim, há sistemas distintos, podendo as autoridades ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados distintos, já que os objetivos, como visto, são diferentes.

Demais disto, ressaltou o Min. Joaquim Barbosa que entendimento diverso poderia violar a isonomia. Isto porque bastaria que servidor efetivo virasse Ministro para não se submeter à LIA, o que afrontaria o princípio da igualdade.

Além da violação à isonomia, a inaplicabilidade da LIA implicaria, também, a afronta a um dos postulados básicos da democracia, que é a *accountability*, em razão da qual quanto mais elevadas as funções do governante, maior o seu grau de responsabilidade.

33 O art. 9º da Lei nº 1.079/50 elenca o que a lei considera "*crimes de responsabilidade contra a probidade na administração*".

Também entendeu o Min. Joaquim Barbosa que ao juiz de primeira instância é dado aplicar todas as sanções da LIA, menos a perda de cargo, pois, do contrário, haveria forte fator de desestabilização político-institucional.

Em suma, tais foram os principais argumentos dos Ministros do STF, que redundaram em um apertado placar de julgamento (6x5), consagrando-se um entendimento que, de certa forma, representa retrocesso no combate à improbidade na Administração Pública.

IV. B – O ENTENDIMENTO DO STF – QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO Nº 3.923-8/SP

Pode-se afirmar que, após o julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, o STF, no mesmo ano de 2007, mudou o seu entendimento, ainda que de forma um pouco confusa.

Com efeito, a Questão de Ordem na Petição nº 3.923-8/SP[34] tratava de sentença de ação de improbidade administrativa transitada em julgado, proferida contra o então Prefeito de São Paulo, que, eleito Deputado Federal, requereu que a execução da sentença se desse perante o STF. Defendeu, também, que o processo fosse julgado extinto sem julgamento do mérito, sob o fundamento da inaplicabilidade simultânea da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos.

O pedido foi indeferido pela unanimidade do Plenário, ausentes os Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie. O Min. Relator, Joaquim Barbosa, basicamente repetiu os fundamentos do voto proferido nos autos da Reclamação nº 2.138-6/DF, acima mencionada, ressaltando a plena aplicabilidade concomitante da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade aos agentes políticos. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Sepúlveda Pertence e Carlos Britto acompanharam o Relator, inclusive quanto aos seus fundamentos.

Na verdade, o Min. Carlos Britto, em *obter dictum*, ressalvou da incidência da LIA apenas o Presidente da República, sob o interessante argumento de que a Constituição, no seu art. 85, V, teria afastado do "*Presidente da República o cometimento de improbidade administrativa.*". Para o Ministro, foi uma opção política que se fez "*no bojo da Constituição, a alcançar exclusivamente o Presidente da República* (...)". Assim, "(...) *se o Presidente incidir em improbidade administrativa, estará cometendo um crime de responsabilidade.*".[35]

34 Pet 3923 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJ de 26/09/2008.

35 Voto do Min. Carlos Britto na Pet. 3923 QO.

Por sua vez, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Eros Grau concordaram mais com a conclusão do Min. Joaquim Barbosa do que propriamente com os seus fundamentos. É que eles ressaltaram as peculiaridades do caso concreto, principalmente o fato de que a sentença da ação de improbidade já tinha transitado em julgado. Neste sentido, o Min. Gilmar Mendes, por exemplo, reservou-se para se "*pronunciar em caso adequado sobre os temas que a questão suscita.*".[36]

Assim sendo, em que pese o voto do Min. Relator, a verdade é que a questão da dupla incidência (LIA e crimes de responsabilidade) não foi profundamente debatida pelo Plenário, diferentemente do que se sucedeu com a Reclamação nº 2.138-6/DF, mencionada acima.

Diante das peculiaridades do caso que foi julgado, não se pode afirmar, pois, que o acórdão do STF seja um perfeito exemplo da mudança de entendimento da Suprema Corte.

