

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós – Graduação Latu Sensu em
Direito Público

RODRIGO FREITAS CARBONE

**A NATUREZA JURÍDICA DA LEI 8.429/92
(IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) EM FACE
DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DE
FORO**

BRASÍLIA - DF

2007

RODRIGO FREITAS CARBONE

**A NATUREZA JURÍDICA DA LEI 8429/92
(IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) EM FACE
DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DE
FORO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós – Graduação Latu Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Marco Aurélio de Melo

Brasília – DF

2007

RODRIGO FREITAS CARBONE

A NATUREZA JURÍDICA DA LEI 8.429/92 (IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) EM FACE DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DE FORO.

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

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora :

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho ao meu querido pai e amigo, que sempre esteve ao meu lado principalmente nos momentos mais difíceis, com sua força, caráter e honra inabalável. Nele procuro me espelhar e trilhar o meu caminho todos os momentos da minha vida.

Agradeço aos meus familiares em geral, e minha mãe pelo o exemplo de mulher guerreira e vitoriosa que é. Ao meu orientador, Professor Marco Aurélio de Melo, e a todos os demais professores do IDP, pela amizade e excelência no ensino, que me estimularam a crescer como homem e profissional.

“É dever de todo homem, para consigo mesmo, o de repelir, por todos os meios que dispuser, toda agressão ao direito, na qual esteja envolvida sua pessoa, pois mantendo-se passivo diante do ataque, estará aceitando, ao menos por um momento, a ausência do direito em sua vida.”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Este trabalho investiga e busca trazer reflexões sobre o âmbito de abrangência da Lei 8.249/90, conhecida como lei de improbidade administrativa, mais especificamente a sua aplicabilidade em relação aos agentes públicos e políticos que possuem prerrogativa de foro. Como em toda reflexão jurídica inicia-se com o panorama constitucional de combate à improbidade, dando especial relevo aos princípios ali contidos. O tema gira em torno de conceitos administrativistas, políticos e sociais. São trazidos para o estudo embasamentos da doutrina e jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, para que o leitor possa se situar e elaborar seu particular juízo de valor sobre as polêmicas apresentadas. É importante ressaltar que a ótica dada ao trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista as inúmeras variantes possíveis a depender do caso concreto. Definir a natureza jurídica da lei de improbidade administrativa também é outro ponto polêmico e que traz grandes consequências jurídicas. Sobre tal polêmica mencionamos as posições antagônicas tanto na doutrina como jurisprudência, alguns entendendo que se trata de lei com grande característica penal. Outros sustentam a natureza de infração político-administrativa, além daqueles que defendem uma natureza diferenciada. É apresentado também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à prerrogativa de foro e o âmbito de sua extensão. A divergência sobre eventual bis in idem entre Lei de improbidade e os chamados crimes de responsabilidade, que afeta também a prerrogativa de foro, também integram o estudo em questão. Em suma a proposta da pesquisa visa abordar: a importância dos princípios constitucionais da administração no trato da improbidade; a necessidade de determinar-se a natureza jurídica da Lei 8.429/90; a posição do Supremo Tribunal Federal sobre tais polêmicas e as consequências jurídicas advindas.

INTRODUÇÃO	10
1 - PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
1.2 Princípio da Impessoalidade.....	16
1.3 Princípio da Moralidade.....	16
1.4 Princípio da Publicidade.....	19
1.5 Princípio da Eficiência.....	20
1.6 Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o interesse privado.....	22
1.7 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.....	24
1.8 Princípio da probidade administrativa.....	25
2 - BREVE EVOLUÇÃO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	27
3 - NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	29
3.1 Agentes políticos e agentes públicos.....	33
3.2 Dos crimes de responsabilidade e a improbidade administrativa.....	38
4 - RECLAMAÇÃO 2138-6 E A ÓTICA PROVISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	40
4.1 Da divergência sobre a incidência da Lei 8.429/92 para os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade.....	48

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI 10826/02, EM FACE DA RECLAMAÇÃO 2138-6 DF.....	51
6. ADI 2767 X RECLAMAÇÃO 2183-6	61
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o âmbito de incidência da Lei de improbidade administrativa e a consequência jurídica de tal aplicação em face da prerrogativa de foro de determinados agentes públicos em sentido amplo.

O interesse pela respectiva pesquisa surgiu com a constatação da relevância social que possui o combate à improbidade administrativa no Brasil, onde a corrupção carcome o aparelho estatal, inviabilizando a implementação efetiva das políticas públicas imprescindíveis para o desenvolvimento nacional.

A primeira grande polêmica atinge a natureza jurídica da lei de improbidade administrativa, onde apresentamos as divergências no campo doutrinário e jurisprudencial, ora sustentando o caráter de lei penal ora de infração político administrativa.

Outro aspecto relevante refere-se ao conceito de agente público e agente político, que importará em divergência sobre a incidência da Lei 8.429/90 com relação a estes últimos.

Ao corpo do estudo são trazidas as demandas de maior relevância para o tema e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o presente trabalho busca pautar-se na máxima efetividade dos preceitos constitucionais, que foram abordados no primeiro capítulo sob o título de princípios constitucionais da administração pública: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e eficiência.

No segundo capítulo é analisada a evolução histórica do combate à improbidade administrativa no Brasil, demonstrando a preocupação do legislador em aprimorar o sistema de proteção da moralidade.

Em seguida, o terceiro capítulo trata do andamento da Reclamação 2138-6/DF, cujo objeto é a discussão sobre a incidência ou não da Lei de improbidade administrativa no caso de agentes políticos figurarem como Réus.

A divergência sobre a natureza jurídica da lei 8.429/90 é tratada no quarto capítulo, onde se demonstra quais as posições existentes sobre o tema, tanto na doutrina como na jurisprudência. Como desdobramento do referido capítulo demonstra-se a diferenciação conceitual entre agente público e agente político e a consequência prática de tal assertiva.

Também foi trazida a diferença, no plano teórico, sobre a conceituação de crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa, para que melhor se possa entender o alcance concreto das consequências institucionais.

Posteriormente, a reflexão sobre a divergência da aplicabilidade ou não da lei de improbidade em face dos agentes políticos toma contornos mais aprofundados, onde se demonstra a polêmica existente por parte dos juristas em sentido amplo.

O quinto capítulo refere-se ao julgamento da inconstitucionalidade, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei 10.826/03, que atribuía prerrogativa de foro para os agentes ímprobos.

No sexto capítulo, fazemos uma cotejo entre a ADI 2767 e a Reclamação 2138-6, demonstrando as consequências do julgamento da primeira em relação ao desta última, que se encontra pendente até o presente momento.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em um primeiro momento, necessário se faz estabelecer um conceito de Administração Pública. A Administração é a atividade concreta do Estado direcionada à satisfação das necessidades coletivas, de forma direta, contínua e permanente.

Em sentido formal, consiste no conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Desse modo, a Administração é todo o aparelho estatal destinado à realização dos serviços visando à satisfação das necessidades de interesse público.

A Constituição vigente dedica especial atenção à Administração Pública, destinando um capítulo próprio a regulamentá-la (Capítulo III do Título III). Em seu artigo 37, caput, enuncia de forma expressa os princípios atinentes à Administração Pública, os quais devem ser observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos.

Dispõe o referido artigo:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...).”

Pelo que se observa, o constituinte só reportou à Administração Pública cinco princípios: da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Entretanto, há outros princípios que devem servir de padrão para o exercício da atividade administrativa de caráter público e que não encontram de forma explícita em normas. São aqueles que defluem no todo do ordenamento jurídico, estando implícitos no sistema. Eros Roberto Grau os aponta da seguinte maneira:

Com efeito, eles não constituem criação jurisprudencial, por um lado, nem preexistem, por outro, externamente ao ordenamento – ou à Constituição. Assim, a autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para decisão de determinada solução normativa, simplesmente comprova sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do Direito que aplica, declarando-os.

Os princípios gerais do Direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E os são justamente porque neste

mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência¹

No presente trabalho é de suma importância a elucidação deste ponto, tendo em vista que a Lei 8429/92 reconhece de forma explícita a densidade normativa dos princípios da administração pública. Para Mauro Roberto Gomes de Mattos o art.4º da Lei 8429/92 é redundante, tendo em vista que determina que o administrador deverá velar pelos princípios constitucionais que já estão arrolados pelo art.37 da Carta Magna (MATTOS,p.64).

Embora o artigo 37 da CF trate apenas de cinco princípios (legalidade,moralidade,imessoalidade e eficiência) o ordenamento jurídico prevê outros princípios aplicados diretamente à administração pública. A Lei 9784 (que trata sobre o processo administrativo federal), em seu artigo 2º estabelece:

“A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

¹ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 114-115.

