

CLAUDIA PIRES MATSUO

**ASPECTOS CONTROVERSOS NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE PERDA DA
FUNÇÃO PÚBLICA NO PROCEDIMENTO DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

10º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2015**

CLAUDIA PIRES MATSUO

**ASPECTOS CONTROVERSOS NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE PERDA DA
FUNÇÃO PÚBLICA NO PROCEDIMENTO DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado como requisito obrigatório para a conclusão e aprovação no 10º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, sob a orientação do professor Mestre Gabriel Lino de Paula Pires.

SÃO PAULO

2015

FOLHA DE AVALIAÇÃO
(relatório do professor)

ORIENTADOR DR. GABRIEL LINO DE PAULA PIRES: _____
(assinatura)

NOTA: _____

RESUMO

A pesquisa busca aprofundar o tema da sanção de perda da função pública trazida pela Lei de Improbidade Administrativa e a polêmica envolvendo a sua completa aplicação aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios e aos agentes políticos.

Para tanto, percorre os conceitos envolvendo a corrupção, a classificação dos agentes políticos, a natureza do ato de improbidade administrativa e, principalmente, a posição dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Reconhece no sistema constitucional a resposta para o alcance dos princípios que pautam a Administração Pública, respeitando-se, por conseguinte, as competências jurisdicionais nele estabelecidas e o devido processo legal.

Palavras-chave: Direito Administrativo - Improbidade Administrativa – Agentes públicos – Perda da função pública – Devido processo legal – Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

ABSTRACT

This research intends to make a deep study of the punitive sanction of the loss of public function according to the Administrative Improbity Act and the discussion concerning its complete application to public agents holding a life-tenured office and to politician agents.

Therefore it searches the concepts concerning corruption, the classification of politician agents, the nature of the administrative improbity and mainly the opinion of Appellate Courts on this theme.

It recognizes in the constitutional system the answer to reach the principles that regulates the Public Administration, consequently respecting the competent jurisdiction established in it and the due process of law.

Key-words: Administrative Law – Administrative Improbity - Public Agents – Loss of public function – Due process of Law – Precedents of Appellate Courts.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é uma virtude. Posso afirmar, sem dúvidas, que a vida me presenteou com pessoas tão carinhosas e participativas em meu processo de aprendizado que espero desenvolver cada vez mais tal virtude de forma plena.

Agradeço aos colegas que conheci no 10º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, com os quais pude compartilhar o conhecimento incorporado e também as angústias de ser sempre uma aprendiz. Em especial gostaria de lembrar de Guilherme Caetano Brainer, Carolina de Carvalho Zanon e Carolina Yonamine.

Agradeço ao professor Hugo Nigro Mazzilli que mesmo com tantos compromissos acadêmicos e sem ter tido contato próximo comigo, respondeu prontamente às correspondências eletrônicas que lhe foram enviadas, colaborando com o debate intelectual e, como sempre, jogando luz a questões que muitas vezes nos passam despercebidas.

Agradeço ao meu orientador, Professor Gabriel Lino de Paula Pires, o qual se mostrou um gentil guia na elaboração do trabalho, com comentários acurados e indicações preciosas, respeitando sempre os objetivos inicialmente estabelecidos pelo orientando.

Agradeço ao Diogo Dias, companheiro, conselheiro, enérgico incentivador dos meus estudos, aquele que acolhe os desafios a ele apresentados, percorrendo o caminho necessário sempre de mãos dadas comigo.

Agradeço aos meus pais, irmãos e à Marlene, nos quais cabem tanto amor e compreensão que jamais serei capaz de retribuir em igual medida.

Todos encontram-se presentes nestas linhas.

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	9
2) PERSPECTIVA HISTÓRICA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL	11
3) CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	17
3.1. Improbidade administrativa e corrupção.....	17
3.2. Improbidade administrativa e moralidade administrativa.....	20
3.3. Improbidade administrativa e crime de responsabilidade (Lei n. 1.079/1950 e Decreto-Lei n. 201/1967)	22
3.4. Improbidade administrativa na Lei n. 8.429/92 – natureza jurídica e a responsabilização civil, penal e administrativa	23
4) O CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO.....	27
4.1. O agente público na Constituição Federal	27
4.2. Classificações de agente público no Direito Administrativo.....	27
4.3. O agente público na Lei de Improbidade Administrativa.....	31
4.3.1. A Lei de Improbidade Administrativa e o agente político	33
4.3.2. Competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa	36
4.3.3. Jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa e à aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos.....	39
4.3.3.1. Supremo Tribunal Federal - a Reclamação n. 2.138/DF	39
4.3.3.2. Superior Tribunal de Justiça – a Reclamação n. 2.790/SC	41
4.3.3.3. Superior Tribunal de Justiça – o Agravo Regimental na Reclamação n. 12.514/MT	44
5) AS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	46
5.1. Sanções em espécie – uma visão geral.....	50
6) A SANÇÃO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA	51
6.1 Previsão constitucional de perda da função pública para cargos vitalícios	53
6.2 Procedimento para a perda da função pública nas Leis Orgânicas relacionadas a cargos vitalícios	54
6.2.1. As Leis Orgânicas relacionadas ao Ministério Público.....	56

6.3. A perda da função pública na hipótese de cargos com alta representatividade democrática	60
6.4. A jurisprudência dos Tribunais Superiores (REsp. 1.191.613).....	65
7) CONCLUSÕES	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1) INTRODUÇÃO

O surgimento da Lei n. 8.429/92 em nosso ordenamento jurídico decorreu do intuito de se promover a defesa do patrimônio público, bem jurídico defendido no § 4º do art. 37 da Constituição da República, em respeito aos princípios constitucionais a que está sujeita a Administração Pública, previstos no *caput* do mencionado dispositivo, assim como os agentes públicos que dela fazem parte.

Decorridos mais de vinte anos de vigência da lei, período correspondente, inclusive, à reconstrução da democracia brasileira, a sua aplicação ainda envolve diversas polêmicas. Uma delas envolve a aplicação de uma das sanções previstas para o agente público ímprobo, qual seja, a perda da função pública.

Tal sanção tem grande relevância no contexto brasileiro atual, na medida em que está diretamente relacionada ao objetivo da lei, qual seja, a busca pela lisura na Administração Pública e, conseqüentemente, a exclusão de agentes ímprobos de seus quadros.

Sob tal perspectiva, o estudo da aplicabilidade da sanção de perda da função pública é relevante porquanto: a) diz respeito ao próprio objetivo da lei; b) coaduna-se com o respeito ao interesse público, na medida em que persegue a proteção do patrimônio público e c) procura eliminar do esqueleto da Administração Pública aquele que foi responsável por macular de imoralidade as relações existentes dentro da máquina pública.

Com vistas ao aprofundamento no tema da sanção de perda da função pública, o presente trabalho foi elaborado com a pretensão de identificar os aspectos controversos da sua aplicação tendo como referência principal a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A polêmica em questão diz respeito à aplicação da sanção em relação aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios e àqueles dotados de alta representatividade democrática, os quais parecem possuir procedimento diferenciado de provimento e destituição na Constituição da República.

Para o enfrentamento do tema, mostrou-se necessária a análise da natureza jurídica do ato de improbidade, com o fim de se delimitar a competência para o julgamento da ação. No mesmo sentido, foram verificadas as espécies de

agentes públicos previstos na Constituição da República e a sua classificação elencada na doutrina.

Somente após expostas essas premissas foi possível partir-se para uma compreensão mais abrangente envolvendo a sanção de perda da função pública.

Durante todo o trabalho demonstrou-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uma relevante amostra de como o transcorrer dos anos não foi suficiente para sedimentar as compreensões relacionadas ao tema da sanção da perda da função pública.

O debate envolveu a própria aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, a natureza jurídica do ato de improbidade e a consequente competência para o julgamento da respectiva ação de improbidade.

Apesar de tamanha desarmonia, tentou-se identificar o percurso realizado pela jurisprudência e suas eventuais incoerências, propondo a solução que mais se coaduna com o sistema constitucional e com o devido processo legal.

2) PERSPECTIVA HISTÓRICA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

A lei de improbidade administrativa foi promulgada em 3 de junho de 1992¹, ano marcado por acontecimentos importantes na história do Brasil.

O aludido diploma legal surgiu em meio ao anseio da população pela lisura na Administração Pública, diante da ineficácia do modelo até então vigente (Decreto-Lei n. 3.240/1941).

Observa-se, ainda, que naquele mesmo ano, em 29 de setembro, o então Presidente da República Fernando Collor de Mello, primeiro Presidente da República eleito pelo voto direto depois de vinte e oito anos de ditadura militar, foi afastado do cargo pela Câmara dos Deputados para, cerca de três meses depois, ter seu mandato definitivamente cassado pelo Senado Federal após denúncias de tráfico de influência e corrupção envolvendo também o empresário e tesoureiro da campanha presidencial, Paulo César Farias².

Ironicamente, o Projeto de Lei n. 1.446/91, que resultou na Lei n. 8.429/92, havia sido enviado pelo próprio Presidente Fernando Collor de Mello, por meio da Mensagem n. 406, de 14 de agosto de 1991³.

Segundo a respectiva Exposição de Motivos apresentada pelo então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho⁴, “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção no trato com os dinheiros públicos”. O objetivo do projeto de lei era criar mecanismos de repressão, a qual, para ser legítima, “depende de procedimento legal adequado”, sem “suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito”.

Percebe-se, assim, que tal lei demonstrava o anseio da população pela construção de um Brasil novo, marcado principalmente pela promulgação da denominada Constituição cidadã de 1988, por meio da qual se criou a oportunidade/obrigatoriedade de se pautar a prática política com respeito aos

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm

² Rubens Alexandre Elias Calixto, *Ação por improbidade administrativa – críticas e proposições*, p. 11.

³ O dossiê completo encontra-se disponível em:

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2A0614279DA6CEA9F2CB5A8802F0F7FB.proposicoesWeb1?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. acesso em 14/11/2015.

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209014>> . acesso em 20/11/2015.

princípios constitucionais por ela trazidos, tal qual determinado pelo respectivo art. 37, *caput*.

Todavia, antes de transcorridos três anos de vigência da Constituição, veio à tona o escândalo envolvendo o mencionado Presidente da República, o que, segundo Felipe Fagundes Cândido⁵, teria colaborado com o célere trâmite formal para a aprovação da Lei n. 8.429/92. Relata o autor que menos de dez meses se passaram entre o recebimento do Projeto de Lei pela Câmara dos Deputados e a sua promulgação. Anote-se que, ainda assim, durante tal período, 302 emendas foram apresentadas durante o processo legislativo na Câmara dos Deputados⁶.

Pondera, ainda, Cândido, que *“a brevidade na tramitação legislativa e o conturbado momento histórico facilitaram a aprovação de uma Lei inovadora, mas permeada de pontos controversos que, desde então, têm sido alvo de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais”*, mesmo após mais de vinte anos de sua vigência.

Do contexto apresentado percebe-se ser interessante o estudo da Lei de Improbidade Administrativa como marco legislativo histórico da busca por uma Administração Pública proba, anunciada pela Constituição da República de 1988, anos antes.

Contudo, para a melhor compreensão do instituto ora em estudo, ou seja, o sistema de sanções contido na atual lei de Improbidade Administrativa, é interessante a análise da evolução legislativa do tema, a qual se iniciará a seguir.

2.1. Antecedentes Legislativos

A Constituição Imperial de 1824, embora institísse um governo monárquico e hereditário, previa a responsabilização dos Ministros de Estado por peita, suborno ou concussão; por abuso de poder, pela falta de observância à lei ou por qualquer dissipação dos bens públicos⁷.

⁵ *Abordagem teórica e prática de aspectos polêmicos da Lei de Improbidade Administrativa*, p. 13.

⁶ Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>> . Acesso em 02/12/2015.

⁷ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis

I. Por traição.

II. Por peita, suborno, ou concussão.

III. Por abuso do Poder.

IV. Pela falta de observância da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

Já a primeira Constituição Republicana de 1891, foi além ao prever hipóteses de responsabilização do Presidente dos Estados Unidos do Brasil por crimes de responsabilidade em seus arts. 53 e 54⁸. Tal previsão permaneceu nas Constituições que se seguiram⁹.

É importante observar que após previsões similares nas Constituições de 1934 e 1937, muito embora esta última decorresse de um golpe de Estado, a Constituição de 1946 foi a primeira a tratar do tema com a fisionomia jurídica adotada na Carta ora vigente¹⁰. Observa-se da aludida Carta Constitucional a possibilidade de configuração de crime de responsabilidade por ato que atentasse contra a probidade na Administração, prevendo, ainda, a futura regulamentação por lei em seu art. 141, § 31 quanto ao sequestro e ao perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito decorrente de influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Cumprе mencionar que o Decreto-Lei n. 3.240/1941 trazia o regramento concernente ao sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes dos quais resultasse prejuízo para a Fazenda Pública. Percebe-se, assim, que tal ato legislativo dizia respeito a medidas assecuratórias envolvendo a reparação do dano ao erário decorrente de uma futura condenação em ação penal. De acordo com o previsto no art. 1º do respectivo diploma legal, a medida em questão somente poderia ser utilizada se o respectivo crime resultasse em prejuízo para a Fazenda Pública ou se estivesse previsto no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais e, além disso, se resultasse em locupletamento ilícito pelo réu em

⁸ Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

1º) a existência política da União;

2º) a Constituição e a forma do Governo federal;

3º) o livre exercício dos Poderes políticos;

4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;

5º) a segurança interna do País;

6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

⁹ Constituição de 1934, art. 57. Constituição de 1937, art. 85, "d". Constituição de 1946, arts. 89, incisos V e VII.

¹⁰ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, p. 1089.

questão. Acrescenta Maria Sylvia Zanella di Pietro que segundo essa lei, a perda dos bens não era mantida em caso de extinção da ação penal ou de absolvição.

Para dar cumprimento ao já apontado art. 141, § 31, da Constituição de 1946, foi editada a lei n. 3.164/57, chamada de Lei Pitombo-Godoy Ilha, a qual previu a possibilidade de sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública, adquiridos por servidor público por abuso ou desvio de poder, sem prejuízo de sua eventual responsabilização criminal. Ressalte-se que o art. 2º do aludido diploma legal previu a incorporação à Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público ilicitamente, ainda que a correspondente ação penal fosse extinta ou que resultasse na sua absolvição, ressalvando o direito de terceiros de boa-fé. Convém anotar que a medida era decretada por juízo cível, por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo.

