

Submetido em: 29/10/2018

Aprovado em: 24/07/2019

A CONTROVÉRSIA DA APLICABILIDADE OU NÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS

PAULO HENRIQUE DA SILVEIRA CHAVES¹

PEDRO HENRIQUE PEREIRA CHAVES²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA LEI 8.429/92. 2.1 Sujeitos Passivo e Ativo. 3 CRIMES DE RESPONSABILIDADE. 4 AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 5 A CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6 JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO nº 2.138/DF. 6.2 Da análise do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade ou não da Lei 8.429/92 aos Prefeitos (Tema 576 do STF). CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: Este trabalho, centra-se no estudo da improbidade administrativa, especificamente, na controvérsia da aplicabilidade ou não da Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de improbidade administrativa) aos agentes políticos, analisando-se as disposições legais (Decreto-Lei nº 201, de 1967, lei nº 7.106, de 1983 e Lei nº 1.079, de 1950) que tratam dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos. Para a devida exposição do tema, conceitua-se inicialmente, improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/92 e identifica-se os sujeitos ativos segundo referida Lei, em seguida explicita-se aspectos relevantes a respeito dos crimes de responsabilidade. Com o objetivo de observar como a jurisprudência tem tratado o tema em questão, foram analisados julgados tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior

¹ Doutor pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Mestre pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista e graduado pela UFU – Universidade Federal de Uberlândia. Professor Associado na UFU – Universidade Federal de Uberlândia. Parecerista em revistas jurídicas. E-mail: pchaves@ufu.br

² Graduado pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Assistente jurídico no escritório Toscano Advogados Associados. E-mail: pechaves@hotmail.com

Tribunal de Justiça, com destaque e estudo pormenorizado do julgamento da Reclamação 2.138/DF, bem como, comentários ao Tema 576 (pendente de julgamento), ambos do Supremo Tribunal Federal. Em conclusão sustenta-se a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos que são sujeitos aos crimes de responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Crimes de Responsabilidade. Agentes Políticos.

THE CONTROVERSY OF THE APPLICABILITY OR NOT OF LAW 8,429/92 TO POLITICAL AGENTS

ABSTRACT: This work focuses on the study of administrative impropriety, specifically the controversy about the applicability or not of Law N° 8,429 of 1992 (Law of Administrative Impropriety) to political agents, analyzing the legal provisions (Decree-Law n° 1967, Law N° 7,106 of 1983 and Law N° 1,079 of 1950) that deal with crimes of political agents' responsibility. For the due exposure of the topic, it is initially defined, administrative improbity foreseen in Law N° 8.429 / 92 and identifies the active subjects according to said Law, then explains relevant aspects regarding crimes of responsibility. In order to observe how the jurisprudence has dealt with the subject in question, were analyzed by both the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, with emphasis and detailed study of the judgment of Complaint 2,138 / DF, as well as comments on Item 576 (pending judgment), both of the Federal Supreme Court. In conclusion, the inappropriateness of the Law of Administrative Improbability is sustained to the political agents who are subject to the crimes of responsibility.

KEYWORDS: Administrative improbity. Responsibility Crimes. Political Agents.

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro tem previsto formas de conter condutas contrárias à correta administração pública, punindo o agente público, corrupto, desonesto e ímprobo, bem como, todos aqueles que praticarem atos que causem prejuízo ao erário público.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, depreende-se das normas: Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 e Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1983; a improbidade administrativa, como ato ilícito, se apresentava somente na forma dos crimes de responsabilidade, sendo estes aplicáveis somente aos agentes políticos. Tais normas foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, permanecendo vigentes.

Muito embora, antes da Constituição de 1988 não haver legislação visando punir outros sujeitos, senão os agentes políticos, por prática de ato de improbidade, já havia legislação referente às hipóteses de prejuízo à fazenda pública e locupletamento ilícito³, como afirmado por DI PIETRO (2017, p. 1005): “Antes disso, no entanto, já havia no direito positivo brasileiro, desde longa data, legislação prevendo sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado.”