1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade (artigo 5.º, II da Constituição Federal), é um dos basilares do Estado de Direito. Conforme afirma Capez dá ao Estado a qualificação como Estado de Direito, ou seja, o povo exerce o poder através das Leis. É a submissão do Estado à Lei (Capez, p.237). Tal princípio aplica-se à Administração Pública de forma mais rigorosa. Pode-se dizer que a legalidade do artigo 5.º, II da CF/88 é em sentido amplo. Por ela, o particular só é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Assim, é lícito ao particular atuar no campo da omissão da lei, sendo-lhe permitido realizar tudo o que a lei não proíba.

Diferentemente incide este princípio na Administração Pública. Por ele, o administrador público só irá fazer o que o está expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas²

Não há na Administração Pública liberdade nem vontade pessoal. O agente público não atua segundo sua vontade subjetiva, mas sim, em conformidade com a lei. Tal diferença entre a incidência do princípio da legalidade no Direito Privado e no Direito Administrativo se explica pela natureza das normas que compõem cada um.

Enquanto no Direito Privado vigora o princípio da autonomia da vontade, prevalecendo normas dispositivas que podem ser afastadas pela vontade das

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67-68.

partes, no Direito Administrativo, as normas são, em sua maioria, de ordem pública, não podendo ser descumpridas ou afastadas nem mesmo por acordo entre os interessados, pois contêm verdadeiros poderes-deveres, irrenunciáveis pelos agentes públicos.

1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade impõe ao administrador público que, ao praticar qualquer ato, vise sempre seu fim legal. No campo da administração, o fim legal de todo e qualquer ato administrativo é o interesse público, que é o objetivo que a lei indica para que a prática do ato de dê de foram impessoal. O professor Hely Lopes Meirelles também conceitua o princípio da impessoalidade como princípio da finalidade.

Desse modo, o administrador só pode praticar atos com finalidade pública, sendo-lhe vedado praticá-los movido por interesses pessoais ou de terceiros. Insta acentuar que o ato praticado sem a observância do interesse público constitui abuso de poder, sob a modalidade de desvio de finalidade.

1.3 Princípio da moralidade

A moral, no âmbito da Administração Pública e diferentemente dos outros ramos do Direito, encontra-se positivado. Assim, o Administrador Público, no exercício de suas funções, deve respeito não só à estrita legalidade, mas também aos valores éticos e morais.

Em se tratando de ato administrativo, não basta que haja o controle da legalidade, sendo preciso mais: deve ser aferida também a moralidade, através do controle da legitimidade do ato. Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina:

"Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos."³

A moralidade administrativa está intimamente ligada à idéia de probidade e de bom administrador. Cabe destacar a proximidade conceitual entre a probidade e a moralidade; probidade é característica do probo, de caráter íntegro, honrado. Inegável que a integridade e a honradez integram os elementos da lealdade e da boa fé, mencionados por Celso Antônio, como componentes da moralidade. Assim, ato de improbidade administrativa certamente é ato atentatório à moralidade administrativa, o que destaca o caráter complementar à Constituição, *lato sensu*, da Lei n. 8.429/92.

³ "Elementos de Direito Administrativo", Malheiros, 3ª Ed., p. 61

Aristides Junqueira faz a distinção entre imoralidade administrativa e improbidade⁴:

“Imoralidade administrativa não se confunde com improbidade administrativa, pois esta é forma qualificada daquela.”

Improbidade administrativa pode ser definida 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.

Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa.

Tendo em vista a gravidade da conduta administrativa, eivada de improbidade, a única interpretação aceitável para o § 4º do art.37 da Constituição Federal é a de que as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda do cargo são obrigatória, já que não se pode admitir que alguém declarado ímprobo possa permanecer no serviço público.

Não se há de cogitar, portanto, de proporcionalidade ou razoabilidade na aplicação das sanções previstas na aludida norma constitucional quanto à natureza delas, mas somente quanto à quantidade.

⁴ “Reflexões sobre improbidade administrativa”, in Aristides Junqueira, Improbidade Administrativa (questões polêmicas e atuais), Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p.111.

Se forem injustas, porque desproporcionais ou desarrazoadas em face da conduta do agente, as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda do cargo público, há de se concluir que não se está diante de um ato de improbidade – e, conseqüentemente, não se pode usar a Lei 8.429, de dezembro de 1992, pois esta versa apenas sobre atos de improbidade.

Atos administrativos contrários aos princípios da legalidade ou da moralidade administrativa (mas não com índole de improbidade) devem ser perseguidos por ação popular ou por ação civil pública, mas não por ação de improbidade administrativa.

A moralidade do ato administrativo, finalidade e a legalidade constituem pressupostos de validade da atividade administrativa. Em decorrência da moralidade administrativa, exige-se que haja proporcionalidade entre os meios e os fins do ato administrativo, as restrições impostas à coletividade sejam proporcionais aos benefícios por ela auferidos. Daí concluirmos que o princípio da razoabilidade deve ser norteador da moralidade administrativa.

1.4 Princípio da publicidade

A publicidade, como princípio da Administração Pública, consagra a idéia de ser dever do administrador e demais agentes públicos manter a transparência de seus atos. No Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo, não se concebe que sejam ocultados aos administrados os assuntos de interesse de toda a coletividade, mais ainda, que aqueles sujeitos especificamente afetados por alguma medida não venham a ter conhecimentos dos atos que lhe dizem respeito.

Como conseqüência da publicidade exige-se que toda atuação estatal seja pautada pela transparência efetiva, não se limitando apenas à divulgação oficial de seus atos, mas também permitindo aos administrados o conhecimento da conduta interna de seus agentes. Alguns atos, dada sua importância, só serão aptos a

produzir seus efeitos a partir do momento em que se tornarem públicos. Assim, constitui verdadeiro requisito de eficácia dos atos administrativos.

Noutro giro, o princípio da publicidade possui também caráter instrumental, viabilizando o controle externo, por parte dos administrados dos atos administrativos. Os instrumentos processuais constitucionais para garantir efetividade de tal mandamento são o mandado de segurança, o habeas data e a ação popular, entre outros.

O processualista Fredie Didier ressalta que a restrição à publicidade tanto pode ter como causa razões de interesse público como também o escopo de preservar a intimidade, porém sempre pautado pelo princípio da proporcionalidade (2006,p.80).

Por fim, o direito à informação, também conhecido como direito de petição ,previsto no artigo 5.º, XXIII da CF/88, e o direito à obtenção de certidões, inserto no artigo 5.º, XXXIV, “b” da Carta, têm também por fundamento o princípio da publicidade.

1.5 Princípio da eficiência

O renomado HELY LOPES MEIRELLES, definiu o princípio da eficiência, como “o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”, e acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração”... (MEIRELLES, 2002).

Para a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma

de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público” (DI PIETRO, 2002).

O administrador público e seus agentes devem perseguir o bem comum, através do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa e eficaz, priorizando a adoção de critérios legais e morais que possibilitem a realização dos fins que cabe ao Estado alcançar.

A eficiência, juntamente com a moralidade e a legalidade, exige que o agente sempre busque o melhor resultado, obedecendo sempre a lei e os padrões éticos inerentes ao bom administrador, além de ter que adotar critérios razoáveis, em respeito ao princípio da razoabilidade, para consecução dos objetivos do Estado.

José Afonso da Silva explica que o princípio da eficiência não é um conceito genuinamente jurídico, mas econômico, que ao invés de qualificar normas qualifica atividades. Significa fazer com racionalidade, medindo o custo de satisfação do interesse público em relação ao grau de utilidade alcançado (SILVA, P.651).

Expostos os princípios da Administração Pública explicitados no caput do artigo 37 da Lei Maior, dois outros merecem destaque em vista de serem fundamentos de validade de toda a atividade administrativa, impondo a todo administrador a observância dos valores neles expressos como legitimadores de seus atos. Cuida-se do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração.

1.6 Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Esse princípio declara a superioridade do interesse da coletividade, fixando sua prevalência sobre o interesse particular. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados. Na verdade, trata-se de um princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, funcionando como sua própria condição de existência. Para esse autor trata-se de princípio fundamental para o Direito Administrativo.

Uma vez assentado que o interesse geral deve sempre prevalecer sobre o particular, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público. Com efeito, nas relações com particulares, o órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo encontra-se em posição privilegiada.