Conforme leciona a mencionada autora, tal lei não deixou dúvidas no que concerne à natureza civil da sanção em questão, uma vez que era aplicada independentemente da conclusão a que se chegasse na ação penal¹¹. Além disso, previu-se em seu art. 3º a obrigatoriedade de registro público dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exercessem cargos ou funções públicos da União e entidades autárquicas, denominadas eletivas ou não.

Importante mencionar, ainda, a Lei n. 3.502/1958, denominada Lei Bilac Pinto, a qual regulou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, sem revogar a lei anterior.

Assim, tal ato normativo introduziu no ordenamento jurídico algumas inovações, dentre as quais cumpre ressaltar, a conceituação de servidor público trazida no art. 1º, § 1º, a qual abrange todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado.

Além disso, estendeu a legitimidade ativa, antes somente prevista para o Ministério Público, para União, Estados, Municípios e Distrito Federal, entidades que recebessem e aplicassem contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias, as quais, caso permanecessem inertes, ensejariam a possibilidade de ajuizamento da ação para o sequestro e a perda de bens a

¹¹ Op. cit., p. 902.

qualquer cidadão, hipótese em que a pessoa jurídica interessada seria citada para integrar a lide na qualidade de litisconsorte da parte autora. A medida acautelatória deveria ser seguida do ajuizamento de uma ação principal objetivando a perda dos bens sequestrados em favor da correspondente pessoa jurídica (autora ou litisconsorte), bem como o ressarcimento integral do dano por ela sofrido.

Durante a vigência da já mencionada Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, foi editado o Ato Institucional nº 5/68, o qual previa em seu art. 8º a possibilidade de o Presidente da República, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente da responsabilização criminal correspondente. Este instituto do confisco foi regulamentado pelo Ato Complementar n. 42/69, bem como pelo Decreto-Lei n. 359/68, convivendo com as já mencionadas Leis n. 3.164/57 e 3.502/58.

Percebe-se que enquanto as aludidas leis previam medidas dependentes de decisão judicial, o confisco era de natureza administrativa, decretada pelo Presidente da República. Contudo, tal possibilidade contrariava previsão constitucional expressa contida no art. 150, § 11, da Constituição então vigente.

Ensina a festejada autora que a possibilidade de confisco com fundamento no Decreto-Lei n. 359/68 somente deixou de existir com a Emenda Constitucional n. 11/78. Ainda, a emenda constitucional alterou a redação do art. 153, §11 passando a exigir a edição de lei que dispusesse sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário.

Entretanto, nenhuma lei foi editada até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe uma nova sistemática para a Administração Pública com base na moralidade e no interesse público, conforme se verá no capítulo a seguir.

Conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988 decorreu da preocupação com a ética na Administração Pública e da tentativa de se combater a corrupção e a impunidade no setor público. Isto porque *“até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes*

*políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo*¹², o que se percebe do estudo evolutivo positivo acima exposto.

Consoante será mais adiante analisado, com a inserção de tal princípio como diretriz constitucional para a Administração Pública, a improbidade administrativa passou a ter abrangência maior, prescindindo do enriquecimento ilícito do servidor público para a sua configuração.

A Lei n. 8.429/92 sobreveio em cumprimento à exigência contida no art. 37, § 4º da Constituição cidadã e também será estudada com mais profundidade no decorrer deste trabalho. A denominada Lei de Improbidade, em seu art. 25, trouxe expressa revogação às Leis n. 3.164/57 e 3.502/58.

¹² *Direito Administrativo*, p. 900.

3) CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A palavra improbidade tem a sua origem no latim, *improbitas*, que significa falta de probidade, desonestidade e honradez¹³.

Assim, a improbidade administrativa está diretamente relacionada à quebra do dever do agente público, de forma isolada ou com o auxílio de particular, de respeito aos princípios a que está submetida a Administração Pública, em especial os da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, conforme previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

3.1. Improbidade administrativa e corrupção

O pensamento de Aristóteles, em *A Política*¹⁴, é esperançoso e otimista ao indicar que o caminho para uma “cidade virtuosa” é o investimento nos próprios cidadãos que nela estão inseridos como atores do cenário político, conforme se observa do seguinte excerto:

A cidade é virtuosa, não por obra do acaso, mas da ciência e da vontade. No entanto, uma república só pode ser virtuosa quando os próprios cidadãos que tomam parte no governo são virtuosos; ora, em nosso sistema, todos os cidadãos tomam parte no governo. Assim, trata-se de ver como um homem pode tornar-se virtuoso. Sendo possível formar na virtude todos os homens ao mesmo tempo, sem tomar à parte cada cidadão, tal é o melhor partido; porque o geral arrasta o particular.

Obviamente, Aristóteles vinculava a virtude dos cidadãos de forma direta à Cidade tendo em vista o modelo de ampla participação popular na vida da denominada *polis*. Muito embora não seja este o modelo adotado atualmente pelo Estado brasileiro, a ideia apresenta intensa relação com o estudo da Improbidade Administrativa, na medida em que aborda a perspectiva de agentes diretamente inseridos na realidade da cidade, bem como no seu objetivo principal, qual seja, a satisfação do interesse público.

A propósito, interessante é a exposição de William Cesar Castilho Pereira, em palestra denominada “Ética, política e corrupção”¹⁵ ao traçar a origem

¹³ *Dicionário Jurídico*, p. 404.

¹⁴ *A Política*, p. 253.

¹⁵ *In Ética e corrupção. Dilemas contemporâneos*. p. 113.

etimológica da palavra ética, que repercute nos significados dos demais termos do título de sua aula.

Segundo o autor, “*Éthos* com *eta*” refere-se a costume, morada, residência, lugar onde se vive, abrigo, espaço do mundo selecionado que se faz habitável. “*Éthos* com *épsilon*” também está relacionado a costumes, contudo, em uma acepção relacionada ao caráter, à índole natural, temperamento, maneira de tratar as coisas da casa, de dividir os espaços. Assim, em relação a esta última definição, os costumes seriam orientações que tornariam a vida humana boa, habitável, com caminhos concretos de autorrealização pessoal e societária.

Neste aspecto, “*cada um tem a sua casa (éthos com eta), mas cada um a tem do seu jeito (éthos com épsilon). As diferenças de estilo não invalidam o conceito de casa. Sem habitat ninguém pode ficar*”¹⁶.

Ainda de acordo com o autor, o segundo termo referencial para o tema ora em estudo seria a “moral”, a qual tem origem na palavra latina *mosmores*, também correspondente a costumes, ao comportamento ou às regras que regem a nossa vida. Sua função seria apontar normas, princípios e valores que orientam o agir humano.

O liame entre todos esses conceitos nos dão o norte para o mencionado estudo da moralidade na Administração Pública merecendo o destaque a seguir:

O que é preciso fazer para viver em sociedade? A ética é um caminho. A ética constitui-se numa busca responsável de organização e sistematização dos valores e regras que sejam válidos em nosso tempo e em nosso espaço para a indicação de um caminho possível e necessário para a realização humana. Ela é a ciência do comportamento dos humanos em sociedade. Como ciência, se ocupa dos fundamentos da ação humana; a moral precisa estar sempre relacionada à ética. Todo grupo humano deveria construir sua fundamentação instituída: regras, códigos, normas, leis – a partir do seu próprio *éthos*, que é substrato arqueológico, inconsciente, necessário para a moral. O desprezo pelo *éthos* pode nos levar a um perigoso desenraizamento que nos distancia de todas as riquezas que já adquirimos.

¹⁶ William Cesar Castilho Pereira. Op. cit. p. 113-114.

Num contexto mais contemporâneo do estudo da corrupção na realidade brasileira, José Murilo de Carvalho, traz importante referencial para a comparação da evolução do problema¹⁷.

Inicialmente, o autor ensina que o tamanho do Estado está relacionado proporcionalmente ao tamanho da corrupção. Um Estado amplo envolve um grande controle de recursos, e, por conseguinte, variadas oportunidades de corrupção. O historiador nos lembra que desde 1930 tem havido um acelerado crescimento da máquina estatal e, ainda, “*práticas clientelísticas e patrimoniais*”, bem como o predomínio do Executivo sobre o Legislativo¹⁸. Menciona como exemplos históricos de facilitação da corrupção a ditadura militar, que permitiu um crescimento da máquina estatal contemporaneamente à proteção do arbítrio dos governantes, e a construção de Brasília, que deixou os governantes livres do controle popular das ruas.

Menciona, finalmente, o autor que juntamente com o aumento da corrupção, alterou-se a reação a ela. Explica que a reação à corrupção depende de pessoas que dela não se beneficiam, bem como daquelas que dispõem de recursos para identificá-la e combatê-la. Neste contexto é que se evidencia, ao longo da História, o papel da classe média, uma vez que é sobre ela que recai grande parte dos impostos, e, contraditoriamente, a que menos se beneficia de políticas sociais. Assim, “*maior a classe média urbana e piores suas condições de vida, maior a grita por moralidade*”¹⁹.

Diante do exposto, percebe-se o Direito, em especial a Lei de Improbidade Administrativa, como um importante instrumento agregador da concepção normativa necessária ao conceito de corrupção, atribuído, principalmente, à teoria política²⁰.

O termo “corrupção” estende-se também à seara criminal, prevendo o Código Penal, diversos tipos penais no Título XI, intitulado, “Dos crimes contra a Administração Pública”. De acordo com Guilherme de Souza Nucci, embora o conceito de Administração Pública seja bastante amplo, envolvendo toda a

¹⁷ *Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In Corrupção: ensaios e críticas. p. 239.*

¹⁸ Neste aspecto, nota-se a superveniência de fatos políticos em relação ao momento em que foi elaborado o texto, no qual se vê a força impositiva do Legislativo sobre o Executivo, como se observa da seguinte notícia: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1667702-temer-busca-acordo-com-eduardo-cunha-para-agenda-contra-a-crise.shtml>>

¹⁹ Op. cit. p. 240.

²⁰ FILGUEIRAS, Fernando. *Marcos Teóricos da corrupção. In Corrupção: ensaios e críticas. p. 359/360.*

atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos, o mencionado Título XI traz uma gama de delitos voltados à proteção desta atividade, variando em cada tipo penal somente o objeto específico da proteção jurídica.

De todo o exposto, bem como do que será ainda estudado ao longo do presente trabalho, percebe-se que embora os conceitos de corrupção e de improbidade administrativa sejam próximos, não podem ser considerados sinônimos. A corrupção é conceito mais amplo da teoria política, relacionado a práticas não protegidas por nosso ordenamento jurídico, que, caso correspondam também aos atos previstos na Lei n. 8.429/92 poderão vir a se configurar como atos de improbidade administrativa, possuindo estes requisitos mais delimitados.

3.2. Improbidade administrativa e moralidade administrativa

A moralidade administrativa relaciona-se a deveres éticos, de boa-fé e lisura que permeiam a atividade administrativa e, como princípio, está previsto constitucionalmente. Tal princípio é mencionado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, tendo assumido foro de pauta jurídica, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹. Menciona, ainda, o autor, que tal princípio é também protegido no art. 5º, inciso LXXIII, da denominada Constituição cidadã, ao trazer como hipótese de cabimento da ação popular a pretensão de anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe e à moralidade administrativa, dentre outras previsões.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a doutrina é divergente a respeito das terminologias moralidade e probidade. Aponta que alguns entendem a probidade como um subprincípio da moralidade²², enquanto outros percebem tais expressões como equivalentes, sendo a moralidade mencionada como um princípio na Constituição e a improbidade como a correspondente lesão a tal princípio²³. Esta é a posição adotada pelo mencionado autor, segundo o qual, *“parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação da moralidade administrativa.*

²¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 123.

²² Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 111 e Eurico Bitencourt Neto, *Improbidade administrativa e violação de princípios*, p. 105.

²³ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, p. 899 e Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa*, p. 23-24.

*Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade*²⁴.

Assim, a improbidade administrativa pressupõe uma imoralidade administrativa, mas traz consigo conceitos mais específicos, pressupondo condutas dolosas ou, ao menos, culposas (arts. 9, 10 e 11, da Lei n. 8.429/92).

Consoante regramento trazido no mencionado art. 37, da Constituição da República, a Administração Pública está sujeita a diversos princípios gerais, os quais, ao mesmo tempo em que orientam a atuação do administrador na prática de atos administrativos, garantem a gestão de recursos públicos com vistas à satisfação do interesse público.

Segundo lição de José Afonso da Silva, a moralidade prevista constitucionalmente não é uma moralidade comum, mas sim, jurídica. Esta definição quer dizer que o ato legal não é necessariamente honesto. A probidade administrativa consiste no *“dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa”*. Assim é que para o autor, a improbidade administrativa é tida por uma imoralidade administrativa qualificada²⁵.

Como já mencionado, a moralidade administrativa pode ser tutelada por meio de ação popular, conforme previsão do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República, seguindo-se o regramento anteriormente trazido pela Lei n. 4.717/65. De outro lado, a própria carta constitucional prevê regramento mais rigoroso para os atos de improbidade administrativa, ao estabelecer que *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* (art. 37, § 4º).

A propósito, a moralidade administrativa é também mencionada no art. 14, § 9º da Constituição da República de 1988 ao prever que *lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das*

²⁴ Manual de Direito Administrativo, p. 1089.

²⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 649.

eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta.

3.3. Improbidade administrativa e crime de responsabilidade (Lei n. 1.079/1950 e Decreto-Lei n. 201/1967)

As infrações políticas definidas pela Constituição Federal (Ex. arts. 50 e 85, CF) e que são tradicionalmente nominadas por crimes de responsabilidade, não se confundem com os ilícitos admitidos pelo art. 37, § 4º da CF e regulados pela Lei n. 8.429/92.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A lesão à probidade sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição da República de 1981 (art. 54, item 6º), sendo mantida nas Constituições de 1934 (art. 57, f), 1937 (art. 85, d), 1946 (art. 89, V), 1967 (art. 84, V, que passou a 82, V, com a Emenda Constitucional nº 1/69) e 1988 (art. 85, V)²⁶.

Segundo lição de Márcio Elias Rosa²⁷, o Brasil, inspirado pelo modelo norte-americano, escolheu o sistema por meio do qual o *impeachment* equivale à punição da autoridade, com a perda do cargo, cabendo ao Poder Judiciário a imposição de outras formas de responsabilização. Segundo este modelo, o crime de responsabilidade segue feição exclusivamente política.