A Constituição de 1988, em seu art. 37, §4º, dispôs quanto às sanções decorrentes da prática de atos de improbidade, sendo estas, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Assim, com o objetivo de regulamentar a disposição da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida por Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a qual dispôs sobre os atos que caracterizam como de improbidade administrativa, suas respectivas sanções e procedimento da ação de responsabilidade.

Como as normas que tratam dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos, não foram revogadas com o advento da Lei de Improbidade Administrativa, surgiu a controvérsia acerca do tratamento e aplicabilidade ou não da Lei de Improbidade Administrativa, quanto aos agentes políticos. De tal controvérsia, detecta-se uma discussão, notadamente na jurisprudência.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se decidiu, pela inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos (Reclamação nº 2.138/2002). Atualmente a controvérsia retorna ao Supremo Tribunal sob a sistemática dos recursos repetitivos, por meio do Tema 576.

No presente artigo, analisa-se a controvérsia da aplicabilidade ou não da Lei de Improbidade administrativa (Lei 8.429/92) aos agentes políticos, tendo discorrido a respeito

³ Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941; Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, artigo 141, § 31; Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957; Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958; Constituição Da República Federativa do Brasil de 1967, artigo 153, § 11; Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, artigo 8º.

dos sujeitos ativos à improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92, bem como, apresentou-se o conceito dos Crimes de Responsabilidade. Por fim, com intuito de estudar o tratamento que a jurisprudência tem dado à questão, expôs-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria controvertida.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA LEI 8.429/92

Para a conceituação de improbidade administrativa, inicia-se por uma compreensão daquilo que está relativamente atrelado ao conceito de imoralidade e desonestidade no âmbito da administração pública.

Para José Afonso da Silva:

A improbidade administrativa entra pela primeira vez no ordenamento constitucional como causa de suspensão de direito políticos. O texto em que é prevista não tem, contudo, boa redação. É o art. 37, §4º: 'Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. Mas dá a entender que a improbidade administrativa não é sinônimo de imoralidade administrativa. Esta teria um sentido mais amplo, de sorte que nem toda imoralidade administrativa conduziria, necessariamente, à suspensão dos direitos políticos, salvo como pena acessória em condenação criminal. A improbidade diz respeito à prática de ato que gere prejuízo ao erário público em proveito do agente. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. O ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública. (SILVA, 2002, p. 384)

Por outro lado, preleciona Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (2002, p. 342), "probidade administrativa consubstancia-se, então, no dever de portar-se, nos negócios da Administração Pública, de forma compatível com os padrões de lealdade, boa fé, honestidade e moralidade".

Extrai-se de ambos conceitos, que o agente público, bem como, todo aquele que se relaciona com a administração pública, deve buscar a probidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), visando regulamentar o art. 37, §4º da Constituição Federal, tratou de expor quais atos importam em improbidade administrativa, quem são os sujeitos passivos e ativos, as penas aplicáveis ao agente ímprobo, procedimento administrativo e judicial para apuração do Ato de Improbidade e o marco e prazo prescricional para ajuizamento da respectiva ação.

2.1 Sujeitos Passivo e Ativo

Tomando-se por referência a Lei de improbidade administrativa, não há questionamentos acerca dos sujeitos passivos, sendo estes, contra os quais, os atos de improbidade são praticados. A questão se diverge, ao se tratar dos agentes que podem incidir na prática dos atos de improbidade (sujeitos ativos). Muito embora a LIA tenha mencionado quem são os sujeitos ativos e passivos, existem controvérsias na doutrina quanto à caracterização dos sujeitos ativos, principalmente quanto aos agentes políticos.

A respeito dos sujeitos ativos, a LIA nos artigos 1º ao 5º definiu como qualquer agente público e até mesmo o terceiro que não seja agente público, que induza ou concorra na prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Esta lei, em seu art. 2º explicitou que considera como agentes públicos “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função[...]”.

A doutrina não é uníssona na conceituação dos agentes públicos, havendo o entendimento de que agente público é o gênero, dividindo-se em espécies. A divergência se apresenta quanto às espécies oriundas do gênero.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, os agentes públicos:

“São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.

[..]

