



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PENAL E**  
**PROCESSO PENAL**

**Carollina Rachel Costa Ferreira Tavares**

**OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E A**  
**RESPONSABILIDADE DOS AGENTES**  
**POLÍTICOS POR ATOS DE IMPROBIDADE**  
**ADMINISTRATIVA**

**Brasília - DF**

**2010**

**Carollina Rachel Costa Ferreira Tavares**

**OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E A  
RESPONSABILIDADE DOS AGENTES  
POLÍTICOS POR ATOS DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Aristides Junqueira  
Alvarenga

**Brasília - DF**

**2010**

**Carollina Rachel Costa Ferreira Tavares**

**OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E A  
RESPONSABILIDADE DOS AGENTES  
POLÍTICOS POR ATOS DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processo Penal, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

A presente monografia visa a examinar o regime de responsabilidade que o ordenamento pátrio dedica aos agentes políticos, quando da prática dos chamados atos de improbidade administrativa. Neste contexto, será frisado o estudo do modelo de responsabilidade que o Direito nacional estabelece para tal modalidade de agente público, quando da realização de condutas ímprobas, particularmente a partir do regime legal proposto pelas Leis n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, e n.º 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Convém registrar que tal tema demandará a análise conceitual das categorias “crimes de responsabilidade” e “improbidade administrativa”, a partir de ensinamentos da doutrina jurídica nacional, de disposições normativas constantes da legislação pátria, bem como de entendimentos jurisprudenciais, proferidos pelos Tribunais Superiores, para que, a partir de então, se proceda à análise descritiva e crítica do modelo de responsabilidade destinado às ditas condutas ímprobas dos agentes políticos, máxime após o julgamento da Reclamação nº. 2.138 – DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** CRIME DE RESPONSABILIDADE, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AGENTES POLÍTICOS

## ABSTRACT

This work is meant to assess the Brazilian accountability regime upon political agents when it comes to acts of public mismanagement ('improbidade administrativa'). In this sense, we will stress the need of studying the sort of accountability Brazilian law provides for such public agents as they practice those acts, particularly in accordance with the laws nº 1079/1950 and nº 8429/1992 which deal with the issue. It ought to be emphasized that this issue will need a conceptual analysis of 'accountability crimes' ('crimes de responsabilidade') and public mismanagement, according to the teachings by renowned Brazilian Law professors and according to norms from Brazil's legislation, as well as according to Court's understandings enacted by higher courts, so that we can then critically analyse the sort of accountability regime aiming to those acts of public mismanagement by political agents, in particular after that the Brazil's Supreme Federal Court judged the "Reclamação nº 2.138-DF".

PASSWORD: ACCOUNTABILITY CRIMES, PUBLIC MISMANAGEMENT,  
POLITICAL AGENTS

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. BREVE ESCORÇO SOBRE OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DA LEI N. 1.079/50.....	10
3. DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
4. DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELOS AGENTES POLÍTICOS.....	37
5. CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	61

## 1. INTRODUÇÃO

Numa incursão histórica sobre o desenvolvimento político de algumas das instituições públicas brasileiras, observa-se que um modelo racional de burocracia estatal (com formação de carreiras no funcionalismo público, especialização de funções, adoção do discurso de impessoalidade e de racionalização técnica das atividades administrativas, bem como ordenação do *telos* estatal, de acordo com meios e objetivos rigidamente definidos<sup>1</sup>) não foi efetivamente vivenciado no país, desde o início.

A arquitetura do espaço público, no Brasil, quando do início da formação das primeiras instituições governamentais, não conseguiu reproduzir a pureza dos modelos alienígenas de Administração Pública importados, em sede de tão fortes elementos histórico-culturais e econômico-sociais.

Ao contrário, tornaram-se mal-fadados os planos de forjar no aparelho estatal brasileiro a crença das burocracias que inspiraram as nações ricas do Ocidente, durante os séculos XIX e XX, e, sobre este respeito, é Sérgio Buarque de Holanda quem informa quão difícil sempre foi a compreensão dos agentes públicos nacionais acerca dos limites entre o público e o privado, devido ao forte apego aos valores domésticos, acabando muito por afastar-se o “funcionário patrimonialista”, que aqui surgiu, do arquétipo clássico do burocrata<sup>2</sup>:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.

---

<sup>1</sup> KEINERT, 2000, p. 96 e 103.

<sup>2</sup> HOLANDA, 1995, p. 146.

Foi assim que, desde os anos trinta, durante o governo de Getúlio Vargas (apesar do forte propósito de instalar no país um modelo de Administração burocrática, muito devido a emergente industrialização e intervenção estatal no setor produtivo de bens e serviços), ainda assim não ocorrera uma efetiva transformação do “jeitinho” coronelista de governar o aparelho de Estado brasileiro.

Os moldes *tayloristas* e *weberianos* de Administração Pública – marcados pela ênfase no controle dos meios, em vez dos resultados, e pela formação de burocracias - não conseguiram superar o clientelismo, o personalismo e o fisiologismo<sup>3</sup>, antes que a propaganda da tão irreversível insuficiência da burocracia nacional criasse raízes na compreensão geral sobre o modelo de gestão pública brasileira.

Deste modo, torna-se mais claro a compreensão de como as desigualdades econômicas, políticas e sociais sempre estiveram no compasso da formação do Estado Brasileiro, a partir de uma Administração Pública essencialmente marcada pelo patrimonialismo, corrupção, favoritismos e nepotismos, tudo assentado na exclusão da maioria populacional dos focos de decisão central quanto aos rumos nacionais.

Como já destacou Paulo Brossard<sup>4</sup>:

Assim, embora possa haver eleição sem que haja democracia, parece certo que não há democracia sem eleição. Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem, uma vez que “governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático”.

Na linha deste entendimento, de que a democracia não se materializa sem a necessária responsabilidade dos agentes que comandam a máquina pública, é que se insere o objeto central desta pesquisa.

A presente monografia versará sobre regime de responsabilidade que o ordenamento pátrio dedica aos agentes políticos, quando da prática dos chamados atos de improbidade administrativa. Neste contexto, será frisado o estudo do modelo

---

<sup>3</sup> BRASIL, 1995.

<sup>4</sup> BROSSARD, 1992, p. 03.



de responsabilidade penal e civil que o Direito nacional destina a tal modalidade de sujeito público, quando da realização de condutas ímprobas, particularmente a partir do regime legal proposto pelas Leis n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, e n.º 8.429/92, de 02 de junho de 1992.

Convém registrar que tal tema demandará a análise conceitual das categorias “crimes de responsabilidade” e “improbidade administrativa”, a partir de ensinamentos da doutrina jurídica nacional, de disposições normativas constantes da legislação pátria, bem como de entendimentos jurisprudenciais, proferidos pelos Tribunais Superiores, para que, a partir de então, se proceda à análise descritiva e crítica do modelo de responsabilidade destinado às ditas condutas ímprobas dos agentes políticos, máxime após o julgamento da Reclamação nº. 2.138 – DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo se justifica ante a própria configuração político-social brasileira, marcada pela alta dependência estrutural da sociedade civil em relação ao aparato estatal. A saber que o Estado brasileiro concentra a iniciativa de várias políticas de índole prestacional e social, a fim de satisfazer condições mínimas de saúde, moradia, educação, seguridade social e lazer, tendo em vista as gritantes desigualdades econômicas no país, a atuação dos agentes públicos ganha destaque e se torna alvo de evidente preocupações e críticas, já que são estes que, de fato, coordenam a máquina administrativa do governo e são responsáveis pela gestão dos recursos humanos, físicos e orçamentários do Estado.

Neste sentido, há algum tempo a tradição brasileira de corrupção na máquina pública tem sido amplamente difundida na mídia, na literatura e na própria rotina de relacionamentos pessoais dos cidadãos. Diante de tantas notícias sensacionalistas, divulgadas na mídia impressa e televisiva, o próprio Judiciário e os aparelhos estatais de persecução penal passaram a se destacar entre as manchetes, o que faz vir a lume a discussão de fundo sobre os mecanismos que o ordenamento nacional de fato disponibiliza para o combate da improbidade e como tais órgãos de controle e repressão tem operacionalizado estes instrumentos.

Por tais motivos, atesta-se quão palpitante e intrigante se mostra o estudo sobre os regimes de responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade, no Brasil.

## 2. BREVE ESCORÇO SOBRE OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DA LEI N. 1.079/50

A Constituição Federal, no art. 85, enuncia que são crimes de responsabilidade aqueles atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e contra a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país, a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

No plano infraconstitucional, é a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade em espécie e regula o processamento e julgamento destas infrações, tendo o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes enunciado a devida recepção deste diploma pela nova ordem constitucional, como demonstram os seguintes arestos:

*O impeachment na Constituição de 1988, no que concerne ao Presidente da República: autorizada pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (CF, art. 51, I), ou admitida a acusação (CF, art. 86), o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. É dizer: o impeachment do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado Federal. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento. CF/1988, art. 51, I; art. 52; art. 86, § 1º, II, § 2º, (MS 21.564-DF). A lei estabelecerá as normas de processo e julgamento. CF, art. 85, parágrafo único. Essas normas estão na Lei 1.079, de 1950, que foi recepcionada, em grande parte, pela CF/1988 (MS 21.564-DF). O impeachment e o due process of law: a aplicabilidade deste no processo de impeachment, observadas as disposições específicas inscritas na Constituição e na lei e a natureza do processo, ou o cunho político do Juízo. CF, art. 85, parágrafo único. Lei 1.079, de 1950, recepcionada, em grande parte, pela CF/1988 (MS 21.564-DF). (MS 21.623, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-12-1992, Plenário, DJ de 28-5-1993).*

A expressão 'e julgar', que consta do inciso XX do art. 40, e o inciso II do § 1º do art. 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de

responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. Lei federal 1.079/1950, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no art. 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União. A CB/1988 elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos em relação às autoridades apontadas. Artigo 2º da Lei 1.079 revogado, no que contraria a Constituição do Brasil. A Constituição não cuidou da matéria no que respeita às autoridades estaduais. O disposto no art. 78 da Lei 1.079 permanece hígido – o prazo de inabilitação das autoridades estaduais não foi alterado. O Estado-Membro carece de competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos – arts. 22, I, e parágrafo único do art. 85 da CB/1988, que tratam de matéria cuja competência para legislar é da União. O Regimento da Assembleia Legislativa catarinense foi integralmente revogado. Prejuízo da ação no que se refere à impugnação do trecho ‘do qual fará chegar uma via ao substituto constitucional do Governador para que assuma o poder, no dia em que entre em vigor a decisão da Assembleia’, constante do § 4º do art. 232. (ADI 1.628, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-8-2006, Plenário, DJ de 24-11-2006).

A Lei nº. 1.79/50 estipula como espécie de crime de responsabilidade aqueles atos que atentam contra a probidade administrativa, enumerando como tais as seguintes condutas: omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Sobre a natureza jurídica das condutas previstas no art. 85, da CF, e na Lei nº. 1.079/50, a doutrina brasileira ainda debate sobre serem os crimes de responsabilidade infrações de natureza meramente político-administrativa, ou se estariam enquadradas de algum modo na categoria dos delitos penais, propriamente ditos.

Os sujeitos ativos capazes de praticar tais condutas correspondem justamente aos agentes políticos a quem são atribuídos os mais altos poderes de direção governamental do país, a saber o Presidente da República (art. 52, inciso I, da CF), o Vice-Presidente da República (art. 52, inciso I, da CF), os Ministros de Estado (art. 52, inciso I, da CF), os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso II, da CF), os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 52, inciso II, da CF, após Emenda Constitucional n.º 45/2004), o Procurador-Geral da República (art. 52, inciso II, da CF) e o Advogado-Geral da União (art. 52, inciso II, da CF). Além destes, a Lei n.º 1.79/50 também enumera como sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade os Secretários Estaduais (art. 74).

Por outro lado, com a edição da Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, houve significativo aumento do rol dos agentes que podem sofrer as consequências da Lei n.º 1.079/50, a exemplo dos Presidentes de Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (art. 39-A, parágrafo único).