Embora não exista unanimidade na doutrina a respeito da natureza jurídica do crime de responsabilidade o mencionado autor explica que, historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído ao *impeachment* um julgamento de natureza política²⁸.

Assim, coube à Lei n. 1.079/50 a definição das normas de processo e julgamento, tendo sido parcialmente recepcionada após a promulgação da Constituição de 1988. É importante mencionar que o art. 3º da lei determina que as sanções independem do processo e julgamento do acusado por crime comum.

No que diz respeito aos Prefeitos Municipais e Vereadores, seguem-se as prescrições trazidas pelo Decreto-Lei n. 201/67, o qual prevê, a depender da

²⁶ *Direito Administrativo*, p. 905.

²⁷ *Improbidade Administrativa*, p. 200.

²⁸ Acórdão n. 104, de 1895, *apud* Paulo Brossard de Souza Pinto, *O impeachment*, p. 84/85.

tipificação do ato, o julgamento pelo Poder Judiciário ou pela Câmara dos Vereadores. É importante esclarecer que tal diploma legal define tanto crimes comuns (arts. 1º, 2º e 3º) como crimes de responsabilidade (art. 4º), ou seja, infrações político-administrativas. Assim, possuem modo de responsabilização diversa daquela dos demais agentes políticos indicados na Constituição da República²⁹.

Ainda a respeito da independência de instâncias, ensina-nos Márcio Fernando Elias Rosa³⁰ que, a despeito da terminologia utilizada pela lei, os atos previstos como crimes de responsabilidade não conduzem à responsabilização penal, devendo ser regradas em lei federal³¹ e levam à imposição de sanções políticas e funcionais, ainda que apresentadas como “crimes”. Daí não haver inadequação na cumulação de sanções ante a prática de uma só conduta caracterizadora de “crime” de responsabilidade e violação da norma penal.

Ainda, segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³², se ao Presidente da República for atribuída a prática de crime de reponsabilidade, denunciada por qualquer cidadão, autoridade ou parlamentar e acolhida por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, o respectivo processo será julgado pelo Senado Federal, determinando-se a suspensão das funções do chefe do Poder Executivo assim que instaurado o processo.

No caso de procedência do pedido, o Presidente da República será destituído de seu cargo, procedendo-se ao seu *impeachment*.

Assim, é que deve ser compreendido o mencionado art. 3º da Lei n. 1.079/50.

3.4. Improbidade administrativa na Lei n. 8.429/92 – natureza jurídica e a responsabilização civil, penal e administrativa

A Lei n. 8.429/92 define três modalidades de atos de improbidade administrativa em seus arts. 9, 10 e 11 e, em seu art. 12 traz a cominação das respectivas sanções aplicáveis em cada um daqueles atos.

²⁹ Márcio Fernando Elias Rosa, *Improbidade administrativa – o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa e perda do cargo de agentes políticos*, p. 205.

³⁰ *Improbidade administrativa*, p. 205.

³¹ A propósito, anote-se o Enunciado da Súmula 722, do Supremo Tribunal Federal, que prevê: “São de competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

³² *Curso de Direito Administrativo*, p. 961.

Com efeito, o ato de improbidade administrativa pode se dar tanto por meio de um ato administrativo, como por uma omissão ou por uma simples conduta³³.

A lei de improbidade administrativa agrupou os atos de improbidade em três categorias, considerando os respectivos valores jurídicos atingidos pela conduta e suscetíveis de proteção, quais sejam: os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Os aludidos dispositivos legais trazem um rol exemplificativo de atos, de modo que basta que um deles se subsuma à conceituação trazida no respectivo *caput* para que reste configurado o ato de improbidade.

A doutrina de José dos Santos Carvalho Filho indica uma quarta categoria de improbidade, que seria aquela prevista no art. 52, do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001. Esses atos estariam relacionados a certas ações ou omissões relacionados à ordem urbanística.

Esclareça-se que as espécies de atos de improbidade administrativa não são o foco de estudo deste trabalho, razão pela qual, o assunto será exposto de maneira abrangente e de forma a contextualizar o tema principal ora em análise.

Assim, percebe-se que a lei de improbidade administrativa exige um elemento subjetivo quanto às condutas por ela reguladas, não sendo admitida a responsabilidade objetiva. Esta afirmação confirma-se ao se observar que os arts. 9 e 11 exigem o dolo na conduta e o art. 10 exige ao menos a culpa, para a configuração de ato em questão.

Ressalte-se haver discussão na doutrina a respeito da previsão culposa contida no art. 10, uma vez que não haveria justificativa para um tratamento diferenciado.

Aprofunda José dos Santos Carvalho Filho ao asseverar que é exigido do sujeito ativo do ato de improbidade o mínimo de má-fé, que indique sua desonestidade. Afirmo o autor que a quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Do contrário, usar-se-ia o Judiciário

³³ Op. cit., p. 916.

como solução para inúmeras lides irrelevantes, cujas questões poderiam ser facilmente resolvidas na esfera administrativa³⁴.

Como bem contextualizado por Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁵, muitas das previsões contidas na lei dizem respeito a ações também caracterizadas como crime ou como infrações administrativas. Contudo, caso haja a instauração de processos em cada uma dessas instâncias, tais feitos tramitarão independentemente da ação de improbidade administrativa.

De acordo com a autora, esta interpretação decorre de ressalva contida no próprio § 4º do art. 37 da Constituição da República, que admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas, “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Segundo Marçal Justen Filho:

A improbidade administrativa é conceito jurídico indeterminado o que impede a sua utilização imediata para sancionamento penal ou administrativo. É essencial reconhecer que a indeterminação relativa do conceito de improbidade não significa a instituição da competência discricionária, a qual é radicalmente incompatível com a natureza de instituições de natureza punitiva. Configurar uma conduta como ímproba não é questão de conveniência administrativa, mas de prova quanto aos fatos. Prova-se a improbidade. Se não houver prova suficiente, não é possível emitir juízo de improbidade³⁶.

Esclarece-nos a mencionada professora da Universidade de São Paulo que muito embora a Lei n. 8.429/92 utilize o termo “ato de improbidade”, esta acepção não equivale ao conceito estrito de ato administrativo estudado pela doutrina.

É importante mencionar que quando o ato de improbidade for praticado por servidor público, conceito que será explorado no capítulo seguinte, isto também representará um ilícito administrativo previsto na respectiva legislação estatutária de cada ente da federação, o que vincula a autoridade superior hierárquica a instaurar o processo administrativo correspondente.

³⁴ Op. cit. p. 919.

³⁵ *Direito Administrativo*, p. 906.

³⁶ *Curso de Direito Administrativo*, p. 1004.

Ressalta a mencionada autora, que a natureza das medidas previstas no art. 37, § 4º, da Constituição da República, embora possam indicar que o ato ímprobo possa ter consequências nas esferas criminal e administrativa, como por exemplo, a perda da função pública e a instauração simultânea de processo administrativo, caracteriza também ilícito de natureza civil e política, o que se observa das sanções de suspensão dos direitos políticos, da indisponibilidade dos bens e do ressarcimento dos danos causados ao erário³⁷.

Entretanto, a natureza híbrida das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa não impede a concomitância das instâncias penal, civil e administrativa, uma vez que os atos de improbidade administrativa, como mencionado, podem também representar ilícitos de natureza penal ou administrativa.

³⁷ *Direito Administrativo*, p. 907.

4) O CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

Faz-se imprescindível o estudo dos sujeitos ativos de improbidade administrativa com vistas ao estudo posterior das sanções trazidas pela Lei n. 8.429/92, como se verá a seguir.

4.1. O agente público na Constituição Federal

Esclarece Hely Lopes Meirelles que a Constituição de 1988 nomeou a Seção II de seu Capítulo VII como “Dos servidores públicos civis”, abrangendo, portanto, todos aqueles que prestam serviços à Administração Pública em geral. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998, alterou tal denominação, passando a mencionada Seção II à intitulação “Dos servidores públicos”, e a Seção III à nomenclatura, “Dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Contudo, de acordo com Márcio Fernando Elias Rosa³⁸, todos os agentes públicos sujeitam-se à disciplina constitucional trazida pelo art. 37. De tal modo, os princípios que regem a Administração Pública brasileira regeriam não somente os agentes públicos sujeitos ao regime estatutário ou aqueles denominados empregados públicos mas trariam *“princípios e regras claramente dispostos à organização primária de toda pessoa física incumbida do exercício, a qualquer título, de funções estatais”*.

Assevera, ainda, o autor, que até mesmo aos agentes políticos seriam aplicáveis tais prescrições constitucionais, dentre essas, o princípio da moralidade administrativa, preceitos éticos e de boas condutas.

Cumprе ressaltar que o dispositivo constitucional mencionado foi regulamentado pela Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, podendo, quanto às suas regras gerais, ser considerada de abrangência nacional.

4.2. Classificações de agente público no Direito Administrativo

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão *agentes públicos* seria a nomenclatura mais ampla para se designar os sujeitos que

³⁸ *Improbidade administrativa – o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa e perda do cargo de agentes políticos*, p. 187/188.

servem ao Poder Público “*como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente*”³⁹.

Neste contexto, todo aquele no exercício de função pública é considerado agente público, o que abrange não só os Chefes do Poder Executivo nas diferentes esferas, como também os membros do Poder Legislativo, como os senadores, deputados e vereadores e, ainda, os ocupantes de cargos ou empregos públicos na Administração direta dos três Poderes.

Acrescente-se ainda, a lição do mencionado doutrinador:

A noção de agente público é prestante também por abranger todos os sujeitos apontados nas Leis 4.898, de 9.12.1965, e 8.429, de 2.6.1992, as quais cuidam de sanções aplicáveis aos praticantes de atos de “abuso de autoridade” ou atos de “improbidade administrativa”, respectivamente. Esta última – a de n. 8.429 -, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, “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.

A tradicional doutrina de Hely Lopes Meirelles⁴⁰ classifica os *servidores públicos em sentido amplo* como todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública direta e indireta, desde que sob regime estatutário regular, administrativo especial ou celetista de natureza profissional e empregatícia.

Dentro de tal gênero estariam abrangidos os *agentes políticos*, os quais constituiriam categoria própria de agente público. Segundo o autor:

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

³⁹ Op. cit. p. 248

⁴⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 439-441.

(Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público⁴¹⁴².

As demais espécies de servidores públicos em sentido amplo consistiriam em: *servidores públicos em sentido estrito ou estatutários*, ou seja, aqueles titulares de cargos públicos efetivos e em comissão, integrantes da Administração direta ou indireta, desde que possuidoras de personalidade de Direito Público; nos *empregados públicos*, os quais seriam detentores de emprego público e submetidos a regime celetista, bem como ao regime geral de previdência social e, finalmente, os *contratados por tempo determinado*, cujo regime está previsto no art. 37, inciso IX da Constituição da República, sendo sua contratação permitida somente por necessidade temporária de excepcional interesse público, a ser definida em lei.

Cumpre observar que tal classificação difere daquela trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³, o qual divide-os em: a) agentes políticos; b) agentes honoríficos; c) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado e d) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público⁴⁴.

⁴¹ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 79.

⁴² Anote-se que, com relação à doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, conquanto pareça incluir na noção de agentes políticos juízes e membros do Ministério Público, concomitantemente, acolhe a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, p. 598 e 617.

⁴³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 251-261.

⁴⁴ A título de complementação da divergência doutrinária apontada, mostra-se relevante a transcrição de esclarecimento de Hely Lopes Meirelles: “Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e seu talentoso filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, são, entre nós, os autores que mais se aprofundaram no estudo dos órgãos e agentes públicos, respectivamente no livro “Princípios Gerais do Direito Administrativo, Rio, 1974, II/77 e 177; na monografia “Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos”, São Paulo, 1972, e no livro “Curso de Direito Administrativo”, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 246 e ss. Ambos classificam os “agentes públicos” em três categorias: “agentes políticos”, “servidores públicos” e “particulares em colaboração com o Poder Público”. Em que pese à autoridade desses eminentes Administrativistas, dissentimos de sua classificação, por entendermos que os “servidores públicos” não constituem uma espécie do gênero “agente público”, mas, apenas, uma subespécie da espécie “agente administrativo”. Esta, sim, é que deriva imediatamente do gênero “agente público”, para, ao depois, ao lado de outras espécies, se repartir em “servidores públicos”. Divergimos, também, da inclusão dos “agentes honoríficos” na mesma categoria ou espécie dos “agentes delegados”, sob a denominação comum de “particulares em colaboração com o Poder Público”, pois consideramos espécies distintas em face de suas marcantes peculiaridades, que assinalamos no texto” (*in Direito Administrativo Brasileiro*, p. 76, nota de rodapé 31).

Importante mencionar que o citado autor conceitua os *agentes políticos* como sendo aqueles “*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*”. Assim, de acordo com o doutrinador, dentro de tal espécie de agente público somente estariam inseridos o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Poder Executivo, ou seja, Ministros, Secretários, além dos Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. O vínculo entre tais agentes políticos e o Estado seria de natureza política e a correspondente relação jurídica seria estatutária.

Segundo a mesma doutrina, os *agentes honoríficos* ligam-se ao Estado por sua qualidade de cidadãos. Contudo, são designados para compor comissões técnicas em razão de sua reputação e conhecimento em certas áreas do conhecimento. Neste caso, a título exemplificativo, estariam no grupo os membros do Conselho da República, do Conselho de Comunicação Social, do Conselho Nacional de Educação. Explica o autor que, em geral, tais cargos não são remunerados, podendo, contudo, ser recebido certo valor a título de indenização.

No que tange aos *servidores estatais*, teriam esses relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada. Como subespécies, o autor elenca os *servidores públicos* e os *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*. No que diz respeito aos primeiros, descreve o professor classificação ainda mais delimitada, vinculada ao tipo de relação de trabalho que o servidor teria com o Estado.

Assim, os *servidores titulares de cargos públicos* exercem funções na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Poder Legislativo. A propósito, percebe-se estarem incluídos nesta subdivisão proposta pelo autor os magistrados e os membros do Ministério Público⁴⁵. Por outro lado, os *servidores empregados* das instituições anteriormente mencionadas teriam vínculo de emprego perante a Administração em

⁴⁵ No mesmo sentido, ou seja, ao não classificar as funções jurisdicionais, bem como dos membros do Ministério Público como de agentes políticos é o entendimento de Marçal Justen Filho, *in Curso de Direito Administrativo*, p. 833, 838 e 840 e Maria Sylvania Zanella di Pietro *in Direito Administrativo*, p. 911.

razão de três hipóteses: i) vínculo de emprego para a realização de funções subalternas, como servente, motorista, jardineiro, etc; ii) remanescentes do regime anterior, no qual se admitia de forma ampla tal vínculo celetista e iii) contratados na forma do anteriormente mencionado inciso IX do art. 37 da Constituição da República, regulamentado pela Lei n. 8.745/93.