Os *agentes públicos*, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem-diferenciadas, a saber: *agentes políticos*, *agentes administrativos*, *agentes honoríficos*, *agentes delegados* e *agentes credenciados*, que por sua vez, se subdividem em

subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo. Essa classificação não corresponde exatamente à dos demais autores pátrios.” (MEIRELLES, 41^a, p. 77/78)

Já Maria Zanela Di Pietro ao conceituar os agentes públicos engloba as pessoas jurídicas da administração indireta:

“Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

[...]

Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional no 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos;
3. militares; e
4. particulares em colaboração com o Poder Público.” (DI PIETRO, 2017. p. 677)

Verifica-se que a LIA optou por uma conceituação de agente público mais abrangente, buscando alcançar todos aqueles que possuem alguma forma de relação com o Poder Público. Em que pese a LIA ter englobado os agentes políticos na sua conceituação de agentes públicos que a ela se sujeitam, questiona-se a aplicabilidade desta lei, em havendo outras regras específicas aos agentes políticos.

3 CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Antes de se conceituar crimes de responsabilidade, se faz necessário transcrever a ressalva feita por Tito Costa quanto à ausência de sentido técnico da expressão “crimes de responsabilidade”:

A expressão ‘crimes de responsabilidade’ é hoje usual e reconhecida em texto de lei, embora se trate de locução desprovida de sentido técnico, verdadeira corruptela. Refere-se ela, no entanto, à responsabilidade criminal dos Prefeitos, do qual a responsabilidade civil, e mesmo a político-administrativa, podem vir a ser consequência, não obstante independentes umas das outras. (COSTA, 2011, p. 57)

Os Crimes de Responsabilidade podem ser entendidos como infrações político-administrativas, veja-se a conceituação de GARCIA, Emerson:

“Assim, a primeira dificuldade que se encontra é identificar o que vem a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que enseja a realização de um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal. Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que redundam num julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o expõe a uma pena de prisão. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.” (GARCIA, 2014, p. 633)

Na conceituação de crime de responsabilidade, Tito Costa (2011, p. 58) ao tratar os crimes de responsabilidade em que o sujeito ativo é o Prefeito Municipal, conceituou-os: “[...] como sendo, no caso, os delitos de natureza funcional, cometidos por Prefeitos Municipais, no exercício das funções executivas do governo local e em decorrência desse exercício.”

Os Crimes de Responsabilidade estão tipificados no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

A Constituição Federal também previu alguns crimes de responsabilidade. Com relação ao presidente da república encontram-se tipificados os Crimes de Responsabilidade no art. 85. Já com relação aos prefeitos, no Art. 29-A, §2º. E ainda nesta, previu-se a hipótese de vereador cometer crime de responsabilidade, mas somente se este for o Presidente da câmara municipal e desrespeitar o Art. 29-A, § 1º, da CF⁴. Observa-se que Emerson Garcia, na citação feita acima, deixou de contemplar tal hipótese, contudo, está expresso no texto constitucional a possibilidade de responsabilizar o vereador presidente da câmara municipal por crime de responsabilidade.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

§ 1º A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

§ 3º Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

Com relação ao Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, aplicável aos prefeitos municipais, quando praticarem crimes de responsabilidade, tem-se que o STF quando do julgamento do HC 70.671/PF⁵ de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 11/04/1996, decidiu no sentido de que os crimes previstos no art. 1º, deste Decreto-Lei, na realidade são crimes comuns, razão pela qual deverão ser julgados pelo poder judiciário. Desta forma, com relação aos prefeitos, somente são crimes de responsabilidade os previstos no Art. 4º, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Diferentemente da Improbidade Administrativa, os sujeitos ativos do Crime de Responsabilidade, são somente determinados agentes políticos, alcançados pela Lei 1.079/50 e 7.106/83 e Decreto-Lei nº 201/67, denotando-se que criaram um rol taxativo de sujeitos ativos.

