

Comentário à Jurisprudência

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429 DE 1992 EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS

ALINE MARIA PEREIRA
Bacharelanda em Direito - UNIFOR / MG

1. Introdução

O Brasil sempre teve sua história marcada pela corrupção. Exemplo disso são os esquemas de apadrinhamento, compra de votos, superfaturamento em obras públicas e evasão de divisas. Diante desse contexto, tem sido cada vez maior a preocupação do sistema jurídico brasileiro em criar mecanismos de controle das atividades exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e seus agentes.

Com esse objetivo, a Constituição da República de 1988, promulgada logo após um período ditatorial, implementa vários instrumentos de combate à corrupção. Dentre esses, pode-se destacar a previsão constitucional contida no artigo 37, que instituiu princípios aos quais estão vinculados os agentes responsáveis pelo exercício de qualquer atividade pública.

Entre eles, o princípio da moralidade merece especial atenção, pois visa exigir uma postura cada vez mais honesta e proba nas atividades do Estado, obtendo o combate à corrupção em quaisquer de suas formas.

Com o fim de garantir que a moralidade seja respeitada, a Lei Fundamental instituiu sanções aos seus violadores, conforme disposição do artigo 37, § 4º, e, ainda, a necessidade de uma lei posterior regulamentar o tema.

E foi com esse objetivo que foi publicada, em 2 de junho de 1992, a Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), descrevendo sanções para atos violadores da probidade e que tenham por causa o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentem contra os princípios da administração pública. Contudo, há mais de 17 anos em vigência, a referida lei ainda suscita muitas divergências. Uma delas diz respeito a sua aplicabilidade em face dos agentes políticos.

Alvo inclusive de análise no Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não é pacífica, suportando entendimentos diversos tanto no âmbito dos tribunais brasileiros como pelos doutrinadores, o que revela a importância e a atualidade do tema.

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar se houve um consenso em relação à aplicação da Lei da Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

2. Agente político como alvo das sanções previstas na Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92, em seu artigo 1º, descreve que os atos de improbidade administrativa podem ser praticados por *qualquer agente público, servidor ou não*, demonstrando a existência de dois tipos de sujeitos ativos: os agentes públicos e os terceiros.

Quanto aos agentes públicos, o artigo 2º do diploma legal em estudo¹ descreve:

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. (grifo nosso)

Desse conceito se extrai que a expressão *agentes públicos* é gênero, do qual figuram como espécie, entre outros, os agentes políticos. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello melhor explica:

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, os 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.

Assim, em uma análise rápida do tema, chegar-se-ia à conclusão que aos agentes políticos aplicam-se as sanções inerentes à Lei da Improbidade Administrativa, contudo a comunidade jurídica brasileira tem dissentido em tal aplicação.

Os primeiros vestígios da controvérsia surgiram na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, proposta no Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Membros

¹ BRASIL. Lei n. 8.492, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 21 set. 2009.

do Ministério Público, cujo mérito visava analisar a extensão da competência por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal na Ação de Improbidade Administrativa, em virtude da introdução do § 2º no artigo 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/2002.

A referida disposição introduzida no artigo 84 do Código de Processo Penal inovava ao criar o foro por prerrogativa de função aos agentes julgados pela ação de improbidade administrativa, surgindo, pois, o questionamento sobre aplicar o novo preceito.

Em votação, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, argumentou pela inconstitucionalidade da nova disposição, uma vez que a competência para julgar em virtude da prerrogativa de função decorre das hipóteses previstas na Constituição da República, não cabendo ao legislador ordinário criar novas situações.

Por seu turno, os defensores da constitucionalidade² argumentavam que a Lei nº 8.429/92 trazia em seu bojo crimes de responsabilidade, aos quais são inerentes o foro pela prerrogativa de função em virtude de preceito constitucional (artigo 102, I, c, da Constituição da República de 1988). Afirmavam, ainda, que os agentes políticos, em razão do cargo que ocupam, necessitam de maior liberdade funcional, o que ensejaria a prerrogativa de função para a ação de improbidade administrativa.