Os *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado* abrangeriam os *particulares em colaboração com a Administração*, os quais, por sua vez, relacionam-se aos *requisitados* (como jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos em eleições, conscritos para o serviço militar obrigatório, etc); os *que, por “sponte propria” assumem a gestão de coisa pública* (como no caso de calamidades públicas), os *contratados por locação civil de serviços* (o autor traz como exemplo o do ilustre advogado contratado para sustentação oral perante Tribunais) e os *concessionários e permissionários de serviços públicos* e os *delegados de função ou ofício público* (como os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, diretores de Faculdade particulares reconhecidas).

Esclareça-se que tal estudo tem relevância no presente estudo, uma vez que o estudo da lei de improbidade administrativa, bem como das correspondentes sanções nela previstas estão diretamente relacionados ao agente público sujeito ativo do ato de improbidade, como se verá a seguir.

4.3. O agente público na Lei de Improbidade Administrativa

Uma vez explanada a conceituação ampla e divergente a respeito dos agentes públicos na seara do Direito Administrativo, urge avançar-se no estudo da Lei n. 8.429/92, a qual, em seu art. 2º, prevê os possíveis autores de ato de improbidade administrativa:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Ensina Márcio Fernando Elias Rosa que, neste aspecto, a doutrina é unânime ao desvincular a conceituação trazida pela mencionada lei à condição

jurídica do agente público. Isto é, equiparando-se a função pública à descrição legal, sujeitar-se-á aquele que a exerce às disposições correspondentes, independentemente de ter sido nomeado, eleito, convocado, ou se titular ou não de cargo ou emprego público⁴⁶. Ademais, a compreensão de tal conceito de agente público exige a interpretação extensiva ao art. 1º da lei em questão, que assim dispõe:

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

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

Explica o autor que a lei não distingue o vínculo funcional daqueles que transitoriamente exerçam funções estatais ou, ainda, daqueles cujo vínculo funcional tenha cessado por exoneração, demissão, aposentadoria ou falecimento.

Nota-se que a lei utiliza tanto a perspectiva funcional, como a patrimonial para a definição trazendo conceito ainda mais amplo do que aquele previsto no art. 327 do Código Penal⁴⁷.

Acerca da conceituação de *agente público* trazida pela Lei n. 8.429/92, José dos Santos Carvalho Filho⁴⁸ alerta que, conforme disposição expressa do mencionado art. 2º, somente pode ser utilizada “para os fins da lei”, o que significa não ser adequada para outras finalidades, dada a sua amplitude em relação ao estudo sobre os agentes do Estado, como visto.

⁴⁶ *Improbidade administrativa*, p. 156.

⁴⁷ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 206.

⁴⁸ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1093.

Importante mencionar que, embora neste capítulo tenha-se como foco de estudo a conceituação de agentes públicos para os fins da Lei n. 8.429/92, o art. 3º estende também aos particulares que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta as sanções da lei⁴⁹.

A respeito do tema, assim resume Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Quanto aos servidores públicos, todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento.

Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do artigo 2º da lei.

Percebe-se, assim, no que tange à delimitação do sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, que o objetivo da lei foi ampliar ao máximo a sua aplicação, não se vinculando ao conceito administrativista a respeito do tema.

4.3.1. A Lei de Improbidade Administrativa e o agente político

A despeito do conceito amplo de *agente público* trazido pela Lei n. 8.429/92, há polêmica no que diz respeito à aplicabilidade da lei aos agentes políticos, os quais, por uma interpretação literal estariam abrangidos na descrição de seu art. 2º.

De acordo com lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a imunidade material dos Parlamentares, em razão da qual são invioláveis, civil e penalmente por suas opiniões, palavras e votos, nos termos dos art. 53 e 27, § 1º e 29, inciso VIII, os Deputados Federais e Senadores, os Deputados Estaduais e os Vereadores, estes últimos limitados à circunscrição do município, impede a sua responsabilização nas

⁴⁹ Neste sentido, REsp n. 1.138.523/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.02.2010, DJe 04.03.2010).

áreas criminal, civil e administrativa, não sendo neste caso aplicável a Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, no que diz respeito à denominada imunidade parlamentar, decorrente dos §§ 2º e 3º do art. 53, da Constituição da República, com a redação trazida pela Emenda Constitucional n. 35/2001, em relação aos Deputados Federais e Senadores e do § 1º do art. 27 em relação aos Deputados Estaduais (no que tange aos Vereadores, a respectiva imunidade depende de previsão na Lei Orgânica do Município) refere-se somente à responsabilidade criminal. Assim, como o ato de improbidade administrativa é de natureza cível, não existiria óbice à sua aplicação aos parlamentares.

A esse respeito, a autora aponta a polêmica existente em relação à possibilidade de propositura de ação de improbidade às autoridades mencionadas no art. 52, incisos I e II, da Constituição da República, o qual confere ao Senado Federal a competência para:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004)

Isto porque, do estudo do parágrafo único do art. 52 da Constituição da República, percebe-se ter o Constituinte retirado do Poder Judiciário a competência para o julgamento dos crimes de responsabilidade relacionados às autoridades nele elencadas, encaminhando-a ao Senado Federal, tendo preferido nesta hipótese, portanto, um julgamento com viés nitidamente mais político.

Retornando-se aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁰, explica a autora que, em relação ao Presidente da República, o art. 85, inciso V, da

⁵⁰ *Direito Administrativo*, p. 914.

Constituição da República inclui entre as hipóteses de crimes de responsabilidade que podem ser por ele praticados, aqueles que atentem contra a probidade na administração. Ainda, a Lei n. 1.079/50 traria conceitos indeterminados para a definição de tais crimes.

Anote-se, outrossim, no que diz respeito às autoridades mencionadas no art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição, quais sejam, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e Chefes de missão diplomática) o Supremo Tribunal Federal, manifestou decisão polêmica na Reclamação 2.138/DF⁵¹, como se verá a seguir.

O tema é bastante controverso o que, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho⁵², decorre das diversas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Leciona o autor que sobre a matéria é possível encontrar três entendimentos.

O primeiro deles defende que a ação de improbidade é autônoma em relação às ações que apuram crimes comuns e de responsabilidade, estes últimos regulados pela Lei n. 1.079/50, podendo haver diversas ações em curso simultaneamente⁵³.

O segundo posicionamento não autoriza a ação de improbidade administrativa em face dos agentes políticos. Isto porque a Constituição da República teria dedicado tratamento diverso aos agentes políticos no que tange à sua responsabilidade, se comparado aos demais agentes públicos. Além disso, a lei de improbidade traria a previsão de sanções encontradas na legislação penal, como também na Lei n. 1.079/50. Ou seja, sob a perspectiva jurídico-institucional, a Lei de Improbidade Administrativa teria consequências ainda mais graves do que aquelas decorrentes de uma sentença condenatória criminal. Sob tal entendimento, estariam excluídos da aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 todos aqueles submetidos à Lei n. 1.079/50. Portanto, não seria possível a submissão de agentes políticos a dois regimes de reponsabilidade político-administrativos⁵⁴.

⁵¹ Reclamação n. 2.138/DF, Plenário, Relator Min. Nelson Jobim, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, RISTF), j. 08/08/2007. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em novembro de 2015.

⁵² *Manual de Direito Administrativo*, p. 1096/1097.

⁵³ Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia, *Improbidade administrativa*, Lumen Juris, p. 740.

⁵⁴ Foi o entendimento adotado no julgamento da mencionada Reclamação n. 2.138/DF.

Na sequência deste trabalho iniciaremos o estudo dos julgamentos a respeito deste entendimento nas Cortes Superiores. Por ora, é importante mencionar que, com relação aos prefeitos e vereadores, de todo modo, não estão estes submetidos ao regime da Lei n. 1.079/50.

Finalmente, o terceiro entendimento inclina-se no sentido de que as Leis n. 1.079/50 e n. 8.429/92 convivem harmonicamente, relacionando-se a vias processuais de naturezas diversas. Contudo, não seria possível, em relação aos agentes políticos submetidos à primeira lei mencionada, a formulação de pedido de aplicação de sanções de natureza política, isto é, correspondentes à perda do cargo e à suspensão de direitos políticos, uma vez que estas somente poderiam decorrer de uma ação por crime de responsabilidade. Todavia, em relação às demais sanções, de natureza civil, não haveria óbice à sua aplicação aos agentes políticos em questão⁵⁵.

4.3.2. Competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa

Inicialmente, vale a pena mencionar que a competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa somente será da Justiça Federal, nos casos em que, observado o art. 109, inciso I, da Constituição da República houver interesse da União, suas autarquias ou empresas públicas federais. Nas demais hipóteses, o julgamento dar-se-á perante a Justiça Estadual.

No que diz respeito à prevenção, é importante apontar que a própria Lei n. 8.429/92 traz regra expressa sobre a competência quando houver simultaneidade de ações conexas, ou seja, com a mesma causa de pedir ou com o mesmo pedido (art. 103, do Código de Processo Civil). O respectivo art. 17, § 5º da lei estabelece a propositura da ação como marco temporal para a verificação da prevenção, cujo termo exato deverá ser fixado nos termos do art. 263, do Código de Processo Civil.

Conforme posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, a reunião dos processos em decorrência de causas conexas será obrigatória,

⁵⁵ No sentido do terceiro posicionamento, registre-se a posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 912.

sanando-se o risco de decisões contraditórias sobre a probidade ou improbidade do réu⁵⁶.

Ainda acerca do tema, a Lei n. 10.628/2002 trouxe debate intenso ao inserir o § 2º ao art. 84, do Código de Processo Penal, passando a estabelecer o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa ajuizadas em face de agentes públicos que possuíssem tal “privilégio” para os crimes comuns e de responsabilidade.

Mencione-se também que tal dispositivo determinou a observância ao correspondente § 1º, nele inserido pelo mesmo diploma legal, o qual estendia tal foro por prerrogativa de função para período posterior à cessação do exercício da função pública, contrariando, segundo entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *“a orientação jurisprudencial e doutrinária no sentido de que o privilégio de foro protege o exercício do mandato e não a pessoa que o exerce”*⁵⁷.

Esta alteração legislativa deu ensejo ao ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp, e n. 2.860, pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, tendo sido julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de caber exclusivamente à Constituição da República o estabelecimento de competência originária.⁵⁸

Ademais, de acordo com o voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à competência dos Tribunais Estaduais, com exceção de seus respectivos arts. 29, inciso X e 96, inciso III, a Constituição reservou explicitamente às Constituições dos Estados a possibilidade de legislar sobre suas próprias competências, não cabendo, portanto, à legislação federal a alteração desta previsão.

Acrescentou, ainda, o eminente Relator:

A ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

O Tribunal jamais deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República

⁵⁶ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1121.

⁵⁷ *Direito Administrativo*, p. 914.

⁵⁸ ADI n. 2.797/DF e ADI n. 2.860/DF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/9/2005.

a de conhecer de ações civis contra eles propostas por atos de ofício, ainda que delas possa decorrer a condenação da autoridade a diferentes sanções civis: a ação popular é o exemplo mais frequente dessa nítida distinção jurisprudencial⁵⁹.

Nota-se que, de forma indireta, tais ações resultaram na definição da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, excluindo-se, ao menos, sua natureza penal, uma vez que, se assim o fosse, resolvida estaria a questão da competência por prerrogativa de foro.

Todavia, Marçal Justen Filho, ao apontar a natureza jurídica do instituto da improbidade administrativa, afirma que o seu sancionamento apresenta natureza complexa, com forte conotação penal, trazendo como fundamento o acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do procedimento trazido pelo art. 543-C, do Código de Processo Civil, nos autos do Recurso Especial n. 1.163.643/SP⁶⁰.

Assim, diante de todo o exposto, fica clara a competência do Juízo de primeiro grau para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Conforme se observa deste estudo, a definição da competência para o julgamento das ações de improbidade administrativa está diretamente relacionada à natureza jurídica do ato ímprobo, bem como à aplicabilidade da respectiva lei aos agentes políticos.

Como bem notado por José dos Santos Carvalho Filho, ao se analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, percebe-se haver certa confusão entre a aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos (ou à *possibilidade de ser proposta ação de improbidade administrativa contra agente beneficiado com foro especial*, como mencionado pelo autor) e a competência para o julgamento da ação⁶¹.

Neste contexto, antes de se chegar à exposição a respeito das sanções trazidas pela lei em questão, mostra-se de extrema utilidade a prévia compreensão do cenário jurisprudencial nos Tribunais Superiores acerca da

⁵⁹ Inteiro teor do acórdão disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em novembro de 2015.

⁶⁰ REsp. 1.163.643/SP, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 24/03/2010. DJe 30/03/2010. Este julgado será mencionado no capítulo 5 – as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

⁶¹ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1097.

competência para o julgamento das ações de improbidade administrativa, por imbricar-se com a natureza das possíveis sanções aplicáveis ao agente ímprobo.

4.3.3. Jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa e à aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos

A discussão relacionada à sujeição dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa é polêmica e surgiu na jurisprudência em decorrência de ações ajuizadas em face de Ministros de Estado, nas quais se suscitou também a incompetência dos Juízos de primeiro grau para o correspondente julgamento.

Como visto anteriormente, há três entendimentos diversos atinentes à possível convivência entre os regimes da Lei n. 1.079/50 e da Lei n. 8.429/92. De forma resumida, relembre-se que o primeiro posicionamento é no sentido de que tais regimes seriam autônomos, podendo haver a concomitância de ações, o segundo entendimento exclui o agente político da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, sujeitando-o exclusivamente ao regime próprio de responsabilidade e, finalmente, o terceiro entendimento propõe a convivência harmoniosa do sistema, aplicando-se ambos os regimes, sendo que no caso da ação de improbidade administrativa não seria possível a formulação de pedido de aplicação de sanções de natureza política, como a perda do cargo ou a suspensão dos direitos políticos.