Neste ponto, aponta-se entendimento do STJ, acerca de que a Lei 1.079/50, estabeleceu rol taxativo dos agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade. Veja-se ementa:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. MAGISTRADO. NÃO INCLUSÃO NO ROL DOS ARTS. 39 E 39-A, DA LEI 1.079/50, ALTERADA PELA LEI 10.028/00. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL: RCL 2.790/SC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”⁶

Em relação aos ex-prefeitos, não poderão responder por possíveis crimes de responsabilidade praticados na vigência de seus mandatos, pois a sanção do crime de responsabilidade praticado por prefeito é a cassação do mandato, assim, na hipótese de mandato já extinto, o procedimento não possui objeto. Veja-se Cezar Roberto Bitencourt, que além de

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70671/PI**. Rel. Min. Carlos Velloso. j. 13/04/1994. DJ. 19/05/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70671%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70671%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dyrpvxe>>. Acessado em 16 de abr. 2018 – “EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO: CRIME DE RESPONSABILIDADE. D.L. 201, de 1967, artigo 1.: CRIMES COMUNS. I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1. do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1.), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1., par. 1.) e o processo e o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art.2.). No art. 4., o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1. do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - H.C. indeferido.”

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.205.562/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/02/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18558024&num_registro=201001467776&data=20120217&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

explicitar a impossibilidade de ex-prefeito responder por crime de responsabilidade, em contrariedade com Emerson Garcia, entende que o art. 4º do Dec.-Lei n. 201/67, atinge inclusive os Vereadores:

Quanto às infrações político-administrativas (art. 4º do Dec.-Lei n. 201/67), que atingem inclusive os Vereadores, é necessário que o agente político (Prefeito ou Vereador) continue na função (mandato) quando da instauração do procedimento administrativo, caso contrário perderia sua razão de ser, uma vez que a sanção prevista é a cassação do mandato; logo, mandato extinto elimina o objeto daquele procedimento administrativo. (BITENCOURT, 2017, p. 531)

Tem-se então, que com relação ao disposto no Decreto-Lei nº 201/67, o ex-prefeito só responderá pelos crimes previstos no art. 1º, quando praticados enquanto em exercício do mandato de prefeito, conforme Súmula 164 do STJ⁷, visto que os crimes previstos em tal artigo, tratam-se de crimes comuns.

4 AGENTES POLÍTICOS E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Desde o início da vigência da Lei de Improbidade Administrativa, muito se discute sobre a sua aplicação aos agentes políticos. Segundo Daniel Amorim Assumpção e Rafael Rezende Oliveira, há três correntes quanto à aplicabilidade ou não da LIA aos agentes políticos. A primeira corrente, segundo os citados autores (2015, p. 49), preleciona que “os agentes políticos submetidos à legislação especial, que versa sobre os crimes de responsabilidade, não se submetem à Lei 8.429/1992.”. Já para a segunda corrente:

[...] os agentes políticos sujeitam-se às sanções de improbidade administrativa, previstas na Lei 8.429/1992, e às sanções por crime de responsabilidade, tipificadas na Lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983, que podem ser aplicadas de forma cumulativa sem que isso configure *bis in idem*. (NEVES; OLIVEIRA, 2015, p. 51)

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 164**. O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 27.02.1967. (Súmula 164, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/1996, DJ 23/08/1996). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acessado em 22 abr. 2018.

Por último, a terceira corrente, explicita que:

[...] os agentes políticos podem ser réus na ação de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções, da Lei 8.429/1992, salvo aquelas de natureza política que somente podem ser aplicadas por meio do respectivo processo por crime de responsabilidade, com fundamento na Lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983. (NEVES; OLIVEIRA, 2015, p. 52)

Ao se identificar que os atos de improbidade administrativa previstos na LIA, são crimes de responsabilidade, tem-se por consequência, que ao se tratar de agentes políticos, estes não são alcançados pelas disposições desta lei.

Este entendimento se manifestou na Reclamação nº 2.138/DF, conforme se verifica na ementa do julgamento, especialmente ao abordar o mérito, no item II. 2.

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. [...] II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, §4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). [...] III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.⁸

No mesmo entendimento, Sergio de Andréa Ferreira (2002, p. 623) “os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas”.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. nº 2.138/DF**. Rel. Min. Nelson Jobim, j. 13/06/2007, DJe. 17/04/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2138%2ENU ME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2138%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bmrqj5t>>. Acessado em 21 abr. 2018.