Somam-se ainda os Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único).

Os prefeitos também estão sujeitos ao processamento por crimes de responsabilidade, de natureza política, porém sob o regime de outro diploma legal, o Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, o qual não será, porém objeto do presente trabalho monográfico.

Sobre esta problemática, calha registrar que o Supremo Tribunal Federal já asseverou que não há crime de responsabilidade, por ato de parlamentar, já que o *impeachment* é mecanismo de fiscalização posto à disposição do Legislativo, para controlar os membros dos outros Poderes, e não o contrário:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. Deputado Federal, condenado em ação de improbidade administrativa, em razão de atos praticados à época em que era prefeito municipal, pleiteia que a execução da respectiva sentença condenatória tramite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que: (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa tem natureza 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 ou dos 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. (Pet 3923 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01 PP-00146)

O processamento e julgamento destas infrações também é atribuído a órgãos eminentemente políticos, a Câmara dos Deputados Federais e o Senado Federal, nos termos do art. 86, da CF, diferentemente dos delitos de ordem comum, que exigem o julgamento técnico-jurídico por órgão do Poder Judiciário.

O argumento da natureza política destas infrações também se assenta na incerteza dos elementos configuradores de alguns de seus tipos penais (v.g. “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”, segundo o art. 9º, item 7, da Lei nº. 1.079/50) e na natureza inusual das sanções

cominadas (perda do cargo e inabilitação para o exercício futuro, bem diversas das penas privativas de liberdade, comumente adotadas para a responsabilidade penal).

Sobre a natureza destes crimes e de seu processamento, o Supremo Tribunal Federal já asseverou sua índole penal, como restou patenteado no julgamento do MS 21.564-0 – DF, impetrado pelo ex-presidente Fernando Collor de Melo, e em outros julgados, a exemplo das Pet. 1.954 (DJ 01.08.2003) e Pet. 1.656 – DF (Informativo nº. 281)<sup>5</sup>.

Contudo, tratando sobre os crimes de responsabilidade dos prefeitos, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de frisar sua distinção em relação aos crimes comuns, explicitando, pois, nova vertente de entendimento, acerca da natureza não criminal das infrações previstas no Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, sujeitas ao julgamento da Câmara dos Vereadores. São exemplos os seguintes julgados:

EMENTA: RECURSO DE "HABEAS-CORPUS". CRIMES PRATICADOS POR PREFEITO: ART. 1., I e II, DO DECRETO-LEI N. 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CRIMES COMUNS OU FUNCIONAIS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA CONSTITUIÇÃO, COM A REDAÇÃO DA E.C. N. 1/92). 1. O art. 1. do Decreto-lei n. 201/67 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como "crimes de responsabilidade", e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671-1-PI. 2. O art. 4. do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de "infrações político-administrativas", também chamadas de "crimes de responsabilidade" ou "crimes políticos", e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais e do que o "impeachment". 3. O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/92) determina o "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça"; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2. do Decreto-lei n. 201/67, que atribuía esta competência ao juiz singular. 4. Recurso em "habeas-corpus" não provido. (RHC 73210, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/10/1995, DJ 01-12-1995 PP-41686 EMENT VOL-01811-02 PP-00325)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO: CRIME DE RESPONSABILIDADE. D.L. 201, de 1967, artigo 1.: CRIMES COMUNS. I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverao ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1.), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e

<sup>5</sup> Tais julgados, assentando a natureza penal dos crimes de responsabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, são citados por Gustavo Senna Miranda (2007, p. 492).

de detenção (art. 1., par. 1.) e o processo e o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art.2.). No art. 4., o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1. do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - H.C. indeferido. (HC 70671, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1994, DJ 19-05-1995 PP-13993 EMENT VOL-01787-03 PP-00536 RTJ VOL-00159-01 PP-00152)

Mais recentemente, no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4.190, o Ministro Celso de Mello oportunamente discorreu sobre a dissidência doutrinária que há, no Brasil, acerca da natureza jurídica dos chamados crimes de responsabilidade, bem como pontuou algumas das repercussões que podem ser geradas no processo de escolha por uma ou outra vertente teórica:

E, ao fazê-lo, observo, desde logo, que a questão pertinente à definição da natureza jurídica dos denominados “crimes de responsabilidade” (conceito a que se subsumiriam as infrações político-administrativas) tem suscitado intensa discussão de ordem teórica, com consequente repercussão no âmbito jurisprudencial, notadamente no que concerne ao reconhecimento da pessoa política competente, no plano legislativo, para tipificá-los e para disciplinar a respectiva ordem ritual de seu processo e julgamento.

Não desconheço, por isso mesmo, que se registra, na matéria em exame, como venho de referir, amplo dissídio doutrinário em torno da qualificação jurídica do “crime de responsabilidade” e do processo a que dá origem, pois, para uns, o “impeachment” constitui processo eminentemente político, enquanto que, para outros, ele representa processo de índole criminal (como sucedeu sob a legislação imperial brasileira - Lei de 15/10/1827), havendo, ainda, os que nele identificam a existência de um processo de natureza mista, consoante revela o magistério de eminentes autores (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, “O Impeachment”, p. 76/88, 3ª ed., 1992, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 3/596-600, 1992, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/453, 3ª ed., 2000, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 550/552, 32ª ed., 2009, Malheiros; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. V/2.931-2.947, 2ª ed., 1992, Forense Universitária; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo III/351-361, 3ª ed., 1987, Forense; MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 167/171, 22ª ed., 2007, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. III/443-450, itens n. 864/868, 2ª ed., 2003, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Forense; JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira – Comentários”, p. 133, 2ª ed., 1924; CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, “Comentários à Constituição Brasileira de 1891”, p. 542/543, Coleção História Constitucional Brasileira, 2005, Senado; AURELINO LEAL, “Teoria e Prática da

Constituição Federal Brasileira”, p. 480, Primeira Parte, 1925; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 413/415, item n. 2.1.3.2.2.1, 2ª Ed. 2009, Impetus).

Parte expressiva da doutrina, ao examinar a natureza jurídica do crime de responsabilidade, situa-o no plano político-constitucional (PAULO BROSSARD, “O Impeachment”, p. 83, item n. 56, 3ª ed., 1992, Saraiva; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “A Constituição Federal Comentada”, vol. II/274-279, 3ª ed., 1956, Konfino; CASTRO NUNES, “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, vol. 1/40-41, item n. 2, 1943, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Curso de Direito Constitucional”, p. 968/969, item n. 7.2, 4ª ed., 2009, IDP/Saraiva; WALBER DE MOURA AGRA, “Curso de Direito Constitucional”, p. 460/461, item 24.3.2, 4ª Ed., 2008, Saraiva; DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, “Curso de Direito Constitucional”, p. 935/939, item n. 3.6, 2ª Ed., 2008, JusPodivm; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, “Curso de Direito Constitucional”, p. 721/723, item n. 8.4, 2007, Elsevier, v.g.).

Há alguns autores, no entanto, como AURELINO LEAL (“Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira”, Primeira Parte, p. 480, 1925), que qualificam o crime de responsabilidade como instituto de direito criminal.

Por entender que a natureza jurídica do “crime de responsabilidade” permite situá-lo no plano estritamente político-constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal, não posso deixar de atribuir, a essa figura, a qualificação de ilícito político-administrativo, desvestida, em conseqüência, de conotação criminal, o que me autoriza concluir, tal como o fiz em voto vencido (Pet 1.954/DE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA) - dissentindo, então, da orientação jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (RTJ 166/147, Rel. Min. NELSON JOBIM – RTJ 168/729, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RTJ 176/199, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.) –, que o impropriamente denominado “crime de responsabilidade” não traduz instituto de direito penal, viabilizando-se, por isso mesmo, a possibilidade de o Estado-membro e o Município exercerem, nessa matéria, fundados em sua autonomia institucional, competência legislativa para definir, mediante cláusula de tipificação, os denominados crimes de responsabilidade, que nada mais são (excluídos, no entanto, os delitos funcionais) do que ilícitos ou infrações de índole político-administrativa.

Registro, neste ponto, por todos, no sentido que ora venho de expor (embora não desconheça tratar-se de posição minoritária nesta Corte), o magistério do eminente Ministro PAULO BROSSARD (“O Impeachment”, p. 90/91, item n. 64, 3ª ed., 1992, Saraiva), que reconhece a competência legislativa do Estado-membro (e, também, a do Município) para legislar sobre os crimes de responsabilidade, cuja natureza jurídica – por mostrar-se desvestida de caráter penal – autoriza qualificá-los como típicas infrações político-administrativas:

“Com efeito, sob a Constituição de 24 de fevereiro, embora competisse à União, como agora, legislar privativamente sobre direito penal, ela nunca definiu crimes de responsabilidade de autoridades locais - do Estado ou do Município - e, livre e validamente, fizeram-no os Estados-Membros, com chancela dos poderes federais.

Tal sucede na Argentina. Lá, a despeito de competir ao Congresso Nacional, com exclusividade, legislar sobre direito criminal, às Províncias jamais se negou a competência para regular o ‘juicio político’ e aplicá-lo conforme as disposições do direito estadual.

De resto, os mais autorizados juriconsultos, penalistas inclusive, nunca puseram em dúvida a competência estadual a respeito. De Ruy Barbosa a João Barbalho, de José Higino a Galdino Siqueira, de Clóvis Bevilacqua a



Pedro Lessa, de Epitácio Pessoa a Amaro Cavalcanti, de Afrânio de Melo Franco a Prudente de Moraes Filho, de Carlos Maximiliano a Viveiros de Castro, de Afonso Celso a Laudelino Freire, de Pisa e Almeida a Eneas Galvão, de Lúcio de Mendonça a Oliveira Ribeiro, em quase-unanimidade, dissertando ou decidindo, todos prestigiaram, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, as práticas vigentes nesse sentido.” (grifei)

Essa visão do tema assenta-se no reconhecimento de que se revela imprópria a locução constitucional “crimes de responsabilidade”, que compreende, na realidade, infrações de caráter político-administrativo, em oposição à expressão (igualmente inscrita no texto da Constituição) “crimes comuns”.

Com efeito, o crime comum e o crime de responsabilidade são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. O crime comum é um aspecto da ilicitude penal. O crime de responsabilidade refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte utilizou a expressão crime comum, significando ilícito penal, em oposição a crime de responsabilidade, significando infração político-administrativa.

Nesse sentido, a correta observação de ADILSON ABREU DALLARI (“Crime de Responsabilidade do Prefeito”, “in” “Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo”, vol. 72/146-148):

“Portanto, não pode haver dúvida. Uma coisa é infração penal, comum, disciplinada pela legislação penal. O Código Penal está em vigor, cuidando dos crimes contra a administração pública, que podem ser cometidos, inclusive por Prefeitos. O Prefeito pode perfeitamente ser julgado, pelo Tribunal de Justiça, no caso de cometer peculato, emprego irregular de verbas públicas, concussão, prevaricação, tudo isso não é crime de responsabilidade; tudo isso é crime comum que o Prefeito pode cometer e ser julgado pelo Poder Judiciário.

Ao lado disso, existe o crime de responsabilidade, que é uma infração político-administrativa (...).

Na sistemática constitucional, (...) fica claro que crime de responsabilidade não é infração penal, mas infração político-administrativa (...).” (grifei)

Essa mesma compreensão quanto à impropriedade da expressão constitucional “crimes de responsabilidade” traduz-se na lição do eminente Professor e Desembargador JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos do Direito Processual Penal”, vol. III/444-445, item n. 864, 2ª ed./2ª tir., 2003, Millennium):

“No Direito Constitucional pátrio, o ‘crime de responsabilidade’ opõe-se ao ‘crime comum’ e significa ‘a violação de um dever do cargo, de um dever de função’, como o dizia JOSÉ HIGINO. Mas a ‘sanctio juris’ contra essa infração não consiste em ‘pena criminal’, pois que seu julgamento e os efeitos jurídicos deste advindos são de outra espécie e moldam-se pela forma do instituto do ‘impeachment’.

