

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS SOLEDADE

Alessandra Tasca Berto

A APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS E
OS MÉTODOS DE COMBATE À IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

Soledade
2010

Alessandra Tasca Berto

A APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS E OS
MÉTODOS DE COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlot Ferreira Caruccio.

Soledade
2010

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força de espírito que me foi concedido durante a realização de toda graduação.

À prof. Dra. Janaina Santin Rigo, pelo incentivo e pela orientação dispensada na pesquisa, juntamente com a orientadora professora Me. Marlot Ferreira Caruccio.

A minha família, especialmente esposo e mãe, pelo carinho e compreensão dispensados durante a elaboração do presente trabalho.

Aos colegas de trabalho que me incentivaram durante todos os anos do curso de graduação, especialmente ao Juiz José Pedro Guimarães e servidora Maria Angélica pelo auxílio na obtenção de material bibliográfico para confecção do presente trabalho monográfico.

A todos que sempre estiveram presentes e dispensaram tempo e dedicação durante a realização do estudo, especialmente a amiga inseparável Edimara, pelo companheirismo dispensado durante todo tempo da faculdade. E a todos que de alguma forma contribuíram para a realização da presente monografia.

RESUMO

Este trabalho tem como objeto o estudo da possibilidade dos agentes políticos, especialmente os prefeitos, serem considerados sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, tal como regulado através da Lei nº 8.429/92, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial e doutrinário atual não prevê tal enquadramento. Tem-se como foco inicial a evolução da corrupção no Brasil e sua relação com a improbidade administrativa, bem como os meios legislativos criados para combatê-la. Analisam-se as recentes decisões acerca da não aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, ressaltando-se a decisão na Reclamação 2138 do STF, seus fundamentos e as consequências na repressão aos atos de improbidade. Utiliza-se a pesquisa bibliográfica, sendo o método dedutivo, para extração dos conhecimentos finais e resolução do problema inicial proposto no projeto de pesquisa. O marco teórico é centrado nos princípios administrativos da moralidade, da probidade e da supremacia do interesse público, devendo o Prefeito Municipal tê-los como norteadores de seu mandato eletivo.

Palavras Chave: Administração pública. Agentes políticos. Corrupção. Lei de Improbidade Administrativa. Moralidade administrativa. Prefeito.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC: Apelação Cível
ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg: Agravo Regimental
Art.: Artigo
CF: Constituição Federal
CP: Código Penal
DF: Distrito Federal
FAB: Força Aérea Brasileira
HC: Habeas Corpus
LIA: Lei de Improbidade Administrativa
Min.: Ministro
Pet.: Petição
QO/SP: Questão de Ordem São Paulo
Rcl.: Reclamação
Rel.: Relator
REsp: Recurso Especial
RS: Rio Grande do Sul
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça
TRF4: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	8
1.1 O Município como alvo da corrupção.....	12
1.2 A busca pela moralidade administrativa.....	14
1.2.1 A cultura da corrupção e os consequentes atos de improbidade administrativa praticados no âmbito municipal.....	14
1.2.2 Histórico das legislações sobre os atos de improbidade.....	16
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS ATOS DE IMPROBIDADE.....	21
2.1 Observância aos princípios gerais no ordenamento jurídico.....	21
2.1.1 O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.....	23
2.1.2 O princípio da moralidade administrativa e seus desdobramentos.....	25
2.1.3 O subprincípio da probidade administrativa.....	30
2.2 Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.....	32
2.2.1 Agente público.....	32
2.2.2 Agente político	34
3 AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE.....	37
3.1 Responsabilidade pelo Decreto-lei nº 201/67.....	39
3.1.1 Sanção penal.....	40
3.1.3 Sanção política.....	42
3.2 Responsabilização através da Lei 8.429/92.....	44
3.2.1 Sanções impostas pela Lei 8.429/92.....	47
3.2.1.1 Perda de valores acrescidos ilicitamente.....	47
3.2.1.2 Ressarcimento integral do valor do dano.....	49
3.2.1.3 Pagamento de multa civil.....	51
3.2.1.4 Perda da função pública.....	51
3.2.1.5 Suspensão dos direitos políticos.....	52
3.2.1.6 Proibição de contratar com a Administração Pública.....	53
3.3 Da prerrogativa de foro qualificado.....	54
3.4 A reclamação nº 2138 e a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos.....	56
3.4.1 Reclamação constitucional.....	56
3.4.2 A reclamação 2.138 como decisão paradigma para outros julgamentos.....	59
3.4.3 Argumentos das teses contrárias à decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal	66
3.5 O estímulo à corrupção com a não aplicação da Lei 8.429/92 aos prefeitos.....	72
3.6 A coincidência de objetivos entre a Lei de Improbidade Administrativa e a recente Lei Ficha Limpa.....	75
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é a verificação da possibilidade de enquadramento do prefeito, como agente político, na Lei de Improbidade Administrativa. Assunto esse relevante, pois importante para contribuir com a ordem na sociedade, eis que inúmeros os atos ímprobos que se tem notícia diariamente, sendo de essencial importância ter conhecimento de suas consequências e como contra-atacá-los.

Para desenvolver o estudo far-se-á uso do método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica em diversas fontes.

No decorrer do trabalho, percebe-se a nítida confusão entre a expressão improbidade administrativa e corrupção administrativa, ambas fazendo referência ao desvirtuamento da Administração Pública, maculando o princípio constitucional da moralidade administrativa, da probidade e da supremacia do interesse público.

Na sociedade civilizada, desde os primórdios tem-se notícia sobre atos de corrupção por parte dos que detêm o poder, como prejuízos ao erário público, favorecimento a alguns em prejuízo de outros, entre outros tantos. Essa situação encontra-se arraigada em nossa sociedade e permanece hodiernamente. Mesmo com a publicidade inerente aos atos públicos, muitos governantes conseguem burlar a fiscalização e favorecer a si mesmo ou seus protegidos.

Com relação ao município, tem-se como a célula menor da Federação, o local onde os cidadãos podem acompanhar mais de perto os atos dos governantes, juntando-se a isso que a grande maioria dos casos de improbidade administrativa noticiados ocorrem no âmbito municipal, despertou interesse sobre as penalidades impostas a esses governantes.

Com relação ao prefeito, como agente político, tem-se como definidor de políticas públicas e responsável pelas principais decisões da Administração Pública. Nesta seara, estão na linha de frente da batalha contra a corrupção e pela moralidade administrativa, sendo este princípio norteador das condutas do agente, restando claro sua importância para o desenvolvimento do Brasil.

Desta forma, a discussão sobre o regime de responsabilização dos agentes políticos, por crime de responsabilidade – Decreto-lei 201/67 ou a sua sujeição à Lei de Improbidade

Administrativa encontra pertinência com a temática atual de busca por uma boa administração.

O presente trabalho está dividido em três partes. Na primeira, faz-se uma análise acerca da corrupção e sua relação com a improbidade administrativa e a evolução legislativa do combate à improbidade administrativa em nosso país, desde o princípio da colonização até atualmente.

Na segunda parte, analisa-se a importância dos princípios constitucionais, os quais norteiam a boa administração, quais sejam: moralidade, probidade e supremacia do interesse público. Ainda, remete-se à verificação dos sujeitos ativos estabelecidos pela Lei de Improbidade, especialmente com relação aos agentes políticos.

Na terceira parte do trabalho, estudam-se as espécies de responsabilidade atribuídas ao agente político, tanto pelo Decreto-lei 201/67, como pela Lei 8.429/92, com suas respectivas sanções. Comenta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal exarada nos autos da Reclamação nº 2.138-6, que decidiu pela impossibilidade dos agentes políticos serem punidos pela Lei de Improbidade Administrativa e as consequências deste entendimento no combate a corrupção administrativa.

Assim, o presente trabalho visa a enfatizar a importância da Lei de Improbidade Administrativa para o sistema de combate à corrupção e demonstrar, com base na discussão atual, a necessidade de cautela e seriedade ao decidir pela aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, pois a inobservância da referida lei poderá ocasionar enormes prejuízos à Administração Pública e à própria sociedade.

1 A EVOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Os atos de corrupção, bem como os atos ímprobos, povoam nosso país desde o princípio. A corrupção foi sempre um mal extremamente prejudicial, sendo que seus efeitos interferem diretamente no desenvolvimento da democracia, e, conseqüentemente submete toda uma nação aos seus malefícios.

Não há como separar a abordagem da corrupção dos atos de improbidade sem fazer relação com a política, especialmente aos agentes políticos, os detentores do poder, que na maioria das ocasiões obtém proveito próprio através da máquina pública. Com base nessa premissa pode-se afirmar que em âmbito nacional, verifica-se a existência de dois extremos, sendo de um lado uma pequena parte da população que detém a dominação política e econômica, e de outro lado o restante da população, que amarga os efeitos trazidos pela má administração da coisa pública.

A corrupção é um mal que assola a humanidade desde os primórdios, eis que tão antiga quanto o homem. Nesse sentido Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior (1997, p. 98), ressaltam que a corrupção pública configura fenômeno antigo, que inclusive já encontrava previsão na Lei das XII Tábuas, a qual punia severamente condutas desonestas dos juízes, aplicando àqueles que recebiam pecúnia a pena capital, destacando que a severidade da punição era comum entre os povos da antiguidade.

Os primeiros registros de práticas de ilegalidade no Brasil que se tem notícia datam do século XVI, no período da colonização portuguesa. Conforme preleciona Sergio Habib (1994, p. 71), com a formação do governo-geral no Brasil, passava a colônia a ter a sua própria administração, conquanto sempre dependente de Portugal, cabendo a esses representantes do governo preservar a ordem e principalmente cuidar dos interesses da Coroa, cobrando-lhes os impostos e a renda, e remetendo-os a Portugal. Foi neste período que os primeiros casos de corrupção surgiram, exatamente em decorrência dessa relação estabelecida entre a Coroa portuguesa e o governo colonial.

Gilmar Bianchi retrata também as relações neste período da história brasileira:

Em relação à máquina administrativa, também havia uma predisposição dos funcionários régios – acostumados à constante inobservância da lei por parte do rei – em não se preocupar com a coisa pública, o que ensejava a prática de atos ilegais e facilitava o convívio com o suborno, trocas de favores, ganhos extraordinários, propinas, enfim, a corrupção (2002, p. 23) (*sic*).

Percebe-se que já nesta época eram corriqueiras as situações de improbidade, não apenas pelos detentores do poder, mas também por seus subalternos. Relatando este mesmo período histórico, Sérgio Habib (1994, p.73) afirma que: “Dentro dessa concepção os padrões morais da época da colonização eram nenhum, prevalecendo a regra do ‘cada um por si’, ditada pelo individualismo e condimentada pela absoluta ausência de sentimentos coletivistas e patrióticos”.

Com a transferência da família real para o Brasil, as trocas de favores permaneceram, como meio de busca de apoio e sustentação política, como refere Sérgio Habib:

A cobiça, o desejo de poder, a oportunidade de enriquecimento, a obtenção de favores, a projeção social tudo isso contribuía para o aumento dos casos de corrupção no Império, intensificando-se a partir da segunda metade do século XIX e com o enfraquecimento do poder pessoal do Imperador (1994, p. 75).

Essa prática foi chamada de clientelismo e introduzida na administração pública pela Coroa, que agindo por interesses particulares, recorria ao patrimônio destes para realização de serviços, em contraprestação concedia o poder local e honrarias, servindo isso tudo para acumular riquezas (BIANCHI, 2002, p. 34).

Com o advento da Independência, foram os nobres e Ministros que se utilizaram de instrumentos relativos à corrupção para atingirem seus anseios. Em período posterior, adveio a República e com ela o coronelismo, que tomou vulto e estreitou, paulatinamente, o círculo vicioso do chamado tráfico de influências. Foi durante esse período, que o funcionalismo público cresceu, corroborando de maneira decisiva para o aumento da corrupção, uma vez que o processo seletivo para a escolha dos funcionários se dava, via de regra, por meio do patronato e do clientelismo. E via-se, ainda, o uso costumeiro, por parte do governo, de matérias jornalísticas encomendadas que tratavam da manutenção de sua boa imagem (HABIB, 1994, p. 28-30).

Após o período militar, que não deixou de ter situações de favorecimento a alguns poucos, especialmente com relação a empresas privadas, adveio a redemocratização brasileira na década de 80. Em 1985 o retorno dos civis à presidência foi possível com a campanha pelas Diretas-Já, que em 1984 mobilizou milhares de cidadãos em todas as capitais brasileiras pelo direito ao voto para presidente.

Neste novo ciclo político, o *Impeachment* do presidente Collor constitui um marco divisor nos escândalos de corrupção e nos meios de combatê-la. Como refere o autor Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 07), no início da década de 90, ainda no governo do presidente Fernando Affonso Collor de Mello, surgiu a Lei 8.429/92 para regular as sanções aplicáveis aos agentes públicos que, na condução da máquina estatal utilizarem de suas prerrogativas públicas com má-fé ou desonestidade.

Denota-se, desta forma, que o Brasil, desde a colonização até a atualidade, mantém arraigado o mesmo sistema político com característica patrimonialista e oligárquico, baseado no patriarcado, clientelismo e nepotismo, e conseqüentemente na corrupção. O preocupante é verificar que tais fenômenos ocorrem com certa naturalidade, diante da confusa relação entre patrimônio público e privado, que desde sempre esteve presente na cultura brasileira.

Mesmo passados mais de quinhentos anos, a prática de clientelismo ainda está presente. Nesse sentido:

O Estado brasileiro tem o clientelismo como uma prática política presente desde os tempos coloniais. Constitui-se na troca de favores entre detentores do poder político e alguns “eleitores”, os quais realizam relações particularísticas de trocas de interesses comuns. Ao político interessa o voto, já o eleitor tem em vistas algum tipo de favor, como emprego, vaga na escola, atendimento médico, bens materiais. Trata-se de uma troca de favores (SANTIN, 2007, p. 2).

Relativo a esse mal impregnado na sociedade brasileira, que como visto anteriormente, trouxe na bagagem de Portugal, cabe ressaltar a indignação do atual Senador Pedro Simon no seguinte trecho:

Não há que se colocar microscópio de alta definição sobre o nosso corpo social para se detectar a bactéria que corrói a legitimidade do Estado, representado pelas suas principais instituições públicas. É a corrupção. Pior: tudo indica que a bactéria da corrupção está desenvolvendo anti-corpos cada vez mais fortes e, poderá não haver, daqui a um tempo, antibióticos com poder de cura suficiente para barrar uma possível septicemia nas nossas representações políticas. Aí, nem a ciência, nem a política. Quem sabe, reste a fé (2008, p. 43) (*sic*).

Preocupante é a situação emergente da corrupção, eis que com diversos mecanismos judiciais para seu combate, ainda assim está muito presente na sociedade. E Simon continua advertindo que há cura para o mal da corrupção:

Não há que se esperar, também, pela comoção do corrupto, ou do corruptor. Nem se preocupar com as suas noites de sono. Eles parecem insensíveis, porque foram eles que desenvolveram os tais anticorpos da nossa septicemia social e política. Então, que se prescreva o antibiótico da lei! Que não é, somente, de última geração, mas de todas. Principalmente as que ainda virão! (SIMON, 2008, p. 45).

Evidente se torna que os verdadeiros obstáculos para se alcançar o almejado Estado Democrático de Direito está, sobretudo, no enorme distanciamento que há entre os interesses gerais públicos e os interesses daqueles que são responsáveis pelo gerenciamento dos recursos públicos. Partindo-se dessa premissa e dado seus efeitos altamente danosos à toda coletividade, pretende-se abordar em seguida, na esfera pública, especificamente no âmbito municipal, a prática da corrupção, face à cultura nacional da excessiva tolerância com as fraudes. Sendo esta mencionada prática o fator que tem frustrado, sistematicamente, todas as tentativas de aplicação eficaz das normas legais pertinentes à espécie.

1.1 O Município como alvo da corrupção

A posição do Município no contexto da administração pública é de extrema importância, pois num Estado Federativo, a descentralização é um mecanismo indispensável para bem gerir as questões de interesses locais, considerando-se que, não fosse assim, dificilmente haveria possibilidades do governo central ter visão de todos os problemas enfrentados pelas comunidades e encontrar as respectivas soluções.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 47) o município tem posição primordial no contexto da organização federativa: “A Federação Brasileira não dispensa nem prescinde do Município na sua organização constitucional. Segue-se, daí, que o Município Brasileiro é entidade político-administrativa de terceiro grau, na ordem descendente da nossa Federação: União – Estados – Municípios”.

Com reconhecida relevância do Município dentro da sistemática do federalismo, lhe é conferido meios econômicos e financeiros para que haja o indispensável equilíbrio na consecução das políticas públicas destinadas ao desenvolvimento e superação das desigualdades sociais e regionais, da pobreza e da marginalidade e para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil venham a ser alcançados¹. Conforme Hely Lopes Meirelles (2008, p. 781), a característica fundamental da Constituição Federal é ampliar a autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro.

Portanto, cabe ao Município defender os interesses locais, isto é, aqueles interesses que afetem diretamente seus cidadãos, seu território, sua economia, enfim, tudo quanto lhe diga respeito de uma forma ou de outra, eis que é o órgão político que se acha mais perto do cidadão cabendo a responsabilidade pelo atendimento mais imediato das demandas comunitárias.