Ao final a tese vencedora na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 foi a que fundamentou a inconstitucionalidade do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal.

Contudo, enquanto processava-se a referida ação, já havia naquela corte uma reclamação envolvendo o tema. Tratava-se da Reclamação nº 2.138,³ da relatoria do ministro Nelson Jobim, na qual se buscava a declaração de que o juízo de origem usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o agente político por ato de improbidade.

A Advocacia-Geral da União alegava que o ex-ministro da ciência e tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, deveria ser julgado por crime de responsabilidade e não por ato de improbidade administrativa por se tratar de agente político, o qual se sujeitaria a um regime de responsabilidade distinto dos demais agentes públicos, em virtude do disposto no artigo 102, I, b e c, da *Lex mater*.

Cinge-se que, ao final, em um placar apertado de seis votos a cinco, a tese vencedora afirmou não estarem os agentes políticos sujeitos à Lei da Improbidade Administrativa. Não obstante, após o término do julgamento da Reclamação nº

² Nesse sentido se manifestaram os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, pelo Supremo Tribunal Federal.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138. Relator Ministro Nelson Jobim. Data da publicação: 18/04/2008.

2.138, em 13/06/2007, o ministro Joaquim Barbosa levou a julgamento em plenário, como relator, a Petição nº 3.923, oportunidade na qual tentou reavivar a discussão realizada no julgamento anterior.

Tratava-se, na Petição nº 3.923, de causa envolvendo o ex-prefeito da cidade de São Paulo, Paulo Maluf, contra quem o Ministério Público daquele estado ajuizou ação civil pública com a finalidade de aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Em primeira instância, foi o ex-prefeito condenado, tendo sido a sentença mantida pelo Tribunal de Justiça Paulista, o que ocasionou, posteriormente, a coisa julgada e a fase de cumprimento de sentença.

De modo que, já sendo a decisão condenatória objeto de cumprimento de sentença, o ex-prefeito aviou ao juízo da execução pedido no sentido de que fosse o processo extinto sem resolução do mérito ou que se enviassem os autos ao Supremo Tribunal Federal tendo em vista a sua eleição como deputado federal, ao argumento de que, sendo agente político, não estaria sujeito à Lei nº 8.429/92 - primeiro porque a aludida lei ostenta caráter penal e segundo porque ainda estava pendente de julgamento a Reclamação nº 2.138 (processo em que esses temas estavam sendo discutidos).

Ao acatar, parcialmente, o pedido formulado, o juízo da execução remeteu os autos à Suprema Corte brasileira sustentando a aplicação ao caso do artigo 102, I, *b*, da Constituição da República de 1988. No entanto, à unanimidade, os membros daquele tribunal decidiram que não caberia o deslocamento da competência para o cumprimento da sentença, devendo ocorrer o retorno dos autos à primeira instância.

Em síntese, a divergência iniciada no Supremo Tribunal Federal questionava a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 em face dos agentes políticos em virtude já existirem no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-lei nº 201/67, que, em tese, regulamentam matérias semelhantes àquela descrita na Lei 8429/92.

A Lei nº 1.079/50 define crimes de responsabilidade praticados pelo presidente da República, governadores dos Estados e seus secretários, os ministros de Estado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e procurador-geral da República.

Já o Decreto-lei nº 201/67 dispõe sobre a responsabilidade do prefeito municipal e dos vereadores⁴ por atos cometidos durante o exercício do mandato.

⁴ É importante destacar, que no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.797, o Supremo Tribunal Federal afirmou: “[...] 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”. Assim, poderia concluir-se que a corte não incluiu os vereadores no rol de sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade, o que não quer dizer que tal entendimento prevalecente. É que o julgamento não tinha o objetivo de julgar a matéria, mas sim a previsão do artigo 84, § 2º do Código de Processo Penal, sendo portanto, matéria segunda, sem efeitos vinculantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconsti-

Assim, questiona-se, nos tribunais pátrios e na doutrina brasileira, a aplicabilidade ou não da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos principalmente depois de várias manifestações da Suprema Corte brasileira, sendo esse questionamento alvo de análise no próximo tópico.