4.3.3.1. Supremo Tribunal Federal - a Reclamação n. 2.138/DF

O segundo posicionamento mencionado foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138, em acirrado julgamento⁶². O pedido em questão foi julgado procedente, em placar apertado, para se reconhecer que os atos de improbidade administrativa são também previstos como crimes de responsabilidade, de modo que o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos a regime dos demais agentes públicos. Ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa refere-se ao regime de responsabilidade estabelecido no art. 37, § 4º da Constituição da República,

⁶² Reclamação n. 2.138/DF, Plenário, Relator Min. Nelson Jobim, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, RISTF), j. 08/08/2007. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em 01/12/2015.

enquanto que a Lei n. 1.079/50 diz respeito àquele contido no art. 102, inciso I, alínea “c”, da aludida Carta Constitucional.

Nesta ação, o acórdão exarado pelo Plenário resultou na anulação de decisão do Juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal que nos autos de ação de improbidade administrativa havia aplicado as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos a ex-Ministro de Estado. Isto porque somente o Supremo Tribunal Federal teria a competência para o julgamento em relação aos crimes de responsabilidade.

Explica Rubens Alexandre Elias Calixto⁶³, que em decorrência desta orientação estariam também excluídos do regime trazido pela Lei n. 8.429/92 o Presidente da República, os Governadores e seus Secretários, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República e qualquer outro agente político a quem a Constituição da República reconheça foro por prerrogativa de função nos crimes de responsabilidade.

É importante destacar que o resultado do julgamento em questão foi bastante disputado, tendo adotado o entendimento vencedor os Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Cezar Peluso e pela improcedência da ação os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

No que tange aos votos vencidos, destaca-se a posição adotada pelo Ministro Carlos Velloso, segundo o qual o princípio da moralidade é prestigiado em diversos pontos da Constituição Federal, devendo ser portanto utilizadas todas as formas de combate à improbidade.

Esclareceu que há determinados atos de improbidade administrativa que não estão previstos como hipóteses de crime de responsabilidade. Segundo ele, estaria somente ressalvada a aplicação das sanções de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos nas ações de improbidade administrativa ajuizadas em face de Presidente da República, Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais, em decorrência da previsão constitucional expressa nos arts. 27, § 1º, 55 e 86.

⁶³ *Ação de improbidade administrativa – críticas e proposições*, p. 59.

No mesmo sentido, faz-se relevante ressaltar o voto do Ministro Celso de Mello ao afirmar que a responsabilidade dos governantes é inerente à ideia republicana e que o princípio da moralidade administrativa é vetor que deve reger as atividades do Poder Público. Asseverou que as sanções previstas na Lei n. 8.429/92 não têm natureza penal e que o ato de improbidade comporta múltiplas condutas delituosas, como deixou claro o art. 37, § 4º da Constituição.

Anote-se que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não permaneceu de forma definitiva, como se verá na sequência e tendo em vista, ainda, o resultado de seis votos pela procedência da ação e cinco contrários, bem como a ampla modificação da composição daquela Corte⁶⁴.

4.3.3.2. Superior Tribunal de Justiça – a Reclamação n. 2.790/SC

Mostra-se relevante o estudo do julgamento da Reclamação n. 2.790/SC⁶⁵, uma vez que a discussão suscitada pelo Relator, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavascki, perpassa todas as perspectivas apresentadas até o momento.

O feito originário da Reclamação em questão consiste em uma ação de improbidade administrativa ajuizada em face de Governador do Estado, tendo sido veiculada ao Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que se trataria de usurpação de competência daquela Corte.

Primeiramente, com relação à aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, esclareceu o Relator que a única alusão à improbidade administrativa como crime de responsabilidade é a que consta no inciso V do art. 85, da Constituição da República, em relação ao Presidente da República, cuja competência para o julgamento correspondente seria o Senado Federal, nos termos do art. 86 da Carta Constitucional. Somente nesta restrita hipótese, é que se identificaria, no âmbito material, a concorrência de regimes, o geral do art. 37, § 4º, e o especial dos arts. 85, V, e 86.

Assim, com exceção do Presidente da República, sujeito a regime especial de forma expressa pela Constituição da República, os demais agentes

⁶⁴ Todavia, resultado semelhante foi alcançado no Supremo Tribunal Federal, no AgR-RE 579.799-SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 19/12/2008.

⁶⁵ Reclamação n. 2.790/SC, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 02/12/2009. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800768899&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em novembro de 2015.

políticos não estariam imunes às sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, por força de seu art. 37, § 4º.

De tal modo, em relação aos demais agentes políticos, a solução seria eminentemente processual.

O Relator, ao analisar a questão, expôs que o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF e ADI n. 2.860/DF⁶⁶ não encerrou a discussão a respeito da extensão do foro por prerrogativa de função ao julgamento de ações de improbidade administrativa. Para tanto, suscitou o entendimento adotado em julgamentos posteriores no Supremo Tribunal Federal⁶⁷, em que se entendeu que, a despeito da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei n. 10.628/02, seria possível desenhar a competência por prerrogativa de foro em relação às ações de improbidade administrativa por meio de interpretação decorrente diretamente da Constituição Federal.

Tal entendimento, como bem exposto por Landolfo Andrade de Souza⁶⁸, decorre da aplicação da tese das competências implícitas complementares, a qual permitiria interpretação extensiva da Constituição com vistas ao preenchimento de lacunas existentes na legislação⁶⁹. A partir de tal aplicação seria possível ampliar competências, com base no respectivo sistema.

Isto é, o sistema de competências estabelecido constitucionalmente não permite ao juiz de primeiro grau processar e julgar Ministro do Supremo Tribunal Federal (réu no julgamento paradigma), principalmente se tal decisão puder resultar na perda do cargo.

No caso em tela, o réu era Governador de Estado, entendendo o relator que tem ele assegurado, nos crimes comuns, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República, o foro por prerrogativa de função perante o Superior Tribunal de Justiça e, nos termos dos arts. 77 e 78, da Lei n. 1.079/50, o

⁶⁶ Vide item 4.3.2.

⁶⁷ A título de exemplo, QO na Pet. 3.211-0, relator para o acórdão o Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008.

⁶⁸ *Prerrogativa de foro nas ações civis de responsabilidade por ato de improbidade administrativa*, p. 2.

⁶⁹ A propósito do tema, anote-se os comentários de Cláudio Ari Mello, segundo o qual a aplicação da teoria das competências implícitas complementares não se teria dado de forma expressa no julgamento em questão. *In Relatório sobre a competência originária nas ações de improbidade administrativa*.

juízo de crimes de responsabilidade perante a respectiva Assembleia Legislativa.

Destaca-se em seu voto a seguinte fundamentação:

Não se compadece com esse regime o reconhecimento da competência de juiz de primeiro grau para processar e julgar ação civil pública por improbidade administrativa, que pode acarretar a perda de cargo para o qual foi eleito por sufrágio popular, fonte primária de legitimação do poder (CF, art. 1o, parágrafo único). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns, há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito de tal julgamento, José dos Santos Carvalho Filho classifica-o como uma saída harmonizadora, ou seja, *“os agentes políticos estão sujeitos à ação de improbidade administrativa, ainda que também estejam relacionados entre os que podem praticar crimes de responsabilidade, excluindo-se somente o Presidente da República, ex vi do art. 85, V, da CF”*⁷⁰.

Entretanto, como já mencionado, deverá ser respeitado o foro por prerrogativa de função constitucionalmente previsto, uma vez que as respectivas sanções somente poderiam ser aplicadas perante aqueles Juízos. Acrescenta o renomado jurista que, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Petição n. 3.211 tenha considerado o foro especial de forma genérica, não haveria necessidade de se respeitar tal prerrogativa quando não houver a formulação de pedido destinado à aplicação de sanções de conteúdo político, podendo, nesses casos, ser a correspondente ação ajuizada perante o Juízo de primeiro grau.

A respeito do tema, ou seja, do reconhecimento de foro por prerrogativa de função de forma implícita na Constituição, opõe-se Fábio Konder Comparato⁷¹:

Em suma, a criação de foros privilegiados, em razão da função ou cargo público exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio da reserva, de natureza constitucional ou legal. Em nenhum País do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou,

⁷⁰ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1097-1098.

⁷¹ *Ação de improbidade: Lei 8.429/92 – competência ao Juízo do primeiro grau*, p. 4.

mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário, tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda – o que seria inominável abuso – ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava.

4.3.3.3. Superior Tribunal de Justiça – o Agravo Regimental na Reclamação n. 12.514/MT

É importante mencionar que, posteriormente aos mencionados julgados, ambos os Tribunais Superiores vêm decidindo monocraticamente a questão, cabendo, neste sentido, mencionar o posicionamento adotado nos autos do Agravo Regimental na Reclamação n. 12.514/MT⁷².

A reclamação em questão foi ajuizada com o objetivo de ver suspensa ação de improbidade administrativa ajuizada em face de Ministro de Tribunais de Contas da União.

Neste acórdão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça voltou atrás e solidificou o entendimento no sentido de não haver foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa mesmo se propostas contra agentes políticos julgados perante aquele Tribunal no curso de ações penais.

Traz-se à colação, pela clareza de seus fundamentos, parte do voto do e. Relator, Ministro Ari Pargendler:

Por outro lado, salvo melhor juízo, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação no 2.138, DF, constituiu um episódio isolado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e tudo leva a crer que não se repetirá à vista de sua nova composição.

Participaram do aludido julgamento como votos vencedores, julgando procedente a Reclamação, os Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso; destes, só o Ministro Gilmar Mendes permanece como membro da Corte.

⁷² AgRg na Rcl 12514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/09/2013. Inteiro teor do acórdão disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301346630&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em novembro de 2015.

Participaram desse julgamento, como votos vencidos, julgando improcedente a Reclamação, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Sepúlveda Perceite; permanecem na Corte os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Os Ministros Celso de Mello (Pet no 5.080, DF - DJ, 1o.08.2013), Marco Aurélio (Reclamação no. 15.831, DF - 20.06.2013), Joaquim Barbosa (Reclamação no. 15.131, RJ - 04.02.2013), Carmen Lúcia (Reclamação no. 15.825, DF - 13.06.2013) e Rosa Weber (Reclamação no. 2.509, BA - 06.03.2013) já decidiram monocraticamente acerca da incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que tenha prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade; o Ministro Luiz Fux já se pronunciou, em decisão monocrática, pela competência, nesse caso, do Supremo Tribunal Federal (MS no 31.234, DF - DJ, 27.03.2012).

Quer dizer, já há o convencimento de 5 (cinco) membros do Supremo Tribunal Federal pela inexistência de foro privilegiado na ação de improbidade administrativa, valendo registrar que as decisões monocráticas mais recentes estão nessa linha de entendimento.

Voto, por isso, no sentido de julgar improcedente a reclamação.

Assim, diante de todo o exposto, percebe-se que a polêmica a respeito do tema ainda é latente e envolve outras discussões em relação às quais se deterá nos capítulos seguintes.

5) AS SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É importante mencionar que o § 4º do art. 37, da Constituição da República estabelece que dos atos de improbidade administrativa decorrerão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Da análise de tais medidas, tem-se que a Constituição não se lhes reporta como se sanções fossem. Mesmo porque, frise-se, nem todas possuem tal natureza. A título de exemplo mencione-se a “indisponibilidade dos bens”, que tem por objetivo garantir o futuro ressarcimento do ano, evitando a dilapidação, transferência ou a ocultação de bens. No mesmo sentido, o “ressarcimento ao erário” tem por objetivo a recomposição do patrimônio lesado e seria medida aplicável com base no art. 186, do Código Civil (art. 159, do Código Civil de 1916), consistente no princípio segundo o qual aquele que cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo, ainda que nada prescrevesse a Constituição Federal⁷³.

Esclarece Luiz Antônio Castro de Miranda, ao citar Emerson Garcia e Rogério Pacheco, que ao estabelecer medidas de natureza cautelar, a Constituição da República acabou por delegar ao legislador infraconstitucional a discriminação das sanções de natureza patrimonial que estariam por meio delas garantidas⁷⁴.

A Lei n. 8.429/92 trata das sanções em seu art. 12, prevendo outras medidas além daquelas estabelecidas constitucionalmente, tais como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, a ampliação do rol de sanções pela Lei n. 8.429/92 não representa afronta indevida à previsão constitucional, uma vez que não houve limitação à competência do legislador para o estabelecimento de outras medidas possíveis⁷⁵. A esse argumento acrescenta José dos Santos Carvalho Filho, que a lei é o instrumento adequado para a instituição de sanções. A título de exemplo, menciona o autor, referindo-se à doutrina de Marino

⁷³ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 920.

⁷⁴ *As sanções nos atos de improbidade administrativa*, p. 91.

⁷⁵ *Direito Administrativo*, p. 921.

Pazzaglini Filho, que se a Constituição prevê determinada sanção penal reclusiva a determinado crime, nada impede que a lei lhe acresça a pena de multa⁷⁶.

Com efeito, Carvalho Filho entende que as sanções da Lei n. 8.429/92 possuem natureza extrapenal, tendo, portanto, caráter civil. Por tal razão, critica a nomenclatura adotada no Capítulo III da lei, consistente em “Das Penas”, o que gera a falsa percepção de que se trataria de penalidade equivalente à prática de crimes. A propósito, discorda o autor da já mencionada posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro no sentido de que determinadas prescrições da lei representariam “medidas” ou “providências”, uma vez que a Lei n. 8.429/92 refere-se a elas como “sanções” e, além disso, representam consequência punitiva decorrente da prática de atos ilícitos.

Passando-se à análise do art. 12, da Lei n. 8.429/92, percebe-se ter o legislador estabelecido uma gradação decrescente de sanções, decorrente da gravidade do ato de improbidade administrativa praticado, ou seja, iniciando pelas sanções correspondentes às condutas mais graves e partindo-se para aquelas mais “leves”.

Assim, o inciso I do dispositivo legal diz respeito às sanções decorrentes de atos que importem enriquecimento ilícito, o inciso II àqueles que causam lesão ao erário e o inciso III aos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

A respeito do critério adotado, há posicionamento doutrinário que critica a respectiva valoração imposta por entender que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito nem sempre correspondem a uma maior gravidade, uma vez que podem decorrer de preferência por um interesse particular, enquanto o ato que causa lesão ao erário, sempre consistirá em afronta ao interesse público⁷⁷.

Assevere-se que a aplicação das sanções correspondentes ao ato de improbidade deve observar o princípio da proporcionalidade, uma vez que a respectiva lei optou pela adoção de tipos abertos, o que requer cautela para não se incidir em interpretações abusivas⁷⁸.

⁷⁶ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1106.

⁷⁷ Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, p. 1107.