.....

Não nos parece que o ‘crime de responsabilidade’ de que promana o ‘impeachment’ possa ser conceituado como ‘ilícito penal’. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao ‘crime de responsabilidade’

não tem natureza penal, mas tão-só o caráter de ‘sanctio juris’ política, tal crime se apresenta como ‘ilícito político’ e nada mais.” (grifei)

Não obstante essa minha pessoal convicção sobre o tema, devo ressaltar que diverso é o entendimento consagrado na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (Pet 85/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - Pet 1.104-AgR-ED/DF, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – Pet 1.954/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g.), que tem reconhecido que os crimes de responsabilidade refogem à competência dos Estados-membros e dos Municípios, incluindo-se, ao contrário, na esfera das atribuições legislativas da União Federal:

“Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Impeachment: (a) Competência para julgar; (b) Regras de procedimento.

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei n.º 1079/50 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.

Liminar deferida, em parte, por unanimidade.”

(RTJ 166/147, Rel. Min. NELSON JOBIM - grifei)

“Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei.

Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal (...).”

(RTJ 168/729, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

“Inscreve-se na competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e a disciplina do respectivo processo e julgamento.

Precedentes do Supremo Tribunal: ADIMC 1.620, ADIMC 2.060 e ADIMC 2.235.”

(RTJ 176/199, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

“(...) 4. São de competência da União a definição jurídica de crime de responsabilidade e a regulamentação dos respectivos processo e julgamento. Precedente.

Pedido de liminar deferido.”

(ADI 2.050-MC/RQ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Cumprir registrar, ainda, por necessário, no que se refere à competência para legislar sobre crimes de responsabilidade, que o Supremo Tribunal Federal aprovou, na Sessão Plenária de 26/11/2003, o enunciado da Súmula 722/STF, que assim dispõe:

“São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.” (grifei)

A orientação consolidada na Súmula 722/STF, hoje prevalecente na jurisprudência desta Suprema Corte, conduz ao reconhecimento de que não assiste, ao Estado-membro e ao Município, mediante regramento normativo próprio, competência para definir tanto os crimes de responsabilidade (ainda

que sob a denominação de infrações administrativas ou político-administrativas) quanto o respectivo procedimento ritual:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 136-A DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE RONDÔNIA, INTRODUZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21, DE 23.08.2001, E QUE DEFINE, COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO, ‘A NÃO EXECUÇÃO DA PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, DECORRENTE DE EMENDAS PARLAMENTARES’.

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 22, INCISO I, E 85, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência do S.T.F. é firme no sentido de que compete à União legislar sobre crime de responsabilidade (art. 22, I, e art. 85, parágrafo único, da C.F.).

2. No caso, a norma impugnada violou tais dispositivos.

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

4. Plenário. Decisão unânime.”

(ADI 2.592/RQ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - grifei)

“Inscrevem-se, na competência legislativa da União, a definição dos crimes de responsabilidade e a disciplina do respectivo processo e julgamento.

Precedentes do Supremo Tribunal: ADIMC 1.620, ADIMC 2.060 e ADIMC 2.235.”

(ADI 2.220-MC/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 657/1996 DO ESTADO DE RONDÔNIA, ARTS. 1º; 2º; 3º; 4º; 5º; 6º, ‘CAPUT’ E PARÁGRAFO ÚNICO; 7º; 8º; 25; 26; 27; 28, ‘CAPUT’ E PARÁGRAFO ÚNICO; 29; 30 E 46. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA A DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.

Aplicação da Súmula 722.

Ação julgada procedente.”

(ADI 1.879/RQ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

“(…) CRIME DE RESPONSABILIDADE. DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO, REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO: COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

.....

4. São de competência da União a definição jurídica de crime de responsabilidade e a regulamentação dos respectivos processo e julgamento. Precedente.

Pedido de liminar deferido.”

(ADI 2.050-MC/RO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

“Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Impeachment: (a) Competência para julgar; (b) Regras de procedimento.

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei n.º 1079/50 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.

Liminar deferida, em parte, por unanimidade.”

(ADI 1.628-MC/SC, Rel. Min. NELSON JOBIM - grifei)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1.º E 2.º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 31, DE 30.12.97. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, I; E 84, II, DA CARTA DA REPÚBLICA.

.....

Já o segundo, tipificando novo crime de responsabilidade, invade competência legislativa privativa da União, nos termos do inciso I do art. 22 da referida Carta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Procedência da ação.”

(ADI 1.901/MG, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei)

Cabe assinalar que têm sido reiteradas as decisões proferidas por esta Suprema Corte, cujo magistério jurisprudencial se orienta - considerados os precedentes mencionados - no sentido da impossibilidade de outros entes políticos, que não a União, editarem normas definidoras de crimes de responsabilidade, ainda que sob a designação formal de infrações político-administrativas ou infrações administrativas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO – A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO-MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA – LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE (...) – PRESCRIÇÃO NORMATIVA EMANADA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTADUAL – FALTA DE COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE (...).

.....

INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS: INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO-MEMBRO.

- O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de ilícitos político-administrativos (...).”

(RTJ 198/452-454, 452, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“I - Crime de responsabilidade: tipificação: competência legislativa da União mediante lei ordinária: inconstitucionalidade de sua definição em constituição estadual.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (malgrado a reserva pessoal do relator) está sedimentada no sentido de que é da competência legislativa exclusiva da União a definição de crimes de responsabilidade de quaisquer agentes políticos, incluídos os dos Estados e Municípios.”

(ADI 132/RO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

“Segundo a orientação do Supremo Tribunal, é da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade bem como a disciplina do respectivo processo e julgamento (cfr. ADIMC 1268, DJ 26-9-97; ADIMC 2050, DJ 1-10-99).

Relevância jurídica também da arguição de inconstitucionalidade de Decreto-legislativo editado para tornar insubsistente norma de lei formal (ADIMC 1254, DJ de 17-3-2000).”

(ADI 2.235-MC/AP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

Essa diretriz jurisprudencial apóia-se no magistério de autores - como PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo III/355, 3ª ed., 1987, Forense), MARCELO CAETANO (“Direito Constitucional”, vol. II/547-552, item n. 179, 2ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, 1987, Forense) e OSWALDO TRIGUEIRO (“Direito Constitucional Estadual”, p. 191, item n. 101, 1980, Forense) - que reconhecem, unicamente, na matéria ora em análise, a competência legislativa da União Federal, advertindo que a regulação do tema, pelo Estado-membro ou Município, traduz usurpação das atribuições que a Constituição da República outorgou, com exclusividade, à própria União Federal.

O que me parece incontroverso, no entanto, a partir da edição da Súmula 722/STF, é que resultou superada, agora, prestigiosa corrente doutrinária (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, “O Impeachment”, p. 88/112, 2ª ed., 1992, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 629/630, 32ª ed., 2009, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Municipal Brasileiro”, p. 805, 16ª ed., item n. 4.2.1, 2008, Malheiros), que admite a possibilidade de os Estados-membros ou os Municípios definirem, eles próprios, os modelos tipificadores dos impropriamente denominados crimes de responsabilidade.

O Estado-membro e o Município, portanto, considerada a jurisprudência predominante nesta Suprema Corte, não dispõem de competência para estabelecer normas definidoras de crimes de responsabilidade (ainda que sob a designação de infrações administrativas ou político-administrativas), bem assim para disciplinar o respectivo procedimento ritual.

Sobre o tema, Paulo Brossard<sup>6</sup> destaca, na emblemática obra “O Impeachment”, que não é a espécie de sanção destinada aos chamados “crimes de responsabilidade” que lhes retira a insigne penal, mas antes a própria natureza e finalidade desta instituição:

Podem os crimes de responsabilidade continuar a chamar-se ‘crimes’. Nem por isso se confundirão com os crimes propriamente ditos, porque outro é o seu âmbito, diversa a sua natureza e seu caráter, outra a sua finalidade. Tanto assim é que o processo que lhes dá causa não dispensa o processo criminal que, paralelamente, pode instaurar-se: se à infração política corresponde, na lei penal comum, um delito, sofrerá o agente, além da sanção político-administrativa, ainda a punição pelo delito comum.

<sup>6</sup> BROSSARD, 1992, p. 58

Por igual é irrelevante o argumento de ser a condenação de natureza criminal porque ao chamado crime de responsabilidade se aplica uma pena. A pena não é elemento decisivo para a caracterização de tal infração como criminal; [...]

Assim, pois, os crimes de responsabilidade não são crimes no sentido estrito do termo, porque se revestem de caracteres fundamentais peculiares e inconfundíveis, que os diferenciam das infrações penais e gravitam em outra esfera. Como diz José Fred. Marques, não são ilícitos penais, não têm caráter nem conteúdo criminal, são infrações políticas estranhas, alheias, ao direito criminal, comum ou especial.

Ratificando o caráter não criminal das infrações enunciadas pela Lei n.º 1.079/50, José Cretella Júnior<sup>7</sup> também já analisou os crimes de responsabilidade, segundo medidas essencialmente políticas, voltadas para momentos excepcionais de anomalia política no país:

Não há a menor dúvida de que o *impeachment*, medida excepcional, é instituto de caráter político, mas adstrito a rito, por excelência jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório. Devem os julgadores zelar para que esteja presente o *Due Process* *f Law*.

Nos Estados Unidos, o Senador Summer, no caso do Presidente Johnson, disse, há muitos anos, que o *impeachment* “é um juízo político em seu verdadeiro caráter, procedimento político, com propósitos políticos, fundado em culpas políticas, cujas considerações incumbem a um corpo político e subordinado a um julgamento político” (ver RDA 38:246).

Medida de caráter excepcional, “é remédio para as horas críticas”, quando a proteção dos interesses públicos se vê ameaçada pelo abuso exagerado do poder oficial, negligência do dever e conduta incompatível com a dignidade do cargo.

Nestas condições, o simples recebimento da denúncia, no *impeachment*, reveste-se da máxima importância, sem embargo de não implicar julgamento.

Na atmosfera política, particularmente marcada pelas paixões, os homens encarregados dos postos de comando se expõem facilmente aos gestos sectários, que visam ao seu desprestígio ou ao seu afastamento, apenas como um golpe próprio do jogo político (ver RDA 14:295).

É o *impeachment* um processo de acusação de natureza política, imaginado menos para punir o culpado do que para garantir a sociedade contra a malversação do funcionário (ver RDA 14:294).

Não objetivando à *punição*, mas à “descida do pedestal”, *afastamento*, à destituição do cargo por imputação de algum fato ou fatos, de tal maneira que se estes encontrarem correspondência na incriminação comum, o Chefe do Executivo será entregue à Justiça que o processará e o julgará por aplicação do Código penal (ver RDA 38:230). O *impeachment*, perante o direito brasileiro, não tem caráter jurisdicional. É substancialmente

<sup>7</sup> CRETELLA JR., 1992, p. 17 - 18

administrativo, valendo como uma defesa da pessoa jurídica de direito público político, de existência necessária, contra o *improbus administrator*. Se tivesse caráter jurisdicional, o acusado ficaria sujeito a dois processos contenciosos, um de competência do Poder Legislativo, outro, do Poder Judiciário; responderia duas vezes pelo mesmo fato e deveria suportar duas condenações (Alfredo Buzaid, *Parecer*, p. 17).

Por isso, no conceito do *impeachment*, procuramos salientar, de maneira clara, sua natureza: *impeachment* é medida de natureza político-administrativa que tem por finalidade desinvestir de funções públicas todo membro do Governo que, pela prática de crime de responsabilidade, ou de crime comum, fixado em lei, perdeu a confiança do povo.