Acresce-se um trecho do parecer da Procuradoria Geral da República, proferido nos autos da Reclamação nº 2.138, pugnando pela procedência da reclamação. Em resumo:

“nos parece correto o entendimento de que não se pode processar o agente político com base exclusivamente na Lei 8.429/92. O regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c da Carta Magna e disciplinado pela Lei n 1.079, de 1950 é que se dessume coerente com o nosso sistema constitucional.

[...]

Denota-se, portanto, que a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos políticos-administrativos. **Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente.** Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico.”⁹

Buscando-se identificar uma sistemática hermenêutica, em relação aos agentes políticos, a Lei de Improbidade Administrativa se apresenta como norma geral, sendo que as leis que tutelam os crimes de responsabilidade como leis especiais, por apresentarem conteúdo específico quanto a estes. Pelo critério da especialidade há prevalência da lei especial em relação à geral. Neste mesmo critério da especificidade da norma, se deu o entendimento apresentado pelo ex-Ministro do STF Eros Grau, no julgamento da ADI 2797/DF:

“Vale dizer: os agentes políticos cuja conduta de improbidade já é prevista na lei que pune o crime de responsabilidade não estariam sujeitos à ação de improbidade, como regulada na Lei nº 8.429/92. Esta lei não se aplicaria a quem, pelos menos fatos, já está sujeito a crime de responsabilidade. A lei especial [de 1950] afastaria a incidência da lei geral [de 1992]”¹⁰

Com relação à aplicabilidade da lei especial em detrimento da geral, o artigo 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, deixa claro que a norma especial prevalece sobre norma geral, entendimento adotado por (TARTUCE, 2016, P.38) , ao tratar da análise das antinomias, apontando três critérios para a solução de conflitos, sendo o cronológico, com o prevalecimento da norma posterior em relação à anterior, o da normal especial prevalecer sobre a geral e por fim, o geral, onde a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior.

Há, contudo, entendimento de aplicação da LIA aos agentes políticos em certos casos e sob restrições, conforme exposto pelo ex-Ministro do STF Carlos Velloso, que em seu voto

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 121. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 318. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

vencido na Reclamação 2.138, entendeu que: a) quando um ato não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver caracterizado como ato de improbidade administrativa, previsto na Lei 8.429/92¹¹; b) “Por exemplo, ao Presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF.”¹²; e c) “[...], não tem aplicação relativamente aos agentes políticos o disposto no parágrafo único do citado art. 20.”¹³.

Igualmente, se posicionando pela excepcionalidade, Waldo Fazzio Junior (2016, p. 50), que se posiciona dizendo que até mesmo se interpretada literalmente, a Constituição admite a duplicidade de regimes, esclarecendo que nem todos os atos de improbidade previstos na LIA, se configuram crime nos moldes da Lei 1.079/50. Por fim, o citado autor afirma que o duplo regime somente se configura em relação às figuras coincidentes. Prossegue o autor dizendo que a concorrência de regimes, pode de fato ocorrer quanto o agente político for o Presidente da República, em razão do artigo 85, inciso V, da Constituição Federal estabelecer como crime de responsabilidade os atos praticados por este, que atentem contra a probidade administrativa:

Nesse complexo normativo, a improbidade administrativa como crime de responsabilidade é a que está embutida no inciso V do art. 85, ao considerar crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a *probidade na administração*. Portanto, só nessa hipótese é que ocorre uma efetiva concorrência de regimes no âmbito do direito material (o regime geral do art. 37, § 4º, e o regime especial do art. 85, inciso V). (Jr., FAZZIO, 2016, p. 51)

Emerson Garcia, chega a defender que os agentes políticos respondem irrestritamente por atos de improbidade administrativa nos moldes da LIA, havendo ressalvas quanto à sanção de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos do Presidente da República. Fundamenta suas observações no amplo teor do art. 2º da Lei de Improbidade (GARCIA, 2014, p. 636). Certamente, porque em tal artigo, o conceito de agente público, expressamente e dentre outros, os eleitos e os que detenham mandato. Apesar do referido autor entender pela aplicabilidade da Lei 8.429/92 ao Presidente da República, esta se dá com restrição à hipótese deste praticar ato de improbidade administrativa igualmente previsto na Lei 1.079/50, conforme trecho de seu livro:

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 175. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018. “[...] No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público, [...]”.