3. As decisões do Supremo Tribunal Federal e a força normativa da Constituição

Feitas essas considerações, poderia o intérprete questionar se a divergência já não estaria resolvida quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, a Reclamação nº 2.138, a Petição nº 3.923 e no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 579.799. No entanto, em cada uma dessas manifestações proferidas pela Corte Suprema, há peculiaridades que impedem a vinculação de seus resultados a qualquer conclusão que se chegue neste estudo.

3.1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, conforme esclarecido acima, analisou a disposição do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal, que dispunha a respeito da prerrogativa de foro aos agentes políticos, isto é, matéria processual concernente à competência, surgindo, a título de argumentação secundária, por parte de alguns ministros, a tese de que os agentes políticos não estariam sujeitos à Lei da Improbidade Administrativa.

Ora, se o mérito da ação direta consistia em saber se o Supremo Tribunal Federal era ou não o órgão competente para o julgamento da ação de improbidade administrativa acrescentada ao art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, deve se perquirir acerca da abrangência dos efeitos vinculantes de tal decisão.

É que o Brasil, influenciado por países que adotam o sistema jurídico do *common law*, distingue dois tipos de argumentos com relevâncias específicas a serem proferidos pelos julgadores: argumentos principais e secundários.

Os argumentos principais são aqueles fundamentais para o julgamento do caso em análise, sem os quais a decisão não seria proferida nos moldes determinados, habitualmente denominados de *ratio decidendi* (ou *holding*), e possuem caráter vinculativo. Noutro turno, os argumentos secundários são aqueles ditos de passagem pelo julgador, apenas a título ilustrativo, sem, contudo, vincular a decisão. A este se convencionou denominar de *obiter dictum*.⁵

tucionalidade nº 2.797. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data da publicação: 19/12/2006).

⁵ Ver: Didier Júnior (2007, p. 233-234).

Mas separar o *obiter dictum* da *ratio decidendi* não é tarefa fácil, pois “[...] em uma decisão, o órgão judicial não indica, expressamente, qual é a *ratio decidendi*”.⁶

Não há, segundo a doutrina, um procedimento mediante o qual essa destilação possa ser feita. É o que diz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175): “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na [a decisão] como precedente, extrair a norma legal (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”.

Aplicando esses conceitos no tema em análise, verifica-se que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o ministro Marco Aurélio (e o seu voto foi vencedor naquela oportunidade) afirmou que o cerne da questão tratava da ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, pelo legislador ordinário. Nesse sentido o referido ministro delimitou:⁷

O que temos em jogo, nesta ação direta de inconstitucionalidade, é o primado da Constituição Federal, é a intangibilidade desse documento maior, que não pode, segundo o disposto no artigo 60 nela contido, ser alterada pelo legislador ordinário. Já não cogito nem mesmo do fato de se ter manuseado um diploma para suplantar-se o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 687, relatado pelo ministro Sydney Sanches.

[...]

Não vou tecer considerações maiores sobre a dualidade “prerrogativa e privilégio”. Caso o fizesse, numa óptica até visando à disciplina constitucional futura, entenderia que deveria tratar-se de competência linear, homenageando-se o princípio da igualdade e, portanto, sujeitando-se todo e qualquer cidadão, pouco importando o cargo exercido, ao respectivo juiz natural, sem a prerrogativa. Mas isso, a meu ver, não está em questão. O que está em jogo é o elastecimento, pelo legislador ordinário, da competência prevista na Constituição.

Por outro lado, alguns ministros posicionaram-se acerca da submissão ou não dos agentes políticos à Lei nº 8.429/92, assim como sobre a natureza das sanções nela cominadas. Por meio da leitura do voto do ministro Marco Aurélio, nota-se que esses argumentos não foram essenciais para o desfecho daquele caso, não tendo, como já ressaltado, sua Excelência se referido a eles em momento algum de seu voto. Consistindo, então, apenas em argumentos ditos de passagem pelos julgadores, não há que se falar em aplicação dos efeitos vinculantes sobre eles, permanecendo a discussão em aberto.⁸

⁶ Ver: Didier Júnior (2007, p. 235).