Também este é o entendimento de doutrinadores mais modernos, como Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>8</sup>:

[...] os chamados crimes de *responsabilidade* não configuram verdadeiramente infrações penais. Constituem, ao contrário, infrações de natureza eminentemente política, com tratamento bastante distinto daquele reservado às infrações abrangidas pelo Direito Penal. Estão submetidas a processo e julgamento perante jurisdição política, integrada, em geral, por órgãos do Legislativo [...] Enquanto o Direito Penal, ainda atualmente, é centrado na aplicação de pena privativa de liberdade, pautando-se, por isso mesmo, em rígidos princípios aplicados à definição da conduta punível, o crime de responsabilidade tem como sanção a perda de cargo ou função pública e a vedação de exercício futuro, em decorrência do mau desempenho de atividade pública [...] No campo da responsabilidade política, os valores objetos da proteção legal encontram-se ligados mais aos interesses imediatos da respectiva função pública do que da comunidade social representada pelo agente político. Só mesmo no campo da responsabilidade política, por exemplo, pode-se admitir um tipo *penal* punitivo da conduta prevista no art. 9º, item 7, da Lei nº. 1.079/50 [...].

Outros autores, a exemplo de César de Faria Júnior<sup>9</sup>, preferem enunciar o caráter misto dos crimes de responsabilidade, máxime devido às semelhanças do procedimento do *impeachment* com o processo penal, permeado por garantias em prol da ampla defesa do acusado:

Os partidários da concepção político-criminal do *impeachment*, destacando-se aqui nomes como José Frederico Marques, Raul Chaves e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, defendem ser este um processo prevalentemente político, não exclusivamente, como querem os idealizadores da primeira corrente aqui ressaltada. O *impeachment*, para estes doutrinadores, é um

<sup>8</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 183 - 184.

<sup>9</sup> FARIA JR., 2001, p. 209 – 210.

processo formalmente judicial no qual incide uma série de princípios e garantias do processo penal. Materialmente, entretanto, é um processo político, pois o que se discute no mérito é a conveniência e oportunidade política de manter-se o chefe do Poder Executivo no poder.

Pode-se considerar como inteiramente correta esta posição, pois, sem dúvida alguma, é a que se encontra mais de acordo com a realidade, com base nas seguintes considerações:

[...]

Resta comprovado, portanto, que o *impeachment*, no Brasil, é um processo de natureza mista, político-criminal, no qual incidem princípios de Direito Constitucional e de Direito Penal. Vislumbrar o instituto exclusivamente sob um prisma político implicaria, inevitavelmente, em deferir ampla discricionariedade ao Poder Legislativo que, assim, poderia destituir do poder o Chefe do Executivo com base em meros pretextos políticos, sem maiores considerações, tal como numa espécie bastante peculiar de parlamentarismo. Esta circunstância ameaçaria, ao menos em tese, e diante das peculiaridades políticas de nosso país, o sistema presidencialista e a tripartição dos poderes constitucionais.

O *impeachment*, nos moldes adotados, possui como objeto de apreciação uma espécie *sui generis* de infração penal, os crimes de responsabilidade. Tal categoria delitiva é, em verdade, uma peculiaridade do Direito Brasileiro, pois apesar de formalmente apresentar a tipicidade penal, substancialmente enseja, na prática, uma valoração predominantemente política que mais está de acordo com a conveniência das decisões que envolvem o poder do que com uma rigorosa valoração jurídica do ilícito. Além do mais, os efeitos do instituto em questão são essencialmente políticos, já que as penalidades impostas limitam-se a proteger o Estado do mau governante, afastando-o do cargo e o inabilitando, durante certo tempo, para o exercício das funções públicas.

A par desta celeuma doutrinária, em 19 de outubro de 2000, publicou-se a Lei n.º 10.028 que, além de ampliar o rol dos crimes de responsabilidade, notadamente em relação àqueles que atentem contra a lei orçamentária<sup>10</sup>, empregou a expressão “ação penal” e impôs o rito da Lei n.º 8.036/90, que regula o

---

<sup>10</sup> Deixar de ordenar 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; 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; 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; 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; 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; captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.



procedimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, às infrações previstas na Lei n.º 1.079/50. Por outro lado, este último diploma, desde sua redação original, já previa o oferecimento de “denúncia” por qualquer cidadão.

São estes os polêmicos dispositivos:

Art. 41. É permitido a todo cidadão denunciar, perante o Senado Federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, pelos crimes de responsabilidade que cometerem (artigos 39 e 40).

Art. 41-A. Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do artigo 39-A e o inciso II do parágrafo único do artigo 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no artigo 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei no 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia.

Sobre o oferecimento de denúncia por qualquer do povo, não faltam críticas em relação ao disposto no art. 41, da Lei n.º 1.079/50, à vista da prerrogativa constitucional do Ministério Público, prevista no art. 129, inciso I, da CF, para titularizar a ação penal.

Tal denúncia, segundo o rito previsto na Lei n.º 1.079/50, insere-se na primeira etapa do procedimento bifásico, do *impeachment*, correspondente ao juízo de admissibilidade do processo, na Câmara dos deputados. Neste momento, a acusação, formulada por qualquer cidadão, no pleno gozo de seus direitos políticos, será analisada pelos deputados federais, os quais, pela maioria qualificada de 2/3, poderá declarar procedente a denúncia e autorizar a instauração do procedimento.

Assim, não caberá ao Senado a decisão sobre a instauração ou não do procedimento do *impeachment*. Havendo juízo de admissibilidade positivo da Câmara dos Deputados, não haverá discricionariedade para o início do processo no Senado, ao qual somente caberá absolver ou não o acusado das medidas previstas na Lei n.º 1.079/50.

O procedimento do *impeachment* será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo que ao acusado serão garantidos o contraditório e a ampla defesa e a decisão condenatória será materializada mediante resolução do Senado Federal, que, após 2/3 dos votos, limitar-se-á a condenar o denunciado à

perda do cargo e à inabilitação para o exercício de qualquer função pública, durante o prazo de 08 (oito) anos, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da CF).

Não obstante o art. 15, da Lei nº. 1.079/50, prever que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver deixado definitivamente o cargo, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do MS 21.689-1, impetrado pelo ex-Presidente Fernando Collor de Mello, decidiu que a renúncia ao cargo não extingue o processo de *impeachment*, quando já iniciado.

### 3. DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio destina especial atenção à tutela da probidade administrativa, não somente no plano constitucional, como também no infraconstitucional, seja por meio da previsão de meios de impugnação de natureza notadamente civil, seja via tipificações penais.

Entendida como bem jurídico decorrente da moralidade administrativa, já se assentou ser a probidade administrativa espécie de dever dos agentes públicos em geral, consistente no servir à Administração com honestidade, procedendo-se no exercício das funções, sem se aproveitar dos poderes ou facilidades decorrentes da máquina pública, em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer<sup>11</sup>.

A *contrario sensu*, a improbidade administrativa, também corolário da imoralidade administrativa, com esta não se confundiria, vez que exigiria para sua configuração o atributo da desonestidade, da má-fé, ao passo que a imoralidade administrativa não necessariamente demandaria tal elemento anímico. Esclarecedor para a distinção é o ensinamento do Professor Aristides Junqueira Alvarenga<sup>12</sup>:

Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário [...] É também de José Afonso da Silva a afirmação de que “todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa”, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade [...] Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade) [...] Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo.

<sup>11</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 21. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 646.

<sup>12</sup> Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo. (Coordenadores) Improbidade Administrativa: Questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107 - 108.

Na Constituição Federal sobressaem vários dispositivos legais a determinar a proteção da probidade administrativa, ora ditando a responsabilização pelos chamados atos administrativos, importando suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (art. 37, §4º, da CF), ora determinando a dita responsabilização por crimes de responsabilidade.

Também é prevista a repressão eleitoral à improbidade administrativa, quando se remete à lei complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato” (art. 14, §9º, da CF), e quando se admite excepcionalmente a suspensão e a perda dos direitos políticos, nestes casos (art. 15, inciso V, da CF).

A Lei nº. 8.429/92, por seu turno, quando esboçou as três modalidades de atos ímprobos, lançou-se a proteger bem jurídico específico, diverso da manutenção da simples legalidade.

Antes, quis erigir prescrições e sanções a fim de resguardar a probidade administrativa, espécie de moralidade administrativa bem distinta do simples descumprimento da lei, este, por sua vez, sanado através dos simples institutos da nulidade e da anulabilidade. Assim sendo, há um *plus*, uma marca diferencial, a diferenciar o ato ímprobo daquele apenas ilegal.

Neste sentido, convém reafirmar que improbidade administrativa é espécie de imoralidade administrativa, do que resulta a necessária ocorrência de elemento subjetivo direcionado à conduta irregular, de nexos psicológico reprovável entre o agente e o comportamento faltoso.

Neste sentido, Aristides Junqueira Alvarenga já assentara que se pode conceituar improbidade administrativa como *“espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário”*<sup>13</sup> (sem grifos no original).

Do mesmo entendimento, José Afonso da Silva, recorrendo-se ao doutrinador português Marcello Caetano, já houve por firmar que:

---

<sup>13</sup> JUNQUEIRA, 2003, p. 86.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com **honestidade**, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queria favorecer' [...] Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem<sup>14</sup>.

Vê-se, assim, quão indispensável é, para a aferição do ilícito civil aqui analisado, a configuração de desonestidade na conduta do servidor, senão para diagnosticar a presença de dolo no comportamento (intenção direta de ofensa ao bem jurídico), ao menos para observar se ocorrente a culpa, juízo valorativo de reprovação e exigibilidade de conduta diversa.

De fato, faz-se necessário, para que presente qualquer uma das três formas de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública), a demonstração de má fé, da intenção de fazer, do *dolus malus*, típicos da conduta ímproba.

Também, neste sentido, assim se posiciona Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo<sup>15</sup>:

A distinção contida no art. 10 – o único dispositivo que fala em responsabilidade a título de dolo ou culpa – torna evidente que, tanto no caso do art. 9º, como no do art. 11, somente se pode cogitar de ato praticado com dolo (até porque enriquecimento ilícito culpososoa a absurdo, e a violação meramente culposa dos princípios que norteiam a Administração Pública teria consequências por demais severas).

Nesta linha, também é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, guardião da uniformidade da interpretação das leis federais no país:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES.

---

<sup>14</sup> SILVA, 2002, p. 646.

<sup>15</sup> POZZO, 2003, p. 93.

## PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A proibidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A proibidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...)." in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, in casu, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: "Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (..)"

6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em error in iudicando ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.

7. A lei de improbidade administrativa prescreve no capítulo das penas que na sua fixação o "juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente." (Parágrafo único do artigo 12 da lei nº 8.429/92).

8. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009.

.....

13. Recurso Especial provido.

(REsp 909.446/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).

2. "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611).

3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).

4. "A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).

5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.

6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.

7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.

8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992.

9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.

10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.

11. Recurso especial provido.

(REsp 758639/PB, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2006, DJ 15/05/2006 p. 171).

#### ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO.

1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora.

2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(REsp 621.415/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 30/05/2006 p. 134).

Esta também é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMPRIMENTO. FORMALIDADES. LEI DE LICITAÇÕES. LEI 8.666/93. AUSÊNCIA. DOLO. MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE.

1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, bem assim com o proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

2. A contratação em caráter emergencial, com dispensa justificada de licitação (Lei 8.666/93, art. 53, § 4º), não constitui ato de improbidade administrativa.

3. Os equívocos que não comprometem a moralidade ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção.

4. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal).

5. Apelação provida.



(AC nº 2001.32.00.010245-2/AM, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF 1ª Região, DJ 13/05/2005, p. 26).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MÁ-FÉ. LIBERAÇÃO OU APLICAÇÃO DE VERBA PÚBLICA DE FORMA IRREGULAR. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTAR DO ATO ÍMPROBO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A autoridade administrativa deve adstringir-se, na prática do ato administrativo, ao princípio da legalidade, ainda que dotada de uma margem de discricionariedade. A administração pública está vinculada à lei.
2. Não caracteriza ato ímprobo a simples ilegalidade. A má-fé é premissa do ato ímprobo, ainda que este seja ilegal.
3. Três são as hipóteses de atos ímprobos previstos na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade): a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), punidos tão só a título de dolo; b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10), punidos a título de culpa (havendo muita discussão) e de dolo; e c) atos que atentam contra os princípios da administração (art. 11), punidos, também, exclusivamente, a título de dolo.
4. É elementar do ato ímprobo previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 o dano ao erário.
5. A boa-fé é "a consciência ou intenção de não prejudicar a outrem ou de não fraudar a lei" (Alípio Silveira).
6. A decisão deve ser razoável, aceitável pela razão, plausível, justa, compreensível.