O que ocorre é que nesta esfera que se proliferam os atos tidos como ímprobos, eis que a população, por vezes, não toma conhecimento destes, crendo se tratar apenas de intriga de partidos opostos àquele que está no poder. Como refere Gilmar Bianchi (2002, p. 10), não se está afirmando que todos os prefeitos são corruptos, porém considerando todos os municípios brasileiros, é ingenuidade dizer que o poder não será utilizado para obter vantagens privadas. Até mesmo com relação à compra de votos onde aquele que busca o poder, e por vezes o alcança, já inicia seu mandato com atos suspeitos e condenáveis. Mesmo assim, as pessoas subornadas crêem que será límpido o mandato de seu candidato, ao alcançar o poder.

Isso demonstra que a população de certa forma aceita e assimila com naturalidade atos de corrupção, sendo que a cobrança por obrigações éticas e morais do administrador é mínima em relação às cobranças de obrigações legais (BIANCHI, 2002, p. 35).

¹ Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nas palavras de Roberto Pompeu de Toledo (1999), “para começo de conversa, admitamos que a cidade é, por excelência, o território propício para roubar. E não só para trombadinhas, mas também para os trombadões da política e da administração municipais”. Temos também a mídia, que no âmbito municipal não atribui a importância devida para casos de improbidade ou corrupção ali ocorridos, preferindo divulgar casos ocorridos no chamado “centro do poder”, ou seja, em Brasília. Isso tudo faz com que os desvios de conduta de quem chega ao poder municipal, na maioria das vezes, passe por despercebido à maioria dos munícipes.

O direito e a política não podem andar separados da ética e da moral, e só com o respeito a tais preceitos será atingido o verdadeiro objetivo do Estado que é o bem comum. Como refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 73), a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder, sendo que, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa, é que o desvio de poder passou a ser analisado como hipótese de ilegalidade, sujeita a controle judicial.

Mas, apesar de todos os mecanismos oficiais para controle dos atos administrativos, cabe a sociedade exercer uma efetiva e eficiente fiscalização sobre a atuação dos gestores, pois é cediço que hoje não basta somente a existência de normas legais formalmente estabelecidas para fazer valer os direitos, carecendo de firme exigência social para que as autoridades passem a atuar positivamente, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis.

Após este breve explanação sobre a corrupção, desde os primórdios da história até hodiernamente, nos diversos âmbitos do poder, especialmente no municipal, e da dificuldade de punição aos corruptores, a seguir serão abordados os princípios nucleares da estrutura constitucional, na seara da prática dos atos administrativos.

1.2 A busca pela moralidade administrativa

A prática dos atos que constituem corrupção, em sua forma mais ampla, merece repressão rigorosa sempre que provada e evidenciada por meio dos procedimentos adequados. Aos detentores do poder cabe o respeito e estrito cumprimento dos preceitos a eles lançados

na Constituição Federal, bem como os princípios reafirmados pelo Direito Administrativo, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

1.2.1 A cultura da corrupção e os consequentes atos de improbidade administrativa praticados no âmbito municipal

Tem-se a corrupção como um dos maiores entraves para o desenvolvimento do Brasil, pois desde os primórdios do Estado brasileiro convivemos com atitudes que vão de encontro à idéia basilar da Constituição, que é o bem comum. Infelizmente, em alguns casos, a busca pelos interesses individuais se sobressai à do bem comum.

Essa busca pelo interesse individual, em contraponto ao bem comum, não é exclusividade de particulares que tentam de alguma forma obter vantagem em desfavor do Estado. Encontramos o mesmo comportamento com relação aos agentes públicos.

No âmbito municipal, o prefeito como representante do poder do povo tem como prerrogativa almejar o bem comum da sociedade a qual representa. Nas palavras de Waldo Fazzio Junior:

A conduta administrativa e política do prefeito está demarcada pelos *landmarks* legais. Sempre que ultrapassar essa espécie de campo de força traçado pelo legislador, fica exposto à desconstituição dos atos assim praticados, por meio das vias processuais sugeridas pela própria lei. Esta circunscreve sua esfera de possibilidades porque sustenta e justifica sua atuação. A atividade administrativa municipal, a exemplo dos demais níveis de governo, deve ter sempre como oriente a primazia da lei (2001, p. 15).

Esse respeito à lei e também a restrição ao disposto em lei, se traduz no princípio da motivação dos atos administrativos. No Estado de Direito em que vivemos, somente impera a vontade das normas jurídicas, como podemos constatar em nosso ordenamento, no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Para Hely Lopes Meirelles (2008, p. 101), no Direito Público o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos, não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica,

se não estiverem alicerçados no Direito e na Lei. Aplicando-se especificamente também ao prefeito essas regras.

Além dessa observação à lei, também há uma cobrança mais efetiva por parte dos administrados, que por vezes não tem conhecimento da imposição legal, mas defendem os seus direitos de cidadãos, sendo o prefeito a figura de poder mais próxima, é a ele que tais questões são levadas e dele que são cobradas as soluções. Percebe-se claramente que no município é onde ocorre efetivamente a democracia, através da participação na eleição e elaboração de projetos essenciais para a comunidade e da fiscalização dos atos praticados pelo governante.

Para Waldo Fazzio Junior (2001, p. 17) o prefeito deve resignar-se à condição de eco formal da lei, sendo o exercício executivo da lei não estático e nem automático, mas dinâmico e que angaria flexibilidade. Essa tarefa administrativa reclama maleabilidade, sob pena de se tornar ineficiente, ou pior, insensível às peculiaridades e aspirações comunitárias.

Essa imperatividade da lei na atividade político-administrativa se traduz em punição para os atos contrários à disposição legal. Hely Lopes Meirelles faz menção ao ato administrativo punível, vejamos:

O ato administrativo praticado com lesão aos bens e interesses públicos também fica sujeito a invalidação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de improbidade, que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador público. (2008, p. 110)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 763) refere que a improbidade administrativa, como um ato ilícito, vem sendo prevista no direito brasileiro desde longa data para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade, sendo que para os servidores públicos em geral a legislação não falava em improbidade, apenas em enriquecimento ilícito no exercício do cargo.

Os atos de improbidade, junto com a corrupção política e administrativa assolam o meio político e acompanham as gerações em sua trajetória no tempo, conforme a seguir será analisado.

1.2.2 Histórico das legislações sobre os atos de improbidade

Ao longo da história brasileira, nenhuma outra Constituição abordou diretamente acerca dos atos de improbidade administrativa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 769), após analisar o fator intertemporal de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, asseverou que a expressão “ato de improbidade administrativa”, aplicável as infrações praticadas por servidores públicos em geral, só foi introduzida pela Constituição de 1988, não tendo sido utilizada em Constituições anteriores, a não ser para designar as infrações de natureza política. A autora conclui afirmando que o significado de improbidade foi definido apenas pela Lei nº 8.429/92, sendo sua forma mais ampla do que a anterior fórmula do enriquecimento ilícito. Sua abordagem na Constituição Federal de 1988 constituiu, portanto, uma novidade no ordenamento jurídico.

Quanto à legislação infraconstitucional, alguns passos já haviam sido dados antes da Lei nº 8.429/1992. Inicialmente o combate judicial aos atos de corrupção e improbidade foi entregue ao Direito Penal (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 177). Porém, o Direito Penal mostrou-se incapaz de buscar com eficiência a total responsabilização dos agentes que cometem tais delitos, especialmente em razão do sistema prescricional e da dificuldade na investigação de tais delitos. Em razão desta insuficiência do Direito Penal para lidar com a corrupção, houve a premente necessidade de outro tipo de combate judicial a tais crimes.

No campo infraconstitucional, o Decreto-lei nº 3.240/41, que sujeitava a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública, sendo que poderia atingir bens em poder de terceiros, desde que estes os tenham adquirido dolosamente ou com culpa grave.

A primeira referência de combate judicial não criminal aos atos de corrupção foi a Constituição da República de 1946 em seu artigo 141, §31, que estatuiu sobre o sequestro e perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito em cargo público. Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional foi promulgada a Lei 3.164/57, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, que estabelecia o sequestro e perdimento dos bens em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor, por influência ou abuso de função pública. Martins Júnior, salienta a grande vantagem da Lei 3.164/57:

[...] foi a instauração da tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa (que, antes, no Decreto-Lei Federal n. 3.240/41, art. 7º, era residual), criando sistemas jurisdicionais concomitantes, concorrentes e independentes da sanção ao enriquecimento ilícito (civil e criminal), medida justificada pelos contornos peculiares do direito penal e que não correspondiam à necessidade de específico combate da falta de honestidade administrativa (2006, p. 181).

Esta lei instituiu, ainda, àqueles a quem pretendia controlar, a obrigatoriedade de registro público de seus bens e valores. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 766), se tratava de sanção de natureza civil, pois aplicada independentemente da responsabilidade criminal.

Posteriormente a Lei 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), sem revogar a anterior, regulou o sequestro e o perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. Identificou quem poderia ser sujeito passivo, especificando os servidores públicos e dirigentes ou empregados de autarquia e entidades, ou ainda qualquer cidadão como sujeitos ativos; também definiu os casos de enriquecimento ilícito; designou o sequestro como medida acautelatória, que deveria ser seguida da ação principal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que as principais inovações dessa lei foram:

(a) deixou claro que o sequestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público 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; (c) equiparou a dirigente de autarquia, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições para-fiscais; (d) definiu, nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o sequestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições para-fiscais, sociedade de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso dessas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o sequestro é medida acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda de bens sequestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade (2008, p. 767).

A Constituição de 1967, alterada pelas emendas constitucionais 1/69 e 11/78, em seu artigo 153, § 11², previa em sua parte final que lei complementar regularia sobre o perdimento de bens em caso de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Durante sua vigência, foi publicado o Ato Institucional nº 5, de 13 de janeiro de 1968, que em seu artigo 8º previa que o Presidente da República poderia, 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, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. “Estas eram medidas que só podiam ser decretadas judicialmente, enquanto o confisco era medida administrativa decretada pelo Presidente da República” (DI PIETRO, 2008, p. 767).

Ocorre que tal previsão implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial, desta forma contrariava norma expressa do artigo 150, § 11 da Carta Magna. A Emenda Constitucional nº 11/78, em seu artigo 3º, revogou os atos institucionais e complementares que contrariassem a Constituição Federal, estando ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais ficariam excluídos de apreciação judicial. Nesse sentido Gilmar Bianchi (2002, p. 46) afirma que ao analisar a legislação editada no decorrer da história do Brasil com o fim de coibir a corrupção, constata-se a existência de leis rigorosas, mas com aplicação dificultada, fator este que teria favorecido a impunidade.

Até então nenhuma outra lei tinha sido promulgada especificamente sobre os atos de improbidade administrativa, apenas sobre uma das modalidades de efeitos da improbidade, a que gera o enriquecimento ilícito, ficando vigente as Leis 3.164/57 e 3.502/58 até a entrada em vigor da Lei 8.429, em 02 de junho de 1992, onde expressamente em seu artigo 25 revogou as referidas leis.

A Constituição de 1988, por seu turno, deu um salto no que trata da busca pela moralidade administrativa. Ao reforçar os poderes do Ministério Público, dando-lhe atribuições para combater a má gestão e a corrupção, conferindo-lhe legitimidade para propor ações civis públicas contra atos de improbidade administrativa.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 inseriu em nosso ordenamento jurídico o princípio da moralidade ao qual está sujeita toda a Administração Pública. Hely Lopes

² Dispõe o art. 153, §11: “A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”

Meirelles (2008, p. 90) refere que a moralidade administrativa constitui em pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Compulsando-se a Carta Magna, observa-se que em quatro disposições, é empregado o termo “probidade”, ou, na forma negativa, “improbidade”. A primeira menção se encontra no art. 14, § 9º, que estabelece formas de prevenção à improbidade como a inelegibilidade e a consideração da vida pregressa do candidato, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função³. Adiante, em seu art. 15, a Constituição Federal dispõe sobre a cassação de direitos políticos em casos de improbidade⁴.

Ademais, a Constituição de 1988 em seu artigo 37, como já mencionado, contemplou o princípio da moralidade como fundamental ao funcionamento da Administração Pública. Buscando responsabilizar os agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, previu sanções como suspensão de direitos políticos, perda da função pública, entre outros a serem reguladas por lei⁵. Por fim, no artigo 85, a menção é com relação ao Presidente da República⁶.

Tendo em vista que a norma constante do § 4º, do artigo 37 da Constituição Federal é de eficácia contida, necessitando, para sua plena eficácia, de regulamentação, as Leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto foram recepcionadas pela Constituição. Entretanto, não eram suficientes para coibir os atos de improbidade administrativa dentro da nova perspectiva do princípio da moralidade administrativa dada pela nova Constituição. De tal sorte que, o intuito do legislador, ao criar a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, foi combater os atos praticados por agentes públicos que lesionam, de alguma forma, o bom funcionamento da Administração Pública, a lei consagrou também as formas de punição, ressaltando a independência das sanções penais, civis e administrativas pela prática do mesmo ato ilícito.

³ Artigo 14, § 9º, da CF: “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 eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

⁴ Artigo 15 da CF: “É vedada a cassação de direitos políticos cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

⁵ Artigo 37, § 4º, da CF: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

⁶ “Art. 85 da CF: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V – a probidade na administração;”.

Inicialmente transparece pacífica a aplicação da referida Lei, mas a matéria é controversa, eis que o Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento pela não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, entendimento que se estenderia também aos prefeitos municipais. Há de se ressaltar que referida legislação tem grande relevância para o sistema de combate à corrupção, sendo que sua não observância pode acarretar enormes prejuízos à Administração Pública, e principalmente à sociedade.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS ATOS DE IMPROBIDADE

Nesta seara, serão abordados os princípios constitucionais que sustentam a boa administração pública. Dentre os principais, estão os princípios da supremacia do interesse público, princípio da moralidade e princípio da probidade, sendo estes os mais relevantes ao problema da responsabilização dos agentes políticos.

2.1 Observância aos princípios gerais no ordenamento jurídico

Convém ressaltar que os princípios possuem uma função de sustentar todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra a importância dos princípios e as consequências lógicas do enfrentamento às suas disposições:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (2008, p. 942-943).

E continua o jurista afirmando que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, 2008, p. 943).

Depreende-se que os princípios são uma espécie de base estrutural, sobre a qual se ergue todo ordenamento jurídico, inclusive, refletindo na interpretação e aplicação destas.

A visão de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1161) sobre a Constituição e os princípios nela inscritos, ressalta a importância de existir além dos princípios, as regras jurídicas, sendo os princípios normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis

com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, e as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência.

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo (CANOTILHO, 2003, p. 1165).

E continuando, afirma com relação a valoração política, o seguinte:

Designam-se por princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição (2003, p. 1166).

Percebe-se que os princípios, além de possuírem como função direccionar a sociedade, tomando-se por base seus objetivos principais, também servem para limitar seus atos, servindo inclusive aos agentes políticos, que são os representantes legais do povo no poder.

Ainda José Joaquim Gomes Canotilho, preleciona que “tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos, rectrizes e operantes*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta”. (2003, p.1166, grifo do autor).

Além dos órgãos encarregados de aplicar o direito, também o governante municipal deve observar os princípios fundamentais, bem como a legislação, a fim de pôr em prática seus planos de acordo com o ordenamento jurídico, consoante os anseios postos na Constituição pelo povo quando de sua promulgação.

Conforme preleciona Odete Medauar (2004, p. 141), a administração pública, nas suas atividades, rege-se por normas específicas para cada matéria ou setor. Além das normas existem preceitos gerais que norteiam o desenvolvimento adequado de suas atividades nos diversos campos de atuação, sendo estes os princípios do Direito Administrativo.

Na legislação pátria a aplicação dos princípios está prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal⁷ bem como na Lei de Introdução ao Código Civil⁸ (Decreto-lei nº 4.57/42). Especificamente, os princípios basilares da Administração Pública estão previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, sendo os seguintes: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Observa-se que referidos princípios são de suma importância, eis que a Administração Pública foi recentemente inserida na legislação pátria, não possuindo ainda codificação, fato este que gera certa complexidade na interpretação das leis que são editadas por circunstâncias momentâneas, não havendo uma reunião sistemática delas.

Os princípios mencionados auxiliam na análise e compreensão das normas, possibilitando a solução de casos não previstos e proporcionando maior segurança ao cidadão, no que diz respeito a seus direitos e deveres perante a lei (MEDAUAR, 2004, p. 142).

Dentre os princípios fundamentais, será ressaltado primeiramente o da supremacia do interesse público, eis que vincula a autoridade pública na execução de todos os seus atos administrativos, restringindo sua liberdade de governar a máquina pública.

2.1.1 O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Tendo em vista o assunto em comento se tratar de matéria de direito público, necessária a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, eis que os atos praticados pelos governantes refletem na sociedade como um todo, sem distinção de qualquer indivíduo, como assim preceitua o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal⁹.

⁷ Art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁸ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁹ Art. 3º, IV da CF: “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil [...] e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais** (DI PIETRO, 2008, p. 64, grifo do autor).

