

## A Improbidade administrativa e a isonomia entre os agentes públicos



**Autor: Rafael Selau Carmona**

Juiz Federal Substituto

publicado em 30.10.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

### Resumo

Analisa os regimes jurídicos dos agentes públicos na Constituição Federal. Examina a Lei de Improbidade Administrativa sob a perspectiva dos princípios constitucionais e da ética mínima. Discorre sobre a interpretação constitucional como meio de efetivação da moralidade administrativa, tendo por instrumento a Lei de Improbidade Administrativa.

**Palavras-chave:** Agentes públicos. Agentes políticos. Improbidade administrativa. Competência. Foro por prerrogativa de função. Eficácia das normas constitucionais.

**Sumário:** Introdução. 1 Regimes dos agentes públicos na Constituição Federal de 1988. 2 Noções preliminares sobre a Lei da Improbidade Administrativa. 2.1 Ética mínima. 2.2 Enquadramento da improbidade administrativa. 2.3 Improbidade administrativa e interpretação constitucional. Conclusão. Referências bibliográficas.

### Introdução

O escopo do presente trabalho é o de identificar os regimes jurídicos dos agentes públicos na Constituição, para em seguida analisar os principais argumentos jurídicos favoráveis e contrários ao julgamento da ação de improbidade administrativa pelos juízos de primeira instância.

O estudo se justifica na medida em que a Constituição prevê um regime de responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, mas que vem encontrando dificuldade de eficácia, especialmente no que concerne aos agentes políticos.

A justificativa principal do estudo, no entanto, concerne à polaridade que se instalou entre os segmentos sociais favoráveis e contrários ao sistema geral de improbidade administrativa instaurado pela Lei nº 8.429/92, especialmente sua aplicabilidade em relação aos agentes políticos, sendo necessária a solução do conflito de uma forma eficaz, a fim de impingir a moralidade na Administração Pública.

O presente estudo visa, assim, a definir se, sob um ponto de vista crítico, a mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade ou, ainda, de aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, ensejando um sistema unitário ou não de responsabilidade administrativa, será suficiente para abrandar o problema da dificuldade de definição da competência para julgamento da ação de improbidade.

O método escolhido é o dogmático, ou seja, analisaremos a questão sob o ponto

de vista técnico-jurídico, e a apresentação se dará na forma de *paper*, com a formatação sugerida na obra Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito e nas orientações da Emagis/TRF 4ª Região.

## **1 Regimes dos agentes públicos na Constituição Federal de 1988**

Na Seção II do Capítulo que trata “Da Administração Pública”, denominado “Dos Servidores Públicos”, extrai-se que essa expressão designa as pessoas que prestam serviços à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro “é o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção”.(1)

Contudo, na Seção I, que contém as “Disposições Gerais” sobre Administração Pública, denota-se da leitura do *caput* do art. 37, primeiro do capítulo da Carta Federal que cuida “Da Administração Pública”, que os dispositivos abrangem todos que prestam serviços à “administração pública direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Ora, a Administração indireta engloba não só as autarquias e as fundações públicas, como também as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito privado.

Já a Seção III cuida “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, de onde se pode concluir que a expressão “servidor público” é genérica, “empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades de Administração indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado”.(2)

Quanto aos militares, cabe observar que antes da Emenda Constitucional nº 18/98 eram especificados como “servidores militares”, tendo sido essa expressão substituída por militares, o que, no entanto, não lhes tira a condição de servidores públicos em sentido amplo, já que, conceitualmente, não há diferenciação entre servidores civis e militares, pois o beneficiário final do serviço prestado é sempre o cidadão.

Conquanto na Constituição não seja encontrado o termo funcionário, nada obsta que a legislação infraconstitucional continue utilizando tal termo, mas que não deve ser empregado para designar aquele que exerce uma função pública.

Com efeito, a expressão função pública tem acepção específica na seara constitucional; significa não só função administrativa, mas também as funções legislativa e jurisdicional, de que cuidam outros capítulos da Constituição. Sem falar nas pessoas físicas que exercem função pública sem vínculo empregatício com o Estado.

Assim, para designar em sentido amplo aquele que exerce função pública, com ou sem vínculo empregatício, surgiu a expressão agente público.

Expressão ampla e genérica, refere-se a toda pessoa física que presta serviços à Administração Pública, independentemente do vínculo jurídico.

Diógenes Gasparini esclarece quem se subsume ao conceito:

“A noção alcança, em razão de sua abrangência, o Presidente da República, os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Prefeitos, os Ministros, os Secretários de Estado e de Município, os Senadores, os Deputados estaduais e federais, os Vereadores, os servidores públicos civis (da Administração Pública direta, autárquica e fundacional), os servidores governamentais (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os delegados de serviços públicos (concessionários, permissionários e autorizatários), os requisitados (mesários, escrutinadores e jurados), os temporários (admitidos nos termos do inciso IX do art. 37 da CF), os gestores de negócios públicos (os que assumem o serviço público em razão do abandono de seus responsáveis), os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades) e os contratados no regime de locação civil. Em resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham,

independentemente da existência de vínculo, e, se este existir, são irrelevantes a forma de investidura e a natureza da vinculação que os prende à Administração Pública.”(3)

Os autores nacionais não trazem unanimidade na classificação dos agentes públicos. Basta citar que Celso Antônio Bandeira de Mello os divide em três espécies (agentes políticos, servidores estatais e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público), Maria Sylvia Zanella di Pietro os divide em quatro espécies (agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público), os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, em cinco espécies (agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados) e Diógenes Gasparini, em seis (agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração, servidores governamentais, servidores públicos e agentes militares), o que já é mais do que suficiente para demonstrar a celeuma.

A importância de tal classificação é manifesta, pois, dependendo da inclusão ou da exclusão de um agente público de determinada espécie/divisão, as regras de seu sistema remuneratório poderão ser alteradas, poderá incidir em tipos penais específicos, sujeitar-se ou não a penalidades administrativas e, no que concerne ao presente estudo, poderá ser sujeito ativo de ato de improbidade administrativa. E, sendo sujeito ativo de ato de improbidade administrativa, a depender da referida classificação, poderá ter a competência para processamento do ato de improbidade alterada, conforme a posição jurisprudencial a ser seguida.