(AC nº 2006.39.01.000129-4/PA, Rel. Desemb. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF 1ª Região, DJ 24/08/2007, p. 65).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FALTA PUNIDA CONVENIENTEMENTE PELO TCU. AUSÊNCIA DE DOLO. INOCORRÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Lei 8.429/92 visa punir, exemplarmente, atos de corrupção e desonestidade.
2. A conduta do réu, ora apelado, que agiu sem dolo, não pode ser considerada como ato de improbidade.
3. A penalidade imposta pelo TCU mostra-se suficiente para punir a falta cometida.
4. Apelo improvido.

(AC nº 1999.38.00.036053-7/MG, Rel. Desemb. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma do TRF 1ª Região, DJ 26/03/2004, p. 139).

Para Benedicto Pereira Porto Neto (Vice-presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP) e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (também membro da SBDP)<sup>16</sup>:

A imoralidade administrativa não pode ser tida apenas como *violação de uma norma jurídica*. É mais do que isso: é ilegalidade que afronta a *moralidade administrativa*. O ato qualificado como ímprobo é aquele que afronta o Direito de *forma especial, diferenciada*. É preciso a vontade positiva do agente administrativo de incorrer na ilicitude; o agente deve ter o propósito de alcançar objetivo vedado pelo Direito: é preciso que esteja caracterizado o *móvel de alcançar resultados contrários à moralidade*.

Equívoco maior não há do que atirar na vala comum da categoria “improbidade administrativa”, qualquer pecha de ilegalidade que assome os atos administrativos perpetrados pelos agentes públicos. Se assim o fosse, os riscos de tal entendimento poderiam até acarretar que a simples concessão de mandado de segurança viesse a firmar o caráter ímprobo da conduta da autoridade coatora.

Ciente de que a só ilegalidade formal não seria suficiente para empurrar os servidores para a insigne comum da improbidade, é que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm exigido que, além da violação à letra fria da lei, o agente tenha causado dano ao erário, a fim de justificar a imposição de sanções tão drásticas como são a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, como se depreende dos arestos acima colacionados.

Ao lado destes dispositivos, mais orientados à repressão do agente ímprobo, a Constituição Federal também prevê, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o manejo da ação popular como instrumento de anulação dos atos ofensivos à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXIII, CF).

De outro giro, também são previstas conseqüências penais a atos ímprobos no sistema jurídico brasileiro, por meio dos crimes contra a Administração Pública, cominados no Código Penal, além de sanções de índole administrativa, através da rejeição das contas, imposição de multa e ressarcimento ao erário.

---

<sup>16</sup> PORTO NETO & PORTO FILHO, 2003, p. 115-116.

No que tange especificamente à repressão da improbidade, via tipificação dos crimes de responsabilidade, curioso notar que alguns dos agentes políticos definidos pela Constituição como sujeitos ativos da referida infração, não o são porém assim apontados nas leis infraconstitucionais que regulam estes dispositivos constitucionais (Lei nº. 1079/50 e Decreto-lei nº. 201/67), a exemplo dos membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, dos desembargadores de tribunais e do Advogado-Geral da União. Por outro lado, outros são previstos nestes diplomas, a exemplo dos secretários estaduais, não obstante terem sido esquecidos pelo Poder Constituinte Originário.

Nesta última hipótese, o STF já reconheceu pacificamente que a definição, regulamentação e processamento de crimes de responsabilidade são de competência da União, vindo a legitimar, portanto, a inclusão no texto da Lei nº. 1.079/50 daqueles sujeitos que não foram assim indicados pela Constituição (Súmula nº. 722, do STF).

Porém, os tribunais pátrios já firmaram entendimento de que não basta a previsão abstrata dos sujeitos ativos do crime de responsabilidade no texto constitucional, sendo necessária também a remissão expressa na legislação infraconstitucional<sup>17</sup>.

Neste contexto, acirrada e intrigante discussão é a que se trava sobre a possibilidade de os mesmos agentes políticos previstos na Lei nº. 1.079/50 responderem simultaneamente por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade administrativa.

A Lei nº. 8.429/92, de forma ampla e genérica, prevê como possíveis responsáveis pela prática de atos ímprobos qualquer agente público, servidor ou não, vinculado 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

---

<sup>17</sup> Este é o entendimento, v.g., do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do aresto a seguir, prolatado por sua Corte Especial: *“REPRESENTAÇÃO - DESEMBARGADOR. CRIME DE RESPONSABILIDADE. EMBORA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVEJA, NO SEU ART. 105, A, A COMPETÊNCIA DO STJ PARA PROCESSAR E JULGAR DESEMBARGADORES POR CRIME DE RESPONSABILIDADE, NÃO HÁ NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A PREVISÃO DESSE CRIME QUANTO AOS MESMOS. REPRESENTAÇÃO ARQUIVADA.”* (Rp 8/GO, Corte Especial, Rel. Min. Gueiros Leite, DJ de 26/3/1990).

custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Este é o tema que será debatido a seguir.

#### 4. DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELOS AGENTES POLÍTICOS

Tendo o Supremo Tribunal Federal assentado a natureza civil da responsabilidade prevista pelo art. 37, §4º, da CF c/c art. 1º, da Lei nº. 8.429/92, na ADI nº. 2.797, hoje o debate sobre a dupla penalização do mesmo fato, por meio da incidência tanto da responsabilidade por atos de improbidade, como das leis de crimes de responsabilidade, também já foi analisado por aquela Corte, no âmbito da Reclamação nº. 2.138 – DF.

A maioria do tribunal decidiu pelo não cabimento da ação civil pública de improbidade administrativa, quando ocorrente caso subsumido à hipótese de crime de responsabilidade, conforme se demonstra com a ementa abaixo<sup>18</sup>:

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

<sup>18</sup> Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094

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.

Da ementa acima reproduzida vê-se que a Suprema Corte brasileira concluiu que, praticado ato que se amolda à figura da improbidade administrativa, assim como previsto na Lei nº. 8.429/92, deverá o agente ser unicamente processado por crime de responsabilidade.

Contudo, conforme se depreende da leitura dos votos dos Ministros que afastaram a incidência da Lei n.º 8.429/92 aos agentes políticos, verifica-se que o fundamento que preponderou para tal conclusão foi a preocupação em afastar estes sujeitos da competência funcional do juízo de 1º grau.

Com efeito, é notório como a prerrogativa de foro era o tema em destaque no caso vertente, e não propriamente o exame das distinções entre as sanções decorrentes do modelo de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 e aquelas previstas na Lei n.º 8.429/92.

Deixando de analisar com mais acuidade as consequências da exclusão dos agentes políticos do regime civil de improbidade administrativa, o qual restaria destinado apenas ao agentes públicos em geral, acabou o Supremo Tribunal Federal contribuindo para uma interpretação assentada no favoritismo dos sujeitos responsáveis pelas decisões políticas mais importantes do país.

A seguir, trecho da fundamentação do Ministro Nelson Jobim, relator originário do caso:

O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

[...]

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias.

Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político.

Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos.

Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão.

O texto constitucional não autoriza.

São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política.

É bom que se o diga.

Uns, na busca de notoriedade fácil.

Vê-se, muito, nos jornais.

Outros, no propósito de participar, por outros meios, do debate político.

O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração, tem levado à propositura de ações espetaculares.

A maioria delas destituídas de qualquer fundamento.

O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível.

Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação.

É ilustrativo o exame do presente caso.

Determinou-se a cassação dos direitos políticos, por oito anos, e a perda do cargo efetivo, de Ministro de 1ª. Classe da Carreira do Itamaraty, porque supostamente teria se utilizado de aeronave de serviço para finalidades de lazer.

Qualquer pessoa informada sabe que, normalmente, um titular de cargo ministerial jamais tira férias ou conhece períodos de recesso.

Em verdade, somente em tempos recentes houve reconhecimento do direito a férias por parte de autoridades ministeriais.

Trabalha-se, em geral, nos fins de semana com a mesma intensidade com que se atua de 2ª. a 6a. feira.

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.

Consultas, discussões, orientações a assessores, tudo se faz de domingo a domingo.

Vivenciei isto.

A rigor, se o membro do Ministério Público e o Juiz atuantes na presente causa tivessem um conhecimento mínimo dessa realidade – admitida aqui a boa-fé – dificilmente teriam chegado ao resultado a que chegaram.

Saberiam que um MINISTRO DE ESTADO, no exercício pleno de suas funções, até mesmo nos fins de semana, está em plena atividade.

Tentar comparar a atividade ministerial com a de pessoas com atividades regulares é grotesco equívoco.

Não!

Um MINISTRO DE ESTADO, como auxiliar direito do Presidente da Republica no exercício da “*direção superior da administração federal*” (CF, art. 84, II), não é senhor de seu tempo.

Não pode iniciar o trabalho na parte da tarde, porque cursa o mestrado pela manhã ou porque se dedica a alguma atividade acadêmica na primeira parte do dia.

Quantas vezes uma autoridade é chamada para discutir assuntos em altas horas da noite ou para ter reuniões em fins de semana e feriados?

No caso em tela, tal como constante dos autos, procura a sentença, com base na representação, demonstrar que viagens realizadas em determinadas ocasiões (período de carnaval; natal, finados) ou a determinados locais (Salvador; Fernando de Noronha) caracterizariam atos de improbidade administrativa.

Neste último local, ainda, teria o Ministro se utilizado de Hotel Militar localizado naquela ilha, “*cujas acomodações superam em muito o conforto então disponível*” (Sentença, fls. 157).

Imaginar que o uso de acomodações militares por parte de uma autoridade em um local desprovido de quaisquer condições configura ato de improbidade, é demonstrar que, de fato, há algo de gravemente errado no nosso sistema.

Desconhecer esse fato elementar é mostrar-se, efetivamente, inepto para avaliar determinadas questões.

Mas, diz a sentença:

*“In casu, novamente observa-se que o réu, com vontade livre e consciente, violou esse ‘standard’ comportamental o qual deve orientar o agente público. Ora, não há como se admitir que o réu, com experiência na área pública, atuou sem consciência de que seu ato discricionário encontrava-se em manifesto desvio de finalidade, (...)”* (Sentença, p. 159).

Sobrou ousadia e faltou experiência.



Os autos trazem notícia de o MINISTRO SARDEMBERG, então encarregado da pasta de assuntos estratégicos, em todas as suas viagens mantinha agenda oficial e reuniões de trabalho (fls. 171/174 e 246/248).

O paradigma estabelecido na sentença é preocupante.

Permite a juiz de primeiro grau, após a provocação do Ministério público, avaliar o uso de bens públicos no interesse público.

Assim, é possível que qualquer dos integrantes desta Corte venha a responder a uma ação de improbidade porque se dirigiu à UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA em carro oficial.

Ou, - o que seria ainda mais caricato - que um dos integrantes do TSE viesse a ter os seus direitos políticos cassados porque fora visto às 3.00 horas da manhã com carro oficial em frente a qualquer restaurante brasileiro, olvidando-se que aquele ministro acabara de sair de uma das longas sessões da justiça eleitoral.

É de pasmar esse novo tipo de populismo!

No caso da utilização das aeronaves - não 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.

[...]

Sei ser de todo dispensável qualquer consideração sobre o tema de fundo da condenação em apreço.

No entanto, fiz questão de analisá-la, em rápidas linhas, para mostrar como se pode manipular um tema no espaço público.

Transforma-se em escândalo um assunto compatível com a rotina, cultura administrativa e uma experiência institucional com mais de meio século.