Essa posição confere à Administração Pública uma série de benefícios visando a consecução da finalidade pública inerente à atividade estatal. Destes benefícios, destacam-se a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, a outorga de poderes para a Administração Pública (poderes de polícia, disciplinar, normativo, discricionário e hierárquico), a previsão de prazos maiores nos processos judiciais e prazos especiais de prescrição, inversão do ônus

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 60

da prova na maioria dos casos, bem como a possibilidade de inserção de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Além desses, decorrem diretamente do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular a auto-executoriedade e a exigibilidade dos atos administrativos que correspondem, respectivamente, à execução de seus atos de ofício, sem recurso ao Poder Judiciário, e à possibilidade de exigir de terceiro o cumprimento e a observância das obrigações impostas por si e, ainda, a autotutela da Administração, que consiste no poder que essa tem de anular ou revogar seus próprios atos. Ressalta-se ainda que, nas mesmas relações com os particulares, a Administração se encontra em posição de supremacia.

Daí falarmos que estas relações são verticais, prevalecendo entre as partes um vínculo de subordinação, ao passo que as relações entre particulares se caracterizam pela horizontalidade e pela coordenação que as orienta. Isso significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando frente aos particulares, de modo a melhor gerir os interesses públicos.

Entretanto, as prerrogativas concedidas à Administração sofrem limitações pelos próprios direitos e garantias individuais e pelo princípio da legalidade, o qual impõe que estas prerrogativas favoráveis à Administração só são legítimas quando exercitadas nos termos e nos limites da lei.

A Administração Pública, ao fazer uso de tais prerrogativas, não o faz com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercem seus direitos. Isso porque a Administração exerce função e está, por conseguinte, investida no dever de satisfazer os interesses públicos em prol da coletividade.⁶ Assim, o uso das

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 60-64

prerrogativas é legítimo quando e se indispensável ao atendimento do interesse público.

1.7 Princípio da indisponibilidade do interesse público pelo administrador

Inicialmente, a idéia de interesse público pode parecer antagônica com aquela de interesse particular. Entretanto, estes dois tipos de interesse estão intimamente ligados, vez que o interesse público, na verdade, é o interesse individual considerado coletivamente ou, como melhor conceitua o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...)o interesse público, interesse de todo o conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)(...).⁷

A partir daí, torna-se possível compreender a posição de supremacia do interesse público e sua indisponibilidade pelo administrador. O Princípio da

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 56-57

Indisponibilidade do Interesse Público pelo Administrador é decorrência lógica da supremacia do interesse público.

Segundo esse princípio, a Administração Pública não pode dispor dos interesses públicos, nem renunciar aos poderes que a lei lhe concedeu para a gerência de tais interesses. A razão de tal limitação é que o titular dos interesses públicos é o Estado, só podendo a lei autorizar sua disposição ou renúncia.

À Administração e aos seus agentes, cabe apenas o dever de curá-los em conformidade com as finalidades legais previamente estabelecidas. Como já dito, os agentes públicos, ao exercerem função administrativa, não o fazem de acordo com sua vontade pessoal e, logo, não possuem a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercem seus direitos, devendo observância restrita da lei. Bens e interesses públicos não são postos à livre disposição da vontade da Administração.

1.8 Princípio da probidade administrativa

O princípio da probidade administrativa ,segundo Wallace Paiva Martins Júnior, determina a necessária observância de postulados éticos no transcorrer da atividade administrativa.Seus principais vetores estão calcados na boa-fé,honestidade, interesse público (2006,p.101). Para alguns autores a probidade está contida dentro do princípio da moralidade⁸.

⁸ . “Como, contudo, o art.37, no seu caput, elenca a moralidade como princípio da atuação administrativa pública, temos para nós que o próprio alargamento da noção de improbidade

Maria Silvia Z. Di Pietro elucida a abrangência dos termos citados fazendo as seguintes distinções:

“enquanto a lesão á probidade administrativa era definida no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com a característica da tipicidade, própria do Direito Penal, implicando definição precisa dos elementos constitutivos da infração, a moralidade administrativa aparece como princípio, ou seja, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido”⁹

⁹ Maria Silvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 17ª ed. p.695/696.

Como já fora mencionado anteriormente, com o advento da Lei 8429/92 o conceito de conduta ímproba foi ampliado, deixando de se referir apenas àquelas hipóteses em que a conduta do agente gera enriquecimento ilícito. Percebe-se que a intenção do legislador foi estabelecer parâmetros flexíveis para o melhor enquadramento de determinada conduta ao sistema de tutela da probidade.

2. BREVE RETROSPECTO DA EVOLUÇÃO NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Em uma análise mais detida aos antecedentes da tutela repressiva da improbidade administrativa se verifica que tal fenômeno teve seus esboços originariamente no seio do direito penal com a Constituição Federal de 1824 que estabelecia, em seu artigo 157, a possibilidade de ajuizamento de ação popular contra juízes de direito e oficiais de justiça, em sentido amplo, por suborno, peita, peculato e concussão.

Num segundo momento a proteção à probidade seguiu um viés diverso para o campo extrapenal, alcançando status de sanção constitucional. Após o advento da Lei 3.164/57 foi promulgada a Lei Federal n.3.502/58, também conhecida como Lei Bilac Pinto que deu maior amplitude aos conceitos essenciais para o rama tais como: função pública e entidades administrativas.

Em 13 de dezembro de 1968, foi editado o Ato Institucional n.5, que concedeu poderes ao Presidente da República, excluindo a apreciação judicial, para o decreto do confisco de bens daqueles que houvessem enriquecido ilícitamente no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Através do Decreto-lei Federal n.359/69 foi instituída a Comissão Geral de Investigações no Ministério da Justiça com intuito de viabilizar investigações sumárias com possibilidade de confisco. O Ato Complementar n.42, regulamentou tal confisco e também esclareceu o que seria enriquecimento ilícito.

Posteriormente, o Ato Institucional n.14 deu nova redação ao art.150,§ 11 da Constituição Federal , determinando que a legislação infraconstitucional iria dispor sobre as regras do confisco e perdimentos de bens por prejuízos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo.

Em 17 de outubro de 1969, a Emenda n.1 á Constituição Federal de 1967 preservou o contido no artigo 153,§11, com a mesma redação dada ao artigo 150 já citado. Determinou que a legislação infraconstitucional deveria dispor sobre “ o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública,direta ou indireta”,permitido ainda, no artigo 154, a suspensão dos direitos políticos, por prazo determinado, pelo Supremo Tribunal Federal, desde que por representação do Procurador- Geral da República.

Porém, a Emenda n.11, de 13 de outubro de 1978, alterou o art.153,§11,determinando Á Lei infraconstitucional a incumbência de regular sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou em caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, revogando os atos institucionais e complementares contrários aos seus mandamentos. É neste momento que o dano ao erário passa a compor o conceito de improbidade administrativa em âmbito constitucional. No entanto o decreto de perdimento de bens era de competência concorrente entre o Presidente da República e do judiciário,mas na primeira hipótese não havia possibilidade de apreciação judicial ulterior.

A suspensão dos direitos políticos tomava contornos de penalidade ao abuso de direito individual ou político ligados à corrupção, onde a sanção se dava em instância originária no Supremo Tribunal Federal

A Lei 8429/92 surge num momento em que o país enfrentava uma grande crise ética na administração onde pela primeira vez na história do Brasil o Presidente

da República era apontado como agente ímprobo. Certamente esse ambiente culminou na aprovação da referida Lei. Era preciso que o legislador desse uma resposta para sociedade que clamava por transparência e lisura no trato da coisa pública por parte dos seus representantes.

As inovações trazidas pela atual Lei de improbidade administrativa foram substanciais, comparando-se ao ordenamento anterior. O conceito de improbidade administrativa não ficou adstrito apenas nos casos de enriquecimento ilícito, passou também a abranger as hipóteses em que o agente público causa prejuízo ao erário ou que sua conduta afronte algum princípio da administração.

Ademais, outros institutos foram inseridos no procedimento de apuração de improbidade, tais como: inversão do ônus da prova para os casos em que o agente suspeito ostenta patrimônio de valor diametralmente incompatível com o exercício da atividade pública; ampliação do conceito de agente público e das entidades cujo patrimônio é tutelado, dentre outras.

3. NATUREZA JURÍDICA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Esse é um dos temas, dentro do estudo da tutela da probidade administrativa, que tem causado grande polêmica principalmente por parte da jurisprudência. Basicamente encontramos três posições com enfoques distintos.