A Constituição Federal, que deveria trazer um norte seguro para as regras atinentes aos agentes públicos e às competências para seu julgamento judicial, às vezes peca pela atecnia, o que não facilita o trabalho do intérprete.

Quanto aos **agentes políticos**, há certa unanimidade de que sejam os detentores dos cargos de hierarquia mais elevada na organização do Estado, bem assim os exercentes de mandato eletivo. São incumbidos dos destinos da nação, por intermédio da formação das políticas públicas. Exemplos são o Presidente da República e o Vice, Governadores e Vices, Prefeitos e Vices, Ministros, Secretários Estaduais e Municipais, Senadores, Deputados e Vereadores.

Uns são detentores de cargos, e outros, exercentes de mandatos eletivos. O que têm em comum é que o vínculo que mantêm com a Administração Pública é transitório, ou seja, não há perenidade em sua manutenção no cargo ou mandato, já que o liame é eminentemente político.

Na lição de Diógenes Gasparini:

“Seus direitos e obrigações derivam diretamente da Constituição e, por esse motivo, podem ser alterados sem que a isso possam opor-se. Não se subsumem, portanto, ao regime de pessoal, embora alguns, como os Ministros de Estado e Secretários, possam ter certos direitos instituídos, a exemplo das férias, se atenderem às exigências aquisitivas.”(4)

A referência a tais agentes é importantíssima, pois, embora não se subsumam ao **regime de pessoal**, como anotou Diógenes Gasparini, não escapam de se submeterem, por exemplo, ao teto remuneratório. Ademais, a própria Constituição, com a Emenda nº 19, passou a referir-se à expressão **agentes políticos**, o que por certo revela o prestígio da classificação doutrinária, inclusive com a manutenção da designação pela Emenda nº 41.

Há outra espécie de agentes públicos que mantêm com o Estado e as entidades da Administração indireta um vínculo profissional – e não político, como os agentes políticos – de natureza mais perene – embora não se possa falar em estabilidade – e sob vínculo de dependência.

Aqui reside boa parte das divergências classificatórias entre os doutrinadores.

É que a natureza da instituição governamental, se de direito público ou de direito privado, levou os doutos a divisões tais como servidores públicos e servidores governamentais.

Sem embargo de tais classificações, o que se revela importante é que a natureza da instituição se mostra irrelevante quando se quer demonstrar o vínculo funcional profissional dessas pessoas. Sobretudo porque a expressão servidor público já não é mais tão abrangente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98. Eis o ensinamento de Celso Antônio, que nomina referidos agentes de servidores estatais:

“Com efeito, a designação ‘servidor público’, já hoje, tem alcance mais restrito do que dantes. Não mais é adequada para abarcar também os empregados das entidades da Administração indireta de Direito Privado, porquanto, sob a rubrica constitucional ‘Dos Servidores Públicos’ (que substituiu, desde o ‘Emendão’, Emenda Constitucional 19, de 04.06.98, a rubrica ‘Dos Servidores Públicos Civis’), é visível que só estão considerados os integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público. Assim, na atualidade, o *nomen juris* ‘servidor público’ é uma espécie do gênero ‘servidores estatais’.”(5)

Ao arremate, esclarece que “Entre os servidores estatais são reconhecíveis os seguintes dois grupos: 1) **servidores públicos**; e 2) **servidores das pessoas governamentais de Direito Privado**.”(6)

Assim, a classificação de Celso Antônio açambarca a de Diógenes Gasparini, a mais extensa de todas as elencadas. Os servidores governamentais a que se refere Gasparini podem ser englobados no conceito de servidores estatais formulado por Celso Antônio. Vejamos o conceito de Gasparini:

“As pessoas que, sob um regime de dependência, ligam-se contratualmente às sociedades de economia mista, às empresas públicas e às fundações privadas, prestadoras ou não de serviços públicos, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual, constituem a espécie dos agentes públicos chamada servidores governamentais.”(7)

Ora, o conceito de Celso Antônio engloba a classificação de Gasparini:

“A designação servidores estatais – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.”(8)

A divergência reside no fato de que Celso Antônio incluiu no conceito amplo de servidores estatais aquelas pessoas físicas para as quais Gasparini criou classificação específica (servidores governamentais).

Ocorre que Celso Antônio criou subespécies, como anotado acima: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, que “são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista”.(9)

Há diferença substancial, no entanto, entre os empregados da Administração direta e autárquica e os demais empregados governamentais: os empregos daqueles somente podem ser criados por lei específica de iniciativa do Presidente da República, a teor do disposto na Carta Federal:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º – São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I – (...);

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

E aqui surge uma outra questão nuclear a ser desenvolvida e conceituada: a diferenciação entre cargos, empregos e funções públicas.

A Constituição, em diferentes abordagens, trata tanto de cargos quanto de empregos, de modo que se possam ter servidores titularizando cargos e servidores ocupando empregos. Sem olvidar as funções públicas.

Cargos são as mais simples e também indivisíveis unidades de competência de toda a estrutura estatal, a serem exercidos por um único agente, retribuídos por pessoas jurídicas de Direito Público e, nos termos do art. 61 da Constituição, susotranscrito, criados por lei. A exceção quanto à necessidade de criação por lei cabe aos servidores de cada Casa do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 51 e 52 da Constituição.

E o mais importante é que os servidores que exercem cargos públicos submetem-se a um regime específico para esse fim, de índole estatutária ou institucional, ou seja, não contratual. Ademais, os cargos públicos somente são encontrados na Administração direta, nas autarquias e nas fundações de direito público.

Diferem de empregos públicos por serem estes “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes **contratados** para desempenhá-los, sob relação trabalhista”.**(10)** Podem ser encontrados, paralelamente aos cargos públicos, na Administração direta, nas autarquias e nas fundações de direito público; mas, quando se tratar de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, somente há empregos públicos.

As funções públicas merecem atenção especial, em face da alteração impingida pela Emenda nº 19/98, valendo a transcrição de Celso Antônio:

“Funções públicas são plexos unitários de atribuições, criadas por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado por lei.”**(11)**

Traçadas as distinções entre cargos e empregos, é fundamental esclarecer por que o servidor será nomeado para um ou para outro e qual o fator determinante dessa escolha.