Não é por outra razão que a Constituição consagra, em determinados casos, a prerrogativa de foro.

Nesse ponto, afigura-se insuperável a lição de VICTOR NUNES trazida no voto de PERTENCE:

“.....

*A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.*

.....

(Voto na AÇÃO PENAL 315, fls. 23)

Digo, mais, Senhor Presidente, a partir de minha vida pública, que a prerrogativa de foro, entre nós, tem uma lógica:

- impedir que se banalizem procedimentos de caráter penal ou de responsabilidade com nítido objetivo de causar constrangimento político aos atingidos, afetando a própria atuação do Governo e, por que não dizer, do próprio Estado.

Tenho para mim que o amplo modelo de prerrogativa de foro, adotado entre nós, cumpre importante função contra o denunciamento fácil e a politização do judiciário, naquilo que ela pode ter de mais perverso.

A experiência dos últimos anos está a indicar que o constituinte de 1988 foi sábio em possibilitar a ampliação da prerrogativa de foro.

Como se pode aceitar que, à cada decisão de grande repercussão do MINISTRO DA FAZENDA, por exemplo, se encete uma nova ação de improbidade?

É caso de improbidade o acordo com FMI; a decisão sobre intervenção em um banco ou a decisão sobre transferência de depósito?

Ou, ainda, que o MINISTRO DA AGRICULTURA e o MINISTRO DE PLANEJAMENTO sejam processados por suposta improbidade, por terem simplesmente determinado que se fizesse contratação temporária de fiscais agropecuários?

As decisões podem estar até equivocadas do prisma econômico, administrativo ou jurídico.

O sistema, como se sabe, dispõe de mecanismos adequados para sua correção eventual.

O que é abusivo é colocar esses atos sob a epígrafe dos atos de improbidade.

E, praticamente, nos dias de hoje todos os Ministros têm suas ações contestadas no âmbito da lei de improbidade.

Claro, tivessem sido elas propostas perante Cortes de Justiça, dotadas de experiência e responsabilidade políticas, certamente seriam rejeitadas liminarmente.

E na terceira ou quarta tentativa, o Procurador-Geral da República ou seu representante seriam advertidos para não insistir em procedimentos aventureiros, como já ocorreu nesta Casa, em matéria penal, em passado não muito distante (Inq 1828, NELSON JOBIM - DJ 1º.08.2002)

A responsabilidade pública dos agentes políticos é imensa.

Não é por acaso que a Constituição define, claramente, os agentes que estão submetidos a um regime especial de responsabilidade, como é o caso dos MINISTROS DE ESTADO.

É verdade, também, que o STF tem conferido realce a essa distinção e dela extraído conseqüências relevantes.

No RE 228.977-SP (NÉRI DA SILVEIRA) assentou-se que

*“EMENTA: - ... 2. ... A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições*

*constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. ...”*

Este Tribunal, em homenagem ao caráter eminentemente político da função, recusou a possibilidade de que se pudesse instaurar processo-crime contra o Governador sem a autorização de dois terços da Assembléia Legislativa (ADI 1628, NELSON JOBIM. Liminar - acórdão DJ 26.09.97).

[...]

Trata-se de requisito de procedibilidade desenvolvido pela jurisprudência do STF a partir da ponderação sobre o próprio significado do princípio democrático no texto constitucional.

Essa exigência traduz uma dimensão do princípio democrático.

Não se admite “*destituição indireta*” de autoridade sufragada pelo voto popular sem o consentimento expresso dos representantes do povo.

Esse é o ponto nodal dessa prerrogativa.

[...]

Não há outra interpretação possível.

Do contrário, comprometer-se-ia o livre exercício do mandato popular, com a propositura de ações destinadas a afastar, temporariamente, o titular do cargo.

O comprometimento do livre exercício do mandato popular configurar-se-ia não só pelo afastamento do titular do cargo, mas, também pelo afastamento de seus auxiliares, com os quais aquele, nos termos da Constituição, exerce “*a direção superior da administração federal*” (CF, art. 84, II).

A Lei de Improbidade Administrativa admite o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sempre que a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único).

Assim, a aplicação dessa Lei aos agentes políticos conduziria a situações absurdas:

(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);

Ou, ainda, o afastamento definitivo do PRESIDENTE DA REPÚBLICA, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo;

(b) o afastamento cautelar ou definitivo do PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL e do PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS nas mesmas condições acima, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I “b”) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II);

(c) 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;

(d) o afastamento cautelar ou definitivo de MINISTRO DE ESTADO, dos COMANDANTES DAS FORÇAS ARMADAS, de GOVERNADOR DE ESTADO, nas mesmas condições dos itens anteriores;

(e) o afastamento cautelar ou definitivo do PROCURADOR-GERAL em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores.

Essas hipóteses demonstram deixar de ser um argumento *ad absurdum* o exemplo referido por REZEK no Conflito de Atribuições n. 35:

*“Figuro a situação seguinte: amanhã o Curador de Interesses Difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das Varas Cíveis da Capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso currículo viria anexo.” (RT 650/201).*

Fica demonstrado, pelas consequências, a inadmissibilidade do convívio dos dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos.

O convívio dos dois sistemas propiciaria que um juiz substituto de primeiro grau suspendesse, em caráter provisório, a pedido de um diligente membro do Ministério Público prestes a encerrar o estágio probatório, do exercício de suas funções,

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

MINISTROS DE ESTADO,

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, OU

O COMANDANTE DO EXÉRCITO.

O que se indaga, no presente caso, é se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos:

(a) o previsto no art. 37, §4º, e regulado pela L. 8.429, de 1992, e

(b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, “c” da, Constituição e disciplinado pela L. 1.079, de 1950.

Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950.

A lei de 1.950 trata, no seu Capítulo V, “DOS CRIMES CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO”, art. 9º.

A pena prevista também é severa:

- perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos (art. 2º).

Por outro lado, a imposição dessa pena não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais (L. 1.079/1950, do art. 3º).

Não há dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, na linha da doutrina dominante, são delitos político-administrativos.

É certo que 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.

Entendo que, aos MINISTROS DE ESTADO, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da lei de improbidade.

Há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição.

Não se cuida de assegurar ao MINISTRO DE ESTADO um regime de imunidade em face dos atos de improbidade.

O MINISTRO DE ESTADO há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo.

Ademais, praticamente todos esses delitos político-administrativos configuram igualmente crimes comuns, podendo ser devidamente perseguidos na esfera penal perante os tribunais competentes.

Caso causem danos ao erário, não responder, também, as ações civis competentes nas instâncias ordinárias.

Aceitar a tese de que os juízes de primeiro grau e os promotores que perante eles atuam são mais independentes, é cometer uma injúria grave contra o STF e as demais Cortes judiciais do Brasil.

Os Tribunais não têm medido esforços para dar vazão à pleora de processos criminais originários a elas submetidos.

Após a Emenda constitucional que deu conformação ao regime de imunidade parlamentar, tem esta Corte recebido com freqüência as inúmeras denúncias oferecidas contra parlamentares federais.

São ricos, igualmente, os exemplos que vêm dos Estados.

Em um breve levantamento pude verificar que, no meu Estado - o Rio Grande do Sul - é expressivo o número de processos relativos a Prefeitos Municipais, na 4ª Câmara Criminal:

De Janeiro a junho de 2002 .... 1.039

Os PREFEITOS MUNICIPAIS estão, inclusive, sujeitos ao *"afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal ..."* (DL. 201/1967, art. 2º, II).

Não se espere, porém, de Cortes de Justiça com responsabilidade institucional, uma atitude panfletária ou demagógica.

Não!

Não se recebe denúncia em cortes judiciais com o simples propósito de emulação.

Nem o órgão do Ministério Público que atua perante essas Cortes poderá adotar uma postura populista.

Se assim o fizer, pagará o mais alto dos preços, o desprestígio, o desrespeito institucional.

Por outro lado, em termos de economia processual, mais sentido faz o ajuizamento dessas ações perante corte de responsabilidade institucional.

As demandas serão deslindadas impedindo a inevitável interposição de recursos sucessivos com sérios prejuízos para todo o sistema.

Não impressiona, também, a consideração segundo a qual a ação de improbidade seria dotada de caráter reparatório e por isso inafastável a submissão aos juízes de primeiro grau.

O sistema brasileiro é rico em ações destinadas à defesa do patrimônio público.

Para essa finalidade específica, existem as ações populares, as ações civis públicas, todos os procedimentos ordinários e cautelares.

E elas poderão ser ajuizadas na sede própria, conforme a jurisprudência assente desta Corte.

Até mesmo o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO tem poderes de provocar o arresto de bens na defesa do patrimônio público (L. 8.443, 16.07.1992, art. 61<sup>19</sup>).

O que não se pode admitir é, valendo-se da possibilidade de pedidos cumulativos, transformar uma nítida ação da natureza penal ou punitiva em ação de caráter reparatório.

O elemento central da ação de improbidade não é o reparatório.

Para esta finalidade existem dezenas de ações adequadas.

Até mesmo a indisponibilidade provisória de bens pode ser obtida independentemente de propositura da ação de improbidade, conforme demonstram inúmeros exemplos.

A simples possibilidade de superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie.

Os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência recomendam um preciso esclarecimento da matéria.

Não tenho a menor dúvida de que o MINISTRO DE ESTADO não se submete ao regime geral da lei de improbidade.

O entendimento contrário importaria no completo esvaziamento da competência do STF para processar e julgar, por crime de responsabilidade, os MINISTROS DE ESTADO e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 102, I, "c").

---

Desapareceria a competência constitucional da alínea c, do inciso I do art. 102.

## (2) CONVIVÊNCIA DE AMBOS OS SISTEMAS.

Poder-se-ia sustentar que a ação de improbidade teria caráter autônomo.

Ela não se confundiria com aquela destinada a perseguir os crimes de responsabilidade.

Nesse caso, diante das premissas assentadas, não tenho menor dúvida em afirmar que ela haveria de ser processada perante esta Corte, como na hipótese dos autos.

Tudo em decorrência da repercussão para o sistema político-institucional.

Tudo diante do inequívoco significado jurídico-político da decisão.

A equação é límpida.

Somente o STF pode processar e julgar os MINISTROS nos casos de crimes comuns ou de responsabilidade - e, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos (CF, art. 102. I, c).

Por isso não poderia o sistema, por desvios inexplicáveis, conviver com uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e de responsabilidade política, ajuizada perante outra instância judicial.

[...]

Seria inconsistente e, por isso, implosivo para o sistema, outorgar garantia de foro especial em matéria criminal e de responsabilidade e, ao mesmo tempo, submeter o mesmo titular a processo de improbidade administrativa perante a justiça de primeiro grau, com a ameaça da perda dos direitos políticos e até mesmo do cargo efetivo, como ocorreu na hipótese dos autos.

Se se quisesse introduzir esta mudança, ela haveria de provir de emenda constitucional.

E, nessa hipótese, melhor seria suprimir de vez a competência desta Corte para processar e julgar os MINISTROS DE ESTADO, em sede penal e de responsabilidade.

Do contrário, ter-se-ia o completo esvaziamento da prerrogativa de foro estabelecida na Constituição Federal.

Essas conseqüências demonstram que a ação de improbidade contra MINISTROS DE ESTADO, em primeiro grau de jurisdição, é totalmente incompatível com a ordem constitucional vigente.

Pergunto.

É razoável que instância ordinária determine a perda dos direitos políticos do PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL, DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, do PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do PRESIDENTE DO STJ?

Imaginem juiz de primeiro grau presidindo ação criminal contra Desembargador ou Juiz de Tribunal Regional Federal que o censurou na prova de confirmação no estágio probatório?

Ou contra corregedor do Tribunal de Justiça?

Dir-se-á que os atingidos poderão interpor recursos para as Cortes superiores e que estas não de corrigir os equívocos.

Pergunto.

O julgamento desses recursos há se verificar depois de quantos anos de tramitação do processo?

E se o recurso for inviável, por envolver matéria de prova, por exemplo?

Mantém-se condenação da autoridade, nesse caso?