A primeira corrente sustenta que a Lei de improbidade administrativa possui genuinamente uma conotação de natureza penal, tendo em vista que as sanções previstas em seu bojo, que muito se assemelham ao contido no estatuto penal. A segunda defende que seus efeitos possuem natureza administrativa e patrimonial (cível lato sensu). A última adota posição mista, no sentido de que, dependendo da autoridade que figurar no pólo passivo da demanda, ela terá

conotação de crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

Dentre outros argumentos trazidos pela doutrina para fundamentar a natureza não penal da Lei de improbidade, destacamos os seguintes:

a) Caso fosse reconhecida a natureza penal da Lei de improbidade administrativa poderia gerar gravosas consequências, tendo em vista que o Direito Penal é regido não só pela legalidade como também pelo princípio da tipicidade. Rogério Grecco explica que os tipos penais incriminadores são compostos de preceito primário e secundário. O primeiro tem a incumbência de fazer a descrição detalhada e perfeita da conduta incriminadora (tipicidade estrita) e o segundo visa individualizar a pena (GRECCO, 2006, P.24).

Nesse diapasão, verifica-se que a Lei de improbidade administrativa não se amolda perfeitamente aos fundamentos exigidos pelo direito penal, já que possui enquadramento mais amplo para configuração de improbidade, temos como exemplo a conduta que fere os princípios da administração, que demasiadamente ampla sua incidência.

b) O Direito Penal determina que nenhuma pena passará da pessoa de seu condenado. Caso fosse aplicada a Lei de improbidade com o viés penal o art. 8º da referida Lei seria inconstitucional, já que determina que “ O sucessor daquele que causou lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite da herança”.

c) Mesmo para aquelas autoridades que possuem procedimento próprio para perda do cargo, como é o caso do Presidente da República, nada impede que a ação de improbidade contenha em seu bojo outros pedidos condenatórios diversos da destituição do cargo, por exemplo o ressarcimento ao erário.

No âmbito da jurisprudência, destaca-se, para efeitos deste trabalho, a Reclamação nº. 2138-6/DF, dirigida ao Supremo Tribunal Federal e que teve como relator o Ministro Nelson Jobim. A referida demanda originou-se em virtude de uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o

Ministro da Ciência e Tecnologia na época em que o Presidente da República era Fernando Henrique Cardoso.

A infração apontada refere-se ao uso indevido de aeronave da FAB – Força Aérea Brasileira – para transporte particular do ministro e de terceiros, de forma incompatível com a natureza da atividade exercida pelo cargo.

Adentrando, então, na análise dos argumentos que informam a citada reclamação, afirma o relatório que os chamados “agentes políticos” tais como o Presidente da República ou ministros, não podem submeter-se à regência da lei de improbidade, posto que, a seu respeito já haveria regime normativo próprio no âmbito dos chamados “crimes de responsabilidade” os quais são previstos na Lei 1.079/50 também conhecida como lei do *impeachment*.

Com efeito, o artigo 9º da citada lei de 1950 prevê hipótese de crime de responsabilidade contra a probidade administrativa, o qual, no seu item 7 contempla como causa de punição, a conduta de “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo” . Por ser assim, conclui o relator, Ministro Jobim, os crimes de responsabilidade, tanto se referem a crimes propriamente ditos, como também a infrações político administrativas.

Com isso, a lei dos crimes de responsabilidade de 1950 define condutas de ordem administrativa e política que podem levar a conseqüências semelhantes às previstas na lei de improbidade de 1992. Ante tal situação, a forma de prevenção do chamado *bis in idem* pelo relator, deveria ser o critério hermenêutico da especialidade, vale dizer, para agentes políticos se aplicaria integralmente e exclusivamente a Lei 1079/50 e não uma lei que abrange todos os agentes do Estado tal como é o caso da Lei 8429/92 o que, na época do relatório, acarretaria o foro especial de julgamento – ao contrário da lei de improbidade - típico das condutas penais atribuíveis a alguns dos agentes políticos, tal como o prevê o artigo 102, I alíneas “a” e “c” da Constituição Federal e também já previsto na Lei 1.079/50, recepcionada pela Constituição.

Analisando-se tais argumentos com uma atenção maior, não há razão para entender-se que certas condutas não possam ter previsão punitiva em mais de uma

lei e para os mesmos agentes, desde que a natureza do processo, o âmbito de aplicação e as conseqüências punitivas sejam diferentes e considerando-se, também, que as hipóteses das normas, dificilmente serão idênticas de forma absoluta o que levará a optar por aquela que de forma mais precisa, descreva a conduta a ser regulada.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal tem concedido, liminarmente, as suspensões dos processos por improbidade administrativa que tramitam em instâncias diversas até que seja pacificado o tema com o julgamento da Reclamação nº 2138-6/DF, conforme se verifica no seguinte julgado:

”DECISÃO COMPETÊNCIA - AÇÃO DE IMPROBIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.797-2/DF - RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6/DF - POSSÍVEL EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA - SOBRESTAMENTO. (RE 377114/SP, relator Ministro MarcoAurélio)

1. O Plenário do Supremo, em sessão realizada no dia 15 de setembro de 2005, julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2/DF e proclamou a incompatibilidade, com a Carta da República, da Lei nº 10.628/2002, no que esta acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal. Considerou-se que a ação de improbidade administrativa teria natureza civil e, assim, não atrairia a competência por prerrogativa de função. No entanto, encontra-se com julgamento iniciado no Pleno a Reclamação nº 2.138-6/DF, que conta com seis votos - prolatados pelos ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso - no sentido de equiparar os atos de improbidade

aos crimes de responsabilidade. 2. Ante possível mudança na orientação do Tribunal quanto ao tema versado neste processo, determino o sobrestamento.

3. Publiquem. Brasília, 27 de abril de 2006.”

Eugênio Pacelli sustenta a natureza civil-administrativa da improbidade, afirmando a total inadequação de regular-se matéria atinente à improbidade administrativa, que não possui conteúdo nem forma penal, no corpo de legislação processual penal (2006,p.196).

Tais interpretações devem ater-se ao conceituado por Cândido Rangel Dinamarco como o Direito processual constitucional, que é aquele onde se leva em conta as recíprocas influências entre a Ordem constitucional e o sistema processual, caso contrário incorrer-se-ia em aplicação equivocada dos dispositivos em cotejo(2002,p.53)

3.1 Agentes políticos e agentes públicos

Com a expressão agente público, designamos todas as pessoas que agem corporificando o Estado. Como assevera Lúcia Valle Figueiredo, com apoio em Celso Antônio Bandeira de Melo e em doutrinadores estrangeiros, o conceito de agente público é bem mais amplo que o de funcionário público, pois nele estão incluídos, além dos funcionários públicos, os agentes políticos e os particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública, inclusive os contratados temporariamente (Cf. Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 263).

No que importa especialmente ao presente estudo, temos que a expressão abrange os agentes políticos e os agentes administrativos ou servidores públicos em sentido estrito, sendo relevante a distinção entre essas duas categorias de agentes públicos em razão das condições em que se caracteriza a responsabilidade civil dos integrantes de cada uma delas.

Integram a categoria dos agentes políticos as pessoas que atuam em nome do Estado, como governantes, sem os vínculos ordinários de subordinação hierárquica. Sobre essa categoria de agentes públicos, escreveu Hely Lopes Meirelles:

"Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder."

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais,

judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 73 e 74

São também agentes públicos os agentes administrativos, categoria integrada pelos servidores públicos que não se qualificam como membros dos poderes do Estado, nem o representam. Sobre essa categoria de agentes públicos escreveu Hely Lopes Meirelles:

"Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou entidade a que servem, conforme o cargo ou a função que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 74 e 75).

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, *in verbis*:

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

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *múnus público*.

A Relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba procedente oposição às alterações supervenientes, sub color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 17ª Edição, p. 230).

O conceito acima, elucida que o que caracteriza os agentes políticos é o cargo que ocupam, de elevada hierarquia na organização da Administração Pública, bem como a natureza especial das atribuições por eles exercidas, não se levando em consideração o sujeito que ocupa o cargo, mas o cargo que é ocupado.

Em seu artigo 1º, a Lei nº. 8.429/92 procurou conceituar quais os sujeitos estariam abrangidos à sua esfera de responsabilidade, utilizando-se de expressão mais ampla possível a alcançar a generalidade das pessoas que, de qualquer forma, exercem múnus público, conforme o que dispõe a Lei:

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

No caso em questão a interpretação literal do dispositivo em questão é consentânea com a evidente finalidade teleológica da norma, qual seja, incluir na sua esfera de responsabilidade todos os agentes públicos, servidores ou não, que incorram em ato de improbidade administrativa.

É importante ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa não exige que o agente seja servidor público, tendo em vista que a previsão expressa da não se exigir tal qualidade com o escopo de aplicação das sanções contidas na referida lei.