Primeiramente pode-se dizer que, se a Constituição, em mais de uma passagem, refere-se a “cargos, empregos e funções”, é porque há uma diferenciação entre os institutos, pelo que a própria Carta estabeleceu, já de início, regimes diferenciados.

Mas a Constituição foi muito além. Estabeleceu, em sua redação original, uma Seção exclusiva, dentro do Capítulo “Da Administração Pública”, para tratar “Dos Servidores Públicos Civis”. Com a alteração da Emenda nº 18, passou a ser denominada “Dos Servidores Públicos”, excluindo o termo “civis”, o que, por certo, em nada alterou a existência de um regime diferenciado para os ocupantes de cargos públicos.

Isso porque os artigos 39 a 41 traçam regras específicas para os agentes públicos que se vinculam ao Estado por intermédio de cargo público, ao estabelecer, aliás, a própria existência de referido instituto, ao mencionar que se aplica “aos servidores ocupantes de cargo público” o disposto em diversos incisos do art. 7º da própria Carta, “podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (art. 39, § 3º).

Ora, se a Constituição estabelece que os ocupantes de cargo público fazem jus a

alguns dos direitos elencados no art. 7º, que toca aos direitos trabalhistas, por certo é que o regime jurídico é diferenciado, pois caso contrário bastaria que a Constituição silenciasse ou que determinasse a aplicação de todos os direitos do referido art. 7º.

Nos dizeres de Celso Antônio:

“A Constituição, nos arts. 39 a 41, ao tratar dos ‘Servidores Públicos’, empenhou-se em traçar, nos numerosos parágrafos e incisos que os compõem, os caracteres básicos de um regime específico, distinto do trabalhista e tratado com amplitude. **Certamente não o fez para permitir, ao depois, que tal regime fosse desprezado e adotado o regime laboral comum** (ainda que sujeito a certas refrações). Seria um contrassenso a abertura de toda uma ‘Seção’, com minuciosa disciplina atinente aos ocupantes de cargo público, se não fora para ser este o regime de pessoal eleito com prioridade sobre qualquer outro.”(12)

Ainda há que se considerar que um regime diferenciado tem como destinatário final não o servidor, mas o cidadão. Com efeito, o regime estatutário, a par de trazer vantagens ao ocupante de cargo público, traz também uma série de garantias, mas que não podem ser confundidas com privilégios. Essas garantias almejam dar serenidade, isenção e imparcialidade para que o agente público possa exercer com o máximo de eficiência as suas funções, que devem ser voltadas para o bem da coletividade. A perenidade da relação do servidor com a Administração é uma das características dos ocupantes de cargo público, diferentemente da transitoriedade dos dirigentes superiores, que nem sempre são norteados pelas melhores intenções. Não podem os servidores, portanto, estar submetidos a um temor reverencial dos dirigentes superiores, razão pela qual se justifica um regime diferenciado.

E, nas letras de Celso Antônio,

“Tal regime atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público almeja, **para benefício de uma ação impessoal do Estado** – o que é uma garantia para todos os administrados –, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, dessarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do País.”(13)

Neste passo, trilhou bem a Reforma Administrativa – Emenda nº 19/98 – ao restringir o exercício de funções de confiança aos servidores ocupantes de cargo efetivo (art. 37, V), já que antes a locução “preferencialmente” deixava as portas abertas para abusos.

No entanto, perdeu-se uma grande oportunidade de restringir ainda mais também o exercício dos cargos em comissão, que agora devem ser “preenchidos por servidores de carreira nos casos, nas condições e nos percentuais mínimos previstos em lei” e que se destinam “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”. É verdade que houve alteração significativa que restringiu sua ocupação por estranhos aos quadros de servidores; mas tal restrição deveria ser muito mais abrangente.

Isso porque, sendo a investidura em cargos e empregos públicos dependente de aprovação em concurso público, tem-se aí já uma enorme barreira a ser transposta pelos simpatizantes do nepotismo, ou seja, aqueles que pretendem ingressar no serviço público por apadrinhamento. Não é crível que, na vasta imensidão dos quadros do serviço público, não haja servidores efetivos que tenham competência para o exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento. Com isso não se quer dizer que os atuais exercentes de cargos em comissão que não sejam servidores efetivos sejam todos apaniguados ou menos competentes, em absoluto.

Ocorre que a regra para investidura é o concurso público, justamente porque, por intermédio do certame, pode-se selecionar, dentre vários concorrentes, os mais qualificados.

Nestes tempos em que se cobra redução do déficit público, que envolve também gastos elevados com pessoal, a efetiva e verdadeira redução do número de cargos em comissão seria medida salutar e elogiável.

Enfim, o regime estatutário tem suas razões de ser, como bem pondera, mais uma vez, Celso Antônio:

“A estabilidade para os concursados, após três anos de exercício, a reintegração (quando a demissão haja sido ilegal), a disponibilidade remunerada (no caso de extinção do cargo) e a peculiar aposentadoria que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares dos cargos, mas não para regalo destes, e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público.

É dizer: tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional.”(14)

O regime estatutário, diferenciado do celetário, é portanto justificado pelas candentes razões elencadas.

No entanto, não se deve ver com menoscabo o regime de emprego público, que também tem suas razões de ser. Para antever sua importância, basta referir que, para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, o regime de emprego público é obrigatório, a teor do art. 173 do Texto Constitucional:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – (...);

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Para essas entidades referidas, o regime de cargos públicos é, portanto, vedado. Independentemente do referido dispositivo transcrito, some-se que, para os servidores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, o regime será necessariamente o trabalhista, já que, por serem pessoas jurídicas de Direito Privado, nelas não há cargos, e sim empregos públicos.

Não se olvide, no entanto, que, na Administração direta, nas autarquias e nas fundações de Direito Público, também pode ser adotado o regime de emprego. Tal fato decorre do arts. 51, IV, e 52, XIII, da Carta, que estabelecem que compete respectivamente à Câmara e ao Senado dispor sobre “criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços”, bem como do próprio art. 61, § 1º, II, *a*, antes transcrito, que atribui ao Presidente da República a competência privativa para a iniciativa legislativa no que toca à “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e na autarquia”.