Fica evidente que a simples instauração da ação – ainda que não temerária - dá ensejo a prejuízos pessoais e institucionais incalculáveis, em especial para o exercício das funções.

São inconsistentes os argumentos utilitários que se pretendem usar em favor da ação de improbidade contra agentes políticos.

No plano federal, um levantamento feito nas Varas Federais de Brasília demonstra, grosso modo, que essas ações têm sido utilizadas para contestar decisões políticas.

Inúmeras decisões de política econômica ou administrativa, que poderiam ser discutidas em ações de natureza puramente civil, são colocadas sob o rótulo da ação de improbidade.

Não é por caso que o MINISTRO DA FAZENDA - PEDRO MALAN - e o PRESIDENTE DO BANCO CENTRAL - ARMÍNIO FRAGA - e outras autoridades do Banco Central, no momento, são os alvos preferenciais dessas ações.

Em relação ao MINISTRO DA FAZENDA, verifiquei a existência das seguintes ações:

- a) Improbidade administrativa 96.00.01079-0, 16<sup>a</sup>. vara – a propósito de pagamento a correntistas de bancos sob intervenção;
- b) Improbidade administrativa 95.00.20884-9, sobre a intervenção no Banco Econômico;
- c) Improbidade administrativa 1999.34.00.016728-1, sobre uso de aviões da FAB.

O PRESIDENTE DO BANCO CENTRAL tem sido atacado em ações de improbidade em razão de supostos prejuízos causados aos investidores de fundos de renda fixa:

- a) 2002.34.00033094-4 – 1<sup>a</sup>. Vara;
- b) 2002.34.00.033093-0 – 3<sup>a</sup>. Vara;
- c) 2002.34.000303092-7 – 8<sup>a</sup>. Vara;
- d) 2002.34.00.033095-8 – 9<sup>a</sup>. Vara Federal.



Alguém dirá que ação de improbidade com viés universal é expressão do sistema republicano.

É o que se lê no memorial apresentado pela Associação dos Procuradores, forte na lição de KONDER COMPARATO.

Demonstrei que a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade.

Não há como aceitar o *bis in idem* que se pratica em detrimento da competência desta Corte.

Julgo procedente a reclamação.

Nas razões do Ministro Cezar Peluzo, também se destacou a inviabilidade de processamento dos agentes políticos, sujeitos ao regime da Lei n.º 1.079/50, em síntese, devido aos inconvenientes da competência funcional do magistrado de 1º grau:

Normalmente a categoria dos agentes políticos é uma categoria especial de servidores públicos que têm, na Constituição, a sede da disciplina dos cargos, das suas atribuições, do sistema de escolha e que por isso mesmo pressupõem um regime funcional específico que está ligado à dignidade destas funções estatais que implicam, de certo modo, certas decisões que são, na verdade, exercício do poder de soberania ou que são expressões do exercício deste poder de soberania. Por isso mesmo, também, essas autoridades são dotadas de autonomia funcional, normalmente não estão subordinadas a nenhuma outra autoridade, isto é, não existe relações hierárquicas, elas também detêm competência de poder decisório importante, e como os parlamentares, as pessoas investidas em funções judicantes, os auxiliares, como os ministeriais etc, todos eles devem ter, a meu juízo, por consequência, um sistema próprio de responsabilidade funcional exatamente compatível com a liberdade política que eles devem ter na tomada de suas decisões e segundo o qual eles não podem ser responsabilizados pelos critérios comuns, por exemplo, da culpa comum ou dos erros técnicos que funcionam como critérios de responsabilidade dos demais servidores públicos, e tem também como consectário o foro especial por prerrogativa de função não apenas pelo fato de ter a sua condição posta na mão de órgãos mais qualificados que representariam garantias máximas de completa imparcialidade, mas sobretudo pela repercussões político-sociais dessas decisões a respeito desses agentes políticos.

Sr. Presidente, tiro a conclusão de que a Lei nº 8.429 tem que ter uma interpretação restritiva, segundo a qual esses agente por atos de improbidade ficam sujeitos a um regime próprio, que é o da Lei nº 1.079, de 1950, onde seus atos são definidos como crimes de responsabilidade. Nesse sentido invoco o princípio da especialidade no conflito aparente de normas.

Conforto-me, Sr. Presidente, de chegar a essa conclusão pelos absurdos que, com o devido respeito, outra solução para a caso, outros absurdos que seriam inevitáveis e que já foram, de certo modo, realçados, mas que eu gostaria de lembrar. Por exemplo: foi lembrado que isso significaria a

possibilidade de afastamento cautelar do Presidente da República, do Presidente do Congresso Nacional, do Presidente da Câmara dos Deputados, afastamento cautelar ou definitivo do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer dos seus membros, afastamento cautelar ou definitivo de ministro de Estado, comandante das Forças Armadas, de governador etc, que suscitou no eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro essa observação que me parece muito própria de ser lembrada: ação de improbidade tenta impor sanções gravíssimas, perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houve de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, que não seja apenada com pena maior do que multa, assegura-se lhe foro próprio por prerrogativa de função - será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal ou mesmo, conforme o caso, pelo Supremo. Entretanto, admitir-se a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um ministro do Supremo Tribunal e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de uma situação que é incompatível com o sistema. Em outras palavras, S.Exa. usou de um eufemismo para dizer que se trata de uma solução apenas incompatível com o sistema. E mais: o que me parece grave é que as conseqüências de outro entendimento privariam o Supremo Tribunal Federal de apreciar a causa, porque isso seria feito em via de recurso extraordinário, de modo que o Supremo Tribunal Federal não poderia reexaminar os fatos. E isso é de uma importância grave no sistema, quer dizer, podíamos dizer: não, não, podemos deixar à mão do juiz de primeiro grau contra o qual há ou não realmente nenhum suspeita.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal haver fixado seu entendimento sobre a matéria, ainda continua acesa esta discussão, não só pelas conseqüências jurídicas advindas do posicionamento tomado naquele julgado, como também pelo fato de a composição da corte ter sido alterada, a partir da sucessão de quatro novos ministros, que não se posicionaram quanto ao mérito desta demanda. E, no bojo desta discussão, ganham relevo os argumentos de crítica aos fundamentos que predominaram naquele julgamento.

Primeiramente, há de se visualizar a probidade administrativa como um dos elementos fundantes do conceito atualmente cunhado de “direito fundamental à boa administração”.

Com efeito, segundo Juarez Freitas e sob inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Carta de Nice), tal direito fundamental consistiria no direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e

respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas<sup>20</sup>.

Neste contexto, tendo em vista a mudança paradigmática no entendimento sobre a posição estatal em relação à garantia dos direitos humanos, após atestar-se que seu exercício tem encontrado obstáculos não só a partir de uma conduta comissiva do Estado (do derivou uma política de direitos humanos notadamente defensora de um “não-fazer estatal”), passando-se a exigir também prestações positivas por parte do *príncipe*, eis que uma boa e proba condução da Administração Pública tornar-se-ia, então, mais que nunca, crucial mecanismo para o fiel cumprimento das promessas do Estado democrático de direito, e, portanto, verdadeiro direito-meio ao exercício dos outros direitos fundamentais.

A partir do princípio da vedação à proteção ineficiente, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade, porém não sob o viés negativo da proibição do excesso, e importante ferramenta axiológica de controle dos atos estatais, vê-se o retrocesso que o entendimento esposado pelo STF, no âmbito da Reclamação nº. 2.138 – DF, trouxe para a garantia do direito fundamental à boa administração pública.

Com efeito, reduziu-se o espectro de reprovação das condutas dos agentes políticos apenas à seara dos crimes de responsabilidade, olvidando-se que a responsabilidade civil, na forma da Lei nº. 8.429/92, sempre representou mecanismo jurídico paralelo de recomposição do dano causado por condutas ímprobas.

Segundo Lenio Luiz Streck<sup>21</sup>, a inconstitucionalidade pode advir não só por um ato de excesso do Estado, quando há desproporcional relação entre fins alcançados e meios perpetrados, mas também em sede de omissões que impedem o exercício dos direitos fundamentais:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a

---

<sup>20</sup> FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à Boa Administração Pública e a Interpretação do Direito Administrativo. Acessado em [http://www.editoraforum.com.br/sist/ip/mensagem\\_clima.asp](http://www.editoraforum.com.br/sist/ip/mensagem_clima.asp). Acesso em 29 de julho de 2010, às 11h24.

<sup>21</sup> STRECK, 2005, p.180

inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet<sup>22</sup>:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Com efeito, das noções acima referidas conclui-se que afastar as ações de improbidade do conjunto dos mecanismos de controle da Administração Pública representa duro anacronismo social, já que, ao lado das outras ações coletivas previstas no ordenamento nacional, aquela constitui importante meio de concretização das prestações assumidas pelo Estado, ainda que de forma indireta, com a devolução ao erário dos valores desviados ou impropriamente aplicados.

Entendida a probidade administrativa como interesse difuso de toda a coletividade, o esvaziamento de mais este instrumento de moralização da Administração e de tutela do patrimônio público representa forma de proteção insuficiente deste bem jurídico, fundamental à própria manutenção do Estado democrático (e social) de Direito<sup>23</sup>.

Vê-se no caso concreto como a ofensa ao princípio da vedação à proteção ineficiente pode ocorrer, não porque se tenta afastar a responsabilidade político-administrativa, mas sim quando se impede a aplicação das sanções civis da Lei nº. 8.429/92, mais rigorosas que as penais, oriundas dos crimes de responsabilidade da Lei nº. 1.079/50, *v.g.*

A par destas críticas, mas com argumentos que confirmam como o princípio da vedação à proteção ineficiente restou fragilizado no aresto sob exame, constata-

---

<sup>22</sup> SARLET, 2005, p. 107.

<sup>23</sup> MIRANDA, 2007, p. 507.

se que a tese prevalecente no STF simplesmente desconsiderou a regra da independência de instâncias, vigente no Direito pátrio, a partir da qual a responsabilidade civil é independente da criminal, conforme positivado no Código Civil brasileiro:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Na medida em que a Corte decidiu que os agentes ímprobos, que forem previstos como sujeitos ativos de crime de responsabilidade, não poderão ser responsabilizados por meio da Lei nº. 8.429/92, ofendeu-se a própria Constituição Federal que prevê a aplicação da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, independentemente de outras sanções cabíveis, *in verbis*:

Art. 37 [...]

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

Além do texto constitucional, outros diplomas legais cominam sanções, independentemente da penal, sem que até o momento tenha havido qualquer questionamento sobre a constitucionalidade da dupla responsabilização, a exemplo da ação de investigação eleitoral, prevista na Lei Complementar nº. 64/90 (cuja consequência também é a cassação e a inelegibilidade, tal como se sucede nos crimes de responsabilidade), além dos casos em que atos de improbidade encontram correspondência com certos delitos do Código Penal, a exemplo do crime de corrupção passiva (art. 317, do CP).

Por seu turno, a própria Lei nº. 8.429/92 prevê que o modelo de responsabilidade por ela erigido em nada se confunde com aquele desenhado por outros microssistemas jurídicos:

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

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Também a Constituição Federal, no art. 52, parágrafo único, parte final, não deixa dúvidas ao dispor que a punição pelos crimes de responsabilidade não impede a incidência de outras sanções judiciais cabíveis:

Art. 52. [...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Neste ponto convém registrar que uma linha mais garantista do Direito Penal, preocupada com uma lógica racional e humanista do *jus puniendi* estatal, defende a importância de se reduzir este mecanismo de controle social à última *ratio*, não devendo ser manejado quando o Direito puder se valer de outros

mecanismos de repressão, de natureza extrapenal, sob pena de afronta aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade. Este é o ensinamento de Nilo Batista<sup>24</sup>:

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá “unicamente quando fracassem as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”. Como ensina Maurach, não se justifica “aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão só o pagamento das despesas funerárias”. Foi observado por Roxin que a utilização do direito penal “onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica” não dispõe da “legitimação da necessidade social” e perturba “a paz jurídica”, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito.