Tanto que a Magna Carta, inicialmente, em seu primeiro título traz os princípios fundamentais, incluindo-se o artigo 3º, anteriormente mencionado, sendo que somente após, no segundo título prevê os direitos e garantias fundamentais, incluindo-se os direitos individuais.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 69) este princípio é um pressuposto lógico do convívio social. Trata-se de um princípio constitucional implícito, ainda que alguns doutrinadores entendam que os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 70, III, V e VI) sejam manifestações concretas dele.

O benefício à coletividade é a finalidade buscada pelo Estado, não sendo o indivíduo em si o destinatário final da atividade administrativa, mas sim a coletividade como um todo. O fim último da atuação estatal deve ser voltado para o interesse público, mesmo quando buscar um interesse estatal imediato. Se a finalidade pública não estiver presente, a atuação estatal estará contaminada pelo desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2005, p. 23).

Referido princípio, é condição de existência de qualquer sociedade civilizada. Será calcado nesse princípio, que o agente político responsável conduzirá seus atos, com a finalidade única de atingir o interesse público, não devendo ser confundido com o interesse da administração pública, tampouco com interesse do agente político.

Após a era do individualismo, viu-se o surgimento do Estado de Bem-Estar Social ou Welfare State, cujo objetivo primordial é atender ao interesse público. Caso as relações sociais causassem eventual conflito entre o interesse público e o interesse privado, deveria sempre prevalecer o primeiro (CARVALHO FILHO, 2005, p. 23). Percebe-se nitidamente qual é o real objetivo da sociedade, qual seja, o bem estar do povo. Nesse sentido, também Marçal Justen Filho (2005, p. 35), afirma que desde o Welfare State até hoje, a supremacia do

interesse público significa sua superioridade sobre todos os demais interesses da sociedade e do Estado. Em havendo conflito, os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe o seguinte sobre os poderes relativos à Administração Pública:

Os “poderes” administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. [...] É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o judiciário deve fulminar a requerimento do interessado (2008, p. 99).

Desta forma, o poder atribuído à Administração é limitado aos atos expressamente previstos na legislação, não tendo a possibilidade de escolher entre aplicá-los ou não, sendo incumbência sua a aplicação. Conforme refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro “por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão” (2008, p. 65).

Demonstra-se, assim, que é evidente a preocupação constante de resguardar a Administração Pública, impondo sanções às condutas contrárias aos princípios norteadores da atuação estatal, devendo sobressair sempre condutas que visem o interesse público em detrimento de vantagens pessoais de seus agentes. Ressalta-se que a Lei de Improbidade Administrativa, surgiu com a finalidade de combater esses atos, que se confundem com os atos ofensivos à moralidade administrativa, impondo-lhes severas punições.

2.1.2 O princípio da moralidade administrativa e seus desdobramentos

Inicialmente convém ressaltar o anseio de toda sociedade democrática que é a busca pela moralidade administrativa, tamanha sua importância que foi incluída no rol de princípios

da Administração Pública e que mereceu maior relevância com a edição da Lei 8.429/92, que será objeto deste estudo.

O princípio que surge com maior importância dentre os previstos no artigo 37, da Constituição Federal, é o princípio da moralidade. Pela primeira vez expresso no ordenamento jurídico como princípio constitucional, estabelece diretrizes à Administração Pública. Nas palavras de Wallace Paiva Martins, o princípio da moralidade “constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero integrante do princípio da legalidade” (2006, p. 31).

Tal princípio veda condutas praticadas pelo administrador público que vão de encontro à ética, inaceitáveis pelo senso moral da sociedade, não cabendo ao administrador fazer o que bem entender, livre das condições impostas pela lei e pelo controle jurisdicional. A respeito da moral, importante trazer a lição de Emerson Garcia:

Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios estes que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção (2003. p. 120).

Note-se que de acordo com o princípio da moralidade a Administração e seus agentes têm de atuar conforme os princípios éticos, bem como os ditames legais, não estando autorizado a praticar atos conforme seus interesses particulares, que não sejam a bem do interesse público.

Cabe ressaltar que Hely Lopes Meirelles (2008, p. 90) faz referência a Hauriou, que foi o sistematizador do conceito de moralidade administrativa, o qual leciona que não se trata de moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração. Complementa ainda, referindo-se a Hauriou, que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. Cabendo ao agente público, nesse contexto, desenvolver sua atividade com base na ética, sempre buscando a honestidade em seus atos.

Conforme o doutrinador Juarez Freitas, relativamente a autonomia jurídica do princípio da moralidade, temos o seguinte:

No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado. O “outro”, aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez. Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea (1997, p. 67-68).

No entender de Freitas, a moralidade administrativa seria o princípio da justiça, abarcando a probidade administrativa, não podendo estar adstrita apenas às regras internas da administração, mas também aos padrões éticos de determinada sociedade, que buscam sempre a cultura da probidade e da honradez, independentemente da existência ou não no ato administrativo da estrita legalidade.

O princípio da moralidade, em âmbito constitucional, vem confirmar que a condução dos negócios jurídicos deve seguir padrões éticos em que imperem qualidades como a lealdade, a imparcialidade, a honestidade e a probidade, a fim de tirar da vida pública agentes públicos que exploram o erário público, angariando vantagens indevidas, favorecendo interesses privados e perseguindo opositores políticos. O administrador deve, muito mais que cumprir estritamente os ditames da lei, sob pena de nulidade do ato, se orientar pelos deveres deontológicos que norteiam a boa e justa administração e que buscam sempre o bem comum.

Com relação ao correto agir por parte do agente público, tem-se muito mais que observação ao princípio da legalidade, tem-se a verdadeira aplicação do princípio da moralidade. É o que sustenta Alexandre de Moraes:

Não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (2010, p. 328).

Embora alguns autores não aceitem a existência do princípio da moralidade, haja vista entenderem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso, resultando em sua absorção pelo princípio da legalidade, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 72) "antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito". Além disso, afirma: "Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é legal é honesto)".

José Afonso da Silva defende a autonomia do princípio da moralidade como se pode denotar:

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de moralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato "formalmente" legal, mas "materialmente" comprometido com a moralidade administrativa (2003, p. 571).

Destarte, pode-se afirmar que o princípio da moralidade está numa posição autônoma em relação à análise da estrita legalidade, possuindo critérios próprios de análise quanto a sua presença ou sua ausência na produção do ato administrativo, o que poderá em determinados casos significar o cometimento de um ato de improbidade ou apenas a produção de um ato imoral pelo agente público.

Conforme preceituado pela Carta Magna de 1988, o agente público quando pratica ato administrativo deve fazê-lo não apenas observando o sistema normativo, mas, sobretudo deve fazê-lo almejando atingir o interesse social, exteriorizando, assim, os motivos que o levaram a

tal prática, os quais devem visar a finalidade pública. Utiliza-se como base as seguintes palavras da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei 8.429, de 2-6-92) a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei (2008, p.765, grifo do autor).

Neste tocante, José Afonso da Silva afirma que “a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”. (2006, p. 669).

Percebe-se que a doutrina reconhece não ser uma tarefa fácil a distinção entre moralidade e improbidade administrativa, no entanto, não diverge quanto à certeza de que, na realidade, os conceitos são distintos. A posição de Marcelo Figueiredo bem revela essa assertiva quando sustenta:

Questão tormentosa cifra-se no seguinte: qual a diferença conceitual entre moralidade administrativa e probidade? [...] São condutas e institutos diversos. Ou, por outra, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico a determinar a todos os “poderes” e funções do Estado atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade da honestidade. Já a probidade, que alhures denominamos ‘moralidade administrativa qualificada’, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa [...] A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa (1998, p. 20-22).

Com base no instrumento normativo que é a Lei 8.429/92, o controle dos atos contrários ao princípio da moralidade, passou a ser realizado com critérios jurídicos definidos, como também, a previsão das sanções decorrentes do ato ilícito.

2.1.3 O subprincípio da probidade administrativa

A Constituição Federal de 1988, comprometida com o resgate da ética na política e na administração, fez inserir em seu texto a regra segundo a qual a probidade seria exigida em todos os setores da administração pública, prevendo, por conseguinte, o combate à improbidade, como se pode observar da redação do art. 37, § 4º.

Para Juarez Freitas (1997, p. 69), o princípio da probidade administrativa descende diretamente do princípio da moralidade, ambos constitucionalmente consagrados. O princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a administração pública, praticados por agentes seus ou terceiros, e que mereceu tratamento específico através da Lei 8.429/92.

Também relativo a correlação entre o princípio constitucional da moralidade e o dever de probidade no agir administrativo, vejamos as razões de Fábio Medina Osório:

Há quem diga, todavia, expressamente, que o princípio da probidade administrativa descende da moralidade administrativa, sendo que este último goza de plena autonomia no sistema jurídico pátrio. A legalidade, nesse passo, assumiria uma posição até inferior em relação à moralidade, pois a mera ilegalidade não poderia acarretar configuração da improbidade administrativa. Cabe lembrar, com efeito, que respeitado setor doutrinário sustenta que a probidade administrativa estaria necessariamente ligada à idéia de moralidade administrativa, o que torna necessário o exame mais detido do dever de probidade constitucionalmente imposto aos agentes públicos. A improbidade administrativa tem profunda conexão com o princípio da moralidade administrativa, sendo que tal premissa não pode ser objeto de dúvidas fundamentadas (1998, p. 157).

O doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior classifica a probidade administrativa como um subprincípio, vejamos:

A probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito) e, externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros também a Administração Pública por seus agentes observe o postulado. [...] A norma constitucional criou aí um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa: probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública notadamente, impessoalidade, lealdade, imparcialidade, publicidade, razoabilidade e pelo cumprimento do dever de boa administração (2006, p. 101-103).

Com a elevação dos valores da moralidade e da probidade administrativa à condição de princípios constitucionais revela a intenção do Estado brasileiro de preservar sua própria subsistência, tendo em vista que, ao proteger os interesses públicos de forma mais rigorosa está, ao mesmo tempo, protegendo a sua própria existência. Eis que não havendo controle sobre a atuação de seus agentes e vigilância sobre seu patrimônio, naturalmente haverá total desvio das finalidades estatais e, por conseguinte, não alcançará o fim principal que se pretende como Estado, que é a defesa e proteção dos superiores interesses públicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere haver certa confusão entre moralidade e probidade, os quais teriam a mesma finalidade:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (2008, p. 763).

A Constituição Federal consagrou o princípio da moralidade administrativa, bem como sua necessidade de proteção e responsabilização do administrador público amoral ou imoral. Nesse sentido, Alexandre de Moraes:

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo artigo 37, § 4º da Constituição Federal, e sancionados com 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, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei n. 8429/92, para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público (2010, p. 330).

Assim, em observância aos princípios referidos, os quais servem como diretriz aos administradores, observando a proteção dos interesses do Estado, observar-se-á nos próximos capítulos que a Lei de Improbidade Administrativa surgiu com esse fim, sujeitando aos agentes públicos sanções por infração das normas estabelecidas. No próximo capítulo dentre

estes agentes públicos, serão analisados especialmente os agentes políticos e sua responsabilização.

2.2 Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, logo em seus primeiros artigos, define quais os sujeitos passíveis de responsabilização pela prática de atos de improbidade. Com o objetivo de alcançar todas as pessoas que poderiam praticar tais atos, adotou conceitos genéricos procurando atingir todos que, de qualquer forma, exerceriam o *munus* público. Vejamos assim o que dispõe o artigo 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 (BRASIL, Lei Federal nº 8.429, 1992).

O supracitado artigo dispõe acerca de quais seriam os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa.

2.2.1 *Agente público*

Nos termos do artigo 2º da Lei 8.429/92, o legislador definiu o que se considera agente público perante a Lei de Improbidade Administrativa¹⁰, compreendendo todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração algum mandato, cargo, emprego ou

¹⁰ Artigo 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.

função nas entidades mencionadas no artigo 1º. Hely Lopes de Meirelles define agentes públicos nos seguintes termos:

São todas as pessoas físicas incumbidas definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo (2008, p. 76).

Para este doutrinador os agentes públicos seriam todas as pessoas que exercem de alguma forma função para ente estatal. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello a definição é bem mais ampla, vejamos:

Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isso, a noção abarca tanto o chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração Direta dos Três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (2008, p. 242-243).

Vemos que também este doutrinador refere que são todos aqueles que servem ao Poder Público, numa abrangência mais genérica que o anterior. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 775) não precisa ser servidor público, com vínculo empregatício para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, incluindo-se os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Também nesse sentido Diógenes Gasparini (1993, p. 41) define também os agentes públicos como sendo “todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade”.

Fica claro, com a análise dos dispositivos supracitados, bem como com a análise doutrinária acerca do termo agente público, que o legislador ao elaborar a Lei nº 8.429/92 procurou abarcar todos os potenciais agentes dos atos de improbidade administrativa. Foi ainda mais longe do que o legislador quando da elaboração do Código Penal, em seu artigo 327, que conceituou funcionário público como sendo quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Há de se ressaltar que, conforme se depreende, o conceito é demasiadamente genérico, o que também enseja um cuidado todo especial acerca de sua interpretação.

Tendo em vista a diversidade dos sujeitos ativos abrangidos pela Lei 8.429/92, será analisado especificamente o conceito de agente político, suas definições doutrinárias e o alcance em relação à Lei de Improbidade Administrativa, que é o que nos interessa de forma mais profunda.

2.2.2 Agente político

Para definir agente político, vale-se de definições de alguns ilustres doutrinadores. Para Hely Lopes Meirelles agentes políticos seriam:

Os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. [...] São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição (2008, p. 77-78).

Assim, para Hely Lopes Meirelles, tanto são agentes políticos os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também membros do Poder Judiciário e representantes diplomáticos, bem como as “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário” (2008, p. 79).

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello defende um conceito mais restrito para o termo agente político ao afirmar que:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São os agentes políticos apenas o presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores (2008, p. 245-246).

Este doutrinador demonstra que a relação jurídica existente entre os agentes políticos e o Estado é de natureza institucional. São deveres e direitos que descendem diretamente da Constituição e das leis. Logo, uma das características primordiais do conceito lançado acima é que o cargo ocupado pelos agentes seja de elevada hierarquia na organização da administração pública, bem como a natureza especial das atribuições exercidas por eles.

Relativo a qualificação dos agentes políticos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona o seguinte:

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação (2008, p. 501).

Marçal Justen Filho (2008, p. 683) refere-se aos agentes políticos como sendo aqueles eleitos por meio de mandatos eletivos, sendo representantes do povo e titulares da competência constitucional para formular as decisões políticas. Este mesmo doutrinador rejeita a definição dada por Meirelles, anteriormente transcrita, afirmando que o regime jurídico, em vista da responsabilização política do agente político, é diferente daquele dos magistrados e membros do Ministério Público. Ainda, afirma que é possível diferenciar agentes políticos integrados no Poder Executivo e no Poder Legislativo, não existindo outros agentes políticos além destes.

Ainda, Diógenes Gasparini (1993, p. 42-44) define os agentes políticos como sendo uma espécie de agente público, relativamente às suas responsabilidades “respondem, sim, se agirem com abuso de poder, sem os mínimos cuidados ou com culpa grosseira. Claro que também respondem pelos comportamentos criminosos (CP, art. 327) e por atos que podem caracterizar crime de responsabilidade”.

Conforme denota-se das definições acima, o vínculo destes agentes com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Assim, perfeitamente pode-se atribuir responsabilização ao prefeito, no decurso de seu mandato, por ato de improbidade, eis que conforme analisado se encontra elencado dentre os sujeitos passíveis de responsabilização.

No próximo capítulo será abordado a responsabilização do sujeito ativo do ato de improbidade, o prefeito como objeto do presente estudo, pelo Decreto-lei 201/67 e pela Lei 8.429/92, o conflito entre estes ordenamentos e sua natureza jurídica.

3 AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

A administração da máquina pública sempre originou críticas dentro da estrutura social brasileira, tanto por parte da população, que se refere ao problema da corrupção, bem como por estudiosos, que procuram definir e buscar soluções acerca do problema. Restringindo a problemática ao âmbito municipal, ao Chefe do Poder Executivo cabe a direção administrativa e política do município, bem como as responsabilidades que são inerentes ao cargo.

O prefeito, como servidor público, da espécie agente político e chefe da administração pública, no exercício de seu mandato, pode vir a praticar diversas condutas lesivas ao ente público. Nas palavras de José Nilo de Castro (2006, p. 471) todo ato, manifestação da vontade humana, violador da norma, que repercutir efeitos na ordem social, com prejuízos para pessoas naturais ou jurídicas, traduz-se na responsabilidade jurídica. Essa responsabilidade jurídica desdobra-se em civil, penal, funcional, administrativa e político-administrativa, em face da possível incidência da manifestação da vontade humana no ilícito sancionado pela lei.