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Data da publicação: 19/12/2006.

⁸ Sobre isso, veja-se passagem de voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes: “Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se,

3.2. A Reclamação nº 2.138

Voltou o Supremo Tribunal Federal, dois anos após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, a discutir se os agentes políticos se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa, desta vez, nos autos da Reclamação nº 2.138.

O instituto jurídico da reclamação, previsto no artigo 102, I, I, da Constituição da República de 1988, sem que seja necessário aqui mencionar a sua natureza jurídica, uma vez que se trata de tema objeto de controvérsia na doutrina,⁹ objetiva, como elencado no próprio dispositivo legal, garantir a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assim como preservar a sua competência.

No intuito de manter intacta a competência daquela corte (artigo 102, I, b e c, da Constituição da República), foi então que a União ajuizou a Reclamação nº 2.138, aduzindo que se cuidava de questão envolvendo possível prática de crime de responsabilidade, e não de ato de improbidade administrativa, praticado pelo ex-ministro da ciência e tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, que, por se tratar de agente político, se sujeitaria a um regime de responsabilidade distinto dos demais agentes públicos.

Nesse caso, observe-se, a controvérsia foi resolvida em favor do agente político, por seis votos a cinco, constando, no voto proferido pelo relator, a determinação de arquivamento dos autos.

Todavia, não se pode ter, com base nesse julgamento, também, nenhuma argumentação no sentido que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, definitivamente, sobre a matéria em exame neste relatório monográfico. É que o próprio plenário daquele tribunal já decidiu pela ausência de efeitos vinculantes dessa decisão. Nesse sentido as ementas¹⁰:

tal como em relação à coisa julgada e à força de lei se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta* [...]. Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2475 AgR / MG - Relator(a): Min. Carlos Velloso. Data da publicação: 01/02/2008).

⁹ A discrepância doutrinária sobre a natureza jurídica da reclamação pode ser notada em voto proferido pelo ministro Celso de Mello: “[...] a reclamação, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua – ação (PONTES DE MIRANDA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forence), recurso ou sucedâneo recursal (MOACYR AMARAL SANTOS, RTJ 56/546-548), remédio incomum (ORO-SIMBO NONATO, apud Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (MONIZ DE ARAGÃO, “A correção parcial”, P. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3º, 2ª parte, P. 199, item nº 653, 9ª edição, 1987, Saraiva), ou medida processual de caráter excepcional (Min. DJACI FALCÃO, RTJ 112/518-522).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 527 AgR / ES. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data da publicação: 26/10/1998).

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.400. Relator(a): Min. Carlos Ayres Britto. Data

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. Alegado desrespeito à Rcl 2.318, ainda não definitivamente julgada. Inexistência de decisão do STF, cuja autoridade se pretende garantir. Ademais, em razão da sua índole subjetiva, a decisão a ser tomada na Rcl 2.138 somente gozará de eficácia vinculante quanto às partes nela envolvidas. Agravo regimental desprovido.

RECLAMAÇÃO. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Julgamento da Rcl nº 2.138. Efeito vinculante. Súmula vinculante sobre a matéria. Inexistência. Precedentes. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente da Corte.

3.3. A Petição nº 3.923

Finalizado o julgamento da Reclamação nº 2.138, o Ministro Joaquim Barbosa (voto vencido naquele julgamento) tentou reavivar a discussão da matéria, levando a julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a Petição nº 3.923.¹¹

Ocorre que, neste julgamento, isto é, o da Petição nº 3.923, o tribunal decidiu, à unanimidade de votos, no sentido do retorno dos autos à origem, prosseguindo-se o trâmite do processo, em face do agente político, em acórdão assim ementado:¹²

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza

da publicação: 28/09/2007; Reclamação nº 5.393 AgR / PA. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Data da publicação: 25/04/2008.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A Lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no *caput* do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou *impeachment*, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de *impeachment* exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.