Considerando as razões antes descritas para justificar a existência de um regime jurídico diferenciado para os ocupantes de cargos públicos – especialmente no que concerne à proteção dos próprios administrados –, creio que o regime de empregos somente pode se dirigir para atividades subalternas, sem grande complexidade.

É o caso, por exemplo, sem qualquer menoscabo das profissões, de artífices,

mecânicos, faxineiros, motoristas e outras atividades em que não haja tomada de decisão que possa afetar direitos dos administrados. Para esses empregados, a inexistência de garantias tal qual a da estabilidade não afetaria o desempenho para o exercício eficiente de suas funções.

Enfim, comungamos do ensinamento de Celso Antônio, que assenta:

“Logo, o que se há de concluir é que, embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração direta, nas autarquias e nas fundações de Direito Público, há casos em que o regime trabalhista (nunca puro, mas afetado, tal como se averbou inicialmente, pela interferência de determinados preceitos de Direito Público) é admissível para o desempenho de algumas atividades; aquelas cujo desempenho sob regime laboral não compromete os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como o normal, o dominante.”**(15)**

Não foi esse o entendimento do Chefe do Poder Executivo Federal, no entanto, ao sancionar a Lei nº 9.986/00, instituindo o regime de emprego para os servidores das Agências Reguladoras:

“Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.

Art. 2º Ficam criados, para exercício exclusivo nas Agências Reguladoras, os empregos públicos de nível superior de Regulador, de Analista de Suporte à Regulação; os empregos de nível médio de Técnico em Regulação e de Técnico de Suporte à Regulação; os cargos efetivos de nível superior de Procurador; os Cargos Commissionados de Direção – CD, de Gerência Executiva – CGE, de Assessoria – CA e de Assistência – CAS; e os Cargos Commissionados Técnicos – CCT, constantes do Anexo I.”

Na ADIn nº 2.310, o Excelso Pretório, por despacho liminar do Ministro Marco Aurélio de Mello, *ad referendum* do Plenário, percutientemente suspendeu a eficácia dos citados dispositivos. Imprescindível transcrever excerto da decisão de Sua Excelência:

“Os servidores das agências reguladoras não de estar, necessariamente, submetidos ao regime de cargo público, ou podem, como previsto na lei em exame, ser contratados para empregos públicos? Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que é ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores – reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação (Anexo I da Lei nº 9.986/2000) – que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e as garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Aliás, o art. 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras –



fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.

(...)

Ao primeiro exame, a persistir esse quadro normativo, forçoso é concluir que as agências reguladoras estão começando muito mal, haja vista as abordagens feitas pela mídia e a notícia de o Ministério Público vir a atuar para coibir abusos. O Globo de 14 de outubro de 2000 noticiou na página 29: 'Procuradores vão entrar com ação contra agências. São questionadas contratação na Anatel e concurso na Aneel'. O Correio Braziliense de 14 de outubro de 2000 também o fez: 'Ministério Público acusa Agência de Telecomunicações de contratar 354 pessoas sem concurso público. Guerreiro pode ser acusado de improbidade administrativa. Justiça apura contratações da Anatel' – página 3. Por tais razões, ou seja, considerada a impropriedade da adoção do sistema de empregos públicos, defiro a liminar na extensão pretendida, suspendendo a eficácia dos artigos 1º, 2º e parágrafo único, 12 e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24 e inciso I, 27 e 30 da Lei nº 9.986/2000. Deixo de fazê-lo no tocante ao art. 33, porquanto se alude a Procuradores Autárquicos regidos pela Lei nº 8.112/90, e não pela Consolidação das Leis do Trabalho."

A liminar deferida singularmente pelo eminente Ministro foi levada ao colegiado, que acabou por suspender seu referendo em face da prejudicialidade da ADIn nº 2.135, em que se impugna a "Reforma Administrativa" como um todo.

Ao fim, a ADIn nº 2.310 foi arquivada por perda de objeto, uma vez que foi editada a Lei nº 10.871/04, que expressamente criou cargos para as Agências Reguladoras e revogou os artigos da lei impugnada que criavam empregos, dispondo ainda no art. 6º:

"Art. 6º O regime jurídico de cargos e carreiras referidos no art. 1º desta Lei é o instituído na **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, observadas as disposições desta Lei."

Descortinada a importância dos regimes de cargos e empregos e sua diferenciação dos agentes políticos, que não detêm vínculo perene com a Administração, de grande magnitude é também o estudo da sujeição de seus ocupantes e exercentes aos regimes jurídicos da improbidade administrativa e/ou dos crimes de responsabilidade.

Com efeito, nas palavras do eminente professor Emerson Garcia em sua palestra na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao abordar a Lei de Improbidade Administrativa, a correta interpretação da referida lei é essencial, sob pena dos

"riscos de só alcançar os escalões inferiores da Administração Pública (...), pois, quando deixamos de punir a corrupção nos altos escalões do poder, nós automaticamente estimulamos a sua proliferação nos escalões inferiores. Então essa é a grande preocupação. Não é apenas definir se um ministro, se um presidente, se um governador, se um prefeito podem responder por atos de improbidade. A preocupação maior é criar um código de conduta, um código de conduta oficial que abranja toda Administração Pública, e não um código paralelo de conduta, um código paralelo que seria direcionado àqueles que não seriam alcançados pela Lei de Improbidade."

## **2 Noções preliminares sobre a Lei da Improbidade Administrativa**

A Constituição Federal, no Título II, que trata da Organização do Estado, dedica um tópico específico para tratar "Da Administração Pública", qual seja, o Capítulo VII.

O Capítulo VII é iniciado pelo famoso art. 37 da Carta Magna, que insculpe os princípios basilares da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Seguem 22 incisos e mais 12 parágrafos tratando da Administração Pública, não se olvidando os outros artigos inseridos no capítulo.

O referido art. 37 já teve vários de seus incisos e parágrafos, e até mesmo o *caput*, alterados pelas sucessivas emendas constitucionais que pretendem tornar a Administração Pública mais célere e eficiente e, concomitantemente, menos sujeita aos desmandos que lesam o erário. Todas as reformas constitucionais, no entanto, mantiveram incólume o § 4º do art. 37, tema do presente estudo:

“§ 4º – 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.”