A responsabilização do prefeito municipal, enquanto enquadrado nos delitos do âmbito penal, tendo em vista a prerrogativa de foro privilegiado, conforme disposto no artigo 29, X, da Constituição Federal, será perante o Tribunal de Justiça respectivo. Nesta seara, serão julgadas as chamadas infrações funcionais, que são as definidas no Código Penal (artigos 312 a 327). Entretanto, nas palavras de Alexandre de Moraes (2010, p. 288), “o legislador constituinte não foi claro quanto à fixação dessa competência, ao não se referir, expressamente, ao tipo de infração penal cometida (comum, eleitoral, dolosa contra a vida e federal), cabendo à Jurisprudência essa definição”.

Com relação aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito municipal, estão dispostos no Decreto-lei nº 201/67. Conforme Alexandre de Moraes (2010, p. 290) estes crimes podem ser classificados em próprios e impróprios. As infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos (artigo 4º) são consideradas crimes próprios, já as impróprias são verdadeiras infrações penais, sendo atribuídas penas privativas de liberdade (artigo 1º). Segundo este autor, apenas os crimes próprios, na tradição do direito brasileiro, podem ser denominados

crimes de responsabilidade. Adiante serão abordadas tais sanções, bem como suas consequências.

Conforme disposto na Constituição Federal, a competência originária para julgamento dos prefeitos municipais do Tribunal de Justiça se refere apenas às infrações penais comuns, não fazendo qualquer referência as ações de natureza cível. Apesar de ter entrado em vigor a Lei 10.628/2002, alterando o artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal, o qual previa que a ação de improbidade deveria ser proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, tal modificação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 2797, 2005). A inconstitucionalidade alegada se deve ao choque frontal entre referida norma e o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal.

Também poderá o agente municipal ser responsabilizado pela Lei de Improbidade Administrativa, mesmo que muitos atos previstos correspondam a crimes definidos na legislação penal e infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 772) “nada impede a instauração de processo nas três instâncias, administrativa, civil e criminal”. Conforme a autora, a primeira vai apurar o ilícito administrativo conforme as normas do Estatuto funcional, a segunda visa apurar atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/92, e a terceira apurar o ilícito penal conforme normas do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini preleciona:

A prática de crime funcional dá origem à responsabilidade penal, enquanto os danos patrimoniais causados à entidade a que está ligado ou aos administrados e as violações ao correto desempenho de suas competências ensejam, respectivamente, responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa. Essas espécies de responsabilidades a que está sujeito o servidor público. Ditas responsabilidades não se excluem mutuamente. Ao contrário, podem incidir simultaneamente. Com efeito, pelo mesmo ato o servidor público pode responder civil, penal e administrativamente (1993, p. 185).

Verifica-se que há vários aspectos para responsabilização do agente municipal, sendo possível o enquadramento da conduta considerada reprovável em várias legislações, tanto no âmbito civil, penal e administrativo.

No tópico seguinte será analisada a responsabilidade do prefeito, serão abordadas as sanções existentes em cada legislação, iniciando-se pelo Decreto-lei 201/67, com suas infrações penais e político-administrativas e após a Lei 8.429/92 aplicável aos casos de improbidade administrativa.

Tal análise se faz necessária para verificar as sanções constantes em ambas, pois serão confrontadas na discussão sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

3.1 Responsabilidade pelo Decreto-lei nº 201/67

No sistema jurídico vigente, ocupando o agente público cargo de Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal ou Procurador-Geral da República, o crime de responsabilidade por ele praticado será julgado pelo Senado Federal. No caso do Governador do Estado, do Distrito Federal ou de Território, o julgamento será da respectiva Assembléia Legislativa. Sendo a Lei nº 1.079/1950 que regula os crimes de responsabilidade de tais autoridades. Já com relação a norma que regula os crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores será utilizado o Decreto-lei nº 201/1967.

Analisando-se as legislações, percebe-se que são muito antigas e que não tiveram a sua eficácia comprovada ao longo do tempo. Nesse sentido, Fábio Medina Osório tece crítica à Lei dos Crimes de Responsabilidade:

Se estivesse funcionando a contento, com todo o vigor necessário, essa legislação certamente tornaria desnecessária, do ponto de vista político-institucional, a LGIA para os agentes públicos enquadráveis nessa normativa. Não é o que ocorreu, ou ocorre, porque a Lei dos Crimes de Responsabilidade falhou, nas mãos de Instituições competentes, como instrumento de contenção da improbidade (2004, p. 181).

As sanções previstas no Decreto-lei 201/67, visam apurar a responsabilidade dos prefeitos municipais, sendo que as consequências da condenação por qualquer dos crimes dispostos no artigo 1º do referido Decreto são: a perda do cargo de Prefeito, a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, a suspensão de direitos

políticos (artigo 15, III, da Constituição Federal) e a inelegibilidade. O Superior Tribunal de Justiça em matéria pacífica entende serem três as esferas de responsabilização pela norma:

HC - Prefeito Municipal - Crime de responsabilidade - D.L. n. 201/67 - o processo criminal, nos termos do D.L. n. 201/67, visa a apurar a responsabilidade penal dos prefeitos municipais. Três são as sanções expressamente cominadas: penal (reclusão ou detenção); política (perda do cargo e a inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação) e civil (reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular). A sanção penal é pressuposto da sanção política. O julgamento é criminal com reflexo político. Não se confunde com o “impeachment”, afastamento do titular do cargo eletivo por deliberação política. Em consequência, a ação penal pode ser proposta ainda que encerrado o mandato do prefeito municipal. (HC 3404/PA, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 30.05.1995, DJ 11.09.1995 p. 28861) (grifo nosso).

Assim, as formas de responsabilização adentram no campo penal, também chamados de crimes de responsabilidade, que são os inscritos no artigo 1º do Decreto-lei 201/67 e a responsabilização política, também chamada de político-administrativa, que são as referidas no artigo 4º. A seguir, analisar-se-á cada uma destas formas de responsabilização que atingem a pessoa do prefeito municipal.

3.1.1 Sanção penal

Normalmente os delitos praticados pelos agentes públicos contra a administração encontram sua responsabilidade criminal prevista no Código Penal, nas palavras de Waldo Fazzio Junior, a responsabilidade criminal dos agentes públicos por delitos praticados contra a Administração, é prevista nos artigos 312 a 327 do Código Penal, e se tratando de prefeito, sem prejuízo da caracterização penal, existe legislação penal específica, ou seja, o Decreto-lei 201/67 (2001, p. 37). Havendo semelhança de condutas em ambos os ordenamentos, prevalecerá as penas do Decreto-lei, pois é lei especial em relação aos crimes contra a administração inscritos no Código Penal.

Para Hely Lopes Meirelles, os crimes de responsabilidade referidos no Decreto, embora funcionais, estão desvinculados dos crimes contra a Administração Pública definidos no Código Penal, sendo que constituem figuras autônomas e específicas do prefeito e de seus

substitutos, que são seus únicos sujeitos ativos (2002, p. 757). Assim sendo, qualquer ação ou omissão por parte destes agentes que vier a infringir as regras administrativas em prejuízo do interesse da coletividade será responsabilizada, seja pelo regramento do Código Penal, seja pelo Decreto-lei 201/67.

Os artigos 1º a 3º do Decreto-lei 201/67 tratam da responsabilidade penal, com suas consequências e respectivo processo. Os crimes definidos no artigo 1º são de ação pública, sendo que os crimes definidos nos itens I e II¹¹, são punidos com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais itens (incisos III a XXIII)¹², com a pena de detenção, de três meses a três anos.

Em caso de condenação definitiva nos crimes acima mencionados, a sanção será de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de cinco anos. Isso tudo sem prejuízo da reparação civil do dano

¹¹ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

- I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
- II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

¹² III- desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

- IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;
- V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;
- VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;
- VII - deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;
- VIII - contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- IX - conceder empréstimo, auxílios ou subvenções sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- X - alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;
- XI - adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;
- XII - antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;
- XIII - nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;
- XIV - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;
- XV - deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei. XVI – deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;
- XVII – ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
- XVIII – deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;
- XIX – deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;
- XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
- XXI – captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;
- XXII – ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;
- XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

causado ao patrimônio público ou particular. Sendo que tais delitos são aplicáveis ao prefeito em exercício e também a quem o estiver substituindo, decorrendo, desta forma, do exercício funcional, cabendo em caso de abuso as sanções do mencionado Decreto.

O prefeito goza de algumas prerrogativas processuais no juízo criminal. Uma delas é a prisão especial, prevista no artigo 295, II, do Código de Processo Penal, enquanto a sentença condenatória não transitar em julgado. O direito de ser inquirido, como testemunha, em local, dia e hora previamente ajustados com o juiz é outra prerrogativa do prefeito, conforme o artigo 221 do Código de Processo Penal.

Há, também, a prerrogativa de foro, conforme já mencionado, que em caso de ilícitos penais, independente de autorização da Câmara Municipal, o prefeito será processado e julgado perante os Tribunais de Justiça Estaduais, conforme preceitua o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal. Nos demais casos previstos em lei, o prefeito iguala-se a todos os cidadãos na forma da lei.

Ressalta-se que o elemento subjetivo necessário para caracterização dos crimes referidos no Decreto-lei 201/67 é o dolo, eis que a lei não estipulou tais crimes sob a forma culposa. Desta forma, só se tornam puníveis quando o prefeito buscar intencionalmente o resultado ou assumir o risco de produzi-lo. Waldo Fazzio Junior (2001, p. 40) observa que caso a conduta do prefeito seja sob a forma culposa, não haverá crime funcional pelo Decreto-lei 201, mas poderá o mesmo ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa culposo, Lei 8.429/92.

Deste modo exposto, independentemente das sanções criminais já analisadas e tipificadas no Decreto-lei 201/67, ficam os prefeitos sujeitos às todas as sanções civis dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, em virtude de sua natureza jurídica e pelo fato da Constituição Federal não ter estabelecido nenhuma exceção quanto à forma e foro para a decretação da pena de perda da função pública.

3.1.3 Sanção política

Os crimes relacionados no artigo 4º são crimes de responsabilidade por infrações político-administrativas, ou seja, infrações de relevância política, em relação a estes o prefeito

responde perante a Câmara de Vereadores, podendo seu resultado ocasionar até a cassação do mandato.

Essa cassação do mandato não deve ser confundida com a figura do *impeachment*, existente até a entrada em vigor do Decreto-lei 201/67, no qual apenas afastava provisoriamente o prefeito do cargo, para que o Judiciário pudesse julgá-lo, e caso condenado é que se convertia o afastamento provisório em definitivo, acarretando a perda do mandato. Hodiernamente, a decisão exarada pela Câmara de Vereadores tem caráter de sanção definitiva e autônoma, sem dependência de qualquer outro órgão ou Poder (MEIRELLES, 2002, p. 769).

Observa-se no Decreto-lei 201/67, que além de dispor sobre crimes de responsabilidade, em seu artigo 1º, também prevê a existência de infrações político-administrativas no artigo 4º, os primeiros sendo julgados pelos Tribunais de Justiça e os segundos pelas respectivas Câmaras Municipais, cabendo, em ambos os casos, a perda do mandato. Neste sentido tem-se a posição de Hely Lopes Meirelles:

Os crimes de responsabilidade do prefeito estão consignados no Decreto-lei 201, de 1967, cujo projeto é integralmente de nossa autoria e no qual tivemos a preocupação de definir os tipos mais danosos à Administração Municipal e de separar nitidamente as infrações penais das infrações político-administrativas, atribuindo o processo e julgamento daquelas exclusivamente ao Poder Judiciário, e o destas à Câmara de Vereadores. Assim, o Tribunal de Justiça decide sobre os crimes de responsabilidade do prefeito, e a Câmara sobre sua conduta governamental, em processos autônomos e em instâncias independentes (2002, p. 755).

O Decreto-lei confere, excepcionalmente, aptidão jurisdicional à Câmara de Vereadores, cabendo somente a esta se manifestar e decidir questões concernentes às infrações político-administrativas nele dispostas. Ainda, de acordo com Meirelles (2008, p. 722), os atos *interna corporis*, são exclusivos de apreciação pelo Plenário da Câmara, cabendo ao Poder Judiciário apenas analisar se houve alguma ilegalidade, inconstitucionalidade ou infringência regimental nos seus julgados. Ao Judiciário cabe apenas verificar a formalidade das decisões, sem adentrar no mérito. Em caso de ocorrência de alguma dessas irregularidades, é possível invalidar tal ato, possibilitando que seja refeito pela Câmara, mas nunca decidido pelo Judiciário.

A Câmara de Vereadores, neste caso, funciona como um órgão jurisdicional, sendo sua jurisdição político-administrativa e capacitada para aplicar a mais gravosa das sanções que é a cassação do mandato político do prefeito.

Nas palavras de José Nilo de Castro sobre o controle de tais atos:

A jurisdicionalização ou a judicialização do processo político-administrativo instaurado contra Prefeitos ou Vereadores é inadmissível. A flexibilidade e o formalismo moderado procedimentais identificam-lhe a liberdade instrutória, respeitando-se o decreto-lei n. 201/67, a cujos comandos se vincula, com exclusividade, o procedimento político administrativo, assim como os princípios constitucionais de que trata o artigo 37, *caput*, CR (2006, p. 506) (sic).

Também Hely Lopes Meirelles nesse sentido:

Certo é que o Judiciário não poderá substituir a administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público (2008, p. 211).

Cabe salientar que podem incidir neste tipo de infração político-administrativa também o vice-prefeito e o presidente da Câmara durante a substituição do prefeito. Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 768) “O essencial é que os processados por essas infrações estejam no exercício do mandato, porque a sanção única aplicável é sua cassação. Portanto se o mandato estiver findo, ou extinto por qualquer motivo, o de sua cassação estará perempto”.

Denota-se que esse diploma legal previu o processamento do prefeito tanto na esfera política, no âmbito da Câmara de Vereadores, como na esfera penal, no âmbito da Justiça comum. Com relação a responsabilização cível, conforme grande parte da doutrina assim a considera, a Lei 8.429/92 é que disciplina tais sanções, conforme a seguir será estudado.

3.2 Responsabilização através da Lei 8.429/92

A par da existência de crimes comuns e de responsabilidade, previstos no Código Penal e em Leis Penais Especiais, que prevêm rigorosas sanções contra o agente público que age em desconformidade com preceitos legais ali tipificados, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, instituiu o conceito de ato de improbidade para tutelar, além dos atos ilegais, os atos considerados imorais. Tal norma dependia de complementação, ou seja, previa lei ordinária para sua completa eficácia, devendo estabelecer a forma e a gradação das sanções a serem impostas.

Nesta seara, o então presidente Fernando Collor de Mello, no dia 02 de junho de 1992, sancionou a Lei nº 8.429/92, que 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. Waldo Fazzio Junior conceitua os atos de improbidade da seguinte forma:

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé (2001, p. 50-51).

O ato de improbidade exige para sua consumação, no entender de Alexandre de Moraes (2010, p. 370), um desvio de conduta do agente público, que no exercício de suas funções, afasta-se dos padrões éticos e morais da sociedade. Esse conceito abarca inclusive o agente público que pretende obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não atinja o objetivo, estará incorrendo nas condutas tipificadas no art. 11 da Lei de Improbidade.

De acordo com a Lei 8.429/92, os atos de improbidade administrativa podem ser divididos em três grupos, conforme os efeitos que produzem. Estão previstos no artigo 9º os atos que importam enriquecimento ilícito, no artigo 10 os atos que causam prejuízo ao erário, e no artigo 11 os atos que atentam contra os princípios administrativos.

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 780), embora a lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa. Mesmo que o ato não possa ser enquadrado nos três dispositivos, a improbidade poderá ocorrer sancionada pela lei, desde que enquadrada no

caput dos artigos 9º, 10 e 11. A autora se refere à expressão “e notadamente” existente no final do *caput* de cada artigo, que indica a natureza exemplificativa dos incisos que seguem.

Incorrendo em atos de improbidade, o agente público fica sujeito às sanções cominadas no artigo 12 da Lei 8.429/92, dependendo da gravidade de seu ato:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I- na hipótese do artigo 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 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber os benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos; II- na hipótese do artigo 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 05 (cinco) a 08 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 02 (duas) vezes o valor do dano e 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 05 (cinco) anos; III- na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 03 (três) a 05 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (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 03 (três) anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como proveito patrimonial obtido pelo agente (BRASIL, 1992).

Tais sanções, conforme Waldo Fazzio Junior (2001, p. 46-47), têm conotação cível, eis que o artigo 37, da Constituição Federal, ao afirmar “sem prejuízo da ação penal cabível” afasta expressa e completamente, qualquer conotação penal que se pretenda atribuir aos atos de improbidade administrativa. Mas também não é apenas civil a responsabilidade, eis que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão de direitos políticos atingem as esferas administrativa e política. Tem-se, assim, um consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas.

Ainda com relação à natureza da ação, Juarez Freitas (1997, p. 111) também refere que a independência da ação de improbidade administrativa em relação à penal é verificada na dicção do artigo 37, § 4º da Constituição Federal, não constituindo espécie de ação penal, mas se enquadrando no rol das ações civis constitucionais. Com isso, percebe-se que não há

dúvidas acerca da natureza das ações de improbidade, sendo estas cíveis e também com caráter administrativo e político.

A Lei 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo dolo nas três espécies de atos ímprobos (artigos 9º, 10 e 11), permitindo na espécie do artigo 10 a responsabilidade por culpa, que se refere aos atos que causem lesão ao erário público.