IV.C – O ENTENDIMENTO DO STF – O AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CAUTELAR Nº 3.585/RS

Em 2014, a 2ª Turma do STF julgou o Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585[37], cujo objeto era emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do STJ, que decidira no sentido da plena aplicabilidade da LIA a uma ex-Governadora do Rio Grande do Sul.

Na ocasião, entendeu-se, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Relator, Celso de Mello, pela aplicabilidade da LIA a todo e qualquer agente político. Entendimento diverso, no sentido da sujeição apenas aos crimes de responsabilidade, violaria um dos princípios basilares da República, qual seja, a plena responsabilização de todos aqueles investidos no exercício de funções governamentais.

Curioso observar que o Min. Relator, para reforçar sua tese, cita trechos do brilhante voto do Min. Carlos Velloso, acima referido, proferido por ocasião do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF. Utiliza-se, também, de diversos doutrinadores, todos eles a apontar a possibilidade de convivência harmônica "*entre o regime jurídico de responsabilização político-administrativa (Lei nº 1.079/50 e DL nº 201/67), de um lado, e o regime jurídico de responsabilização civil por improbidade administrativa, por outro*".[38]

36 Voto do Min. Gilmar Mendes na Pet. 3923 QO.

37 AC 3585 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, DJ de 28/10/2014

38 O Min. Celso de Mello cita os seguintes doutrinadores: José Roberto Pimenta Oliveira, Fernando Capez, Francisco Octavio de Almeida Prado, Wallace Paiva Martins Júnior, Waldo Fazzio Júnior, Mônica Nicida Garcia, José Antônio Lisbôa

É preciso, contudo, fazer algumas observações a respeito da referida decisão.

Primeiro, participou do julgamento o Min. Gilmar Mendes, o que talvez represente uma mudança de entendimento, já que, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138-6/DF, acima mencionada, votou no sentido do provimento da Reclamação, entendendo pela impossibilidade de aplicação concomitante da LIA e do regime dos crimes de responsabilidade.

Em segundo lugar, é curioso observar que os próprios advogados (*rectius*: a autora, ex-Governadora do Rio Grande do Sul) que subscreveram a petição inicial da cautelar e, posteriormente, o agravo regimental, ressalvaram o seu entendimento contrário à tese sustentada nas peças, afirmando que, doutrinariamente, ousam pensar que "*a Lei Federal nº 8.429/92 não deveria ser absorvida pela Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei Federal nº 1.079/92).*". [39]

Finalmente, como mencionado no voto do Min. Celso de Mello, a Min. Carmen Lúcia, em decisão monocrática proferida nos autos da Ação Cível Originária nº 2.356/PB, reconheceu a submissão de Governador de Estado à LIA, "*definindo, para esse efeito, a competência do Poder Judiciário local.*".[40] Dito de outro modo, a Min. Carmen Lúcia reconheceu a inexistência de prerrogativa de foro para Governador de Estado em sede de ação de improbidade administrativa, sob o fundamento, devidamente analisado acima, de que a referida ação tem natureza cível, ou melhor, *majoritariamente* cível, como já se disse.

A propósito, há uma profusão de decisões monocráticas no STF, todas elas reconhecendo a incidência da LIA a determinados agentes públicos, alguns deles submetidos, também, ao regime dos crimes de responsabilidade. Como exemplo, podem ser citadas decisões dos Ministros Celso de Mello (Pet. 5080, DJ 01/08/13), Marco Aurélio (Rcl 15.831, DJ 20/06/13), Rosa Weber (Rcl 15.131, DJ 03/12/14) e Carmen Lúcia (Rcl 15.825, DJ 13/06/13). Todas as decisões são unânimes em afastar o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade, as quais devem ser julgadas por juízes de primeira instância.

Neiva, Carlos Frederico Brito dos Santos, Emerson Garcia e Rogério Pacheco dos Santos.