¹²Op. cit. **Reclamação nº 2.138/DF**. p. 175.

¹³Op. cit. **Reclamação nº 2.138/DF**. p. 186.

Acresça-se, ainda, que os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República serão objeto de um julgamento político, enquanto que os atos de improbidade, de natureza eminentemente cível, importarão na aplicação de sanções de igual natureza por um órgão jurisdicional, in casu, o juízo monocrático. Essa conclusão, aliás, resulta do próprio art. 52, parágrafo único, da Constituição da República, que é expresso no sentido de que a aplicação das sanções políticas se dará 'sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis'.

Pelos motivos expostos e por inexistirem normas constitucionais que vedem a decretação de perda do mandato do Presidente da República por órgãos outros que não o Senado Federal, bem como por não haver prerrogativa de foro para o julgamento dos atos de improbidade, essa nos parece ser a solução mais correta.

Assim sendo, nas hipóteses previstas na Lei n. 8.429/1992, cumpre distinguir o seguinte: a) em se tratando de ato de improbidade igualmente previsto na Lei n. 1.079/1950, as sanções de perda da função e inabilitação poderão ser aplicadas pelo Senado Federal, enquanto o rol do art. 12 da Lei de Improbidade poderá sê-lo pelo juízo cível, independentemente da decisão proferida no julgamento político; b) sendo praticados atos de improbidade que não sejam considerados crimes de responsabilidade pela Lei n. 1.079/1950, o Presidente da República somente estará sujeito às sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. (GARCIA, 2014, p. 681/682)

Demonstrando a divergência na doutrina, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, entendem pela aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, a todas as sanções cominadas ao agente ímprobo, exceto as de natureza política.

[...] Não há que se falar em imunidade do agente político à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico demonstra que a intenção do legislador constituinte foi a de estabelecer regras especiais para os agentes políticos que cometerem atos de improbidade/crimes de responsabilidade em relação exclusivamente à aplicação sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), mas não no tocante às demais sanções que não possuem caráter político e que estão previstas no art. 12 da Lei 1.849/1992.

[...]

Destarte, o agente político pode ser responsabilizado, pelo mesmo fato, com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 1.849/1992, ressalvada a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure *bis in idem*. (NEVES; OLIVEIRA, 2015, p. 51)

Um posicionamento bem consistente, é no sentido de que nenhum agente político sujeito aos crimes de responsabilidade pode ser também sujeito ativo nos moldes da Lei 8.429/92, em razão dos atos caracterizados como ímprobos por esta, serem de igual modo, crimes de responsabilidade, isto é, ambos são infrações políticos-administrativas e possuem as sanções de perda da função de suspensão de direitos políticos. Entender pela incidência concomitante, dos diplomas legais sobre um mesmo fato e agente poderia gerar conflitos.

Por outro lado, não se questiona a plausibilidade do entendimento do ex-Ministro do STF Carlos Velloso em seu voto divergente na Reclamação 2.138, de que os agentes políticos seriam suscetíveis à LIA quando estes praticarem atos que não estão previstos como crimes de responsabilidade na Lei 1079/50 e no Decreto-Lei 201/67, mas, que estejam previstos como atos de improbidade administrativa na Lei 8.429/92. Contudo, deve-se observar o que também fora dito por este ex-ministro, de que o exposto no art. 20, parágrafo único da Lei 8.429/92, não possui aplicabilidade aos agentes políticos.

Por fim, necessário de se ressaltar que os votos divergentes na Reclamação nº 2.138 perante o STF, explicitaram que a não aplicação da LIA aos agentes políticos, em especial aos prefeitos, causaria sério quadro de impunidade no país. Entretanto, como os agentes políticos somente são sujeitos aos crimes de responsabilidade enquanto estão investidos no seu cargo político, tal ação de improbidade administrativa poderá ser interposta após o término do mandato, não restando prescrito tal direito de ação, uma vez que a LIA estabeleceu como termo inicial da prescrição o término do exercício do mandato¹⁴.