“A aplicação da lei de improbidade exigem bom-senso, pesquisa de intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa” (DI PIETRO, 2008, p. 783). Não basta apenas a exteriorização do ato ilícito, exige-se igualmente a intenção do agente para realização de tal ato, com exceção dos atos que causem lesão ao erário, sendo a culpa nesse caso presumida. E ainda nas palavras da citada autora (2008, p. 784) “Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública”.

Verifica-se a variedade de possibilidades de responsabilização do prefeito, pois como agente político do governo, possui responsabilidade decisória e orientadora da conduta governamental, devendo ter sua conduta devidamente controlada, a fim de que a administração não fique prejudicada por seus atos temerários.

3.2.1 Sanções impostas pela Lei 8.429/92

Serão analisadas, a seguir, as sanções decorrentes das infrações dispostas na Lei de Improbidade Administrativa que podem ser imputadas aos prefeitos.

3.2.1.1 Perda de valores acrescidos ilicitamente

A primeira das sanções é a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente. Trata-se de consequência natural e a primeira providência a ser tomada nos casos de enriquecimento ilícito, disposto no artigo 9º e 10, da Lei 8.429/92, com o objetivo de devolver ao acervo patrimonial do Estado tudo aquilo que foi retirado.

Para Waldo Fazzio Junior (2001, p. 67), o prefeito pratica ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito, quando auferir qualquer espécie de vantagem patrimonial indevida, em razão do cargo exercido. A fim de se verificar o enriquecimento ilícito, são necessários três requisitos mínimos: a percepção de vantagem patrimonial indevida, a ausência de fato gerador lícito justificador da vantagem e nexos entre a conduta praticada no exercício do cargo e a vantagem patrimonial indevida. Ressalta, ainda, que não haverá enriquecimento ilícito se o prefeito não auferir vantagem patrimonial além de seus subsídios ou se a vantagem recebida não se relacionar com o exercício do cargo.

Marcelo Figueiredo Santos refere-se à expressão “qualquer tipo de vantagem patrimonial” no seguinte sentido:

Se fincarmos o raciocínio apenas no elemento “econômico”, teremos dificuldade de visualizar a hipótese. Contudo, se em relação à “vantagem indevida” estivermos despreocupados com sua natureza (patrimonial ou não, moral ou não), teremos maior facilidade para entender o comando legal. Procurando sintetizar o pensamento e voltar à análise concreta do texto, sugerimos a seguinte fórmula para detectarmos a presença da improbidade administrativa: 1) presença do agente público ou terceiro na relação jurídica acoimada de “imoral” (ato de improbidade administrativa, conceito da lei); 2) presença do elemento “vantagem patrimonial indevida”, na mesma relação jurídica; 3) ausência de fundamento jurídico apto a justificar a vantagem percebida; 4) presença de elo ou nexos fáticos entre a vantagem retrocitada e conduta do agente público ou terceiro (1998, p. 37).

Denota-se que não é defeso ao prefeito auferir renda durante o seu mandato, somente quando esta renda advém do abuso no exercício de cargo público, utilizando-se da máquina pública para obter vantagens pessoais.

Com relação à intenção do agente público, Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 74) afirma que, embora a lei explicitamente que a conduta ímproba será punida tanto no caráter culposo como no doloso, inexistindo má-fé por parte do agente público, mas simplesmente um equívoco, em razão da gigantesca complexidade da instrumentalidade jurídico-administrativa a que se submete a administração pública, inexistirá improbidade no referido ato.

Para José Armando da Costa (2000, p. 67-68), o elemento subjetivo dessa figura delitual é o dolo do agente público, ou, pelo menos, a sua voluntariedade, refere ainda que “não vemos chances para que tal infração disciplinar comporte a modalidade culposa, pois não é credível, nem verossímil, que possa alguém ser corrupto ou desonesto por negligência, imperícia ou imprudência”.

Para buscar a responsabilização por esta infração, necessário se fará ter a declaração de bens e rendas do agente político, a fim de se verificar a incorporação de bens ao patrimônio. Tal declaração se tornou obrigatória aos agentes para o exercício de cargo, empregos e funções públicas, consoante dispõe a Lei 8.730/93. Juarez Freitas (1997, p. 112) nesse sentido dispõe que ao intentar a ação, terá que se basear na declaração de bens e não alegar, sem solidez ou pelo só gosto de testilha, incertos sinais exteriores de riqueza desmedida, pois não se admite culpa presumida, dependendo de prova consistente e não apenas frágeis ilações.

Os casos de enriquecimento ilícito podem ser classificados em dois tipos, conforme Waldo Fazzio Junior (2001, p. 73), dependendo da participação ou não de terceiros: enriquecimento ilícito simples – onde há apenas dois sujeitos, o sujeito ativo que é o prefeito e o sujeito passivo que será o ente municipal; e o enriquecimento ilícito complexo – neste além do sujeito ativo e passivo, há também um terceiro, que será o agente externo.

Ocorrendo participação de uma terceira pessoa, esta também fica sujeita às sanções do artigo 9º da Lei de Improbidade, eis que tal determinação está prevista no artigo 3º da mesma legislação.

3.2.1.2 Ressarcimento integral do valor do dano

A segunda espécie de sanção é o ressarcimento integral do valor do dano, aplicada aos atos de improbidade dispostos nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92.

Esta penalidade, no entanto, se refere a todos os casos de dano provocado ao patrimônio público, pois a Lei não especifica que tipos de dano, desde que economicamente relevante, podendo ocorrer independentemente de haver enriquecimento ilícito. Para ser a conduta ímproba, deverá o prefeito, através de sua ação ou omissão, ensejar diminuição patrimonial do Município, devendo ser ilegal tal ato. “Parte-se do princípio de que a conduta lesiva ao erário é punível porque ilegal, vislumbra o binômio ilegalidade + lesividade” (FAZZIO JUNIOR, 2001, p. 114).

Conforme se aúfere do enunciado do artigo 10, é punível qualquer tipo de conduta que cause dano ao erário público, tanto na forma culposa como na dolosa. Não importando, neste

caso, se o agente quer ou admite o dano decorrente de sua atuação ou se quer praticar a conduta ímproba, mas não deseja o resultado lesivo, que acaba por concretizar-se. Posição contrária é do autor Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 93) que não admite condenação em caso de falta de intenção do agente: “É absurdo aceitar que seja condenado o agente público meramente inábil”. E continua: “A desonestidade deve ser comprovada, demonstrada, ao contrário da inabilidade que deve ser presumida. *In dubio pro reu*”.

Também para Waldo Fazio Junior (2001, p. 115) deve ser relativizada referida norma, pois o artigo 12, inciso II, deixa ao julgador a possibilidade de aplicar as penas máxima e mínima para tais sanções, cabendo a este dosar as sanções, no caso de dolo e de culpa no ato ímprobo, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, equiparando-se à distinção feita pela legislação penal.

De forma geral, as condutas referidas no mencionado artigo são as mesmas do artigo 9º, com a diferença de que o beneficiário, nesta, é um terceiro, com o auxílio do prefeito. A ilicitude cometida pelo prefeito não tem como objetivo seu próprio enriquecimento, mas o de outrem, às custas do erário local, do qual é responsável.

De qualquer sorte, as sanções prosseguem drásticas, mormente se e quando enfeixadas numa totalidade, conquanto já não tão severas quanto as comináveis para os atos da primeira espécie: além do ressarcimento integral do dano (incluindo também a reparação pelo dano moral), sujeita-se o desonesto causador de prejuízo à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, diretamente ou por via oblíqua, pelo prazo de cinco anos (FREITAS, 1997, p. 116).

Relativamente ao dano ocasionado por esta conduta, Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 93) ressalta que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo causado pelo ato ímprobo à Administração Pública, não se podendo presumir tal dano, pois para haver o ressarcimento dos danos, necessária a apuração real do valor suportado pela Administração Pública.

Com a aplicação da pena àquele que incorrer em tal ato, ao ressarcir o patrimônio público, pode-se dizer que o agente ímprobo nada perde, apenas devolve o que auferiu indevidamente ao patrimônio público.

3.2.1.3 Pagamento de multa civil

A terceira penalidade é o pagamento da multa civil. Caracteriza-se como sanção de natureza pecuniária imposta ao agente ímprobo em virtude do ilícito praticado. Considerando a previsão autônoma de ressarcimento do dano, tem natureza eminentemente punitiva, independente do tipo de infração por ele cometida, não caracterizando-se como estimativa do dano causado pela infração.

Com efeito, a multa civil, mais até do que a suspensão dos direitos políticos e interdição temporária de direitos, deve ser sempre e invariavelmente aplicada, para que não se transforme o conceito de improbidade administrativa em algo meramente patrimonial, identificável, dependendo do caso concreto, com a possibilidade de ressarcimento ao erário. Além disso, não havendo prejuízo ao erário, a multa assume uma função sancionatória moral de relevância, devendo ser revertida à sociedade (OSÓRIO, 1998, p. 258).

A aplicação da sanção ao caso concreto, no entanto, é graduada pela natureza da falta cometida, nos termos do artigo 12 da Lei de Improbidade. Em caso de enriquecimento ilícito, a multa será de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial. Na hipótese de danos ao erário, a multa será de até duas vezes o valor do dano. E em caso de violação aos princípios da administração, a multa será de até cem vezes o valor da remuneração do agente. Ao julgador caberá a quantificação do valor, analisando-se a extensão do dano, as circunstâncias e também a capacidade econômica do réu, entre outros, sendo os valores retro mencionados o teto máximo a ser aplicado em cada sanção.

3.2.1.4 Perda da função pública

A quarta espécie de penalidade é a perda da função pública, que é aplicável genericamente a todos os atos de improbidade previstos na Lei 8.429/92, eis que determinado no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. A questão que emerge da aplicação direta dessa sanção está no cargo ocupado pelo agente da improbidade.

Destarte, quando se trata de ato de improbidade, a principal sanção a ser aplicada aos agentes públicos ímprobos é a de suspensão temporária dos direitos políticos, tal como previsto no art. 15, inciso V, da Constituição. Com relação a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública deve ser compreendida em conjunto, eis que não terá como exercer função pública quem não estiver no gozo de seus direitos políticos.

Conforme Fabio Medina Osório (1998, p. 259), “o agente perde toda e qualquer função pública que estiver exercendo na atualidade da condenação exequível”. Discorrendo sobre essa assertiva, o autor exemplifica que se o agente cometeu a improbidade quando era Vereador, e ao tempo da condenação é Prefeito, perderá a função atual, não importando que o ato ilícito tenha sido cometido quando ocupava outro cargo político. Ademais, agente público que tenha cometido ato de improbidade, condenado, não pode permanecer ocupando cargo ou função pública, especialmente sendo chefe da Administração Pública Municipal.

Ressalta-se que esta sanção ao ser aplicada deverá observar o princípio constitucional da proporcionalidade com relação ao ato praticado, tornando-se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme preceitua o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

3.2.1.5 Suspensão dos direitos políticos

A quinta sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa é a suspensão dos direitos políticos. Como regra geral, ao cidadão é garantida a plena participação na vida política do Estado, abrangendo nesta as faces ativa e passiva, ou seja, o direito de votar (cidadania ativa) e de ser votado (cidadania passiva). Nos termos da ordenação federal constitucional, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão são admitidas somente nas hipóteses do artigo 15 incisos, I, II, III, IV e V, estando consagrada neste interregno a improbidade administrativa¹³. Assim, mais adiante estabelece o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal que a improbidade gera suspensão dos direitos políticos na forma e gradação previstas em lei.

¹³ Ressalte-se que a improbidade administrativa é uma das hipóteses constitucionais de suspensão dos direitos políticos, ao lado do cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal definitiva e recusa de cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa. Em todos esses casos, a suspensão do gozo de direitos políticos é medida muito severa, que implica, entre outros efeitos, ao lado da inelegibilidade e do cerceamento do direito de voto, a proibição de se filiar a partido político e a vedação de investidura em cargo público, além da falta de legitimidade para intentar a ação constitucional popular.

As sanções previstas na mencionada Lei, conforme o artigo 12, são de suspensão de direito político pelo prazo de três a cinco anos, nos casos previstos no artigo 11. Nas hipóteses do artigo 10, a suspensão é de cinco a oito anos. E nos casos previstos no artigo 9º, a suspensão será de oito a dez anos.

Para Fabio Medina Osório (1998, p. 254), não será possível ao julgador, após concluir pela presença dos requisitos autorizadores de reconhecimento da improbidade administrativa, optar pela exclusão da sanção relativa a suspensão dos direitos políticos, ou reduzir a um valor abaixo do estipulado pela lei. A estipulação do prazo sancionatório, que é incumbência do juiz, será prevista após devida fundamentação do ato, sendo-lhe defeso deixar de aplicar o comando constitucional de suspensão de direitos políticos.

3.2.1.6 Proibição de contratar com a Administração Pública

Por derradeiro, temos a sexta e última sanção, correspondente à proibição de contratar com a Administração Pública ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

É também imposta a todo ato de improbidade administrativa previsto na Lei de Improbidade, cujo prazo varia de três anos para os casos de violação aos princípios administrativos, cinco anos para as hipóteses de danos ao erário público, e de dez anos, para atos de improbidade administrativa que envolvam enriquecimento ilícito.

Esta sanção, ao contrário do que ocorre com o prazo de suspensão dos direitos políticos, tem estipulação de prazo certo, ao julgador não será necessária a fundamentação para aplicação do lapso temporal, eis que ao reconhecer a improbidade é automaticamente imposta a sanção.

A aplicação da sanção com relação a empresa familiar, nas palavras de Fabio Medina Osório (1998, p. 262), atinge indiretamente também o cônjuge, quando o regime de bens for comunhão total ou parcial de bens. Isto porque o cônjuge ao receber eventuais benefícios fiscais ou creditícios “desembocariam nos bolsos do agente já condenado por improbidade, e isto ocorreria ‘indiretamente’. A lei, aqui, deve ser compreendida com o máximo rigor”.

Essa proibição apresenta-se como de efeitos temporários e com graves consequências de ordem econômica, eis que os incentivos fiscais ou creditícios caracterizam-se como

instrumentos utilizados pelo Poder Público para implementar o desenvolvimento de determinado território ou de certa atividade, bem como para corrigir certas desigualdades ou recompor a ordem econômica e social. Devendo ser restrito destes incentivos o agente público que for condenado.

3.3 Da prerrogativa de foro qualificado

Relativamente à justiça cível, tem-se a questão do foro qualificado, onde parte da doutrina entende que as ações cíveis contra prefeitos também devem ser julgadas originariamente pelos Tribunais.

Para Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 195) os juízes de primeira instância se acham no direito de julgar os Prefeitos nos processos por atos de improbidade administrativa, o que causa enorme receio por danos irreparáveis à Justiça, em razão da prevalência de julgamento motivado por pressões políticas locais ou então de paixões pessoais.

No sentido contrário, Waldo Fazzio Junior indaga sobre a questão do foro para julgamento dos atos de improbidade:

Qual é o problema de um Juiz de 1º grau julgar a ação civil impetrada contra qualquer executivo municipal por atos de improbidade? Se condenado em primeira instância, o prefeito poderá recorrer ao Tribunal de Justiça, cumprindo-se a garantia processual do duplo grau de jurisdição. (2001, p. 34)

Nas ações civis de improbidade, com a condenação do prefeito, as penas impostas vão muito além da reparação dos prejuízos causados aos cofres públicos, tendo penas como a perda de função e inabilitação para o exercício dos direitos políticos por até dez anos. Embora sem ter eficácia criminal, as penas são tão severas quanto as criminais.

Para Fábio Medina Osório (1998, p. 253), “quanto à forma, não há dúvidas de que o legislador instituiu claramente a ação civil pública para obtenção da sanção em exame”, e refere ainda “não se diga que a adoção do rito ordinário na ação principal (art. 17 da Lei número 8.429/92), impede entendimento que a ação civil pública possui seus delineamentos básicos na Lei número 7.347/85” (OSÓRIO, 1998, p. 232). O entendimento nesse sentido

deve-se a previsão da ação civil pública ser utilizada para defesa do patrimônio público *lato sensu*, que envolve interesses difusos de toda sociedade.

Nos termos do artigo 2º da Lei 7.347/85 (lei que regula a ação civil pública), o foro competente para julgar ação civil é a do juízo singular do local do dano, devendo neste ser proposta a ação civil pública por improbidade administrativa.

Cumprе ressaltar que a Lei 10.628/02 que modificou o artigo 84 do Código de Processo Penal inserindo neste os parágrafos 1º e 2º, que garantiam o foro por prerrogativa de função aos ex-titulares de mandatos públicos em processo que versassem sobre os atos praticados durante o mandato e estendiam tal garantia de foro nos casos das ações por improbidade administrativa, foi declarada inconstitucional através da ADI nº 2797. Desta forma, afastado o benefício do foro privilegiado, caberá ao magistrado de primeiro grau receber a ação por improbidade administrativa.