⁷⁸ REsp n. 909.446, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/04/2010. Inteiro teor do acórdão disponível em : <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200602698785&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 08/12/2015.

A par do mencionado princípio, José dos Santos Carvalho Filho⁷⁹ acrescenta dever ser considerado na aplicação das sanções, o princípio da adequação punitiva, segundo o qual deverão ser aplicadas enquanto tiverem relação com a natureza do autor do fato. Como exemplo, a sanção de perda da função pública não será aplicada na hipótese na qual o autor do ato ímprobo for um particular. Da mesma maneira, o ressarcimento do dano e a perda de bens somente são aplicáveis nos casos de incorporação de bens públicos ao patrimônio privado. Finalmente, a sanção de multa não poder imposta ao agente público que não recebe remuneração, como ocorre com os agentes honoríficos.

Para melhor estudo, faz-se útil a transcrição do art. 12, da Lei n. 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos

⁷⁹ Op. cit., p. 1108.

políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Como se observa, o dispositivo legal em questão foi alterado pela Lei n. 12.120/09, a qual foi editada após intensas controvérsias a respeito da possibilidade de cumulação das sanções previstas em cada um dos incisos do art. 12⁸⁰.

A pacificação do tema trazida pela aduzida lei não poderia ser diferente, uma vez que o ato de improbidade administrativa pode afetar valores de natureza diversa, razão pela qual se mostram necessárias e perfeitamente compatíveis as diferentes sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

Cumprе mencionar que a análise da gravidade do ato ímprobo pelo julgador, avaliando e valorando as sanções adequadas ao caso concreto decorrem do próprio princípio da proporcionalidade e já vinha sendo observada pela jurisprudência anteriormente ao advento da Lei n. 12.120/09⁸¹.

Avançando-se no tema, tem-se discutido se o julgador estaria adstrito à aplicação das sanções explicitadas no pedido inicial do autor. Para aqueles que entendem que a delimitação da sanção é definida no pedido do autor, a aplicação pelo juiz de sanções diversas resultaria em uma sentença *extra* ou *ultra petita*⁸². Por outro lado, para os que defendem posicionamento contrário, o pedido formulado na petição inicial da ação de improbidade administrativa, diz respeito ao

⁸⁰ Marcelo Figueiredo, *Improbidade administrativa*, p. 159. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Probidade administrativa*, p. 533. Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, p. 263.

⁸¹ REsp n.794.155/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 22/08/2006. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501623861&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>

⁸² Marino Pazzaglini Filho, *Lei de improbidade administrativa comentada*, p. 178.

reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, submetendo, portanto, o respectivo autor às disposições da Lei n. 8.429/92⁸³.

Cumprе salientar, como bem notado por José dos Santos Carvalho Filho, que pode suceder de determinado ato abranger as três espécies de improbidade administrativa descritos nos arts. 9, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, hipótese na qual serão aplicadas as sanções correspondentes ao ato considerado pela lei como mais grave, ou seja, aquelas do art. 12, inciso I, da lei, sob pena de se incorrer em *bis in idem*⁸⁴.

5.1. Sanções em espécie – uma visão geral

Tendo em vista que o presente estudo tem por objetivo o aprofundamento correspondente a uma sanção específica prevista na Lei de Improbidade Administrativa, cumpre somente mencionar quais seriam as demais sanções trazidas no art. 12, da Lei n. 8.429/92: a) Perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) Ressarcimento integral do dano; c) Perda da função pública; d) Suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

⁸³ Superior Tribunal de Justiça, REsp 324.282, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01/04/2002 e Emerson Garcia, *Probidade administrativa*, p. 533.

⁸⁴ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1109.

6) A SANÇÃO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA

A sanção de perda da função pública prevista na Lei n. 8.429/92, de acordo com entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior⁸⁵, é aplicável a toda e qualquer espécie de ato de improbidade administrativa, possuindo sentido amplo, podendo alcançar, portanto, as diversas possibilidades de vínculo do agente com a Administração Pública. Por tal razão, o art. 2º da lei em questão estaria relacionado ao próprio conteúdo da mencionada sanção.

Ensina o autor⁸⁶:

Entende-se por função pública a derivada de mandato, cargo, emprego ou função pública, inclusive a exercida por delegação de serviço público, cuja respectiva investidura decorrer de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de vínculo jurídico com a Administração Pública (credenciamento, convocação etc., bem como outorga, concessão, permissão e autorização de serviço público, qualificação). À evidência, somente o particular desvinculado da Administração Pública, beneficiário ou partícipe do ato, escapa dessa penitência, como explicita a própria lei no art. 3º com a expressão “no que couber”. É uma sanção especificamente dirigida àquele que exerce função pública, mesmo com as garantias da vitaliciedade e estabilidade.

De acordo com o autor, tal sanção decorreria do entendimento segundo o qual aquele que pratica o ato ímprobo estaria inabilitado moralmente para o desempenho da função pública. De tal modo, ainda que a função pública por meio da qual o ato tivesse sido praticado não mais subsistisse por ocasião da sentença, ainda assim, esta seria capaz de produzir efeitos sobre o vínculo existente. Ou seja, a sanção seria aplicável à função pública ocupada pelo agente no momento do trânsito em julgado da sentença.

De outro lado, como bem pondera José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de punição rigorosa e que, portanto, resulta na extinção do vínculo jurídico existente entre o agente público e a entidade que foi vítima do ato de improbidade.

⁸⁵ *Probidade administrativa*, p. 276/277.

⁸⁶ *Probidade administrativa*, p. 277.

A respeito do tema, o autor relembra que a Lei n. 8.112/90 prevê a perda da função pública como hipótese de demissão, podendo originar-se de sentença condenatória ou ser aplicada pela própria Administração em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa⁸⁷.

Com efeito, tal entendimento repercute também na análise dos efeitos da aplicação da sanção de perda da função pública. Isto porque, entendendo-se pelo mesmo trilhar que Wallace Paiva Martins Júnior, a aplicação da sanção poderia resultar até mesmo na anulação da sentença de concessão de aposentadoria.

Também neste aspecto discorda José dos Santos Carvalho Filho⁸⁸ ao afirmar que, no caso de aposentados, não haveria vínculo jurídico a ser desfeito. Entende o autor que para o rompimento do vínculo previdenciário, seria necessária a utilização de outra medida, qual seja, a cassação de aposentadoria, que não encontra previsão na Lei de Improbidade Administrativa.

A questão não é de fácil solução. De um lado, mostra-se ilógico que aquele que foi declarado ímprobo pelo Poder Judiciário, tendo a respectiva decisão transitado em julgado, possa assumir outra função pública por uma mera compatibilidade temporal. Ou seja, por um fato do acaso o agente não sofrerá a sanção especificada na sentença de procedência, por não mais exercer a função na qual foi praticado o ato de improbidade administrativa, estando livre para atuar como agente público em outras funções.

Por outro lado, a possibilidade de uma solução judicial repercutir em um direito adquirido, como no caso da aposentadoria, traz profunda insegurança jurídica, principalmente ao se pensar numa realidade como a brasileira, em que ações complexas como as de improbidade administrativa não são julgadas de forma definitiva rapidamente.

Ao nosso ver, as sanções previstas no § 4º do art. 37 da Constituição da República referem-se à prática de ato de improbidade praticado no exercício de determinada função pública. Por esta lógica, somente a respectiva função pública poderá sofrer os efeitos da decisão judicial.

Anote-se, por oportuno, que caso a declaração de improbidade administrativa por decisão judicial transitada em julgado seja considerada

⁸⁷ No mesmo sentido, Superior Tribunal de Justiça, MS n. 12.735, Min. Og Fernandes, j. em 09/06/2010.

⁸⁸ *Manual de Direito Administrativo*, p. 1112.

incompatível com outra função pública desempenhada pelo agente, também poderão ser buscados os meios legalmente previstos para o rompimento também deste vínculo funcional.

De acordo com Márcio Fernando Elias Rosa⁸⁹, as sanções de perda da função pública, assim como de suspensão dos direitos políticos, teriam natureza político-administrativa, uma vez que pretendem repreender a deslealdade daquele que possui um vínculo com o Estado, manter a “*obediência e correção legal e moral da atividade administrativa*” e reprimir a atuação contrária à ordem jurídica e ao regime democrático.

De fato, a conceituação mencionada é acertada, na medida em que, da análise do art. 12, da Lei n. 8.429/92, percebe-se que a sanção de perda da função pública pode ser aplicada a todas as espécies de atos de improbidade administrativa, estando, portanto, relacionada ao mau exercício da função pública, ainda que o ato ímprobo praticado não tenha repercussão patrimonial na Administração Pública (arts. 9º e 11, da Lei n. 8.429/92).

6.1 Previsão constitucional de perda da função pública para cargos vitalícios

A respeito dos cargos vitalícios, extrai-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁰, tratar-se de espécie vinculada a uma classificação de cargos públicos no que diz respeito à sua “vocaçãõ para retençãõ dos ocupantes”. Anote-se que, a par dos cargos de provimento *vitalício*, as demais espécies também submetidas a tal classificação seriam os cargos de provimento *em comissão* e os cargos de provimento *efetivo*, os quais estariam relacionados, respectivamente, ao recebimento de ocupantes com acentuada permanência, transitórios e permanentes.

Assim, é importante notar, na seara do Direito Administrativo, que a característica da vitaliciedade é uma prerrogativa que diz respeito ao cargo e não ao agente público em si.

Explica o mencionado autor que, assim como ocorre quanto aos cargos efetivos, no caso de cargos vitalícios há uma predisposição para a sua retenção por seus ocupantes. Contudo, neste último caso, uma vez nele providos, seus

⁸⁹ *Improbidade administrativa*, p. 207/208.

⁹⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 309.

ocupantes somente poderão ser desligados por meio de decisão em processo judicial transitado em julgado.

Alerta Hugo Nigro Mazzilli que a prerrogativa da vitaliciedade não se confunde com a estabilidade, a qual implica na instauração de processo administrativo com o devido respeito à ampla defesa em caso de perda do respectivo cargo público⁹¹.

Os únicos cargos vitalícios previstos na Constituição da República são os de Magistrado, em seu art. 95, inciso I, membro do Ministério Público, cuja previsão encontra-se no art. 128, § 5º, inciso I, alínea “a” e Ministro ou Conselheiro do Tribunal de Contas, segundo dispõe o art. 73, § 3º. Ressalte-se que, com relação aos magistrados de primeiro grau e aos membros do Ministério Público, a vitaliciedade somente será adquirida depois de dois anos no exercício no cargo, contrariamente ao que ocorre nas hipóteses de provimento diretamente em Tribunais, em que a vitaliciedade se dá imediatamente, conforme se extrai da interpretação ao dispositivo constitucional.

6.2 Procedimento para a perda da função pública nas Leis Orgânicas relacionadas a cargos vitalícios

Observa-se, inicialmente, o estudo apresentado no Capítulo 4 deste trabalho envolvendo a aplicabilidade da sanção de perda da função pública aos ocupantes de cargos vitalícios e aos agentes políticos. Quando da exposição envolvendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, vimos que a relevância dessa discussão envolve principalmente a questão da competência para a sua aplicação.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, após isolado entendimento segundo o qual a Lei de Improbidade Administrativa não seria aplicável aos agentes políticos (Reclamação n. 2.138/DF), passou a ignorar tal paradigma, julgando monocraticamente ações de improbidade administrativa envolvendo tais agentes, como mencionado nos autos da Reclamação n. 2.790/SC, ajuizada perante o Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, superou-se o marco envolvendo a inaplicabilidade da lei em questão aos agentes políticos, passando-se a questionar a competência para julgá-los. Conforme visto quando da análise do Voto do então Ministro do Superior

⁹¹ *Ministério Público*, p. 66.

Tribunal de Justiça, Teori Zavascki (Reclamação n. 2.790/SC – STJ), a reconhecida natureza civil da ação de improbidade, bem como a declaração de inconstitucionalidade da lei que alterou a redação do Código de Processo Penal, atribuindo a competência por prerrogativa de foro para o julgamento de tais ações, não seriam suficientes para afastá-la, uma vez que tal competência decorreria do próprio sistema trazido na Constituição da República.

Este cuidado direcionado à competência para o julgamento da ação de improbidade está diretamente relacionado à previsão da sanção de perda da função pública. De acordo com o mencionado magistrado, tal sanção, quando direcionada a um Ministro de Tribunal Superior ou a um detentor de mandato eletivo e, portanto, representante do povo, por um magistrado de primeiro grau não se coadunaria com o sistema de competências trazido pela Constituição. A partir deste entendimento, seria possível sustentar a competência por prerrogativa de foro aos mencionados agentes públicos.

Parcela da doutrina, como também já visto, tem sustentado que a competência por prerrogativa de foro seria um pleito de uma classe que pretende continuar a ver assegurados determinados privilégios, o que seria *contra legem*⁹².

Contudo, a solução para que tal competência fosse exercida sem ressalvas seria excluir-se do pedido formulado na petição inicial da ação de improbidade a aplicação da sanção de perda da função pública, a qual deveria seguir procedimento próprio previsto em outras leis das carreiras correspondentes a cargos vitalícios ou na própria Constituição da República, na hipótese de determinados agentes políticos.

A título de exemplo, com o objetivo de se fazer um recorte no tema, estudaremos as Leis Orgânicas relacionadas às carreiras dos membros do Ministério Público. O objetivo seria verificar o aventado procedimento específico previsto para a perda de um cargo vitalício previsto em leis vigentes posteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, o que não ocorre com a Lei Complementar n. 35/79, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

A partir do correspondente estudo será possível verificar se o procedimento específico em questão seria suficiente para se afastar a competência do Juízo de primeiro grau para a aplicação da sanção.

⁹² Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 214/215.

6.2.1. As Leis Orgânicas relacionadas ao Ministério Público

Assim como ocorre em relação às carreiras da magistratura, a Constituição da República trouxe as regras fundamentais sobre o Ministério Público nacional sem, contudo, esgotar o tema no que se refere às normas de organização, atribuições e estatuto de cada Ministério Público, cuja competência foi atribuída à legislação infraconstitucional por meio de seus arts. 61, § 1º, inciso II, alínea “d” e 128, § 5º.

Em cumprimento ao comando constitucional, foram editadas duas leis de abrangência nacional, a Lei Complementar n. 75/93, que diz respeito ao Ministério Público da União e a Lei n. 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

De tal modo, coube, ainda, a cada Estado da Federação a edição de sua legislação específica, a qual deveria seguir o trâmite de lei complementar, exigido pelo § 5º do art. 128 da Constituição da República.