Tratando-se de um curto parágrafo, com poucas linhas, não deveria ser objeto de aceras disputas doutrinárias e jurisprudenciais, não fosse pelo fato de possuir denso conteúdo normativo com o espectro de dificultar a sobrevida pública dos usurpadores do erário.

De fato, em um país em que pululam notícias de corrupção, desvio de verbas públicas, malversação de dinheiro público e enriquecimento ilícito, dentre outras notícias desalentadoras, passa despercebido da maioria dos cidadãos que existe previsão constitucional, já regulamentada por lei, para fazer cessar a sangria dos cofres públicos e punir severamente os seus responsáveis.

Em época de democracia plena, a pós-modernidade não mais tolera a má gestão da coisa pública, que deve ceder espaço à **boa gestão pública**, como decorrência do imperativo da **ética**.

Fábio Medina Osório bem sintetiza os novos anseios na pós-modernidade:

“Vemos a exigência de boa administração – tal e como funciona na atualidade – como produto específico da pós-modernidade, esse contexto no marco do qual os novos paradigmas ainda seguem abertos, e os velhos, em permanente questionamento crítico. É certo que, nesse universo, o discurso político tem muito a ver com o econômico, especialmente no tocante aos paradigmas de qualidade, eficácia e eficiência dominantes no âmbito das atividades privadas.”**(16)**

Por outro lado, a exigência de boa administração, como decorrência dos princípios insertos no art. 37 da Constituição, tem variáveis que no mundo contemporâneo se sujeitam às constantes evoluções sociais e éticas. Novamente Fábio Medina Osório estabelece a grande dificuldade imposta na definição da boa administração:

“Os conteúdos da chamada ‘boa administração’ costumam ser mais políticos, culturais e econômicos do que propriamente jurídicos, já que dificilmente o Poder Judiciário logra obter a imposição da eficiência administrativa pela via de sentenças ou acórdãos. Diversamente, os conteúdos da má gestão pública podem ser melhor configurados juridicamente, visto que o direito sancionador pode ocupar um importante lugar de destaque nas correções dos desvios e atos ilícitos.”**(17)**

A importância da boa gestão na pós-modernidade se justifica pelo fato de que a legitimação pelas formalidades persiste válida, mas deve estar acompanhada por bons resultados. Daí porque, nas palavras de Osório, “O imperativo de boa gestão pública se aplica, pois, a todos os Poderes de Estado, a todo o setor público, não importam a natureza nem a qualidade do órgão ou de seus titulares.”**(18)**

## **2.1 Ética mínima**

Muitos países estão constituídos democraticamente, regendo-se sob sistemas e formas diversas de governo. Em ciência política, o sistema de governo é a maneira pela qual o poder político é dividido e exercido no âmbito de um Estado. Pouco importa o sistema, se parlamentarista ou presidencialista ou qualquer outro democraticamente construído, o certo é que **se exige ética de todos os agentes que participam do sistema**. Essa ética exigível dos agentes públicos pode ser considerada como uma **ética mínima**, ou seja, pode existir uma zona cinzenta em que não haja certeza sobre a correção da conduta do agente, mas

certamente há também uma zona bem clara de um **mínimo eticamente exigível**. Pode-se dizer, assim, que o código de conduta moral vigente em determinada sociedade não estabelece quais são as ações consideradas probas ou éticas pelos agentes públicos, mas, ao reverso, estabelece quais condutas são improbas e antiéticas. Logo, **a ética mínima impõe que o agente público não incida em condutas improbas e antiéticas**.

Havendo uma ética mínima a ser observada pelos agentes públicos, não há porque imaginar que alguém possa estar imune a sua observância. Como ensina Osório:

“A ideia de responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos contrários a normas éticas é muito antiga e radica no imperativo ético de imputação. Já se disse que dos tempos mais remotos há notícias de responsabilidade dos homens públicos. O que trocou é o alcance das imunidades do poder. Mas a História registra delitos contra o Estado Romano e a correspondente responsabilidade do funcionário público.”**(19)**

Observando-se a história recente de nosso país, nota-se que nas últimas décadas há um incremento gradativo no campo das responsabilidades dos agentes públicos, digo, a responsabilidade tem migrado também, como não poderia deixar de ser, para os altos escalões. Aliás, o exemplo clássico foi a responsabilidade ter alcançado o maior escalão do Poder Executivo, com o *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello.

Mesmo reconhecendo que há diversos escalões nos sistemas de governo, não vemos como possa existir qualquer agente público imune à ética mínima e às consequências de sua inobservância. Veja-se a lição de Osório:

“O que se observa, portanto, é que existe um consenso democrático e republicano sobre o imperativo ético da imputação. Não se toleram agentes públicos revestidos de imunidades absolutas. O regime de responsabilidades pode variar, com seus detalhes e alcance diversos, mas sempre haverá de existir níveis básicos de responsabilidade. A tendência é a de que as responsabilidades devam existir já em patamares mínimos, como o seria uma responsabilidade situada no patamar daquilo que se designa como o mínimo eticamente exigível. E tampouco poderiam tais níveis ultrapassar um teto máximo, que é o das modalidades de sanções admissíveis nos Estados Democráticos de Direito, porque todas as Constituições democráticas consagram limites quantitativos ou qualitativos à pretensão punitiva do Estado.”**(20)**

## **2.2 Enquadramento da Improbidade Administrativa**

Como já observado anteriormente, o instituto da improbidade administrativa tem foro constitucional, estando previsto no § 4º do art. 37. Nada se pode alegar, portanto, acerca da constitucionalidade de sua existência, que tem previsão constitucional – embora tenha havido alegação da inconstitucionalidade formal da Lei nº 8.429/92. Questão diversa, no entanto, e que tem atormentado os aplicadores da lei, é a questão do alcance da referida norma, vale dizer, qual a natureza jurídica dos atos de improbidade e quem pode ser sujeito ativo deles. A propósito, a crítica às imperfeições da lei não escapa do comentário de Benedicto de Tolosa Filho:

“Apesar de servir ao fim a que se destina, a Lei de Improbidade Administrativa é tida como uma verdadeira ‘babel jurídica’ ou uma heresia de técnica legislativa, por englobar no texto normas de direito administrativo, de direito civil, de direito econômico, de direito penal e de direito processual penal, bem como por sua forma com graves distorções de sistematização, com lacunas procedimentais e o uso desprovido de maior rigor técnico, dificultando, por vezes, sua interpretação e sua aplicação.”**(21)**

Logo, a despeito dessas imperfeições, primeiramente há que se definir qual é a natureza jurídica do ato de improbidade, para saber quem vai se sujeitar à lei ou não, para, em uma terceira etapa, definir a competência para julgamento do processo.