Entretanto, a decisão de inconstitucionalidade da referida lei em nada prejudicou a Reclamação 2138, que a seguir será abordada, mesmo estando à época, em andamento. Enquanto na ADI 2797 foi vedado o julgamento com foro por prerrogativa de função em ação de improbidade administrativa, na Reclamação 2138, o entendimento foi de que a Lei de Improbidade não se aplica aos agentes políticos, os quais se submetem às regras dos crimes de responsabilidade, uma vez que com eles se confundem. Desta forma, os agentes políticos responderiam sempre perante os Tribunais, eis que como mencionado, as regras se confundem.

Com entendimento a favor da prerrogativa de foro, Gustavo Russignoli Bugalho (2009, p. 196) ressaltar que com a determinação do foro por prerrogativa de função para prefeitos, estes não venham a ser submetidos a julgamentos injustos ou ao alvêndrio das perseguições políticas, para com isso realizarem uma tranquila gestão, havendo, desta forma, um equilíbrio entre o dever público, a liberdade de gestão, a fiscalização e o controle dos atos de gestão. Percebe-se a preocupação do autor com a possibilidade de perseguições e interesses políticos envolvidos, por se tratar do juízo comum, tendo o julgador de primeiro grau suas convicções, que, por vezes, poderão prejudicar a imparcialidade da decisão.

Conforme se depreende, inúmeras são as sanções impostas ao agente público, tanto pelo Decreto-lei 201/67 e pela Lei 8.429/92, ambas legislações visando a moralidade e probidade na vida pública. Após esta breve análise acerca das sanções, no próximo item será

analisada a relação existente entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa, em contraponto com as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

3.4 A reclamação nº 2138 e a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos

A discussão relativa à aplicação aos agentes políticos da Lei de Improbidade Administrativa ou considerá-los como crimes de responsabilidade teve como decisão paradigma o julgamento da Reclamação 2.138-DF pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa decisão, surgiu a tese de que as infrações praticadas pelos agentes políticos poderiam ser punidas apenas com base na legislação definidora dos crimes de responsabilidade.

Primeiramente, faz-se necessário uma abordagem sobre o instituto da Reclamação Constitucional, sua conceituação e a extensão da aplicabilidade de seus julgados.

3.4.1 Reclamação constitucional

A Constituição Federal traz no seu bojo o instituto da Reclamação Constitucional. Os seus dispositivos, artigo 102, inciso I, alínea l¹⁴, artigo 105, inciso I, alínea f¹⁵ e artigo 103-A¹⁶, retratam a sua tríplice função: garantir a imposição das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, preservar a competência destes Tribunais Superiores, assim como assegurar o respeito e adequada aplicação das Súmulas Vinculantes.

¹⁴ O artigo 102, inciso I, alínea l preceitua que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

¹⁵ O artigo 105, inciso I, alínea f, também refere-se à Reclamação: Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

¹⁶ O artigo 103-A dispõe que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A previsão legal está disposta na Lei nº 8.038/1990, em seus artigos 13 a 18¹⁷. Os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também tratam do tema nos artigos 156 a 162 e 187 a 192, respectivamente.

A reclamação, segundo nos narra Pontes de Miranda (1997, p. 289), foi criada pela Justiça do Distrito Federal, e mais tarde incorporada pelo STF, “para quando houvesse subversão patente da hierarquia judicial, portanto em casos especialíssimos de desrespeito a julgado seu em que se tivesse de aguardar ação rescisória (Min. Orosimbo Nonato), ou revisão criminal”.

Ainda nas palavras de Pontes de Miranda:

A reclamação de que pode conhecer o Supremo Tribunal Federal tem de ser a reclamação que se faça mister para preservação e integridade da sua competência (isto é, da competência do Supremo Tribunal Federal), ou para assegurar a autoridade de seu julgado. A ofensa, que se entende ser pressuposto, é ofensa à competência do Supremo Tribunal Federal, ou à eficácia de decisão do Supremo Tribunal Federal (1997, p. 287-288).

Assim, tratando-se a Reclamação de medida processual onde se busca, exclusivamente, preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou resguardar a autoridade de suas decisões, verifica-se que relativamente à Reclamação 2138, buscou-se uma decisão acerca da competência do STF para processar e julgar o então Ministro de Estado, em razão da extensão da regra do denominado foro privilegiado.

Ocorre que, conforme se observará, julgou-se, além da competência, também o mérito da questão, ou seja, a aplicação ou não da Lei de Improbidade Administrativa ao agente político em questão.

¹⁷ Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Nesse sentido, o objeto da reclamação “não comporta exame do ato por seus aspectos processuais-formais, com vista a repelir alguma invalidade ou afirmar nulidades; nem se destina a corrigir erros do juiz em face da lei, desvios das linhas jurisprudenciais *etc.*” A reclamação limita-se a cassar o ato reclamado, determinando a prolação de outro em substituição, “porque o vício reconhecido residia justamente na ausência de poder para realizar o ato. O âmbito da reclamação é muito mais estreito que do recurso de agravo” (DINAMARCO, 2002, p. 102).

Concernente ao caso em estudo, o STF tem entendido que, como o julgamento da Reclamação 2138 foi com relação à competência para julgamento, não teria efeito *erga omnes*. Como exemplo, cita-se a decisão proferida na Reclamação nº 4408, onde foi relator o Ministro Gilmar Mendes, referindo que “o reclamante indica a violação da autoridade da decisão proferida na Reclamação nº 2138, tendo em vista a decisão de primeiro grau que determinou o seguimento de ação por improbidade administrativa por atos exercidos pelo reclamante à época em que fora agente político (ex-vereador)”. O Relator em seu voto é claro ao analisar o caso, alegando o efeito não vinculante da decisão proferida na Reclamação 2.138:

Entretanto, é manifestamente incabível a presente reclamação. Em primeiro lugar, o reclamante não indica a afronta à decisão desta Corte dotada de efeito vinculante, nem alega usurpação de competência do STF, as quais se configuram como requisitos constitucionalmente exigidos para o cabimento da reclamação (art. 102, I, “I”, da CF/88). Além disso, a jurisprudência desta Corte somente admite o cabimento de reclamação por afronta à autoridade de decisão do STF não dotada de eficácia *erga omnes* quando o reclamado é parte no *decisum* paradigma invocado, o que também não ocorre no presente caso. [...] 2. Como assentado na decisão agravada, a Reclamação n. 2.138 não pode ser apontada como paradigma para o ajuizamento de reclamação por desrespeito à autoridade das decisões do Supremo Tribunal. A decisão proferida na reclamação mencionada não tem eficácia contra todos nem efeito vinculante, elementos indispensáveis para viabilizar o cabimento de reclamação, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, STF, Rcl 4408, 2010).

Conforme pesquisa jurisprudencial, de forma uníssona verifica-se decisões pelo efeito não vinculante da decisão proferida na Reclamação 2.138 a outros casos, eis que somente vincula as partes atingidas pela referida Reclamação. Não sendo cabível a alegação de desrespeito ao decidido em sede de Reclamação.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do RS, Mara Larsen Chechi, em voto proferido no Agravo Regimental nº 70028336626, apesar de ter sido voto vencido, referiu-se ao instituto da reclamação, especialmente aquela em estudo da seguinte forma:

Ora, se é certo que as decisões proferidas nessa sede (de 'reclamação') são destituídas de eficácia vinculante *ex lege* ou *erga omnes*, também não é menos verdade que qualquer pronunciamento da Corte Suprema, em matéria constitucional, vincula, pelo menos moralmente, os juízes – sob pena de descrédito das instituições, refletido da insegurança jurídica. (BRASIL, TJ/RS, Agravo Regimental Nº 70028336626, 2009).

Da legislação em comento, bem como da doutrina, extrai-se que o instituto da reclamação constitucional é instrumento para fazer cumprir as determinações exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, com relação a decisão proferida na Reclamação 2138-6, que entendeu não ser aplicável aos agentes políticos a Lei de Improbidade Administrativa, não há efeito vinculante, eis que a matéria discutida não obteve efeito de súmula vinculante pelo STF. Também não tem força para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo que para tanto caberia ação declaratória de inconstitucionalidade ou então ação declaratória de constitucionalidade, ou ainda arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.4.2 A reclamação 2.138 como decisão paradigma para outros julgamentos

A relevância de abordagem do instituto da reclamação constitucional, refere-se a vinculação de suas decisões por parte dos próprios Tribunais Superiores e mesmo dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, no caso de improbidade administrativa. Referida ação foi interposta pelo Ministério Público Federal contra o então Ministro de Estado Ronaldo Mota Sardemberg, do governo Fernando Henrique Cardoso, que teria se utilizado de um avião da Força Aérea

Brasileira (FAB) para passar férias em Fernando de Noronha, e também teria utilizado o Hotel de Trânsito da Aeronáutica para se hospedar¹⁸.

A União ajuizou a Reclamação pretendendo preservar a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação de improbidade, haja vista tratar-se de Ministro de Estado.¹⁹ A reclamante arguiu que, apesar de não haver qualquer previsão legal expressa concedendo à Suprema Corte a competência para julgar Ministro de Estado por ato de improbidade administrativa, deveria, por analogia, ser confrontada a Lei 8.429/92 com a Constituição Federal, atribuída a competência para julgamento de tais atos ao STF ainda porque os delitos contidos na Lei 8.429/1992 configurariam crimes de responsabilidade.

A referida Reclamação (julgamento iniciado em 2002), com o voto do Ministro Nelson Jobim assentando a competência do STF para julgamento de crime de responsabilidade, foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa

¹⁸ RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007) (grifo nosso).

¹⁹ O autor Fábio Medina Osório lembra um fato inusitado na mencionada Reclamação, que, curiosamente, a Advocacia da União figura como defensora direta dos interesses do acusado, o que não deixa de ser uma distorção em si mesma, em se tratando de ação punitiva endereçada pessoalmente contra uma determinada figura, e não contra a entidade estatal. (2004, p. 180)

e Ilmar Galvão. A análise do caso foi retomada em 2005, com voto divergente do Ministro Carlos Velloso e voto do Ministro Cézar Peluso, acompanhando o relator. Nesse momento o entendimento pelo julgamento do Ministro de Estado pelo STF era majoritária, apesar dos demais ministros terem divergido do relator. Saliente-se que, como o julgamento foi concluído em 2007, a posição do STF naquele momento refletia o entendimento de uma composição já desfeita, em vista da aposentadoria de diversos ministros.

Segundo a decisão final do STF, o julgamento de um agente político, como Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, por um juiz de primeira instância é incompatível com a Constituição Federal (art. 102, I, c), que concede prerrogativa de foro a essas autoridades. Tal prerrogativa não seria considerada um privilégio pessoal dos agentes políticos, mas uma garantia para que possam exercer suas atribuições político-administrativas, que consistem em expressar a vontade do Estado. A decisão se fundamentou na suposta especificidade da Lei 1.079/1950, em seu artigo 9º, a respeito dos crimes de responsabilidade contra a probidade na Administração nos quais já compreenderiam todos os atos previstos pela Lei 8.429/1992.

Segundo a decisão retratada, a Lei de Improbidade Administrativa não seria aplicável às autoridades como: Presidente da República, Ministros de Estado, Deputados Federais e Estaduais, Governadores de Estado, Secretários de Estado, Senadores da República, Magistrados, Membros do Ministério Público, Prefeitos e Vereadores. Nas palavras de Fábio Medina Osório “nada impediria que outras categorias viessem a ser alcançadas, desde que alçadas à condição de agentes políticos” e ainda adverte:

Aponta-se como outra consequência desta decisão do STF o possível surgimento de precedentes que determinem a extinção em massa de ações de Improbidade Administrativa em trâmite nos Tribunais Federais e dos Estados, quando envolverem os agentes políticos referidos, além da paralisação das investigações civis correspondentes (2004, p. 182).

Entrando no cerne da questão, o Relator Ministro Nelson Jobim, em seu voto, expõe seus argumentos acerca do ato praticado pelo Ministro de Estado da seguinte forma “As viagens de fim de semana a algum local são, em geral, viagens a serviço. Ou, se não eram, acabam se tornando, pela demanda de contatos por parte de autoridades locais e pela continuidade do programa rotineiro de serviço que não sofre qualquer interrupção” Diante o

Ministro refere ainda que “é preciso aqui se valer de uma outra observação, amplamente conhecida no âmbito estatal, que é aquela, segundo a qual os pilotos e aviões da FAB estão obrigados a voar”. Enfatizando que tais vôos servem para os pilotos treinarem, pois teriam que cumprir um mínimo de horas de vôo anualmente, e também para que os aviões não enferrujem por falta de vôo (BRASIL. STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007).

Percebe-se a falta de fundamentação coerente no voto do referido Ministro, eis que entende-se, pelo exposto, que o reclamante ao ocupar cargo de Ministro de Estado, não haveria possibilidade de se desvincular do cargo, nem mesmo durante finais de semana, em viagens com a família. Ainda, tratou a utilização de bem público (avião da FAB), como uma forma corriqueira, até mesmo uma obrigação do Ministro em utilizar o avião, mesmo que fosse a passeio, transparecendo que as aeronaves da FAB não tivessem utilidade, ou então, que raramente seriam utilizadas a serviço. Claramente no posicionamento do Ministro Jobim, percebe-se a falta de importância atribuída aos atos praticados pelo Ministro, deixando a impressão de que a máquina pública pode ser utilizada por qualquer agente político, mesmo que seja em benefício pessoal, sem maiores consequências.

Ademais, concernente à questão jurídica, há de se salientar que o Ministro Jobim chega à conclusão que os agentes políticos não se submetem ao regime geral da Lei de Improbidade, enfatizando que “o entendimento contrário importaria no completo esvaziamento da competência do STF para processar e julgar, por crime de responsabilidade, os Ministros de Estado” (BRASIL. STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007).

Portanto, o Relator Ministro Nelson Jobim defende num primeiro momento de seu voto que não seria possível a coexistência da responsabilização dos agentes políticos pela Lei dos Crimes de Responsabilidade e da Lei de Improbidade Administrativa, esta última porque os fatos não seriam suficientemente ponderados por Promotores, Procuradores e Juízes com atuação no 1º grau da jurisdição. A seu ver, a aplicação de ambos os dispositivos (Lei 8.429/92 e 1.079/50) caracterizaria *bis in idem*, eis que se estaria punindo o agente duas vezes pelo mesmo fato, sendo que a solução que reputou mais coerente para o problema seria a aplicação da lei mais específica, ou seja, a lei de crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950), uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa se dirige a todos os agentes públicos e a primeira se dirige apenas a alguns agentes políticos.

Num segundo momento, ele argumenta que poderiam coexistir tanto a responsabilização por crimes de responsabilidade como a ação por atos de improbidade

administrativa, sendo esta, de qualquer forma, proposta perante o STF em virtude do instituto do foro privilegiado que tais autoridades teriam direito, em se tratando de infração de natureza penal. O posicionamento do Relator foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, sem maiores considerações.

Cabe ressaltar o voto do Ministro Cezar Peluso, que votou a favor da Reclamação, afastando a incidência da Lei de Improbidade aos agentes políticos basicamente pelos seguintes argumentos:

[...] a categoria dos agentes políticos é uma categoria especial de servidores públicos que têm, na Constituição, a sede da disciplina de cargos, das suas atribuições, que implicam, de certo modo, poder de tomar decisões que constituem exercício do poder de soberania, ou que são expressões do exercício desse poder de soberania. Por isso também, tais autoridades são dotadas de autonomia funcional, de regra não estão subordinadas a nenhuma outra autoridade, não estão sujeitos relações hierárquicas e possuem competência decisória de relevo, como os parlamentares, as pessoas investidas em funções judicantes e ministeriais, etc. Todos devem ter, a meu juízo, por consequência, sistema próprio de responsabilidade funcional, compatível com a liberdade política de que devem desfrutar na tomada de decisões, e, segundo o qual, não podem ser responsabilizados de acordo com os critérios comuns, como por exemplo, o da culpa comum ou dos erros técnicos que atuam como critérios de responsabilidade dos demais servidores públicos (BRASIL, STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 192-193).

Esse posicionamento ressalta a necessidade de se fazer uma diferenciação entre o político que ocupa um cargo de alto escalão e um simples funcionário, que apesar de ter também a obrigação pelo zelo da coisa pública, não se submete as mesmas responsabilidades, como no caso do agente político, que a todo o momento precisa tomar decisões que interferem de forma direta, na vida de todos seus governados. Desta forma, o agente político necessitaria ter livre condição para gerenciar a coisa pública, sendo que a possibilidade de responsabilização pela prática de improbidade acabaria diminuindo a sua autonomia dentro do governo e da administração.

Com relação ao julgado, o autor Gustavo Russignoli Bugalho refere o seguinte:

Seria temerário que o agente político, notadamente o Administrador Público, que em virtude de sua responsabilidade para com a *res publica* e sua ampla gama de atribuições, razão pela qual é de sua prerrogativa uma maior liberalidade decisória bem como um regime constitucional próprio e específico de responsabilização por seus delitos político-administrativos, tais como o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Governadores e Prefeito e especialmente estes últimos, se vissem na condição de, precariamente, serem a qualquer momento processados simultaneamente em primeiro e segundo

graus por atos muitas vezes cometidos em estrita necessidade de se evitar uma lesão maior ao erário (2009, p. 192).