A respeito da vitaliciedade, a LC n. 75/93, em seus arts. 184 e 208, estabeleceu que o mero decurso do prazo de dois anos sem impugnação resultará no alcance de tal prerrogativa. Todavia, caso tenha sido apresentada impugnação neste prazo, caberá ao Conselho Superior deliberar no processo administrativo em questão, encaminhando cópia da decisão ao Procurador-Geral da República para as providências cabíveis.

Com relação ao Ministério Público dos Estados, explica Hugo Nigro Mazzilli⁹³, que dois meses antes do término dos dois anos mencionados pela Constituição da República, o Corregedor-Geral realizará um relatório indicando os membros que devam ou não ser vitaliciados, cabendo a respectiva decisão ao Conselho Superior, com recurso ao Colégio de Procuradores.

Adquirida a vitaliciedade, o membro do Ministério Público somente poderá perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado. Por tal razão, somente os membros do Ministério Público que não tenham adquirido tal prerrogativa poderão perder o respectivo cargo em decorrência de mera decisão administrativa.

⁹³ *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 208/209.

A respeito da ação de perda de cargo contra membro vitalício do Ministério Público da União, o respectivo Conselho Superior possui atribuição legal para autorizar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, o respectivo ajuizamento pelo Procurador-Geral da República⁹⁴. Seguido tal procedimento, o ajuizamento da ação resultará no afastamento do exercício das funções, a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias decorrentes do cargo, consoante o disposto no parágrafo único do art. 208 da lei em questão.

Por outro lado, a Lei n. 8.625/93 prevê procedimento diverso, atribuindo ao Colégio de Procuradores a deliberação acerca do ajuizamento da ação para a perda do cargo pelo Procurador Geral de Justiça (art. 38, § 2º). O art. 12, inciso X da lei exige o quórum de um quarto para a correspondente iniciativa.

Anote-se que a Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 240, inciso V, traz hipóteses de demissão dos membros do Ministério Público, as quais, no caso de membros vitalícios, correspondem às hipóteses de perda do cargo, exigindo-se para a sua aplicação, além do processo administrativo, decisão judicial com trânsito em julgado, conforme previsão contida no art. 242 da lei.

Neste contexto é que se encontra a previsão da improbidade administrativa como hipótese em que seria possível a aplicação de demissão ou de perda da função pública (art. 240, V, “b”), cabendo mencionar os demais casos que dão ensejo a tais sanções, quais sejam, lesão aos cofres públicos; dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda; condenação por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for igual ou superior a dois anos; incontinência pública e escandalosa que comprometa gravemente, por sua habitualidade, a dignidade da instituição; abandono de cargo; revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça; aceitação ilegal de cargo ou função pública e reincidência no descumprimento do dever legal anteriormente punido com suspensão.

Quanto às demais possibilidades de perda de cargos vitalícios no âmbito da Lei n. 8.625/93, observa-se trazer um regime diferente, sendo expressa em seu art. 38 e parágrafos ao exigir o trânsito em julgado de sentença exarada em

⁹⁴ arts. 57, inciso XX, 98, inciso XVIII, 131, inciso XVIII, 166, inciso XVIII e 259, inciso IV, da LC n. 75/93.

ação civil própria ajuizada diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça, após autorização concedida pelo Colégio de Procuradores. O ajuizamento de tal ação poderá decorrer da prática de crime incompatível com o exercício do cargo, exercício da advocacia e abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos e a aplicação da sanção dependerá de sentença judicial transitada em julgado.

Conforme posição de Hugo Nigro Mazzilli⁹⁵, tal previsão não importa na limitação das hipóteses de perda do cargo àquelas decorrentes de ação civil própria. Pelo contrário, tal dispositivo legal contemplaria as únicas hipóteses em que se admite a perda do cargo por ação civil específica. Entende o autor ser possível a criação de outras causas de perda do cargo, desde que respeitada a previsão constitucional que exige sentença judicial transitada em julgado, o que ocorre, por exemplo, em decorrência de condenação criminal, quando preenchidos os requisitos trazidos pelo art. 92, do Código Penal.

O aludido dispositivo prevê como efeito secundário de natureza extrapenal específico a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando: i) for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e ii) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

A propósito, é importante mencionar que a sentença penal deve expressamente motivar a perda do cargo em questão, não se tratando de efeito automático da sentença (art. 92, parágrafo único, do Código Penal).

Frise-se que, no que diz respeito à perda da função pública decorrente de sentença criminal transitada em julgado, os membros do Ministério Público, bem como dos demais ocupantes de cargos vitalícios, possuem foro por prerrogativa de função reconhecido na Constituição da República, de modo que o efeito secundário específico da sentença seria imediatamente aplicável⁹⁶⁹⁷.

⁹⁵ *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 211.

⁹⁶ Em sentido contrário, Márcio Fernando Elias Rosa, *Improbidade Administrativa*, p. 229: "(...) No tocante à prática de crime, sugere-se a prévia necessidade de condenação criminal definitiva para que a subsequente ação civil possa ser deduzida" e Emerson Garcia, *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*, p. 407.

⁹⁷ No sentido da aplicação imediata dos efeitos da sentença condenatória: Supremo Tribunal Federal, Plenário, AP 396 QO/RO, AP 396 ED-ED/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/06/2013. Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622946>

De tal forma, relembra o autor que:

Por duas razões básicas a prestação jurisdicional de objeto cível, visando à perda do cargo, nem sempre terá como pressuposto lógico ou jurídico a prévia prestação jurisdicional penal. A uma, porque a regra é a independência da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, ressalvadas as exceções legais (regra: arts. 66-67 do CPP, art. 91, I e II, do CP, e primeira parte do art. 935 do CC de 2002; exceção: arts. 63 e 65 do CPP e segunda parte do art. 1.525 do CC). A duas, porque a causa de pedir da ação civil, destinada à decretação da perda do cargo, pode ser mais ampla do que as hipóteses de perda do cargo como efeito da condenação penal.

A partir desse raciocínio, segundo o autor, é que seria possível, a título de exemplo, a perda do cargo em razão de sentença criminal transitada em julgado pela prática de crime que não tiver relação com a atividade funcional do condenado. Até porque, conforme visto acima, a condenação criminal por fatos não relacionados à atividade funcional não seria uma das causas de ajuizamento de ação civil para a decretação de perda do cargo⁹⁸, estando prevista somente no Código Penal.

De tal maneira, o que se observa é que as Leis Orgânicas envolvendo as carreiras do Ministério Público não pode ser fundamento idôneo e suficiente para se proibir a decretação da perda da função pública de forma direta pelo Juízo competente para o julgamento da ação de improbidade. Conforme se observa do procedimento trazido naquelas leis, a previsão de ação civil própria para a perda da função não esgotou todas as suas hipóteses. Pelo contrário, estas referências dizem respeito a opções específicas de ajuizamento de ação civil própria, mas não às únicas.

⁹⁸ Contrariamente à posição de Hugo Nigro Mazzilli, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que, no caso de Promotor de Justiça condenado por corrupção passiva, deveria ser aplicada a norma específica, ou seja, o art. 38, § 2º, da Lei n. 8.625/93, a qual, possuindo a mesma hierarquia do Código Penal, deve prevalecer por aplicação do princípio da especialidade (REsp n. 1.251.621/AM, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 16/10/2014 (acesso no Informativo 552)).

6.3. A perda da função pública na hipótese de cargos com alta representatividade democrática

Seguindo o mesmo trilhar apresentado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, observa-se que, com relação aos agentes políticos, não mais se admite a alegação de que lhes seria inaplicável a Lei de Improbidade Administrativa.

A única exceção unânime seria o Presidente da República, o qual estaria excluído da respectiva aplicação, por interpretação do art. 85, inciso V, da Constituição da República. Neste aspecto, faz-se necessário apontar que somente na hipótese de conexão ou de continência é que se poderia eventualmente aventar a extensão de tal entendimento a outro agente político, nos termos do art. 14, da Lei n. 1.079/50.

A propósito do tema, anote-se que o advento da Lei Complementar n. 135/2010, que alterou a Lei Complementar n. 64/1990, reforçou a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos ao trazer hipótese de inelegibilidade decorrente de sentença de procedência em ações de improbidade:

Art. 1º São inelegíveis

I – para qualquer cargo:

I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

A esse respeito, assim leciona Márcio Fernando Elias Rosa⁹⁹:

A tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal vai além de excepcionar a aplicação de dadas sanções para admitir a exclusão do rol de sujeição da ação por improbidade dos agentes políticos porque, como resumido, responderiam eles por crimes de responsabilidade. Há, nesse passo e no

⁹⁹ *Improbidade administrativa*, p. 198.

entender do Supremo Tribunal, nítida aproximação entre institutos divergentes (das infrações político-administrativas ao ilícito da improbidade administrativa).

Assim, tendo sido superada a polêmica envolvendo a sujeição dos agentes políticos à Lei n. 8.429/92, verifica-se que, assim como ocorre no caso dos cargos vitalícios, a dúvida que resta refere-se diretamente à competência para o julgamento de agentes, tendo em vista a sanção de perda da função pública, prevista na Lei n. 8.429/92.

Segundo ensina, ainda, o mencionado autor, o regime de responsabilidade trazido pela Constituição da República em relação aos agentes políticos, envolve as hipóteses de sanção, previstas em seu art. 52 combinado com os arts. 2º, 33 e 34 da Lei n. 1.079/50, consistentes na perda do cargo e inabilitação por oito anos para o exercício de função pública. Ou seja, pelo sistema constitucional, haveria, em princípio, diversidade de causas determinantes da perda do cargo, podendo resultar da prática de ilícito político ou da prática de improbidade administrativa.

Defende a mencionada doutrina que, ao estabelecer a possibilidade de perda do cargo e inabilitação para a vida política por determinado meio, o legislador constituinte teria estabelecido regime próprio e especial para a decretação de perda do cargo, função ou mandato para determinados agentes públicos, excluindo-os, por conseguinte, da aplicação da correspondente sanção também prevista para a ação de improbidade administrativa.

Ao se entender desta maneira, estar-se-ia respeitando o tratamento especial direcionado pela Constituição da República para determinadas funções públicas, ao mesmo tempo em que não os tornaria imunes à aplicação da lei de improbidade administrativa.

Entendemos que o fato de a Constituição da República regulamentar procedimento próprio para a perda de cargos públicos para determinados agentes não resulta na conclusão direta que as sanções de natureza política, contidas na Lei n. 8.429/92, lhes seriam inaplicáveis. Com efeito, como visto anteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem/RO suscitada na Ação Penal n. 396, firmou o entendimento segundo o qual o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, na qual teria sido determinada a suspensão dos direitos

políticos de deputado federal eleito durante o curso da ação penal, seria suficiente para produzir efeitos, resultando na imediata perda do cargo público, a despeito do previsto no art. 55 da Constituição da República.

Neste contexto, é possível avaliar que, embora não seja entendimento unânime na doutrina, os procedimentos previstos constitucionalmente para a perda de cargos políticos não são exclusivos, de modo que efeitos similares podem ser alcançados por outros caminhos, devendo a legislação em questão ser interpretada de forma sistêmica.

O alerta em relação à ação de improbidade administrativa está no fato de, neste caso, a decisão por meio da qual será aplicada a sanção de perda da função pública ser proferida por Juízo de primeiro grau. Ou seja, o precedente do Supremo Tribunal Federal apenas mencionado estaria também respaldado em uma competência por prerrogativa de função, sendo possível extrair essa interpretação da sistemática trazida pela Carta Constitucional.

Como visto no Capítulo 4.3, a matéria atinente à aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos está intensamente relacionada à natureza jurídica do ato de improbidade, a qual, como vimos, é civil.

De tal maneira, o regramento constitucional especial destinado aos agentes políticos não tem obstado, de acordo com o entendimento mais recente da jurisprudência brasileira, a convivência harmônica com outros procedimentos constitucionais, como tem ocorrido, por exemplo, com a produção de efeitos extrapenais de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Assim é que também poderia ser feita uma interpretação constitucional, de modo a se permitir a aplicação dos preceitos contidos no art. 37, § 4º, da Constituição Federal sem ressalvas. O óbice, como visto, é a competência de primeiro grau para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Em resumo, como visto tanto em relação aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios, como na hipótese de agentes políticos em relação aos quais há a previsão de crimes de responsabilidade, não há respaldo na legislação a impedir a aplicação de perda da função pública decorrente do reconhecimento de improbidade administrativa. Isto porque, tanto a previsão contida em Leis Orgânicas, como aquela prevista na Constituição para determinados cargos políticos não têm representado óbice para a coexistência de procedimentos diversos

para a jurisprudência atual. Por tal razão, o ponto sensível estaria no fato de as exceções trazidas nos Tribunais Superiores terem ocorrido sempre em ações penais, em relação às quais há previsão constitucional de competência de foro por prerrogativa de função.

Neste contexto, ao nosso ver, o obstáculo para a aplicação da sanção de perda da função pública, por exemplo, a um membro do Ministério Público, não estaria em se ignorar o procedimento trazido pela respectiva Lei Orgânica, mas na incompatibilidade existente entre a aplicação desta sanção e a competência do Juízo de primeiro grau para o julgamento da ação correspondente, o que representa um desajuste em relação ao sistema de competências trazido pela Constituição da República.

No mesmo sentido, o fato de uma ação de improbidade administrativa resultar na perda da função pública de um Governador de Estado, não afronta o regramento previsto na Constituição Federal em relação às hipóteses de perda do cargo, mas o fato de tal determinação ser decretada por um Juízo de primeiro grau, sim.

Por outro lado, tampouco o fundamento trazido por Márcio Fernando Elias Rosa¹⁰⁰ e Hugo Nigro Mazzilli seriam perfeitos para se chegar à conclusão que se considera mais plausível, ou seja, a de que seria possível o processamento e julgamento da ação de improbidade administrativa em primeiro grau em relação aos mencionados agentes públicos, desde que excluída a aplicação da sanção de perda da função pública.

Isto porque, segundo os mencionados autores, em relação aos membros do Ministério Público, bem como ao Presidente da República, Senadores e Deputados, haveria procedimento legal específico de provimento e destituição a serem observados, nos termos do que dispõe o art. 55, da Constituição da República. Entretanto, como visto neste trabalho, as hipóteses de perda do cargo previstas no mencionado dispositivo constitucional não obstam o seu reconhecimento em outras searas, como por exemplo, em decorrência de sentença penal transitada em julgado por crime praticado no exercício da função pública¹⁰¹.