Diante dessas informações, o intérprete pode estar se questionando se o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento anterior ao proferir essa decisão, ao que se pode responder negativamente. Havia, nesse último julgamento, peculiaridades que nortearam os votos dos ministros. Como ressaltado pelo ministro Cezar Peluso:¹³

Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator, mas, com o devido respeito, sobretudo quanto ao fundamento da petição, este caso não guarda nenhuma pertinência com a matéria do julgamento anterior, assim, porque parlamentar não pratica crime de responsabilidade e, desse ponto de vista, não é possível nenhuma analogia com a situação considerada no julgamento anterior [...]. Segundo – e esse me parece o argumento fundamental –, ainda que por hipótese tivesse direito a prerrogativa de foro etc., a coisa julgada – ou, conforme dizem os processualistas, a sanatória geral do processo – sepultou todas as nulidades. De modo que não haveria o de que se cogitar neste caso para impedir a execução perante o juízo competente, que é daquele que proferiu a sentença condenatória.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.923 QO / SP - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Data da publicação: 26/09/2008.

Em outras palavras, na Petição nº 3.923, a causa cuidava de parlamentar, que, como decidido anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, não pratica crime de responsabilidade, ao que se acrescenta o fato de estar a decisão condenatória, já em fase de cumprimento de sentença, o que impossibilitaria, como dito pelos ministros, o exame de qualquer nulidade.

Esse precedente não pode, pois, ser considerado para os fins de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal considera possível a aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Ressalte-se o fato de que do julgamento da Petição nº 3.923 participaram Ministros que não julgaram a Reclamação nº 2.138. É o caso dos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto, sucessores, respectivamente, dos ministros Nelson Jobim, Carlos Mário da Silva Velloso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão.

Fato importante a ser ressaltado é que, nos votos dos novos integrantes da corte, fazia-se alusão a que os agentes políticos poderiam sujeitar-se à Lei da Improbidade Administrativa, o que leva à conclusão externada por Emerson Garcia (2008, p. 426): “Com isto, pode-se afirmar que, na atual composição, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal rechaçam a tese prevalecente na Reclamação nº 2.138/2002, sendo ainda desconhecido o entendimento do Ministro Menezes Direito”.¹⁴

Essa modificação da composição do Supremo Tribunal Federal pode, conforme é previsto pela doutrina,¹⁵ alterar o posicionamento firmado na Reclamação nº 2.128, quando se discutir mais profundamente o tema, lembrando notícia de que o plenário do Supremo Tribunal Federal poderá vir a enfrentar o tema ao julgar os Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799 (artigo 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

3.4. O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799, o Supremo Tribunal Federal também decidiu sobre o tema em exame; porém, dessa vez, por meio de sua Segunda Turma. E decidiu da seguinte forma¹⁶:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
DESEMBARGADOR. AGENTE POLÍTICO. AÇÃO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Supremo Tribunal
Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição

¹⁴ Observa-se que da transcrição realizada é importante destacar a sucessão na cadeira de ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o falecimento do ministro Menezes Direito e a posse de seu herdeiro José Antônio Dias Toffoli, cujo entendimento a respeito do tema também é desconhecido.

¹⁵ Ver: Garcia; Alves (2008, p. 426).

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.799 AgR / SP - Relator(a): Min. Eros Grau. Data da publicação: 19/12/2008.

do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Contudo, o referido acórdão não se presta, por sua vez, a sustentar um posicionamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal. A uma porque, como já visto acima, não transitou em julgado o aludido acórdão, podendo sua decisão ser revista. A duas porque a leitura da ementa do acórdão pode induzir o intérprete a erro.

É que o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 579.799 teve como relator o ministro Eros Grau, que, nesse acórdão, sustentou a decisão recorrida, proferida nos seguintes termos:

Este Tribunal, em Seção Plenária realizada no dia 15.09.05, concluiu o julgamento da ADI n. 2.797, declarando a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02. Assentou que:

[...]

b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa, se estiver sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato;

c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancia crime de responsabilidade, respondem à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função [...].