Com efeito, os agentes políticos, conforme posição doutrinária e jurisprudencial majoritária estariam incluídos no regime da Lei nº. 8429/9. Porém, o posicionamento recente do STJ no RESP n. 456649/MG não entendeu no mesmo sentido aludido acima, conferindo "imunidade" dos agentes políticos no âmbito civil.

3.2 Dos crimes de responsabilidade e a improbidade administrativa

Conforme ensina Michel Temer (2002,p.165), os crimes de responsabilidade são aqueles capitulados no artigo 85 da Constituição Federal e praticáveis por pessoas investidas de certas funções.

Analisando em cotejo a Constituição Federal e a Lei 1079/50 chega-se a uma noção de quais agentes públicos podem ser enquadrados no espectro dos crimes de responsabilidade. A Constituição Federal estabelece um rol taxativo dos agentes que estão sujeitos aos crimes de responsabilidade, são eles: Presidente da República e Vice-Presidente (arts.52,I e 85).

Cabe ressaltar que dentre algumas das condutas consideradas como crime de responsabilidade estão aqueles que atentem contra a probidade administrativa (art.85,V,da CF); Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha; Exército e Aeronáutica;Ministros do STF; membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; Procurador – Geral da República ; Advogado Geral da União; membros dos Tribunais Superiores; Tribunal de Contas da União; chefes de missão diplomática de caráter permanente; desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;membros dos Tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal; desembargadores dos Tribunais Regionais Federais; dos Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitorais; membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais; juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da justiça Militar e Eleitoral e os membros do Ministério Público da União.

Com relação aos Governadores e seus Secretários não há previsão constitucional de que eles venham responder por crime de responsabilidade. Porém, tendo em vista o entendimento do Supremo Tribunal Federal que considera que a Lei 1.079/50 foi recepcionada pela Constituição federal, é pacífico o entendimento

pela incidência da referida Lei quando estas autoridades praticarem condutas típicas.

No tocante aos prefeitos municipais não há na Lei 1.079/50 nem na Constituição qualquer previsão de punição por crime de responsabilidade, tendo em vista que para esses agentes se aplica o Dec.- lei 201/67, onde o art. 4º prevê a responsabilização por infrações político – administrativas, cujos processo e julgamento caberão À respectiva Câmara Municipal.

A competência para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, ora caberá ao legislativo ora ao judiciário, tudo a depender do sujeito ativo. Caso o agente seja do executivo federal, estadual e municipal, haverá uma exceção ao monopólio do Poder Judiciário, uma vez que o julgamento caberá ao respectivo legislativo.

Sendo o agente o Presidente ou Vice-Presidente da República, o julgamento dos crimes de responsabilidade caberá ao Senado Federal, após o juízo de admissibilidade para a instauração do processo, feito por parte da Câmara do Deputados. Verifica-se que também cabe ao Senado o julgamento em relação aos Ministros de Estados e os Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza, conexos os do Presidente e o Vice- Presidente da República, como também o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador- Geral da República e o Advogado Geral da União.

No entanto, o julgamento dos Governadores dos Estados caberá às respectivas Assembléias Legislativas, enquanto os prefeitos municipais serão julgados pelas Câmaras Municipais. Nas demais hipóteses o julgamento caberá ao Poder Judiciário, tudo a depender do cargo que ocupa o agente político.

4. A RECLAMAÇÃO 2138-6 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O julgamento da Reclamação 2138 que se encontra, até o momento, pendente possui grande relevância e repercussão social, tendo em vista a possibilidade de reconhecimento ou não da prerrogativa de foro para agentes políticos.

No referido processo, vem sendo sustentada a tese de que os agentes políticos não se submetem ao sistema estabelecido pela Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). O escopo visado pela demanda mencionada é de os agentes políticos sejam submetidos apenas ao sistema que regula os crimes de responsabilidade como, por exemplo, a Lei 1.079/50.

No presente caso em estudo houve concessão de medida liminar acatando, em caráter precário, o pedido elaborado pelo autor da demanda. Embora já existam 6 (seis) votos neste sentido, a questão ainda se encontra pendente.

Porém, parece que a mencionada demanda será arquivada tendo em vista que O reclamante já não ostenta mais o cargo que lhe atribuía a eventual prerrogativa de foro pelo Supremo Tribunal Federal.

No dia 01/03/2007 foi dado vista ao Ministro Eros Roberto Grau foi exarada a seguinte decisão:

EROS GRAU. DECISÃO: RETOMADO O JULGAMENTO DO FEITO, APÓS A PRELIMINAR DE CONHECIMENTO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, APONTANDO A INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DESTA CORTE PARA A APRECIÇÃO DA MATÉRIA E PROPONDO, PORTANTO, O NÃO-CONHECIMENTO DA RECLAMAÇÃO, ACOLHIDA PELO EMINENTE

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, QUE TAMBÉM SUSCITOU PRELIMINAR, ESSA NO SENTIDO DA PERDA DO OBJETO DA RECLAMAÇÃO EM FACE DO AFASTAMENTO DO CARGO QUE GARANTIA A PRERROGATIVA DE FORO, E DO VOTO DA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, QUE ACOLHIA A PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NO QUE FOI ACOMPANHADA PELOS SENHORES MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI E CARLOS BRITTO, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO EROS GRAU. PRESIDÊNCIA DA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE. PLENÁRIO, 01.03.2006.

Com efeito, surgiram várias dúvidas no contexto jurídico das conseqüências trazidas pela pendência da indigitada Reclamação. A primeira delas é se seria o caso de se arquivar investigações por atos de improbidade, caso seja julgada procedente a mencionada Reclamação, e inviabilizar a aplicação de sanções com base na Lei de improbidade. E, caso já exista ações de improbidade em andamento, seria necessário determinar a suspensão de seu andamento

Inicialmente, é imperioso lembrar da grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza jurídica do instituto da Reclamação no Brasil. O trecho a seguir demonstra as diversas conseqüências de referida divergência¹⁰:

¹⁰ Disponível em www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/item/. Acesso em 21.02.2007)

Sendo desnecessário aprofundar este tópico, pode-se aceitar a corrente que vem se mostrando majoritária, no sentido de que se trata de ação de extração constitucional, cuja finalidade é assegurar a competência, bem como a autoridade das decisões proferidas pelo STF, conforme o previsto no art.102 I / da CF/88.

O que releva notar, para a solução das dúvidas apontadas inicialmente, é a afirmação aceita, de forma pacífica, no sentido de que a Reclamação não se insere na sistemática constitucional do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

Isto importa dizer que as decisões proferidas em sede de Reclamação não possuem *eficácia erga omnes e efeitos vinculantes em relação aos demais entes do Estado*, diferentemente do que ocorre com a Ação Direta de inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, e Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental.

Daí sustentar interpretação sistemática dos dispositivos relativos aos instrumentos de controle

concentrado de normas, e especialmente, a *contrario sensu*, do que dispõe o art.103 §2º da CF/88.

O que o sistema constitucional e processual pretende, pelo instrumento da Reclamação, é viabilizar um meio para a fiscalização da observância, e preservação, tanto da competência do Pretório Excelso, como ainda da autoridade de suas decisões.

As decisões do STF proferidas em casos concretos de sua competência recursal ou originária (recurso extraordinário, recurso ordinário, outras hipóteses de impugnação e ações cíveis e criminais iniciadas no próprio Tribunal) possuem, como qualquer outra decisão judicial de inferior ou superior instância, eficácia apenas *inter partes*. Vinculam apenas os litigantes no feito considerado, deixando incólume, como não poderia deixar de ser, pessoas e entidades estranhas ao processo. Até porque, solução diversa significaria na prática vincular terceiros à coisa julgada proferida *inter alios*.

Deste modo, é correto concluir que não sendo a Reclamação instrumento processual destinado ao controle concentrado de constitucionalidade, as *decisões* nela proferidas não possuem eficácia vinculante com relação a terceiros, estranhos ao feito.

Não se nega que as decisões proferidas pelo Pretório Excelso fora dos casos das denominadas ações de controle de constitucionalidade, embora não vinculantes, tenham eficácia de precedente persuasivo.

Mas elas deixam livres os magistrados de todas as instâncias e graus de jurisdição para o exame incidental da constitucionalidade de atos normativos, com a evidente

possibilidade, posterior, de reexame da questão de direito pelo próprio STF, por meio de recurso extraordinário.

Em síntese: a decisão proferida na reclamação não é prejudicial com relação a outros feitos pendentes envolvendo outras partes. Não se tratando de questão prejudicial, nem havendo qualquer espécie de vinculação, não gera a suspensão do processo, não se aplicando à hipótese qualquer dos fundamentos previstos no art.265 do CPC, especialmente aquele previsto no inciso IV letra “a” do mesmo artigo.