Sem nos aprofundarmos no tema, adotamos o conceito básico de improbidade administrativa fornecido por Tolosa Filho:

“Improbidade administrativa é a conduta antiética do agente do Poder Público, na condução da ‘coisa pública’, desviando-se dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, independentemente de causar lesão ao Erário ou de se enriquecer ilícitamente.

O núcleo da ação que caracteriza a improbidade administrativa está na conduta antiética do agente da administração pública.”(22)

Quanto à natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, podem ser delineados quatro critérios básicos na busca de sua definição.

O primeiro critério refere-se aos aspectos intrínsecos da sanção imposta na Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, se é possível enquadrá-la como penal, civil, administrativa ou política. Sob o prisma ontológico, sabe-se que a sanção pode ser penal, mas nem sempre a prisão detém caráter penal. Com efeito, a prisão do inadimplente de pensão alimentícia não tem o caráter penal. Por outro lado, pode haver a perda de cargo público em razão de sentença penal, processo administrativo ou até ação de improbidade. Assim, o Poder Legislativo, por intermédio da liberdade política, é que enquadra a sanção em determinado ramo do direito. Logo, o legislador tem liberdade valorativa. Enfim, a sanção do ato de improbidade é penal, civil, administrativa ou política? Não há essa caracterização na lei! De outra banda, a suspensão dos direitos políticos pode decorrer de condenação criminal ou de crime de responsabilidade, expressão que tem penetrado na seara da improbidade administrativa, assim como pode decorrer de condenação por ato de improbidade administrativa.

O segundo critério para definição da natureza jurídica do ato de improbidade é o da relação jurídica base: a LIA tem natureza administrativa? Trata-se de uma pergunta capciosa, pois então a lei seria inconstitucional, já que a União não pode legislar sobre direito administrativo pelos Estados-membros. Na realidade, afasta-se esta tese de a lei possuir natureza administrativa com o simples argumento de que as sanções não são aplicadas por administrador, e sim pelo Poder Judiciário. É certo que eventualmente as mesmas condutas podem ser penalizadas também no âmbito administrativo, mas isso decorre da independência das esferas civil, administrativa, penal e política.

De fato, decorre da unidade factual uma pluralidade de consequências, ou seja, a partir de um mesmo fato pode haver consequências jurídicas diferentes, justamente porque as instâncias são independentes: o agente pode incidir em diversas esferas a partir de um mesmo fato! A teoria da relação jurídica base imporia que, se a lei fosse de natureza administrativa, o infrator da LIA somente responderia por ela, e não incidiria concomitantemente na lei penal e/ou civil, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro critério envolve o bem jurídico a ser afetado pelas sanções, pois cada bem jurídico tutelado se enquadra em uma determinada perspectiva sancionadora: multa, proibição de contratar, ressarcimento do dano e perda de bens adquiridos ilícitamente são de natureza patrimonial; perda da função pode ser patrimonial e funcional; suspensão dos direitos políticos tem contorno político, diz respeito ao direito de participação. Há uma variedade de possibilidades, de modo que não se pode definir a natureza jurídica do ato de improbidade de acordo, exclusivamente, com o bem jurídico atingido pela sanção.

O quarto critério envolve o sistema utilizado para aplicação da sanção. No caso da LIA, quem aplica a sanção é o juiz, então a lei não poderia ser de natureza administrativa, pois juiz não aplica penalidade administrativa quando está no exercício da atividade jurisdicional. Juiz somente aplica penalidade administrativa quando no exercício de função administrativa, como, por exemplo, na Direção do Foro ou na Presidência do Tribunal.

Por outro lado, a LIA utiliza o *iter* procedimental do CPC, bem como o juiz processante deve assegurar garantias ao réu, como, por exemplo, ser defendido por advogado, pois se trata de processo judicial.

Quanto à tipicidade dos atos de improbidade administrativa, ela é muito mais aberta do que no direito penal, como se observa do advérbio “notadamente” constante dos artigos 9º, 10 e 11 da lei, lembrando-se que no direito penal a tipicidade é restrita.

A análise nos leva à conclusão de natureza extrapenal dos atos de improbidade e das sanções da LIA, pois:

1) o art. 37, § 4º, da CF estabelece ao legislador identificar o que seriam esses atos, **sem prejuízo da ação penal cabível**;

2) a LIA utiliza o advérbio “notadamente” nos artigos 9º, 10 e 11, o que corrobora o parágrafo anterior, uma vez que no direito penal vige a tipicidade restrita, incompatível com o advérbio mencionado;

3) o *status dignitatis* do indivíduo é mais abalado na sanção penal, a mais grave de todas, do que na condenação por ato de improbidade. Como exemplo, observe-se que a multa no direito penal e a suspensão dos direitos políticos no âmbito da LIA têm efeitos diversos, pois a cominação da sanção penal afeta mais o *status dignitatis* do indivíduo, já que há efeitos secundários, tais como a reincidência e o nome no rol dos culpados;

4) a LIA aplica o vocábulo pena, o que não é suficiente para caracterizar o âmbito penal, pois pena, no direito penal, é reprimenda e, no âmbito do direito administrativo, também existe pena, sem que se confunda com o direito penal;

5) a legitimidade para ajuizamento da ação: no âmbito penal a regra é o Ministério Público, na LIA é legitimidade disjuntiva e concorrente pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica lesada;

6) há a possibilidade de incidência dos princípios reitores do direito penal, mas somente naquilo que se compatibilize e preserve a lei, e não naquilo que venha a desautorizar a lei de improbidade administrativa.

O STF já declarou na ADIn 2.182 que a LIA é formalmente constitucional e em breve vai se manifestar sobre a constitucionalidade material, sobretudo a tipologia aberta e a gravidade das sanções:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA.

1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992, dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.

2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.