5) O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da RCL n. 2.138, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 20.06.07, ao julgar caso análogo ao presente, fixou o seguinte entendimento:

Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF. Vencidos, quanto ao mérito, por julgarem improcedente a reclamação, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, estes acompanhando o primeiro, Sepúlveda Pertence, que se reportava ao voto que proferira na ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), e Joaquim Barbosa. O Min. Carlos Velloso, tecendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF,

art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluiu que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau.

Inicialmente, quanto à menção feita à decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o voto do ministro Eros Grau foi vencido, de modo que a reprodução de seu voto, nessa oportunidade, não pode traduzir o que decidido naquele outro julgado.

No que diz respeito à Reclamação nº 2.138, já foi ela objeto de dissertação anteriormente, nesse mesmo tópico, no sentido de que a sua decisão poderá ser revista, com a nova composição do Supremo Tribunal Federal, conforme registrado anteriormente, tendo em vista a ausência de efeitos vinculantes.

Não há, portanto, entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Ademais, mesmo que ainda se leve em consideração que a decisão na Reclamação nº 2.138 (momento no qual ocorreu maior ênfase sobre a discussão mencionada) foi tomada pelo plenário daquele tribunal, esse simples fato não basta para o fim de vincular os demais juízes à interpretação constitucional sobre essa matéria, garantindo-se a força normativa da Constituição da República.

É certo que os Regimentos Internos dos Tribunais Superiores têm conferido aos seus respectivos órgãos plenos competências para julgamento de matérias no intuito de uniformizar a jurisprudência no Poder Judiciário, garantindo assim uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados, consistente em uma maior previsibilidade quando do julgamento de casos semelhantes nas instâncias inferiores.

Não se pode exigir que seja seguido determinado posicionamento, ainda que advindo do plenário de algum tribunal, quando os próprios membros dele não o levam em consideração, tornando prevaletentes entendimentos pessoais.

A título ilustrativo, cabe aqui lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, por maioria de votos, ao julgar um *habeas corpus*,¹⁷ decidiu que não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo para os fins de estar presente a qualificadora do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal. Restaram vencidos, nesta oportunidade, os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, não

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.099 / RS. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Data da publicação: 05/06/2009.

tendo participado dos julgamentos os ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Aproximadamente quatro meses depois, a Segunda Turma da mesma corte, composta pelos ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa (esse último novamente ausente), ao julgar caso semelhante,¹⁸ decidiu, também por maioria de votos, e ficando vencida a Ministra Ellen Gracie, em sentido diametralmente oposto. É o que se extrai do Informativo nº 549,¹⁹ daquela corte:

A Turma, invocando decisão por ela proferida no HC 95142/RS (DJE de 5.12.2008) — segundo a qual não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, a título de emprego da arma de fogo, se esta não foi apreendida e nem periciada, sem prova do disparo — e não obstante reconhecendo a existência de entendimento diverso firmado pelo Plenário no HC 96099/RS (DJE de 10.3.2009), deferiu, por maioria, *habeas corpus* para afastar a mencionada qualificadora e restabelecer a pena proferida pelo tribunal de origem. Na espécie, condenados como incurso nos artigos 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, ambos do CP, pleiteavam o afastamento da qualificadora de emprego de arma de fogo, já que esta não fora devidamente apreendida para comprovar a existência, ou não, de seu potencial lesivo. Vencida a Min. Ellen Gracie que indeferia o *writ*.

Fica assim demonstrada a dificuldade dos próprios membros do Supremo Tribunal Federal em seguir posicionamentos externados pela corte.

4. Força normativa da Constituição

Ademais, poder-se-ia questionar se não haveria desrespeito à força normativa da Constituição ao adotar posicionamento diverso do externado na Reclamação nº 2.138.

O ministro Celso de Mello²⁰ conceitua a força normativa da Constituição como a “[...] indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem os princípios constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico.”