Oportuno, ainda, derradeira observação.

A Reclamação 2138 foi veiculada com extensa argumentação. Entre outras coisas, sustentou-se que, tendo sido negada a liminar em Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra a Lei 10.628/02 (que conferiu nova redação ao art.84 e parágrafos do Código de Processo Penal, prevendo a competência originária para as ações de improbidade administrativa, quando o demandado ostenta a referida prerrogativa nas respectivas ações penais), esta negativa seria vinculante com relação às ações por ato de improbidade pendentes em todo o País.

Tratavam-se das ADINs 2797-2 e 2860-0, que ao final foram julgadas procedentes, com declaração de inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do art.84 do CPP, com a redação decorrente da Lei 10.628/02.

Esta interpretação, de discutível acerto, acabou sendo acolhida pelo então Presidente do STF, Ministro NELSON JOBIM, que determinou a suspensão da ação

pendente em face do autor da reclamação, ex-Ministro de Estado.

Todavia, com a declaração da inconstitucionalidade nas mencionadas ADINs dos dispositivos já referidos (§§ 1º e 2º do art.84 do CPP), o próprio argumento que justificaria a liminar na Reclamação 2138 deixou de subsistir.

Entretanto, na própria Reclamação 2138 vem se desenhando uma nova tese, mais ampla e prejudicial, relacionada não apenas à questão da competência originária: a idéia de que os agentes políticos não estão sujeitos à Lei 8.429/92.

Não sendo demais realçar que mesmo julgada procedente a reclamação, não terá a mesma o condão de afetar diretamente outras ações pendentes propostas contra agentes políticos, por uma simples razão: a decisão proferida na Reclamação limita-se apenas às partes envolvidas no processo de origem, *não possuindo eficácia vinculante e erga omnes*.

Note-se que esta posição tem sido sufragada pelo STJ, em casos em que se pretendeu a suspensão de ações de improbidade sob o equivocado argumento de que haveria prejudicialidade externa, com relação à Reclamação 2138.

Nesse sentido, vale mencionar o julgado a seguir:

“Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Pedido de suspensão do processo indeferido. Questão prejudicial externa. Reclamação 2138-6/DF. Não configuração. Decisão mantida. Desprovisionamento do agravo regimental.

1.O Plenário do STF julgou improcedente a ADIN 2797/DF ‘a para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art.84 do Código de Processo Penal” (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26.9.2005, p.36). Portanto, não há falar na possibilidade da suspensão da ação de improbidade administrativa com relação à referida ação constitucional.

2.A Reclamação 2138/DF, pendente de julgamento perante o STF, não configura prejudicialidade externa apta a suspender o processo, com fundamento no art.265 IV ‘a’, do Código de Processo Civil, em que se discute suposto ato de improbidade administrativa cometido por prefeito.

3 .Precedentes do STJ.

4.Agravo regimental desprovido.”(AgRg no Recurso Especial 764.836-SP, 1ª T. do STJ, rel. Ministra DENISE ARRUDA, v.u., j. em 06.12.2005, DJ. 06.02.2006).

Assim, não há fundamento apto a justificar a suspensão das ações por ato de improbidade praticado por agente político, tendo como parâmetro a pendência da Reclamação 2138.

O caso ainda não está definitivamente julgado e, mesmo com os referidos votos favoráveis à tese do

reclamante, pode ter seu desfecho alterado em razão do ingresso de novos Ministros na Corte e eventual suscitamento de questão prejudicial.

Por tudo isso, viável concluir que: a) não é o caso de suspender-se a ação de improbidade proposta em face de agente político; b) não seria também a hipótese de se encerrar a investigação sem o ajuizamento da demanda, pelos mesmos motivos; c) é recorrível por meio de agravo, a decisão do órgão judicial de primeira instância que determina a suspensão da ação civil por improbidade, com base na pretensa prejudicialidade externa existente em relação à Reclamação 2138.

Uma observação final, com relação ao agravo, decorre da nova sistemática prevista para este recurso, pela qual em regra será *retido*, e *por instrumento* apenas nas hipóteses previstas no art.522 do CPC, com a redação decorrente da Lei 11.187/2005.

Note-se que nem caso de recurso contra decisão que venha a determinar a suspensão da ação já proposta, será possível sustentar o *cabimento do agravo por instrumento*, com amparo na possibilidade de lesão grave e de difícil reparação.

Cumprirá demonstrar que a retenção do recurso poderá gerar prejuízo concreto (lesão grave e de difícil reparação), em decorrência, por exemplo, da inviabilidade de ulterior dilação probatória, especialmente quanto à prova testemunhal.

4.1 Da divergência sobre a incidência da Lei 8.429/92 para os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade.

Conforme já foi aludido no presente trabalho há um posicionamento de alguns autores pela inaplicabilidade da Lei 8429/92 quando o agente público também for suscetível de punição por crime de responsabilidade, previsto na Lei 1079/50, tendo em vista o regime especial que eles se submetem, previsto Constitucionalmente.

Temos como exemplo da situação acima o regramento dado ao Presidente da República, no art. 85, V, da Constituição Federal que caracteriza crimes de responsabilidade do Presidente da República a prática de ato que atente contra a improbidade administrativa, ficando sujeito ao julgamento de cunho político pelo Senado Federal, onde a condenação limita-se à perda do cargo, com inabilitação por oito anos, para o exercício da função pública, sem prejuízo da demais sanções judiciais cabíveis.

Ademais, também é mencionada a Lei 1079/50 como fundamento para sustentar a referida tese. Afirma-se que a mencionada Lei trata de matéria específica detalhando o conceito e procedimento dos crimes de responsabilidade.

Como já mencionado o STF está inclinado até o presente momento a abarcar tal entendimento conforme se verifica o andamento da Reclamação 2138-6 DF, que foi proposta pela União em face do juiz federal substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Cabe transcrever parte do voto do Ministro Nelson Jobim (relator):

“(...) O exercício das atribuições dos agentes políticos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade(...) em virtude da necessária liberdade funcional inerente ao desempenho das funções que a Constituição entrega aos agentes políticos, eles não devem estar sujeitos ao sistema de supervisão e repressão comum dos demais

agentes públicos. Eles não podem estar sujeitos aos critérios e procedimentos de apuração de responsabilidade próprios do servidor administrativo(...)a responsabilidade do agente político não deverá ser apurada pelo mesmo padrão e nem pelos mesmos meios com que se averigua a responsabilidade do agente administrativo”

Para a corrente que sustenta a incidência da Lei 8.429/92, o primeiro fundamento seria que tal interpretação afrontaria diretamente o art.37,§4º, da Carta constitucional, tendo em vista que afasta a possibilidade do agente político sofrer outras sanções além da mera perda do cargo e inabilitação para o exercício da função pública, no caso de *impeachment*, conforme dispõe o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

Com efeito, haveria ainda afronta o princípio do juiz natural, consagrado constitucionalmente pelas normas constitucionais de organização do judiciário que determina taxativamente as hipóteses de prerrogativa de função e, no caso da improbidade, nada menciona o legislador constituinte sobre qualquer prerrogativa de foro

Outro aspecto relevante é aquele que trata da regra da atualidade do cargo, emprego, função ou mandato. No cotejo dos dispositivos constitucionais não existe qualquer previsão do foro por prerrogativa de função para ex-agentes público, o que é coerente com o sentido próprio do instituto, que visa resguardar determinados agentes em vista da magnitude da função por ele desempenhada. Assim, é inquestionável que o foro por privativo originário, em tese, só se justifica enquanto o agente esteja no exercício da função, do contrário, estar-se-ia inegavelmente diante de absurdo privilégio.

Inicialmente é preciso distinguir duas situações: o agente que ingressa no cargo por meio de processo eletivo ou por meio de concurso público ou cargo de provimento de comissão. Na primeira hipótese, no qual se enquadram os parlamentares e os Chefes do Poder Executivo, o foro por prerrogativa de função tem início a partir do momento em que o agente político é diplomado. Quanto aos

demais agentes, que ingressaram em determinado cargo por meio de concurso público ou mediante cargo de provimento por comissão, incide o foro privativo originário a contar da data da posse ou investidura.

Com efeito, ainda que o agente tenha praticado crime antes de adquirir a condição de agente público, a consequência imediata é a prevalência do foro por prerrogativa de função. Não se fala em violação do juiz natural, sob o argumento de que se estaria criando um juízo após o fato (juízo de exceção), tendo em vista que a competência do Tribunal Superior já estava previamente determinada na Constituição Federal. Aliás, o próprio princípio em questão justifica tal entendimento, pois a Constituição assegura aos Tribunais a competência para processar e julgar determinados agentes pela prática de crime, não discriminando se o fato tenha sido cometido antes ou durante o exercício do mandato.