Nesta linha de raciocínio, poderíamos concluir que não seria legítima a penalização de condutas sob a mácula de “crimes de responsabilidade” ou de outros crimes comuns, se o sistema jurídico de outras formas se encarregou de sancionar e reparar a lesão ao bem jurídico fundamental, de modo até mais eficiente, como assim o faz por meio da previsão de conseqüências civis e administrativas em caso de improbidade administrativa.

Em assim sendo, ainda que sob a égide deste princípio, as sanções civis previstas na Lei nº. 8.429/92 deveriam ser aplicadas com primazia, e não as demais sanções dos crimes comuns e de responsabilidade, lógica esta que foi invertida pela Corte Suprema, no âmbito da Reclamação nº. 2.138 – DF.

Portanto, não obstante a escolha expressa do Poder Constituinte Originário pela cumulação da responsabilidade penal com a civil, ainda que sob a égide do princípio da intervenção mínima, não haveria de prevalecer a tese do Supremo Tribunal Federal da proeminência da penalização por crime de responsabilidade, mas sim por atos de improbidade administrativa, de natureza extrapenal, como previsto na Lei nº. 8.429/92.

---

<sup>24</sup> BATISTA, 2004, p. 85 - 86.

Por outro lado, se for considerado o ponto de vista de setores da doutrina que veem no *impeachment* mera medida política, que escapa do raio de atuação e controle do Direito, da mesma forma haveríamos de concluir pela incidência da Lei n.º 8.429/92, em caso de conduta ímproba, por parte dos agentes políticos, sujeitos à Lei n.º 1.079/50.

Ora, porque os crimes de responsabilidade dependem de julgamento político pelo Poder Legislativo, deriva daí o alto risco de impunidade sobre os atos ímprobos praticados pelos agentes políticos, devido às articulações políticas com parlamentares, bem ao modo do “jeitinho brasileiro”, que inviabilizaria a isenção e a imparcialidade técnica necessárias para a corajosa decisão de punir os membros do mais alto escalão do país.

Noutro giro, a conclusão a que chegou a maioria dos ministros do STF gerou odiosa desigualdade entre os agentes políticos e os demais agentes públicos, já que as sanções da Lei n.º 8.429/92, não obstante de natureza civil, são muito mais graves que aquelas estipuladas para os crimes de responsabilidade.

Assim com um só golpe sobre os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aquele julgamento avalizou a aplicação de penas mais brandas justamente aos agentes, cujas decisões políticas ostentam o maior grau de fundamentalidade e impacto nos destinos da nação.

Isto, devido à injusta desigualdade de tratamento entre agentes públicos, já que as sanções impostas aos agentes políticos nas esferas federal e estadual, por crimes de responsabilidade, comportam apenas a perda do cargo e a inabilitação por 08 (oito) anos para o exercício de outra função.

Por outro lado, diante da tendência jurisprudencial hodierna de conferir uma interpretação mais racional aos institutos da Lei n.º 8.429/92, conforme comentado no capítulo anterior desta monografia, justamente devido à gravidade das sanções civis nela previstas, não seria justo amenizar a incidência destas regras em relação aos agentes políticos, simplesmente excluindo-os de seu regime, como acima salientado.

Tal situação, em círculo vicioso, também redundaria, em caso de concurso de agente político com outra espécie de agente público, na aplicação de sanções



diferentes a quem praticou a mesma conduta ímproba (ou até a impunidade daquele a quem não pode ser aplicada a Lei nº. 8.429/92), já que a separação dos processos será inevitável, dadas as peculiaridades e natureza das sanções do crime de responsabilidade, sem incidência sobre agentes públicos comuns.

Neste contexto também foi criado um absurdo paradoxo: determinados agentes públicos, dada a inexistência de legislação infraconstitucional disciplinando o processamento do crime de responsabilidade contra eles (malgrado previsão na CF), não ficariam submetidos nem a um diploma nem a outro, a exemplo dos desembargadores, juízes, membros do TCU, ainda que pratiquem os atos mais atentatórios à probidade administrativa.

Ao lado das críticas já aduzidas, vê-se que o resultado da Reclamação nº. 2.138 – DF abalou a segurança jurídica em vários feitos que tramitavam ao tempo daquele julgamento, vez que milhares de ações civis públicas de improbidade, movidas contra agentes políticos, foram paralisadas e podem ensejar a repetição dos valores, nas causas já decididas em que houve condenação dos agentes à reposição ao erário, segundo a Lei n.º 8.429/92.

Tal quadro de fatos não foi desprezado pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto ali proferido:

Recebi do Ministério Público do Paraná, da ilustre Procuradora-Geral de Justiça daquele Estado, Dra. Maria Teresa Uille Gomes, que é, também, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, o ofício 2.333, de 18.11.2002, no qual sou informado de que, no levantamento do número de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, propostas em face de agentes políticos, em catorze estados brasileiros, constatou-se a existência de 4.191 (quatro mil, cento e noventa e um) feitos. Em praticamente a metade dos estados-membros, há, portanto, em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento no sentido que agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiro aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente.

Da mesma forma, Flávio Cheim Jorge<sup>25</sup> narrou a eficiência no manejo das ações civis públicas de improbidade, em busca de uma Administração Pública melhor e menos corrupta, através da análise da intensa movimentação processual de feitos desta espécie, verificada em 05/10/2005, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Por último, ainda que não se trate de fundamento propriamente técnico-científico, é certo que o prevalectimento da tese da Reclamação fará com que toda a busca da sociedade por uma administração pública melhor e menos corrupta, com a devida punição daqueles que conscientemente violam a moralidade administrativa, seja colocada em plano secundário [...] Digo isso porque a partir da análise das ações de improbidade que chegaram ao Col. Superior Tribunal de Justiça e receberam julgamento colegiado, constata-se que 77% (setenta e sete por cento) refere-se exclusivamente a agentes políticos. Significa que, havendo projeção desta estatística também nos Estados, os preceitos da Constituição que consagram a probidade administrativa simplesmente deixarão de ter eficácia [...] E o mais interessante é que 67% (sessenta e sete por cento) desses agentes políticos, réus em ações de improbidade, foram condenados [...] Esses dados concretos evidenciam a importância de se expor a presente problemática, em evento desta magnitude e importância, uma vez que o emprego da ação de improbidade tem logrado êxito em condenar e afastar da vida pública, ainda que temporariamente, aqueles que agem em desacordo com os princípios que regem a administração.

Paulo Brossard<sup>26</sup> também já asseverou que a dualidade de sanções não se mostraria iníqua, quando distintas infrações se configurassem, ainda que diante do mesmo fato:

Embora possa haver duplicidade de sanções em relação a uma só falta, desde que constitua simultaneamente infração política e infração criminal, ofensa à lei de responsabilidade e ofensa à lei penal, autônomas são as infrações e de diversa natureza as sanções são aplicáveis num e noutro caso. Aliás, a circunstância de ser dúplice a pena está a indicar que as sanções têm diferente natureza, correspondentes a ilícitos diferentes.

De resto, a dualidade de sanções que, em virtude de um mesmo fato, podem incidir sobre a mesma pessoa, não é peculiaridade deste capítulo do Direito Constitucional.

Algo semelhante ocorre quando, pela mesma e única falta, conforme seja ela, o funcionário público responde a processo administrativo e a processo penal, sujeito assim a pena disciplinar e a pena criminal. Como funcionário, e enquanto funcionário, está sujeito a sanção disciplinar. Como homem, capaz e responsável, é sujeito a sanção penal. Dessa forma, em razão de um só fato, sanções administrativas podem coexistir com sanções penais, cada qual, é ocioso salientar, em sua órbita.

---

<sup>25</sup> JORGE, 2006, p. 267.

<sup>26</sup> BROSSARD, 1992, p. 70 – 74.

Originadas de uma causa comum, semelhantemente, sanções políticas podem justapor-se a sanções criminais, sem litígio, sem conflito, cada uma em sua esfera.

[...]

É que inexistente correlação obrigatória entre crime de responsabilidade e crime comum. E mesmo quando ela eventualmente ocorra, o fato de um “crime” previsto na lei de responsabilidade ser definido como crime na lei penal, não dá nem tira coisa alguma ao ilícito político, que continua a ser o que é, tão-somente, ilícito político, apreciado através de critérios políticos numa jurisdição política.

Destarte, ao processo político pode suceder, ou não, o processo criminal. Sucedendo, à condenação no juízo parlamentar não se segue, necessariamente, a condenação no juízo ordinário. No juízo político os fatos podem parecer bastantes para justificar o afastamento da autoridade a ele submetida. No juízo criminal, sob o império de critérios, que não são em tudo iguais aos que vigoram no juízo parlamentar, os mesmos fatos podem ser insuficientes para a condenação e a ação penal ser julgada improcedente. Sem escândalo, nem contradição, poderia ocorrer que ex-Presidente, despojado do cargo, mercê de condenação pelo Senado, viesse a ser absolvido pela justiça em processo criminal a que respondesse.

Embora analisando a tese, sob a perspectiva da dupla imputação de sanções políticas e penais, caso o agente político incorresse em crime comum e crime de responsabilidade, o raciocínio jurídico deste jurista não restaria prejudicado, caso aplicado no exame da responsabilidade dos agentes políticos, com base na Lei n.º 8.429/92.

Ademais, outra incongruência seria mantida no sistema, a partir da incoerência do julgado proferido no âmbito da Reclamação nº. 2.138 – DF: os prefeitos, que também se sujeitam a regime político-administrativo de punição (Decreto-lei 201/67) continuam sendo processados e punidos processamento segundo a Lei n.º 1.079/50.

Tal situação somente revela que o julgamento supracitado foi marcado por evidente casuísmo, sem maiores considerações sobre a generalidade de suas razões, para outros agentes políticos e públicos, que se encontram em situações semelhantes de improbidade administrativa.

## 5. CONCLUSÃO

Conforme se depreende dos argumentos acima colacionados, o debate sobre a impossibilidade de responsabilizar-se o agente político por atos de improbidade, na forma da Lei nº. 8.429/92, ainda não está definitivamente sepultado, embora tenha o Supremo Tribunal Federal exarado posição neste sentido, no âmbito da Reclamação nº. 2.138 – DF.

As preocupações acima expendidas ainda hoje se mantêm pertinentes, não só devido ao contexto histórico que vive a Suprema Corte do país, de revisão de uma série de seus julgados, até então tidos como pacificados, mas principalmente pelo imperativo ético de perseguir-se o sentido republicano em todas as esferas do Poder Público nacional, para a consecução da dignidade da pessoa humana, via moralização no processo de conduzir a *res publica*.

Só assim os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito poderiam ser cumpridos, na medida em que construída uma boa administração pública, para a direção da coisa pública em prol de todos os cidadãos.

Espera-se, então, que a matéria possa ser novamente entabulada e que os fatores de crítica ínsitos à conclusão do julgamento da Reclamação nº. 2.138 – DF não sejam desprezados.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito Brasileiro*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade Administrativa. Questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso), 1995. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI.HTM](https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM). Acesso em 29 de julho de 2010, às 09h18.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do impeachment no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FARIA JÚNIOR, Cesar. *O impeachment e os crimes de responsabilidade: Aspectos procedimentais da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950*. In: FARIA JÚNIOR, Cesar (coord.), *Processo penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201 – 237.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública e a Interpretação do Direito Administrativo*. Acesso em [http://www.editoraforum.com.br/sist/ip/mensagem\\_clima.asp](http://www.editoraforum.com.br/sist/ip/mensagem_clima.asp), em 29 de julho de 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORGE, Flávio Cheim. *A Tutela da Probidade Administrativa: crime de responsabilidade ou ação civil de improbidade administrativa?* Revista de Processo, São Paulo - SP, v. 31, n. 131, p. 258-267, 2006.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. *Administração Pública no Brasil: Crises e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2000.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade*. Revista dos Tribunais, v. 96, n. 857, p. 478-514, mar. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10a. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.