5 A CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela análise de julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, identifica-se posicionamento no sentido de que a Lei 8.429/92 aplica-se aos agentes políticos, principalmente quando se tratar de Prefeito Municipal, em razão de compatibilidade da Lei 8.429/92 com o Decreto-Lei 201/67. Destacando-se a ementa do recente julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. SÚMULA 83/STJ. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DA PRESENÇA DO DOLO E DO DANO AO ERÁRIO. PRETENSÃO DE REEXAME DA DOSIMETRIA DAS PENAS. NOVA ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. [...] 3. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei 8.429/1992 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a

¹⁴BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12, da LIA). [...]. 4. No que se refere ao foro por prerrogativa de função, a Corte Especial desse Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a "ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade" (Rcl 12.514/MT, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 21/3/2014). 5. Estando o acórdão recorrido em sintonia com o atual posicionamento do STJ, incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ. [...] 12. Recurso Especial não conhecido.¹⁵

Entretanto, se percebe na jurisprudência do STJ certa exceção ao entendimento, no sentido de que o Presidente da República, não é sucessível aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, conforme se verifica do julgado:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. MAGISTRADO. NÃO INCLUSÃO NO ROL DOS ARTS. 39 E 39-A, DA LEI 1.079/50, ALTERADA PELA LEI 10.028/00. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL: RCL 2.790/SC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 2. A Lei 1.079/50 não abrange o processo e o julgamento de Magistrados, quando praticam condutas alegadamente ímprobas. A Lei é clara e traz um rol taxativo em seu art. 10 das condutas que caracterizam crime de responsabilidade, o que não é compatível com as acusações imputadas ao recorrido. Ademais, consoante a jurisprudência do STJ, ressalvada a hipótese dos atos de improbidade cometidos pelo Presidente da República, aos quais se aplica o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna, os Agentes Políticos sujeitos a crime de responsabilidade não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. da CF. 3. A decisão proferida na RCL 2.138/DF, em que se baseou o Tribunal a quo para fundamentar a sua decisão, não possui efeito vinculante ou eficácia erga omnes, uma vez que esse julgado somente produziu efeitos perante as partes que integraram aquela relação processual. [...] 6. Recurso Especial provido”¹⁶

O STJ tem entendido que a Reclamação nº 2.138/2002, não possui efeito vinculante, e somente tratou sobre a inaplicabilidade da LIA aos Ministros de Estados, sendo esta uma das razões pela qual, segundo o STJ, aos Prefeitos Municipais deve-se aplicar conjuntamente o Decreto-Lei n. 201/1967 e a Lei n. 8.429/1992. Veja-se:

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.666.307/MA**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78442935&num_registro=201700627477&data=20171219&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.205.562/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/02/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18558024&num_registro=201001467776&data=20120217&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 de abril de 2018.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. 1. Hipótese em que o agravante, à época do exercício de mandato eletivo como prefeito do Município de São Pedro de Butiá, causou danos ao Erário, configurando prática de atos de improbidade administrativa, como decidido em primeira instância. 2. O Tribunal a quo, com base na Reclamação 2.138-6/DF, entendeu ser inaplicável a Lei 8.492/1992 aos prefeitos. 3. No julgamento da mencionada Reclamação, o STF apenas afastou a aplicação da Lei 8.429/1992 com relação ao Ministro de Estado então reclamante e à luz da Lei 1.079/1950. Ademais, a referida ação somente produz efeitos inter partes. 4. Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis, sobretudo pela diferença entre a natureza das sanções e a competência para julgamento. Precedentes do STJ. 5. Agravo Regimental não provido.”¹⁷

Por fim, por sua dissonância com o entendimento predominante do STJ, faz-se necessário ressaltar o entendimento constante no voto divergente, que posteriormente se sagrou vencedor, proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento REsp 456.649/MG, aplicando ao caso o entendimento de que é inaplicável a Lei nº 8.429/92, aos prefeitos. Vejamos:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR. [...] 5. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial. 6. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 ("§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares."), por isso que se infere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos. 7. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos a dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária. [...]16. Politicamente, a Constituição Federal inadmite o concurso de regimes

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.182.298/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14266175&num_registro=201000300129&data=20110425&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável bis in idem. [...] 18. Voto para divergir do e. Relator e negar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mantendo o acórdão recorrido por seus fundamentos.”¹⁸

Resulta de observação, que o Superior Tribunal de Justiça, na maioria das vezes em que foi provocado a decidir quanto à aplicabilidade ou não da LIA aos agentes políticos, decidiu que esta se aplica plenamente a tais agentes, com exceção do Presidente da República, por a este se aplicar o regime especial previsto no art. 86 da Carta Magna.