Ainda com relação aos membros do Ministério Público, as leis orgânicas não teriam esgotado todas as hipóteses de demissão ou de perda do

¹⁰⁰ *Improbidade administrativa*, p. 221/222.

¹⁰¹ AP 396 QO/RO, AP 396 ED-ED/RO, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 26/06/2013.

cargo. Ademais, a própria Constituição da República estabelece que os cargos vitalícios somente podem ser perdidos por sentença judicial transitada em julgado (arts. 95, I; 128, § 5º, I, “a” e 73, § 3º), assim como determina que os atos de improbidade administrativa importarão na perda da função pública, na forma da lei, sem prejuízo da ação penal cabível e sem estabelecer ressalvas.

Com efeito, o entendimento exarado pelo Ministro Teori Zavascki nos autos da Reclamação n. 2.790/SC¹⁰² perante o Superior Tribunal de Justiça, foi no sentido de que a competência por prerrogativa de foro para o julgamento da ação de improbidade administrativa decorreria do sistema de competências trazido pela Constituição Federal de 1988, sendo dispensável a existência de previsão específica.

Este posicionamento não decorreria do regramento próprio trazido pela legislação que rege os cargos vitalícios, mas do próprio sistema constitucional que organiza as competências de maneira tal que um Juiz de primeiro grau não poderia destituir do cargo um promotor de justiça que tem na Constituição Federal uma proteção especial, de hierarquia correspondente (nem superior, nem inferior) ao próprio magistrado. Nem, tampouco, poderia retirar o cargo de um agente político eleito por milhares de pessoas, representante do poder que emana do povo, nos termos do art. 3º da Constituição Federal.

É de salutar relevância a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao se manifestar sobre o tema em relação aos agentes políticos:

(...) procede concluir que é equivocado o entendimento de que aos agentes políticos não se aplicam as regras comuns da Lei de Improbidade. A atribuição constitucional de competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento de Ministros de Estado em razão de crimes de responsabilidade significa tão-só que dentre as várias sanções a que estão sujeitos no âmbito da ação civil de improbidade (Lei nº 8.429, 02.06.92) não lhes são aplicáveis as de perda do cargo e suspensão de direitos políticos, que estas só lhes podem ser impostas pela Corte Suprema em julgamento de ação por crime de responsabilidade.

¹⁰² Reclamação n. 2.790/SC, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 02/12/2009.

Mencione-se, ainda, a impossibilidade de aplicação de tal sanção por um magistrado de segundo grau ou de Tribunal Superior, uma vez que possuiria hierarquia administrativa inferior em relação a eles.

Entretanto, embora embasada em fundamento lógico, esta posição acaba por resultar na usurpação da competência do Juízo de primeiro grau e no indevido alargamento da competência originária dos Tribunais e Tribunais Superiores¹⁰³ sem o correspondente respaldo constitucional.

Por tal razão, em decorrência do fundamento teórico elencado no Voto do Relator, o resultado por ele estabelecido seria aquele que mais se coadunaria com o sistema de competências vigente na Constituição. Todavia, ausente a respectiva previsão constitucional neste sentido, esta solução afronta o devido processo legal.

Partindo-se desta premissa, verifica-se que a solução encontrada por Márcio Fernando Elias Rosa e Hugo Nigro Mazzilli resolve a questão, ainda que por fundamento diverso daqueles utilizados pelos autores, como visto.

Ou seja, o afastamento da competência do Juízo de primeiro grau para a decretação de perda da função pública na ação de improbidade administrativa no contexto relacionado aos agentes públicos ora estudados, coaduna-se com o sistema constitucional de competências¹⁰⁴¹⁰⁵.

6.4. A jurisprudência dos Tribunais Superiores (REsp. 1.191.613)

A despeito do posicionamento acima adotado no sentido de que o Juízo de primeiro grau não poderia decretar a sanção de perda da função pública em decorrência de ato de improbidade administrativa praticado por ocupantes de cargos vitalícios ou de cargos em relação aos quais a Constituição da República prevê forma diferenciada de provimento e destituição, no corrente ano, a Primeira

¹⁰³ Márcio Fernando Elias Rosa, *Improbidade administrativa*, p. 236.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, p. 113, Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade*, p. 119 e Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 722/723.

¹⁰⁵ Finalmente, menciona Márcio Fernando Elias Rosa que, neste caso, a opção seria o ajuizamento concomitante das duas ações civis possíveis, quais sejam, a ação de improbidade administrativa e a ação civil para a decretação de perda do cargo. Resta a dúvida sobre como se procederia em relação à prescrição para a decretação da perda da função pública por meio da ação civil específica, dado que ausente a previsão legal de sua suspensão. Ademais, o prosseguimento da ação de forma independente da ação de improbidade pode resultar em decisões conflitantes.

Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou diretamente o tema chegando a conclusão oposta.

O Recurso Especial n. 1.191.613 foi interposto em face do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao apreciar decisão proferida por juiz de primeiro grau que, ao receber a inicial de uma ação de improbidade administrativa fez a ressalva de que “os membros do Ministério Público não estarão sujeitos à pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92, pois, sendo a vitaliciedade uma prerrogativa do agente ministerial, o legislador infraconstitucional estabeleceu expressamente os casos que implicam a perda do seu cargo”.

Com efeito, por meio do acórdão relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, deu-se provimento ao recurso especial para declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à punição.

Anote-se que, no caso em análise pelo Superior Tribunal de Justiça, o resultado procedente da ação de improbidade administrativa não era certo, tendo, contudo, o Tribunal Superior ressalvado a possibilidade de, caso procedente, ser aplicada aos promotores de justiça, réus na correspondente ação, a sanção de perda de suas funções públicas.

Dentre os argumentos utilizados pelo mencionado relator destacam-se a inexistência de ressalva por parte do legislador constituinte quanto à aplicabilidade das sanções decorrentes do reconhecimento da improbidade administrativa a determinadas classes de agentes públicos (art. 37, § 4º, CF); no mesmo sentido, tampouco o art. 2º da Lei n. 8.429/92 teria restringido sua aplicabilidade ao conceituar o agente público como *“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”* e os procedimentos previstos na LC n. 75/1993 e na Lei n. 8.625/93 dizerem respeito a fatos apurados no âmbito administrativo, o que justificaria a necessidade de autorização do Conselho Superior do Ministério Público e do Colégio de Procuradores, respectivamente.

A respeito do último fundamento mencionado, cumpre especificar que muito embora o art. 240, inciso V, alínea “b”, da LC n. 75/93 traga a hipótese de improbidade administrativa como causa para demissão, o mesmo não ocorre no caso da Lei n. 8.625/93, que não traz a mesma previsão em seu texto legal.

Seguindo tal linha de pensamento, seriam possíveis dois caminhos processuais possíveis à aplicação da sanção de perda da função pública. De acordo com o eminente relator, o primeiro deles a ser determinado pelo trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica ajuizada pelo Procurador-Geral, em decorrência da instauração de processo administrativo, com fundamento na Lei n. 8.429/92 combinada com o parágrafo único do art. 208 da LC n. 75/93. Já o segundo caminho apontado seria a aplicação da mencionada sanção em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública de acordo com o regramento trazido pela mesma Lei n. 8.429/92.

Cumpre mencionar, finalmente, que tal interpretação decorreria da observância ao § 2º, do art. 2º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consistente na máxima de que “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Importante acrescentar que o Ministro Sérgio Kukina, ao apresentar o seu Voto-Vogal acrescentou importantes considerações a respeito do tema. Ao trazer o mencionado regramento da Lei n. 8.625/93, a qual não contempla a improbidade administrativa como hipótese de perda de cargo de membro do Ministério Público dos Estados esclarece não haver incoerência legislativa, mas que tal lei orgânica conviveria harmonicamente com a Lei de Improbidade.

Isto porque a condenação de membro do Ministério Público por meio do art. 38 da Lei n. 8.625/93 ocorreria somente em relação às condutas estritamente nela especificadas. Tal omissão decorreria da existência de lei especial, ou seja, a Lei n. 8.429/92.

Entende o d. Ministro que a omissão contida na Lei n. 8.625/93 não se poderia sobrepor à previsão constitucional contida no § 4º do art. 37 de perda do cargo em decorrência da prática de improbidade administrativa.

Neste contexto, além da previsão legal mencionada contida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também seria aplicável aquela estabelecida no mesmo diploma legal segundo a qual tais leis deveriam conviver, na

medida em que, neste aspecto, a Lei n. 8.429/92 corresponderia a lei especial em relação à aludida Lei Orgânica.

7) CONCLUSÕES

Passados mais de vinte anos de sua vigência as controvérsias relacionadas à aplicação da Lei n. 8.429/92 continuam a gerar polêmica até os dias atuais.

Dentre aos vários debates envolvendo a aludida lei, foram pinçadas as questões envolvendo a sanção de perda da função pública, a qual, como vimos, é relevante porquanto: a) diz respeito ao próprio objetivo da lei; b) coaduna-se com o respeito ao interesse público, na medida em que persegue a proteção do patrimônio público e c) procura eliminar do esqueleto da Administração Pública aquele que foi responsável por macular de imoralidade as relações existentes dentro da máquina pública.

Durante o transcorrer do trabalho, procurou-se identificar as contendas na aplicação da sanção em questão, analisando-as sob a perspectiva da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O primeiro julgamento emblemático escolhido para análise, ocorrido na Reclamação n. 2.138/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, representou isolado entendimento segundo o qual a Lei n. 8.429/92 não seria aplicável aos agentes políticos, os quais possuiriam sistema próprio de responsabilização, relacionado aos crimes de responsabilidade.

Esta decisão foi prontamente superada, mesmo porque até o final de seu julgamento a composição da Suprema Corte havia sido bastante alterada, tendo havido a indicação de que o entendimento não prevaleceria no futuro.

Na sequência, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do então Ministro Teori Zavascki (Reclamação 2.790/SC), entendeu pela aplicabilidade da lei em questão, cabendo, porém, o respectivo julgamento aos mesmos Tribunais competentes para o caso de julgamento de ações penais. Tal competência por prerrogativa de foro decorreria do próprio sistema de competências trazido pela Constituição de maneira implícita.

Utilizando-se do mencionado fundamento, entendeu-se que nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Lei n. 10.628/2002, a qual inserira o § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, impediria o reconhecimento da aludida competência por prerrogativa de função.

Ponderou-se que o reconhecimento de competência originária implícita na Constituição Federal equivale à usurpação de competência das autoridades

jurisdicionais de nível hierárquico inferior, o que não é permitido em nosso sistema conforme posição amplamente majoritária da doutrina brasileira.

Por outro lado, no que diz respeito à aplicação da sanção de perda da função pública, tal argumento pode prevalecer. Ou seja, embora não seja possível o reconhecimento de competência originária não trazida de maneira expressa na Constituição da República, é possível o afastamento da aplicação de tal sanção aos Juízos de primeiro grau.

Cumpra mencionar que tal afastamento não decorreria do regime diferenciado para provimento e destituição trazidos na Constituição da República ou em Leis Orgânicas, uma vez que tais procedimentos não são as únicas formas de destituição, conforme exemplos trazidos da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Assim, o óbice decorreria do órgão competente para tal determinação. Neste aspecto, sim, seria possível trazer à baila o raciocínio de que a aplicação da sanção em questão por um Juízo de primeiro grau representaria afronta ao sistema de competências trazido constitucionalmente.

Por tal razão, duas ações civis deveriam ser ajuizadas, uma delas com o objetivo de julgar o ato ímprobo, aplicando-se as sanções legalmente previstas, com exceção da perda da função pública e a outra justamente para perseguir a respectiva aplicação, por meio de ação própria ajuizada no Tribunal competente para o julgamento das ações penais. Ressalte-se, contudo, que tal entendimento traz consequências impertinentes, tais como, a possibilidade da ocorrência da respectiva prescrição, bem como de resultados contraditórios.

Ainda assim, é a solução que mais se coaduna com o devido processo legal e com o sistema de competências constitucionalmente estabelecido.

Mencione-se, finalmente que, em sentido contrário, recente julgado envolvendo o tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 1.191.613), o qual entendeu que a sanção de perda da função pública é perfeitamente aplicável pelo Juízo de primeiro grau na hipótese de cargos vitalícios.

Da análise jurisprudencial histórica dos Tribunais Superiores, todavia, decorre a previsão de que tal julgamento não representa, necessariamente, a pacificação do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. A Política. 2ª edição rev. São Paulo: Edipro, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92 – competência ao Juízo do primeiro grau. Boletim dos Procuradores da República – ano 1 – nº 09 – janeiro 99, p. 6-9. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade>. Acesso em 04/01/2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., rev. e atual, BH: Editora Fórum, 2010.

GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUIMARÃES, Raquel Beatriz Junqueira. REIS, Robson Sávio. RODRIGUES, Sérgio Murilo. COSTA, Antônio Aurélio Oliveira. Organizadores. *Ética e corrupção: dilemas contemporâneos*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibição Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em Juízo, 28ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ministério Público, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balastero e FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro, 36ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Competência para julgamento de agentes

políticos por ofensa à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.420, de 02.06.92).
In Revista Trimestral de Direito Público n. 40, p. 13-16, 2002.

MELLO, Cláudio Ari. Relatório sobre a competência originária nas ações de improbidade administrativa. Comissão de acompanhamento dos processos de interesse do Ministério Público nos Tribunais Superiores. Promotor Assessor da Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade>. Acesso em 04/01/2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, Volume I – Introdução, 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MIRANDA, Luiz Antônio Castro de. As sanções nos atos de Improbidade Administrativa. Mestrado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa – Má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. O *impeachment*: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

(Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., rev. e atual, Editora Fórum, BH, 2010, p. 1004)

ROSA, Márcio Fernando Elias. Improbidade administrativa – o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa e perda do cargo de agentes políticos. Doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico. Col. PAUPÉRIO, A. Machado. LIMA, A. de Mendonça. MACEDO, Sílvio de. WHITAKER, Fernando. ROMEIRO, Jorge Alberto.

SOUZA, Landolfo Andrade de. Prerrogativa de foro nas ações civis de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/Prerrogativa%20de%20foro%20nas%20ações%20civis%20de%20responsabilidade%20por%20ato%20de%20improbidade%20administrativa.pdf>. Acesso em 04/01/2016.

PACHECO, José da Silva. LIMA, Albino. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1997.

SOBRANE, Sérgio Turra. Improbidade Administrativa – aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. Doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.