Referido autor, menciona ainda, que em caso de processo de caráter punitivo, no qual o agente político faça parte do pólo passivo, seria “indubitavelmente movimentado pela pressão política”, tendo em vista que em âmbito municipal, é difícil as pessoas, por mais profissionais que sejam, manter-se alheias e imparciais (BUGALHO, 2009, p. 192). A alegação do autor refere-se ao caso de julgamento dos agentes políticos, especialmente os prefeitos, pelos juízes de 1º grau, que, segundo sua posição não deve prevalecer, pois caberia ao Tribunal de Justiça Estadual processá-los e julgá-los.

Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles refere que os agentes políticos possuem função totalmente diferente dos demais agentes públicos:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor da responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (2008, p. 79).

Com efeito, considerando-se que os atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) seriam crimes de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/67), tem-se o entendimento que não há possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos prefeitos municipais. Isto por que o Prefeito conta com procedimento específico de responsabilização e tipificação dos atos puníveis, que é o Decreto-lei nº 201/67, sendo que a competência originária para seu julgamento está prevista no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal.

Há que se ressaltar mais um trecho do voto do Relator, Ministro Nelson Jobim, o qual retrata a questão do afastamento do cargo ou função, sanção trazida pela Lei de Improbidade Administrativa. Entende pelo absurdo de um juiz de primeiro grau afastar do cargo determinados agentes políticos, e acrescenta:

Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos pode propiciar situações extremamente curiosas: (a) o afastamento cautelar do PRESIDENTE DA REPÚBLICA mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b c/c art. 86, *caput*); [...] (d) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau, confirmada, eventualmente por Tribunal Regional Federal (BRASIL, Rcl. 2138/DF, 2007, p. 140).

O objetivo da posição exarada pelo Ministro foi evitar a possibilidade de um Juiz de 1º grau decretar a perda da função pública aos mais altos agentes políticos do país, como o Presidente da República. Outrossim, o Ministro Joaquim Barbosa, em voto proferido na Pet- QO 3923/SP, que será adiante analisada, neste diapasão, procurou compatibilizar a Lei de Improbidade Administrativa com a Lei dos Crimes de Responsabilidade, concluindo competir ao juiz de 1º grau julgar qualquer agente político, ficando-lhe apenas vedada a aplicação da pena da perda do cargo. Saliente-se, oportunamente, que o próprio procedimento da ação de improbidade administrativa é cauteloso ao prever a perda da função, que somente ocorrerá após o trânsito em julgado, impondo, desse modo, em tese, a possibilidade de prolongamento da discussão até o Supremo Tribunal Federal, passando por todos os níveis de jurisdição.

Verifica-se que o entendimento concebido na referida decisão abriu precedente para que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplicasse a nenhum agente político submetido à responsabilização por infrações político administrativas, inclusive o prefeito municipal. Nesse sentido, inúmeras decisões começaram a surgir dos Tribunais, desde a tomada de posição pelo STF até atualmente²⁰.

²⁰ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGENTES POLÍTICOS. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92. A legislação aplicável aos agentes políticos é o Decreto-Lei nº 201/97 e não a Lei de improbidade administrativa. Precedente do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, TRF4, AG 2008.04.00.010461-8, 2010).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ILÍCITO PRATICADO POR PREFEITO. DECRETO-LEI 201/1967. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. NÃO CONCLUSÃO DA OBRA. VÍCIOS ESTRUTURAIS. PREQUESTIONAMENTO. APELAÇÕES IMPROVIDAS. A tipificação do ilícito que teria sido praticado pelo Prefeito enquadra-se como crime de responsabilidade e, não, de ato de improbidade. Exclusão de ofício da lide. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte (BRASIL, TRF4, APELREEX 2002.04.01.026196-2, 2009).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. DESCABIMENTO. PRECEDENTE DO STF. [...] No mesmo sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESEMBARGADOR. AGENTE POLÍTICO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE-Ag 2. O entendimento consolidado pelo STF é no sentido de que os agentes políticos não se podem submeter aos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). A lei dos crimes de responsabilidade, tais como os

Conforme se depreende das decisões exaradas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a decisão pela não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos emanada pelo STF, serve como parâmetro para que não seja aplicada a referida Lei aos agentes políticos, em especial os prefeitos, sendo nesse sentido o entendimento majoritário daquele Órgão.

O Tribunal de Justiça Estadual também utiliza a decisão do STF como parâmetro. Na Apelação Cível nº 70028661486, o relator Genaro José Baroni Borges, menciona que o prefeito, como governante tem responsabilidades e prerrogativas diversa dos outros funcionários públicos, e que assim deve ser, pois necessitam de ampla liberdade funcional para tomar as decisões inerentes a sua complexa função governamental. Ainda, refere a impossibilidade de aplicação de dois regimes de responsabilidade, ou seja, o Decreto-lei 201/67 e a Lei 8.429/92, devendo apenas a primeira ser aplicada no caso de prefeitos (BRASIL, TJRS, Apelação Cível N° 70028661486, 2009).

No entanto, o Tribunal de Justiça Estadual, apesar de ter sido majoritário o acatamento da posição do STF até o ano de 2009, recentemente as decisões estão divergindo, com o argumento de que há uma tendência jurisprudencial da atual composição do STF indicando a alteração de posicionamento. Nesse sentido, o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, em seu voto ressaltou a independência das esferas de responsabilização, a qual afastaria a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 70025217613, 2009).

Como visto, a maioria dos tribunais, com base na decisão proferida pelo STF na Reclamação nº 2.138, entendem que os atos de improbidade são crimes de responsabilidade, e que deve o agente responder apenas pelos crimes de responsabilidade, porque tal conduta tem tipificação específica, e que, os atos ímprobos praticados pelo agente não devem ter reflexos na Lei de Improbidade.

3.4.3 Argumentos das teses contrárias à decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal

ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos político-administrativos. Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei 1.079, de 10.04.1950 - instituto que regula os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração - art. 9). A pena imposta é extremamente severa: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos (art. 2º). Por outro lado, consoante disposto no art. 3º da L. 1.079/1950, a imposição da penalidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum. A legislação especial de responsabilização criminal do agente político previsto no ordenamento jurídico se sobrepõe a lei que regula os atos de improbidade administrativa (BRASIL. TRF4, AC 2000.71.00.026836-0, 2009).

Deve-se observar o voto do Ministro Carlos Velloso, na Reclamação nº 2.138, ressaltando a Constituição Federal, especialmente o princípio constitucional da moralidade administrativa e, nesse sentido, o instrumento de realização deste princípio maior seria a Lei de Improbidade Administrativa, devendo sua interpretação ser a mais abrangente possível, conferindo-se a máxima eficácia da Lei. Com relação a lei aplicável refere que:

[...] os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público [...]. A aplicação da Lei de Improbidade, Lei 8.429/92, a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições. Por exemplo, ao Presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF. (BRASIL. STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 175).

Conforme seu voto, o Ministro confirma a aplicação aos agentes políticos da Lei de Improbidade, inferindo que não há coincidência de tipificação, eis que o alcance das duas leis é diverso. Em relação ao âmbito municipal, o Ministro cita o seguinte: “Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção” (BRASIL. STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 177). Nesse sentido também o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 779) ao analisar o voto do Ministro Carlos Velloso, bem como do Ministro Joaquim Barbosa refere que são incontestáveis os argumentos por eles expostos, eis que os agentes políticos “pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos”.

Também verifica-se no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que os motivos que levaram à propositura da ação de improbidade pelo Ministério Público Federal contra o ex-ministro de Estado, por não se enquadrar na tipificação da Lei 1.079/1950, não são passíveis de responsabilização política, não sendo aplicado o artigo 102, I, “c” da Constituição Federal. O ministro acrescenta que há no ordenamento jurídico brasileiro uma dupla normatividade em matéria de improbidade, sendo de um lado a Lei 8.429/92, de tipificação cerrada, que abrange

um vasto rol de possíveis acusados, inclusive aqueles que não são agentes públicos, e de outro a Lei 1.079/1950, relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, em especial ao chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado. Nesse sentido, ensina que “trata-se de disciplinas normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, - isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos” (BRASIL, STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 333-334).

Com relação a posição do Ministro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se ao voto do Ministro nos seguintes termos:

Ainda foi ressaltada no voto a idéia de que eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a Administração Pública, um retrocesso institucional (2008, p. 779-780).

Como se percebe, o conteúdo, o alcance e a especialidade das duas leis, no que tange aos atos ímprobos, são diversos. Nesse sentido Fábio Medina Osório:

Deve-se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a Lei 8.429/1992, com objetivos diversos, cuja compatibilidade somente pode ser discutida pontualmente, no tocante à incidência do princípio constitucional do *non bis in idem*, correlato ao postulado da proporcionalidade, afastando-se ou atenuando-se uma ou outra medida punitiva (2007, p. 209).

Observa-se pelos votos proferidos, que os atos praticados por agente político, incidentes na Lei 1.079/50, bem como no Decreto-lei 201/67, não deve ser tratados como uma simples questão político-administrativa, tal situação deve ser tratada de forma que não só a corrupção, mas todo e qualquer ato de improbidade administrativa seja combatido de forma eficaz através de tais normas.

Ainda com relação a responsabilização do agente político, especialmente a possibilidade de ao mesmo tempo, o agente político ser responsabilizado por ato de improbidade e por crime de responsabilidade, temos o seguinte:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente, a “atos de improbidade” e a “crimes de responsabilidade”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem* (GARCIA E PACHECO, 2008, p. 425).

Também nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior leciona:

Há algum tempo ergueu-se a tese de inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, construída sobre o argumento de seu regime jurídico especial derogatório da Lei nº 8.429/92, instaurando um juízo exclusivo (v.g., impeachment) pela ofensa à probidade administrativa praticada ou imputada a tal espécie de agentes públicos. Perfilha-se entendimento contrário a essa tese. Em nenhum momento a Constituição reservou à instância do julgamento político-administrativo o caráter de jurisdição exclusiva dos agentes políticos, na medida em que respondiam e respondem pelo fato também civil e criminalmente (2006, p. 308).

Ainda o referido autor defende que se o ordenamento jurídico tivesse a intenção de excluir das punições da Lei de Improbidade Administrativa os agentes políticos objetivando que os mesmos só estariam sob a égide do regime jurídico da responsabilidade política, os legisladores teriam instituído cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de sua censura em diferentes instâncias como feito nos artigos 14, § 4º, e 85 da Constituição Federal (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 308).

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 779), a decisão na Reclamação 2138 não foi a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, sendo até mesmo contrária ao artigo 37, § 4º, da CF, pois além de indicar as sanções cabíveis por ato de improbidade administrativa, o artigo expressa que as sanções serão as previstas em lei “sem prejuízo da ação penal cabível”. Desta forma, caberia perfeitamente o enquadramento pelas duas formas de responsabilização, a Lei de Improbidade Administrativa e os crimes de responsabilidade, os quais são apurados em instâncias diversas, os quais atenderiam objetivos diversos também.

Apesar dos mesmos fatos acarretarem diversas sanções, tanto na área civil, como penal e administrativa, estas não se excluem, são processadas separadamente, com resultados que

podem ser também distintos. A visão do doutrinador Alexandre de Moraes vai ao encontro desse posicionamento:

Entendemos que tal posicionamento não deva prevalecer, em que pese a excelência de seus defensores, pois, além de distanciar-se da tradicional *autonomia de instâncias*, tradicionalmente consagrada no Direito brasileiro, enfraquecerá o combate à improbidade administrativa e tornará mais ineficaz a luta contra a corrupção no Brasil (2010, p. 372) (grifo do autor).

Ademais, “a manutenção dessa posição acarretará indesejável concentração de poder para o processo e julgamento das autoridades de primeiro escalão (Ministros, Secretários de Estado, etc.), pois *via reflexa*, acabou por estabelecer *foro privilegiado*” (MORAES, 2010, p. 372) (grifo do autor).

Com a continuidade de interpretação conforme a decisão do STF, a Lei 8.429/92 tende a se enfraquecer em seu maior objetivo, que é punir os detentores de poder pela prática de atos de improbidade, inclusive estendendo-se tal entendimento à esfera municipal.

Para os autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco, a admissão da tese levantada pelo STF é um incentivo a corrupção pelos governantes do mais alto escalão:

O “entendimento” externado na Reclamação nº 2.138/2002, engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pela desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira. Espera-se, ao final, seja ele revisto, mas o simples fato de ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz. [...] Como afirmou o Ministro Carlos Velloso, a tese “é um convite para a corrupção”, conclusão clara na medida em que servirá de *bill of indentity* para os altos escalões do poder. Na medida em que estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-o, tão-somente, à responsabilidade nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembradas ou explicada (2008, p. 425).

Apesar das inúmeras decisões seguindo o entendimento do STF, há uma tendência de modificação da decisão proferida na Reclamação 2138. Como no caso da Pet. 3923 QO/SP²¹,

²¹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os

que tratava-se de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, em face do então prefeito de São Paulo, Paulo Salim Maluf e outros, com aplicação da Lei nº 8.429/92, onde, após a condenação, foi iniciada a execução de sentença. O ex-prefeito requereu ao juiz da execução sua extinção ou remessa ao Supremo Tribunal Federal, forte nas razões de que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-lei nº 201/67 e não se submetem à Lei de Improbidade e que sua nova condição de Deputado Federal deslocaria a competência para o Supremo Tribunal Federal.

Alento traz a decisão, na qual os Ministros se manifestaram quanto à aplicação da Lei de Improbidade a agentes políticos, sinalizando que o rumo da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa poderá ser mais abrangente.

Com esse posicionamento, pode-se afirmar que os agentes políticos que, utilizando-se de seu cargo, praticam atos de improbidade, definidos na Lei nº 8.429/92, são sujeitos de aplicação das sanções ali previstas, sem prejuízo da responsabilidade político-administrativa definida em lei de responsabilidade.

Aliás, após pesquisa jurisprudencial realizada, grande parte das decisões exaradas pelos Tribunais são nesse sentido, inclusive as oriundas do próprio Supremo Tribunal Federal. Infere-se como exemplo o julgamento do REsp nº 1066772/MS (BRASIL, STJ, REsp 1066772/MS, 2009) na qual verificou-se a inaplicabilidade do precedente do STF (Reclamação nº 2.138), para o caso, afirmando a possibilidade de incidir concomitantemente a Lei 8.429/92 e o Decreto-lei 201/67. Refere ainda que a responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal, sendo que o Código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público, o Decreto-lei nº 201/67 versa sobre a responsabilidade por delitos funcionais e infrações político-administrativa, e a Lei nº 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos ímprobos. Desta forma, algumas

agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza penal e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de contraditio in terminis. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem. (BRASIL, STF, Petição nº 3.923 QO/SP, 2008)

condutas serão encaixadas em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso. Também nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PREFEITOS. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que se aplica a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). 2. Agravo regimental improvido (BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1158623/RJ, 2010).

Com base nesse novo posicionamento da justiça brasileira, abre-se a possibilidade do responsável pelo ato ímprobo responder na esfera civil, administrativa e criminal, evitando a ocorrência de um certo protecionismo levantado por teses jurisprudenciais, que podem levar a degradação da imagem dos agentes políticos, sendo, inevitavelmente um convite à prática de improbidade administrativa de forma *lato sensu*.

3.5 O estímulo à corrupção com a não aplicação da Lei 8.429/92 aos prefeitos

Diante de todo exposto, não existe razão para que dúvidas sejam suscitadas acerca da responsabilidade dos Prefeitos Municipais, assim como de nenhum outro agente político através da Lei de Improbidade. Cabe novamente reprimir que agente público é o gênero, do qual agente político é espécie, sendo a diferença entre eles que o agente político tem posição de mais destaque, detém a prerrogativa de tomada de decisões, bem como de chefia da máquina pública municipal.

Sendo assim, para toda e qualquer conduta desonesta praticada pelo Prefeito há uma norma legal aplicável, seja penal, civil, administrativa ou de improbidade, havendo a possibilidade, se for o caso, haver cumulação de sanções. Conforme descrito no decorrer desse trabalho, as sanções de cada uma das normas legais são diferentes, não se podendo distinguir os agentes políticos dos demais agentes públicos, eis que todos, sem exceção alguma, tem a função de bem administrar a coisa pública, sem obter vantagens pessoais e nem lesar o erário público. Certamente a obtenção de tais condutas por parte dos agentes políticos

chega a ser uma utopia, mas foi com o objetivo de combater tais condutas prejudiciais a todo ente público que a Lei de Improbidade Administrativa passou a existir.

Ainda, para os demais atos condenáveis, praticados pelos agentes públicos, não descritos na Lei de Improbidade, utiliza-se o Decreto-lei 201/67 em caso de crimes de responsabilidade e também os preceitos do Código Penal quando a conduta praticada estiver tipificada. Luis Gonzaga Pereira Neto refere que:

Inexistindo dependência entre as diferentes esferas de responsabilidade (administrativa, civil e penal) não se pode afirmar, ao nosso sentir, que o regime previsto no Decreto-Lei nº 201/67 impeça a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de *bis in idem*. De fato, embora se pretenda punir o mesmo fato, trata-se de punições em esferas distintas do direito. A condenação do Réu improprio no Processo Penal, por exemplo, não lhe assegura o direito de não responder, pelo mesmo fato, nas esferas civil e administrativa (2007, p. 8).