Anteriormente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atribuía uma interpretação extensiva em relação ao foro por prerrogativa de função, uma vez que também admitia sua incidência também para ex-agentes. Com efeito, até pouco tempo, mais precisamente até o ano de 1999, vigorava a Súmula 394 do STF, com o seguinte teor:

“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal seja iniciado após a cessação daquele exercício”.

A referida Súmula foi editada pela Suprema Corte Brasileira em 03.04.1964, com o objetivo de que houvesse um certo resguardo no exercício de relevantes funções públicas, assegurando-se aos seus exercentes, em eventual julgamento, a isenção e a independência necessária, ainda que não estivesse mais no exercício do cargo. Portanto, assegurava-se a perpetuação da jurisdição para os agentes, desde que o crime tivesse sido cometido durante o exercício do cargo, não valendo sua incidência, caso o agente tivesse praticado a infração penal antes do exercício.

Após várias críticas por parte da doutrina especializada e inúmeros recursos, a súmula foi cancelada pelo STF, por unanimidade. Com o cancelamento deste

enunciado, não estando mais o agente na função ou exercício do cargo ou mandato, não mais se aplicava o princípio da perpetuação da jurisdição, ainda que o crime tivesse sido cometido na época em que ostentava tal prerrogativa. Logo, pelo entendimento do STF, a competência pela prerrogativa de função somente se firma no caso de indiciado, acusado ou réu que ainda se encontrava desempenhando cargo ou mandato que lhe garantisse foro especial.

Assim, foi justificável o cancelamento da referida súmula, tendo em vista a finalidade do foro por prerrogativa de função que deve guardar pertinência com o exercício da função pública, caso contrário haveria gritante privilégio injustificável.

Cabe ressaltar que ainda existem posições em sentido contrário, no sentido de manter a prerrogativa de foro ainda que o agente não esteja mais no exercício de suas atribuições, uma vez que deve observar o juiz natural da época da prática da conduta. Neste sentido é a posição do Ministro Sepúlveda Pertence, que sugeriu que fosse editada nova súmula com o seguinte teor:

“Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI 10826/02, EM FACE DA RECLAMAÇÃO 2138-6 DF

Em razão da grande importância do objeto desta demanda é neste momento que se torna necessária a ideia do debate hermenêutico através da sociedade aberta em relação aos seus interpretes como enfatiza Gilmar Mendes (MENDES, 2006).

Para Peter Habermas essa ótica afirma a insuficiência da metodologia tradicional de interpretação:

“Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral. Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional dever encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico- funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem – estar geral -, então há de se

perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’”¹¹

Antes da edição da lei n.10.628/02 foram propostas muitas ações em 1ª instância das várias justiças por todo país. Porém, algumas autoridades que possuíam prerrogativa de foro prevista constitucionalmente em decorrência da sua função, tais como: Deputados, Prefeitos, Secretários de Estado, Governadores, Senadores, também eram processados e julgados por juízes singulares, apesar de gozarem da mencionada prerrogativa.

Com base na doutrina e jurisprudência majoritária sobre o tema, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal era de que o não estando as ações civis públicas compreendidas na sua competência originária taxativamente prevista na Constituição Federal, não lhe caberia, por consequência, o julgamento das ações civis públicas, apesar de alguns doutrinadores defenderem ponto de vista contrário.

¹¹ HABERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*, trad. De Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997, p.10-11.

Com intuito de modificar tal situação o legislador ordinário editou a lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002, publicada no DO de 26.12.2002, que alterou o art.84 do Código de Processo Penal, passando a vigorar com a seguinte redação:

“ Art.84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou atividade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.”

A referida lei provocou grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial no tocante a sua constitucionalidade. Por essa razão a CONAMP(Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) ajuizou a Ação Direta de

Inconstitucionalidade – Adi n.2797-2 – com escopo de impugnar a validade da norma ,conforme foi divulgado pelo setor de notícias do Supremo Tribunal Federal:¹²

“Por maioria de votos (7 x 3), o Plenário do Supremo declarou a inconstitucionalidade do foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos e/ou mandatos eletivos. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797) proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

A ação contestava os parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelece foro privilegiado a ex-detentores de cargo público por ato de improbidade administrativa (Lei 10.628/2002). Com a decisão, eles perdem o direito de serem julgados por um foro especial na Justiça nos casos de atos de improbidade administrativa. Agora, essas ex-autoridades devem ser julgadas pela instância judicial competente, de acordo com a natureza do ato.

No julgamento prevaleceu o entendimento do relator, Sepúlveda Pertence, que considerou procedente a ação. “O meu voto acolhe basicamente a ação de improbidade por não se cuidar de uma competência penal

¹² (Ex detentores de cargos públicos perdem direito a foro especial, diz Supremo, disponível,em:<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas>, acessado em 20 de janeiro de 2007.

e conseqüentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional”, afirmou o ministro Pertence.

De acordo com o relator, o parágrafo 1º do artigo 84 constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 pelo Supremo. Tanto é assim que a redação dada ao dispositivo questionado se aproxima substancialmente da proposta, então recusada pelo Tribunal”.

A Súmula 394 estabelecia que "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Seis ministros acompanharam o entendimento do relator. O ministro Joaquim Barbosa, ao votar, afirmou que o dispositivo atacado contém uma “mácula insanável”, pois traduz tentativa de neutralizar decisão do Supremo, que resultou no cancelamento da Súmula 394. Barbosa citou o relator, ministro Sepúlveda Pertence, ao ressaltar ser inconstitucional qualquer iniciativa do legislador ordinário no sentido de reformular entendimento formalmente expresso pelo STF. ‘Admitirmos [a lei] equivaleria a submeter às decisões dessa Corte aos humores do poder político’, disse.

Por sua vez, o ministro Carlos Ayres Britto, durante seu voto, lembrou que, conforme o Supremo, em matéria de prerrogativa de foro prevalece o princípio da atualidade do exercício da função. ‘O ex-titular do cargo, do mandato, da função não carrega consigo a prerrogativa como traz consigo a sua roupa, a sua indumentária, a sua

vestimenta cotidiana, então me parece que, neste caso específico, o cancelamento da Súmula 394 foi muito bem processado e se mantém rigorosamente atual nos seus fundamentos jurídicos', considerou o ministro.

O ministro Cezar Peluso também acompanhou integralmente o voto do relator. Peluso apontou uma diferença entre prerrogativa e privilégio, observando que a primeira é uma salvaguarda para o exercício da função pública com autonomia. Por outro lado, afirmou o ministro, quando cessa a função pública, a manutenção de tal prerrogativa passa a ser um privilégio, por adquirir um caráter pessoal e não funcional. Segundo o ministro Cezar Peluso, nesse sentido é inquestionável a revogação da Súmula 394, que acabou com o foro especial para quem deixou o cargo.

O ministro Marco Aurélio também acompanhou o voto do relator e afirmou que a competência do Supremo é fixada de forma exaustiva na Constituição Federal não existindo possibilidade de ampliar essa competência mediante lei ordinária. Segundo o ministro, o que está em jogo 'é a intangibilidade da Constituição, que não pode ser alterada pelo legislador ordinário'.

Seguindo a mesma argumentação, o ministro Carlos Velloso ressaltou que o parágrafo 2º do artigo 84 do CPP, um dos dispositivos questionados na ação, equipara em nível constitucional a ação civil por improbidade administrativa e o delito penal, o que contraria o disposto no artigo 37, parágrafo 4º da Constituição da República. Para Velloso, a lei atacada também invade a competência originária do Supremo, que é taxativamente expressa pela Carta Magna.

Celso de Mello também votou com o relator, declarando inconstitucionais os dispositivos impugnados. Ele afirmou que o Congresso Nacional não tem legitimidade para restringir ou ampliar a competência originária do STF, do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados. “É uma indevida ingerência normativa do Congresso Nacional”, assinalou. De acordo com Celso de Mello, somente por emenda à Constituição se poderia modificar a competência dos tribunais. “Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos, nada pode justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinado privilégio, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos que não mais se acham no desempenho da função pública”, finalizou.

A divergência

O ministro Eros Grau, ao ler seu voto-vista, abriu divergência em relação ao voto do relator. O ministro julgou parcialmente procedente a ação, conferindo aos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, interpretação conforme a Constituição.

Segundo Grau, a ação de improbidade administrativa tem reflexo de natureza penal, daí por que os que cometerem irregularidades no exercício do cargo deverão responder no foro especial, ressalvados os casos já julgados na primeira instância.