3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

Confirmada a constitucionalidade formal da LIA pelo Supremo, bem como constatada a sua natureza extrapenal, a principal consequência é a não incidência do foro por prerrogativa de função para julgamento dos agentes públicos, inclusive dos agentes políticos.

Trata-se de entendimento jurídico, e não político, que decorre de uma

interpretação harmônica da Constituição Federal, sobretudo porque seus artigos 102 e 105 tratam claramente da competência originária do STF e do STJ, que há anos vêm reafirmando em seus julgados que essa competência não pode ser ampliada ou elastecida senão por alteração constitucional. A propósito, calha à fivetele recente decisão do STF não conhecendo de Ação Popular (PET 121104) proposta contra os Presidentes da República, do Senado e do próprio STF e o Advogado-Geral da União, em que se discutia a nomeação de novo Ministro do Excelso Pretório, em que transcrevo excerto da decisão monocrática do i. Ministro Ricardo Lewandowski:

“A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIII, consagrou a ação popular como um importante instrumento de participação política do cidadão em defesa da *res publica*. Em tal atividade, como bem colocado pela Min. Cármen Lúcia, ‘o cidadão atua, então, em seu próprio nome e em defesa de direito que é também seu, mas não apenas seu, senão de toda sociedade’ (ACO 622-QO/RJ, da qual fui Relator para o acórdão).

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a sua competência originária taxativamente prevista no art. 102, e em seus incisos, da Constituição de 1988, não inclui as ações populares, mesmo quando propostas contra atos do Presidente da República, das Casas que compõem o Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou desta Corte.

Mesmo sob a égide da Constituição de 1967/69, o Plenário deste Tribunal assentou que ‘a competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição’ (Pet 194-AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves).”

Revelado pelo próprio STF, em inúmeros acórdãos, que o foro por prerrogativa de função somente se aplica aos casos expressos da Carta Federal, ou, ainda, dentro de sua esfera de competência – simetria constitucional –, aos casos previstos nas constituições dos Estados, não haveria espaço para dúvida no caso da Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, o cenário jurídico não é estanque, sendo constantemente permeado pelo discurso político-jurídico, na verdade um jogo de forças entre os diversos segmentos sociais. Nesse cenário, é importante observar que tramitam nos foros de todo o país centenas de ações de improbidade administrativa, muitas das quais ajuizadas contra agentes políticos em pleno exercício de cargo ou mandato eletivo ou mesmo contra agentes públicos que posteriormente galgaram cargos ou mandatos eletivos com *status* de agente político.

A tese do foro privilegiado para julgamento da ação de improbidade administrativa granjeava poucos admiradores, até que o discurso político-jurídico entrou em cena: um Ministro de Estado foi condenado em primeira instância por utilizar jato da FAB e ir passear em Fernando de Noronha, o que gerou a Reclamação nº 2.138 para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal. Acolhida por 6 votos a 5, em um julgamento que demorou cinco anos, a decisão final foi proferida em 2007 e restou assim ementada:

“RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. (...)

II. MÉRITO.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a

concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição.

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

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

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

### III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.”

A decisão do STF susotranscrita não apenas tratou do foro por prerrogativa de função, mas, como se lê do item II.2 da ementa, cuidou de afastar alguns agentes políticos da sujeição à Lei nº 8.429/92 ao argumentar que “Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).”

Assim, a Corte Suprema criou ou pelo menos declarou uma diferenciação entre os agentes públicos que atentam contra a probidade, uns incidindo na LIA, outros não. No nosso ver, trata-se de discriminação que atenta contra a isonomia que existe entre os cidadãos no Estado Democrático de Direito. Com efeito, na evolução do Estado absolutista aos tempos modernos, não há mais espaço para a existência de uma **casta de cidadãos com imunidade**, tal como a declarada pelo Supremo. Dizer que determinado agente público se sujeita a uma lei especial equivale a lhe conferir imunidade sobre os atos de improbidade descritos na lei geral, esta decorrente de comando da própria Constituição (Lei nº 8.429/1992 e CF, art. 37, § 4º).

Felizmente, a decisão na referida Reclamação foi tomada por apertada maioria (6x5), servindo de alento saber que ainda existem pessoas probas e iluminadas na Suprema Corte, como se colhe do voto do Ministro Celso de Mello:

“A forma republicana de Governo, analisada em seus aspectos conceituais, faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade a que se devem submeter, de modo pleno, todos os agentes públicos, inclusive aqueles que se qualificam como agentes políticos.

O princípio republicano, que outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas a partir de 1891, não obstante sua plurissignificação conceitual, consagra, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os agentes políticos, em particular – são responsáveis perante a lei.”

E não nos esqueçamos do voto do Ministro Carlos Velloso, que demonstra

conhecer bem o país em que vive, ao declarar que “Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos”.

Também o Ministro Marco Aurélio declarou que espera uma mudança desse entendimento discriminatório:

“No tocante à prerrogativa de foro – para não falar em privilégio, porquanto todo privilégio é odioso –, as normas que o encerram são de direito restrito. A prerrogativa está limitada aos parâmetros subjetivos definidos, muito embora saibamos que a prerrogativa visa proteger o mandato, visa proteger o próprio cargo ocupado.

De qualquer forma, ainda pretendo viver dias em que os ares republicanos serão mais sentidos, mais percebidos, partindo-se para a igualização de tratamento. (...) Jamais vivemos com esta outra ideia: haver a prerrogativa de foro sob o ângulo civil, considerada a ação que, pelo texto da própria Carta, já que não temos, repito, no campo penal, sobreposição, é cível – definição do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal.”

Ademais, é possível que o Supremo Tribunal possa mudar essa orientação – esperança ainda nos resta –, já que ela mesma decorre de guinada de pensamento da Corte no julgamento proferido na ADIn 2797, em que declarada a inconstitucionalidade da ampliação da competência do STF para julgamento de ex-detentor de foro de prerrogativa de função:

“(…)

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. (...).

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C. Pr. Penal introduzido pela Lei 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre



estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal – salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X, e 96, III – reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e ao julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo *impeachment* é da competência dos órgãos políticos –, a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.” (ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15.09.2005, DJ 19.12.2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)

Por outro lado, não se podem confundir os crimes de responsabilidade com os atos de improbidade administrativa, pois os contornos jurídicos são diversos. Aliás, o próprio § 4º do art. 37, ao instituir a improbidade administrativa, ressalta a independência da esfera penal.