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94827 / RS. Relator(a). Min. Eros Grau. Data da publicação: 22/10/2009.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 549. Disponível em: <https://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>. Acesso em: 20 out. 2009.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603 / DF. Relator(a): Min. Celso de Mello. Data da publicação: 19/12/2008.

Ora, em que pese à dicção constitucional inserida no artigo 102, *caput*, afirmando que a interpretação da Lei Fundamental cabe ao Supremo Tribunal Federal, não podemos esquecer que essa corte é formada por uma composição transitória, afinal os membros se aposentam e outros passam a ocupar os cargos vagos, conforme o que aconteceu no caso discutido.

Em relação a essa mudança de relações fáticas, ou seja, a alteração na composição dos membros do Supremo Tribunal Federal, o doutrinador Konrad Hesse (1991, p. 23) afirma o seguinte: “[...] uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...] Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável”.

Portanto, se a Constituição está em constante interpretação e ainda, se os membros da Suprema Corte mudam seus posicionamentos, não há como se afirmar que esse ou aquele entendimento será o mesmo para sempre. Neste sentido é a orientação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:²¹

O julgamento da RCL 2.138 pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria mínima, que concluiu pela impossibilidade dos agentes políticos responderem por atos de improbidade, mas somente por crimes de responsabilidade, não tem o condão de estabilidade idônea para produzir efeito de precedente persuasivo, pois naquele momento tal posicionamento consagrou uma composição já desfeita daquele órgão.

Além disso, o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira (2009), em um estudo sobre a jurisprudência, afirma que ela se caracteriza pela repetição de um mesmo precedente sobre determinado direito.

De acordo com o referido doutrinador, é preciso primeiro que estejamos tratando de uma jurisprudência e não de um julgado, pois naquela o acórdão já fora reiteradamente reproduzido nos mesmos termos, o que demonstra estabilidade em seguir determinado posicionamento. Afinal, uma decisão isolada não constitui jurisprudência.²²

Segundo, a jurisprudência só é consolidada quando constitui precedente sólido a impor prestígio à comunidade jurídica.

No caso em análise, só há uma decisão a respeito, sem efeitos vinculantes.

Portanto, afirmar que o Supremo Tribunal Federal já dirimiu a controvérsia em aplicar a Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos não é uma verdade jurídica.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 2001.71.00.005911-8 UF: RS. Relator(a): Juiz Nicolau Konkel Júnior. Data da publicação: 14/10/2009.

²² Ver: Ferraz Júnior (2003, p. 245-246).

5. Conclusão

Após a realização deste trabalho, a conclusão a que se chega é que, apesar de a aplicação ou não da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos já ter sido alvo de análises no âmbito Supremo Tribunal Federal, nenhuma das decisões proferidas nessa corte teve o condão de pacificar o tema.

Afinal, no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, o tema foi analisado de forma passageira, em caráter secundário, caracterizando apenas *obiter dictum*. Já na Reclamação nº 2.138, apesar de haver analisado o tema ora estudado, não há efeito erga *omnes*, vinculando apenas as partes daqueles autos.

Na Petição nº 3.923, por sua vez, havia peculiaridades: a sentença que declarou a submissão do agente político à Lei nº 8.429/92 já havia transitado em julgado; ainda, o Supremo Tribunal Federal já havia externado entendimento que os parlamentares não praticam crimes de responsabilidade e, portanto, não haveria possibilidade de responsabilização do referido parlamentar em outra lei. Some-se a isso que a composição da corte havia-se modificado com essa nova decisão.

Também, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.799, que decidiu pela não aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, não transitou em julgado, encontrando pendente de julgamento Embargos de Divergência no Agravo Regimental do referido Recurso Extraordinário, que poderá dirimir por vez a divergência.

O que se pode afirmar é que já há, no âmbito da Suprema Corte brasileira, precedente de que não se aplica a Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

6. Referências bibliográficas

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podium, 2007. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*. Disponível em:
<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1916/Jurisprud%C3%Aancia_Fonte_Direito.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2009.

TUCCI. José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.