O ministro explicou que o agente político, mesmo depois de afastado da função pública, deve ser processado e julgado perante o foro definido por

prerrogativa de função, se acusado criminalmente por fato ligado ao desempenho das funções inerentes ao cargo.

Por outro lado, disse que o agente político não responde a ação de improbidade administrativa se estiver sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato. Não estará, neste caso, abrangido pelas disposições atinentes ao foro para propositura de ação de improbidade estabelecidas no artigo 84 e parágrafos do Código de Processo Penal. 'Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade de nítidos efeitos penais, de responsabilidade política, com uma ação penal correspondente por crime de responsabilidade ajuizadas perante distintas instâncias judiciais', afirmou, para acrescentar que a punição para a autoridade cujo ato de improbidade está tipificado como crime de responsabilidade já estaria previsto na lei que cuida dessa situação específica.

Já para o ministro Gilmar Mendes, que acompanhou a divergência aberta pelo ministro Eros Grau, qualquer equiparação absoluta entre agentes políticos e os demais agentes públicos é equivocada. Nesse sentido, defendeu que 'prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois a prerrogativa de função é distinta de privilégios na função'.

Gilmar Mendes salientou que ao criar a lei questionada, o legislador apenas optou por uma disciplina que melhor concretiza a instituição da prerrogativa de foro prevista na Constituição.

Em sua avaliação, 'só faz sentido falar em prerrogativa de foro se ela se estende para além do

exercício das funções'. Segundo argumenta, 'é nesse momento que presta alguma utilidade ao ocupante do cargo'. No entendimento do ministro Gilmar Mendes, as perseguições, inclusive processuais, ocorrem depois do abandono do cargo. A ministra Ellen Gracie presidiu a sessão e acompanhou a divergência."

Observa-se que, para a corte constitucional chegar ao entendimento acima aludido, em várias passagens dos votos proferidos se analisa indiretamente a natureza jurídica da Lei de improbidade administrativa, concluindo que se trata de ação de natureza civil e não penal, conforme se extrai do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence: "O meu voto acolhe basicamente a ação de improbidade por não se cuidar de uma competência penal e conseqüentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional",

Ora, tal raciocínio é conseqüência lógica da declaração de inconstitucionalidade. Expliquemos melhor: se a natureza da Lei de improbidade fosse penal, como sustentam alguns, não haveria razão para a edição da lei 10.826/03. Bastaria que o Supremo Tribunal Federal aplicasse a regra de interpretação conforme a constituição para atribuir status penal à Lei de improbidade.

Com efeito, o entendimento pela inconstitucionalidade da citada lei poderá influenciar diretamente no julgamento da Reclamação 2138-6, que ora se encontra sobrestada por conta do pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa. Ademais, se a Lei 8429/92 for considerada de natureza penal, o julgamento da Adi 2797 será parcialmente rescindido, tendo em vista que a prerrogativa de foro em matéria penal decorre diretamente da Carta Maior.

6. ADI 2767 X RECLAMAÇÃO 2183-6

Diante de todos os argumentos trazidos no presente estudo é inevitável o cotejo das interpretações dadas sobre a ADI 2767 e o posicionamento de parte do Supremo Tribunal Federal em face da Reclamação 2183-6, ainda pendente de julgamento definitivo.

Ficou claro que os argumentos trazidos pelos ilustres Ministros da Corte Suprema, que declararam inconstitucional a Lei 10826/02 , atingem diretamente o mérito do objeto de referida Reclamação. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem dentre outras missões a de zelar pela harmonia do sistema e até mesmo de suas próprias decisões.

Pois bem, vejamos a controvérsia trazida sobre a natureza penal da Lei de improbidade administrativa. Tal divergência foi afastada expressamente no bojo da ADIN 2767, onde se extrai que a natureza jurídica da Lei 8.429/92 é civil(sentido amplo), cabendo mais uma vez transcrever o seguinte trecho da decisão do Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “O meu voto acolhe basicamente a ação de improbidade por não se cuidar de uma competência penal e conseqüentemente não poder somar-se à competência originária do Supremo que é exclusivamente constitucional”

Outrossim, tal fundamento atinge frontalmente a Reclamação ora em questão, tendo em vista que embora esse entendimento tenha feito parte da fundamentação da decisão, sua natureza vinculante é indiscutível, conforme ensina Gilmar

Mendes¹³ citando tragende Gründe :

“(...)a *eficácia erga omnes* e o *efeito vinculante* deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos. Vale transcrever, a propósito, a seguinte passagem da justificação desenvolvida:

‘Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante

¹³MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 20 março 2007.

não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes’.

Ademais, sabemos também que a coisa julgada não vincula o próprio Supremo Tribunal Federal como já foi pacificado por este Tribunal e como sustenta o mesmo autor acima citado¹⁴:

“A primeira questão relevante no que concerne à dimensão subjetiva do efeito vinculante refere-se à possibilidade de a decisão proferida vincular ou não o próprio Supremo Tribunal Federal”.

Embora a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão não seja explícita a propósito, entende a Corte Constitucional ser inadmissível construir-se aqui uma auto-vinculação. Essa orientação conta com aplauso de parcela significativa da doutrina, pois, além de contribuir para o congelamento do direito constitucional, tal solução obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas.

A fórmula adotada pela Emenda nº 3, de 1993, parece excluir também o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressa referência ao efeito vinculante em relação "*aos demais órgãos do Poder Judiciário*" legitima esse entendimento.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 20 março 2007.

De um ponto vista estritamente material também é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, que o Tribunal não se limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança.

Ademais, é imperioso que a Corte Constitucional tenha certa restrição neste aspecto sob pena de afronta direta ao sistema de segurança jurídica que deve ser observado.

CONCLUSÃO

Ao iniciar o a pesquisa sob a ótica dos princípios constitucionais da administração procurou-se reforçar a força sua força normativa, tendo em vista que a Lei de improbidade administrativa estabelece que uma das espécies de ato ímprobo seja aquele praticado em desacordo com os princípios da administração pública.

A grande divergência sobre a natureza jurídica da improbidade administrativa é um dos aspectos mais relevantes para vislumbrar-se todas as conseqüências jurídicas advindas. Tratamos de demonstrar que, para aquela corrente que sustenta a natureza penal da citada lei, a conseqüência seria uma extensão implícita da competência prevista constitucionalmente para crimes comuns e a conseqüente prerrogativa de foro.

Por outro lado, aqueles que sustentam que as condutas proscritas pela Lei 8.429/90 têm natureza de infração político-administrativa afastam a possibilidade de eventual ampliação da prerrogativa de foro para os agentes que detém tal tratamento em relação aos crimes comuns.

Outro grande ponto enfrentado refere-se ao chamado crime de responsabilidade e sua possível diferenciação da improbidade administrativa. Vimos que se for considerado que todo ato de improbidade administrativa praticado por agentes políticos na verdade se reveste de crime de responsabilidade, haveria então a incidência da prerrogativa de foro. No entanto, ficou demonstrado que o espectro de sanções por improbidade administrativa é mais amplo do que o previsto pela Lei 1.79/50, que trata dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos, e por essa razão não haveria qualquer óbice em haver a incidência simultânea de ambos regramentos.

Com efeito, é importante ressaltar que enquanto os crimes de responsabilidade são processados e julgados na esfera política, a improbidade administrativa tem seu curso no âmbito do Poder judiciário, ficando evidente as naturezas distintas das instâncias.

Com a declaração de inconstitucionalidade da Lei que atribuía prerrogativa de foro para os agentes que praticassem atos de improbidade, ficou ainda mais claro que o rol de competência previsto constitucionalmente é taxativo, não podendo ser ampliado por lei e, sequer, por interpretação extensiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº nº, de dia de mês de 1998. *Nome da revista*, Cidade, ano nº, v. nº, n. nº, p. inicial-final, mês/mês. Ano.

BRASIL. Código Penal. Coordenação por Luiz Flávio Gomes. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal. Coordenação por Luiz Flávio Gomes. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992. Coleção de Leis de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Manole, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo rezende (coordenadores). *Improbidade Administrativa questões polêmicas e atuais*. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Legislação Especial*. 2ª edição. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil I*. 6ª edição. Salvador – BA: Editora Podium, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 7ª edição. Niterói – RJ: Editora Impetus, 2006.

HABERLE, Peter, Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição, trad. De Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. Tradução de J. Cretella JR. e Agnes Cretella. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibição Administrativa. 3ª edição. São Paulo, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da Improbidade Administrativa. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 20 março 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa. 1ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