Para o Presidente da República, o crime de responsabilidade é infração político-administrativa sujeita a um julgamento político pelo Senado após autorização da Câmara, sendo que não há fundamentação jurídica profunda, mas um julgamento político:

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

Quanto à questão da coexistência da improbidade e do crime de

responsabilidade, o STJ assim se manifestou na Reclamação 2790:

"(...)

1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza."

Vê-se que o STJ reconhece a coexistência dos regimes de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, só a excepcionando para o Presidente da República.

Enfim, a Constituição prevê tanto o crime de responsabilidade quanto o ato de improbidade – art. 85, V, art. 37, § 4º –, de modo que as duas figuras são diferentes.

Com efeito, a Constituição Federal é una, indivisível, e todos os seus princípios, as suas regras e os seus valores têm um sentido que não pode ser aniquilado. É claro que por vezes haverá uma ponderação entre princípios, em que, diante de um caso concreto, haverá a maximização de um deles.

No contexto de que se cuida, porém, a unidade da Constituição somente conduz a que os agentes públicos atuem com probidade, subsumindo-se **"aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"**, trabalhando com respeito ao bem comum, para que se possa **"construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"**, devendo todos os agentes públicos estar cientes de que **"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 na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"**, de modo a efetivar o princípio de que **"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"**, não olvidando que **"Todo o poder emana do povo"** (CF: art. 37, *caput*; art. 3º, I e IV; art. 37, § 4º; art. 5º, *caput*; art. 1º, parágrafo único).

A solução a ser adotada no caso concreto, portanto, envolve os **princípios** e as **regras** constitucionais supradelineados, uma vez que a simples subsunção da norma profligada a somente um dos princípios ou regras não se mostra suficiente ao equacionamento da questão.

Como ensina Luís Roberto Barroso:

"Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor –, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão."**(23)**

Como já analisado, há diferentes princípios e regras constitucionais aplicáveis à hipótese da improbidade administrativa, revolvendo não só os direitos fundamentais, mas questionando até mesmo a eficiência do serviço público prestado. Daí que adverte Barroso acerca da impossibilidade de, em casos tais, trabalhar-se com a solução subsuntiva, pois "o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas".

Para solucionar a aparente colisão entre as normas constitucionais, destarte, "Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes

sobre aquele conjunto de fatos".(24)

Nesta senda, verifica-se ser possível a coexistência dos regimes de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, sem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da norma.

Diante da dificuldade de interpretação encontrada, deve o intérprete então acolmar as diversas normas constitucionais, para que possa dar à lei em testilha uma interpretação que encontre validade na Constituição.

E mais, deve o julgador primar pelo verdadeiro cumprimento das disposições constitucionais, aplicando então o Princípio da Efetividade da Constituição.

Mais uma vez ensina Barroso:

"Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação 'corretiva' que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto."(25)

Nesse sentido de acolmatação procederam os Ministros do Excelso Pretório que restaram vencidos no julgamento da Reclamação 2.138, como já citado anteriormente, valendo uma breve transcrição do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

"Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela da Lei nº 8.429/92 (...); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos. (...)

Distintas e que não se excluem, podendo ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos, embora desencadeados pelos mesmos fatos.

(...)

É bom lembrar (...) que 'nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente' (crimes comuns *versus* crimes de responsabilidade ou políticos)."

Não basta, contudo, emprestar interpretação conforme à lei combatida. Há que se primar pela efetivação dos direitos assegurados na Constituição.

Quem melhor sintetiza o que significa dar efetividade às normas constitucionais é novamente Barroso:

"Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador."(26)

## Conclusão

Como analisado, os regimes jurídicos dos agentes públicos estão previstos na Constituição Federal, que também prevê as sanções para os atos de improbidade administrativa.

Foram examinados os argumentos jurídicos favoráveis e contrários ao

juízo de improbidade administrativa pelos juízos de primeira instância, descortinando que existe até mesmo entendimento acerca da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a certos agentes públicos, notadamente os agentes políticos.

Após o estudo da matéria, revelou-se que a Constituição prevê um regime de responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, o qual vem encontrando dificuldade de eficácia, especialmente no que concerne aos agentes políticos, pois há entendimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal de que certos agentes políticos somente se sujeitam aos crimes de responsabilidade.

Nosso entendimento é que existe um sistema geral de improbidade administrativa decorrente do § 4º do art. 37 da Constituição Federal e instaurado pela Lei nº 8.429/92, aplicável a todos os agentes públicos, notadamente aos agentes políticos. Trata-se de conclusão que decorre da interpretação da Constituição, necessária a fim de impingir a moralidade em todos os escalões da Administração Pública.

Por fim, quanto à definição da competência para julgamento da ação de improbidade administrativa, proposta nos termos da Lei nº 8.429/92, a conclusão lógica é que o foro por prerrogativa de função somente se aplica aos casos expressos na Constituição, não podendo ser alargado senão por alteração constitucional, de modo que a ação deve ser iniciada junto aos juízos de primeira instância.

### Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

### Notas

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 430.

2. Id. *ibid.* p. 430.

3. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127.

4. Id. *ibid.* p. 144.

5. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232.

6. Id. *ibid.* p. 232.

7. GASPARINI, Diógenes. *op. cit.* p. 154.

8. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit. p. 232.
9. Id. ibid. p. 234.
10. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit. p. 236.
11. Id. ibid. p. 236.
12. Id. ibid. p. 240.
13. Id. ibid. p. 240.
14. Id. ibid. p. 241.
15. Id. ibid. p. 244.
16. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46.
17. Id. Ibid. p. 47.
18. Id. Ibid. p. 48.
19. Id. Ibid. p. 48.
20. Id. Ibid. p. 49.
21. TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à lei de improbidade administrativa.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.
22. Id. Ibid. p. 42.
23. BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 344.
24. Id. Ibid. p. 345.
25. Id. Ibid. p. 361.
26. Id. Ibid. p. 364.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):  
CARMONA, Rafael Selau. A improbidade administrativa e a isonomia entre os agentes públicos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Rafael\\_Carmona.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Rafael_Carmona.html)>  
Acesso em: 05 nov. 2012.