39 Colhe-se o aludido trecho do voto do Min. Celso de Mello Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585/RS.

40 Voto do Min. Celso de Mello no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585/RS.

IV.D – O ENTENDIMENTO DO STF – O AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 2.186/DF

Não faz muito tempo, divulgou-se na mídia decisão da 1º Turma do STF, no sentido de dar provimento a agravo regimental nos autos da Reclamação nº 2.186/DF[41]. Tratava-se, na origem, de ações de improbidade administrativa ajuizadas contra ex-Ministros de Estado pelo MPF, na primeira instância da Justiça Federal do Distrito Federal.

O Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida em 22/04/2008, com base no entendimento do STF consagrado na Reclamação nº 2.138-6/DF, já mencionado neste artigo, julgou procedente a reclamação, determinando o arquivamento das ações, pois, supostamente, os juízes federais teriam usurpado a competência do STF trazida pelo art. 102, I, "c", da CR/88.

Contudo, em 15/03/2016, pela unanimidade dos Ministros presentes - ausente, apenas, o Min. Luiz Fux -, a 1ª Turma, reformando em agravo regimental a aludida decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, determinou o processamento das ações de improbidade na primeira instância, sob o fundamento da inexistência de foro por prerrogativa de função em sede de improbidade administrativa.

Na ementa do acórdão, consignou-se que:

> Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade[42]

Este julgamento é importante, pois sinaliza que ambas as turmas do Supremo concordam quanto à inexistência de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade e, por conseguinte, entendem que a LIA não foi absorvida pela legislação dos crimes de responsabilidade.

41 Neste sentido, http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1754414-stf-desarquiva-acoes-contra-ministros-de-fhc-por-improbidade.shtml. Consulta em 27/03/2016, às 1:15 horas.

42 Agravo Regimental na Reclamação nº 2.186/DF. Relatora: Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 15/03/2016, DJ de 05/04/2016.

IV.E. – O ENTENDIMENTO DO STF – QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO Nº 3.211-0

É preciso se abrir dois parágrafos para criticar o entendimento do STF consagrado na Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0.[43] Nela, entendeu o Plenário do Supremo, vencido o Min. Marco Aurélio, que Ministro do STF tem prerrogativa de foro no próprio Tribunal nas ações de improbidade administrativa. Inaugurou a divergência o Min. Menezes Direito, no que foi acompanhado pelos demais membros, assinalando que "*distribuir competência ao Juiz de 1º grau para julgamento de Ministro da Suprema Corte quebraria* (...) *o sistema judiciário como um todo.*".[44]

Com todo respeito, entendemos que tal posicionamento não se sustenta. Isto porque, a partir do momento em que se entende, como entendeu o STF, que a ação de improbidade é de natureza cível, não se pode concluir por prerrogativa de foro de qualquer espécie, seja quem for o réu da ação. Do contrário, qual seria o sentido em se submeter Ministro do STF a julgamento perante a Suprema Corte em ações de improbidade, e excluir, por exemplo, os Ministros de Estado?

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A improbidade administrativa suscita uma vasta gama de questões. Neste artigo, optamos por enfocar o debate sob a ótica da incidência da LIA aos que também se submetem ao regime dos crimes de responsabilidade. Podemos afirmar que, após estudarmos a polêmica, chegamos às seguintes conclusões:

1) À exceção do Presidente da República, todo e qualquer agente público se submete aos ditames da LIA, esteja ele vinculado ou não ao regime dos crimes de responsabilidade; e

2) Não há foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa. ❖

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Atos de improbidade administrativa: crimes de responsabilidade. In: Caderno Direito & Justiça, **Jornal Correio Braziliense**, 30.09.2002.

43 Pet 3211 QO, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJ de 27/06/2008.

44 Voto do Min. Menezes Direito na Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0.

BIM, Eduardo Furtado. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas. **Revista de Direito do Estado**, nº 5 (jan/marc de 2007), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Competência para julgamento de agentes políticos por ofensa à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.92). **Interesse Público**, Ano 09, nº 42, março/abril de 2007, Porto Alegre: Notadez.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTANA, Cristiano Miranda de - A aplicabilidade da lei de Improbidade administrativa aos agentes políticos. *In*: **II Jornada de Direito Constitucional**, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF: 2014.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira**.** Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 138, abril/junho de 1998.