O objetivo do legislador, com todos estes ordenamentos jurídicos, não é impedir que o agente político, no caso, o Prefeito Municipal, trabalhe em seu mandato, ou fique amarrado em suas decisões, mas coibir os excessos, a má utilização. Sendo que deverá prevalecer sempre o interesse público, servindo todos estes enquadramentos legais como forma de repressão à corrupção, bem como para incentivar que pessoas melhor qualificadas e comprometidas com a população tomem a frente da administração municipal, e não aquelas comprometidas apenas com seus filiados partidários, tampouco com aliados políticos.

Restrito ao âmbito municipal, verifica-se que há um melhor controle por parte da sociedade em relação aos atos do Administrador Municipal, tendo em vista a proximidade entre os munícipes e ele. Seus atos são mais bem observados nesta esfera, devendo sempre estarem afetos aos interesses locais, bem menciona Janaina Rigo Santin com relação ao Poder Local e o controle por ele realizado:

Busca-se, por meio do Poder Local, verificar se os governantes estão procedendo de forma responsável na condução da coisa pública, estando as suas decisões afinadas aos interesses da comunidade que os elegeu. Impor ao Estado, pela participação dos indivíduos, o devido controle democrático, no sentido de fazê-lo cumprir com suas obrigações para com todos, sem distinções ou favoritismos, bem como administrar com responsabilidade o dinheiro público, combatendo a corrupção, as práticas clientelistas e personalistas (2007, p. 11).

Com relação aos efeitos gerados pela decisão na Reclamação 2.138 do STF, Luiz Gonzaga Pereira Neto refere que “além de produzir nefastos efeitos políticos, incorre em flagrante ferimento à Constituição Federal de 1988, que garante a proteção aos Princípios da Moralidade, da Legalidade e da Probidade” (2007, p. 9).

Torna-se perigoso para o Estado que os agentes políticos gozem de certa prerrogativa, ou seja, que sejam excluídos do rol dos sujeitos para os quais se aplica a Lei de Improbidade Administrativa, isto porque o exercício das funções públicas não pode ser usado para abrigar pessoas de má-fé que, ao saberem que terão foro privilegiado, poderão usar os cargos para evitar punição pelos seus atos.

O Ministro Carlos Velloso, em seu voto constante na Reclamação 2138 do STF, consignou o que é a melhor expressão do que representa referida decisão: “abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção”. E ainda destacou: “Precisamos nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade” (BRASIL, STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 176).

Valendo-se ainda das palavras do Ministro “Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiro público por administradores ímprobos. E isso vem de longe” (BRASIL. STF, Recl. 2.138-6-DF, 2007, p. 176).

A busca pela moralidade administrativa passa indubitavelmente pela Lei de Improbidade, a qual pune todos os agentes públicos pela prática de atos considerados ímprobos, devendo ser a interpretação desta ocorrer no maior âmbito possível, a fim de ver concretizada a máxima eficácia à referida Lei. A probidade administrativa é outra norma que também deve reger a conduta do agente público e, conseqüentemente, a do agente político, como elemento subjetivo na prática do serviço público, cuja violação caracteriza o instituto da improbidade administrativa.

Ainda, relativo à decisão paradigma do STF, o autor Emerson Garcia ressalta a impossibilidade da jurisdição constitucional ignorar a realidade e utiliza-se da referida decisão para exemplificar:

Volvendo à Reclamação nº 2.138/2000, é pouco provável que os ministros do Supremo Tribunal Federal desconheçam haver (muita) corrupção no Brasil, o que em muito dificulta a compreensão das razões que o estão levando a desarticular a Lei de Improbidade. Também é difícil imaginar que tenha passado despercebido ao Tribunal o efeito devastador que sua decisão causará em termos de proliferação da corrupção. A explicação é simples: como os altos escalões de poder estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-os, tão-somente, à responsabilização nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembrada ou explicada. A posição do Tribunal destoa (1) do senso comum da esmagadora maioria da coletividade, pois, salvo engano, não visualizamos a existência de movimentos sociais “pró” e “contra” a corrupção, (2) da quase totalidade da doutrina, (3) de todos os tribunais do país e (4) dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (v.g.: Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção) (2008, p. 25).

Em se tratando do bem comum não deve haver dúvida no que diz respeito à responsabilização de agentes políticos sobre a prática de crimes de responsabilidade, pois há muito o país clama por uma legislação justa e transparente, que seja capaz de reduzir a corrupção a um patamar aceitável, já que não é possível eliminá-la por completo.

3.6 A coincidência de objetivos entre a Lei de Improbidade Administrativa e a recente Lei Ficha Limpa

Ao mencionar a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos não há como ficar alheio ao novo ordenamento jurídico, sancionado em 04 de junho de 2010, chamado de Lei Ficha Limpa. Referida legislação estabelece os casos de inelegibilidade, incluindo hipóteses que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

Ocorre que, com relação aos atos enquadrados como de improbidade administrativa, não são todos os casos que são abarcados pela chamada Lei Ficha Limpa. Considera inelegíveis para qualquer cargo, os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, através de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito²².

²² Lei Complementar 64/1990, artigo 1º, I, I.

A Lei traz o dolo como elemento subjetivo indispensável para a verificação da inelegibilidade do agente ímprobo, nos casos de “lesão ao patrimônio público” e “enriquecimento ilícito”. Saliente-se que a presença do dolo não é elemento indispensável para configuração do ato ímprobo, mas, sim, o dano ocasionado e sua extensão.

Em contrapartida, conforme já verificado no transcórre deste trabalho, a Lei de Improbidade classificou taxativamente as condutas ímprobas em três tipos: “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito”, “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário” e “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”. Não existe qualquer na Lei de Improbidade qualquer referência de “ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público”.

Ademais, o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, artigo 11 da Lei 8.429/92, restou de fora da Lei de Ficha Limpa. Desta forma, o agente ímprobo que enriqueça ilicitamente e cause prejuízo ao erário é inelegível, mas aquele que cometendo ato de improbidade administrativa viole princípios da Administração Pública, é plenamente elegível, conforme referida lei.

Esse tratamento diferenciado cabível em situações idênticas acaba por violar a isonomia e não deverá ser utilizado pelo julgador ao se deparar com o caso concreto. Tendo em vista que o assunto é muito recente, ainda não há decisões nesse sentido, mas certamente surgirão no sentido de preservar a aplicação da Lei aos casos de improbidade administrativa, sem excluir nenhum caso.

Poderia se argumentar que o desejo da “Lei da Ficha Limpa” seria o de eliminar do pleito eleitoral aquele agente ímprobo que assalte os cofres públicos sem o menor pudor, com franco acréscimo ilícito ao seu patrimônio, o que poderia ser inócua em alguns casos de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, apesar de tão imoral e reprovável quanto as outras duas espécies de improbidade (AMARAL, 2010, p. 1).

Aparentemente a Lei Ficha Limpa surgiu como uma esperança para moralizar o cenário político, mas sempre existem brechas na lei que isentam de punição determinadas condutas em detrimento de outras, da mesma forma como ocorreu com o entendimento do STF em isentar os agentes políticos da LIA. Contudo, pelo que transparece, o STF tem

mudado seu posicionamento, abarcando tais agentes como sujeitos ativos de improbidade e também das leis de responsabilidade.

A fim de evitar o ingresso na vida pública de políticos corruptos que estejam sendo processados, a Lei Ficha Limpa buscou fazer uma espécie de seleção, a fim de qualificar melhor os governantes. Certamente não são todos os atos de improbidade abrangidos pela Lei, mas caberá ao eleitor a escolha dos candidatos mais bem preparados e com passado menos nebuloso para gerir a cidade em que vive.

Desta forma, o prefeito ao assumir o cargo deverá estar ciente de que qualquer descuido com relação ao ente público, que esteja enquadrado em alguma das legislações, poderá sofrer as consequências, tanto na esfera civil, quanto na penal e administrativa-política.

A Lei de Improbidade Administrativa é utilizada para coibir a prática de atos ímprobos pelos agentes públicos que estão no poder, com o advento da Lei Ficha Limpa, certamente contribuirá para que não entre na vida política pessoas que não tenham um bom passado na gerência de ente público. Assim, tem-se na LIA o instrumento existente mais eficaz para combater a corrupção no poder, esperando-se que a Ficha Limpa seja outro meio também tão eficaz a coibir que políticos corruptos tomem o poder e causem danos, que por vezes são irreparáveis, a toda uma sociedade.

CONCLUSÃO

Primeiramente, numa visão geral verifica-se que em âmbito nacional, a política é tida como sinônimo de corrupção. Alguns agentes políticos que praticam atos considerados imorais e antiéticos passam a impressão de que todos procedem desta forma. Conforme verificado neste trabalho monográfico, quando surge legislação capaz de abranger grande parte das condutas reprováveis, atribuindo-lhe as sanções pertinentes, acabam surgindo entendimentos jurisprudenciais isentando os agentes da responsabilização. Verifica-se de um lado a lei criada para punir os agentes, bem como o anseio de toda sociedade no combate à corrupção, e de outro os que têm a prerrogativa de fazer cumprir a lei, que acabam por relativizá-la ao caso concreto.

O foco do trabalho se restringiu ao âmbito municipal, pois é nesse contexto onde melhor visualizamos o trabalho do agente político, especialmente com relação ao Prefeito Municipal. Nesse contexto, verifica-se também a constante prática de condutas que vão de encontro ao interesse público.

A legislação pátria dispõe de mecanismos para combater a malversação da coisa pública. A Constituição Federal, em seu artigo 37, caput, prevê os princípios norteadores da função pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mais adiante, no parágrafo 4º do mesmo artigo, o legislador previu as sanções aplicáveis em casos de improbidade administrativa. A fim de regulamentar este último dispositivo constitucional foi criada a Lei 8.429/92, a qual prevê os casos de improbidade administrativa, seus sujeitos ativos e passivos, bem como as sanções aplicáveis para cada espécie de ato cometido.

A Lei de Improbidade Administrativa surgiu com o fito de alcançar todas as pessoas que poderiam praticar atos de improbidade contra a administração pública, agentes públicos em geral, compreendendo todos os que exercem ainda que transitoriamente e sem remuneração função pública, o que se entende como inclusos os agentes políticos.

Com a mencionada decisão na Reclamação 2138 do STF, abriu precedente para que a Lei de Improbidade acabasse por não ser aplicada aos agentes políticos. Apesar de a decisão referir apenas a não responsabilização de Ministro de Estado, o entendimento na fundamentação da decisão foi de que a nenhum agente político caberia a aplicação da Lei, eis

que em caso de responsabilização de Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal ou Procurador-Geral da República, Governador do Estado, do Distrito Federal ou de Território, seria aplicável a Lei nº 1.079/1950, e em caso de crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores o Decreto-lei nº 201/1967, tendo em vista serem legislações específicas.

Tal entendimento não procede, eis que a Lei de Improbidade admite como sujeito ativo qualquer agente público, não fazendo ressalva alguma quanto aos agentes políticos. Também não poderia fazer essa distinção, pois não há como se excluir da incidência desta lei qualquer pessoa que desempenhe função a ente estatal.

Analisando-se as leis pertinentes, percebe-se que o Decreto-lei 201/67 abrange condutas no âmbito penal, sendo a competência para julgá-los do juízo criminal. O Decreto refere-se também a sanção político-administrativa, que pode resultar na cassação do mandato político, cabendo à Câmara de Vereadores julgá-lo.

Já a Lei 8.429/92, prevê sanções de caráter civil, eis que depende de ação civil pública para efetivá-las, sendo a competência para julgamento do juízo cível. Esta lei aplica-se aos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e os atos que atentem contra os princípios administrativos.

Em alguns casos poderá o mesmo ato ser enquadrado nos dois dispositivos com todas as sanções inerentes. A intenção dos legisladores foi criar no ordenamento jurídico leis que combatam a improbidade, a imoralidade e a corrupção no âmbito político, é lamentável que ao invés de serem aplicadas as referidas leis, os julgadores acabam relativizando a aplicação e contribuindo para que os políticos não sejam repreendidos por lei qualquer.

A consequência preocupante foi que, após decisão na referida Reclamação, os Tribunais Superiores, bem como os demais, passaram a adotar tal posicionamento e estenderam a todos os agentes políticos a benesse de serem isentos das graves sanções da Lei de Improbidade, a qual prevê inclusive a perda de direitos políticos, que é a mais grave das penalidades.

Com esse entendimento, percebe-se uma falta de preocupação com o bem público, pois isentar algum agente da Lei 8.429/92 é como incentivar a corrupção e a prática de atos ímprobos. Pois, não havendo punição, as condutas permanecerão.

Desta forma, verificando-se a dificuldade de punição de tais agentes, aliado a incansável busca pela moralidade e probidade na política, surgiu a Lei Ficha Limpa (Lei

Complementar 135/10). Influenciado pelo ano eleitoral, o legislador achou por bem dificultar a entrada no poder de políticos que já possuam algum processo judicial ou que forem condenados. Lamentável que em seu teor tenha abrangido apenas os atos dolosos de improbidade administrativa que importem lesão ao patrimônio público, ficando de fora os demais casos de improbidade.

Assim, dificultando a entrada na política de agentes com passado duvidoso, acredita-se que suas condutas sejam melhor ponderadas, colaborando para que a ética e a moral sejam adjetivos constantemente presentes na política.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Ficha Limpa não se aplica a casos de improbidade*. 2010 Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/web/site/clipping-tcdf/-/asset_publisher/egJ5/content/ficha-limpa-nao-se-aplica-a-casos-de-improbidade;jsessionId=3E925DA7221DA81800D9B4C46A7A7914?redirect=%2Fweb%2Fsite%2Fclipping-tcdf>. Acesso em: 05 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Constituição (1946). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0201.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. *Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8038.htm>. Acesso em: 20 jul. 2010.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>> Acesso em: 20 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4408*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCLA.E4408.NUME.\)&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCLA.E4408.NUME.)&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3923QO*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550447>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 2.138-6-DF*. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 13 de junho de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc12138JB.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2797*. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2082833>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 3404/PA*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 30 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/imagem/abreDocumento.asp?num_registro=199500169495&dt_publicacao=11/09/1995>. Acesso em: 20 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1066772*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801298061&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Recurso Especial 1158623*. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 18 de março de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2009/0187886-6&dt_publicacao=09/04/2010>. Acesso em: 14 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. RS. *Agravo Regimental nº 70028336626*. 22ª Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, julgado em 05/05/09. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. RS. *Apelação Cível nº 70028661486*. 21ª Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, julgado em 10/06/09. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. RS. *Apelação Cível nº 70025217613*. 3ª Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 02/04/09. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *ApelReex n° 2002.04.01.026196-2*. 3ª Turma. Relatora: Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, julgado em 16/12/2009. Disponível em: <<http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?codigoDocumento=3137919>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento n° 2008.04.00.010461-8*. 3ª Turma. Relatora: Marina Vasques Duarte de Barros Falcão. Julgado em 14/04/2010. Disponível em: <<http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?codigoDocumento=2929429>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n° 2000.71.00.026836-0*. 3ª Turma. Relator: Carlos Eduardo Thompsom Flores Lenz. Julgado em 11/11/2009. Disponível em: <<http://gedpro.trf4.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?codigoDocumento=3126518>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

BIANCHI, Gilmar. *O combate à corrupção político-administrativa nos municípios*. Erechim: EdiFAPES, 2002.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: JH Mizuno, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

CASTRO, José Nilo de. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DELGADO, José Augusto. *Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9555/Improbidade_Administrativa_Alguas_Controv%a9rsias_Doutrin%a1rias.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 out. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. A reclamação constitucional no processo civil brasileiro. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo, Malheiros, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

GARCIA, Emerson. *A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica*. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/a_corrupcao_uma_visao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

_____. *O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do STF na sua desarticulação*. 2008. Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_combate_a_corrupcao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2010.

_____. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: reflexões. In: *Improbidade administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Coleção do avesso ao Direito. Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2004.

_____. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 11, nº 43, abr./jun. 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MICHEL, Voltaire Missel. *Responsabilidade do prefeito municipal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Obstáculos processuais ao combate à improbidade administrativa: uma reflexão geral. In: *Improbidade administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Coleção do avesso ao Direito, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2004. v. 6.

_____. *Improbidade Administrativa*. 2 ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. *Os Agentes Políticos e sua Responsabilização a Luz da Lei Nº 8.429/92*. 2007. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80514&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 16 jun. 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAUBER, Jaime José; SOARES, Marcio (coord.). *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 3. ed. Passo Fundo: UPF, 2005.

SÁ, João Raphael Correia Barbosa de. *Os agentes políticos como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa*. Disponível em:
<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/30514>.
Acesso em: 18 mai 2010.

SANTIN, Janaina Rigo. *O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal*, 2007. Disponível em:
<http://www.sociologia.ufsc.br/npms/janaina_rigo_santin.pdf acesso em>: Acesso em: 10 out. 2010.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMON, Pedro. *Em que tempo nós estamos?*. Brasília: Senado Federal, 2008.

TOLEDO, Roberto Pompeu de. *Revista Veja*, São Paulo, 1999, <http://veja.abril.com.br/030299/p_130.html>. Acesso em: 29 out. 2009.