6 JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO nº 2.138/DF

A Reclamação nº 2.138/DF, abordou a discussão quanto à aplicabilidade ou não da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos, sendo que no caso tratava-se de um ministro de estado. No julgamento prevaleceram os entendimentos extraídos da ementa:

“[...] Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

[...] A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, ‘c’, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, ‘c’, da Constituição.

[...] Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, ‘c’; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).”¹⁹.

A Reclamação nº 2.138, ajuizada pela União, no Supremo Tribunal Federal, em razão de uma Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal,

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.182.298/RS. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2626839&num_registro=200201000749&data=20061005&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 95. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

distribuída à 14ª Vara Federal do Distrito Federal, em face do Ministro-Chefe da secretaria de assuntos estratégicos Ronaldo Mota Sardemberg, à época dos fatos. Referida Ação de improbidade administrativa fora proposta sob o argumento de que o Ministro-chefe, à época, teria solicitado e utilizado aeronaves da FAB (Força Aérea Brasileira) e hospedagens no Hotel de Trânsito da Aeronáutica, com interesses particulares e de terceiros, estando tal utilização desvinculada às suas atividades funcionais.

Pelo ocorrido, fora ajuizada a Reclamação nº 2.138, pela União sob o fundamento de se preservar a competência do STF para julgar a aludida ação de improbidade. Consta no relatório do acórdão, que a União alegou que o agente político pode responder por ato de improbidade administrativa, excepcionando aplicar a tais agentes a Lei nº 1.079/50, entendendo inclusive, que em seus art. 9º há maior rigidez do que a LIA²⁰.

O parecer da Procuradoria Geral da República entendeu pela inaplicabilidade dos dois diplomas legais ao mesmo agente. Veja-se:

“nos parece correto o entendimento de que não se pode processar o agente político com base exclusivamente na Lei 8.429/92. O regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c da Carta Magna e disciplinado pela Lei n 1.079, de 1950 é que se deduz coerente com o nosso sistema constitucional.

[...]

Denota-se, portanto, que a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na Lei 8.429/92, são delitos políticos-administrativos. **Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre um mesmo agente.** Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico.”²¹

Assim, quando do julgamento da Reclamação pelo Tribunal Pleno do STF, o relator proferiu voto pelo provimento da Reclamação, sendo acompanhado pelos Ministros: Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluzo.

No voto do Ministro Relator, pode-se extrair importantes questões sobre o tão discutido atualmente, foro por prerrogativa de função, bem como, sobre a aplicação da LIA aos agentes

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 102. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

²¹ Op. Cit. **Reclamação nº 2.138/DF**. p. 121.

políticos, especificamente aos Ministros de Estado e ao Presidente da República. O Ministro Relator apresentou a controvérsia, dizendo que existem muitos que defendem a mitigação do foro por prerrogativa de função “[...] e aplaudem o uso da ação de improbidade contra toda e qualquer autoridade”²² e por outro lado muitos que olham sob a ótica de nosso sistema constitucional e concluem que “[...] não há espaço para o uso indiscriminado da ação de improbidade contra agentes políticos”²³.

Ao tratar das duras penas impostas pela LIA, especialmente aquela prevista no parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92²⁴, é ressaltado pelo Ministro que ao se aplicar aos agentes políticos tais sanções da LIA, poder-se-ia chegar ao absurdo de afastar cautelarmente o Presidente da República ou após o trânsito em julgado de ação de improbidade administrativa, ter a cassação de seus direitos políticos e perda do cargo. Ressaltando-se que: “[...] pelas consequências, a inadmissibilidade do convívio dos dois sistemas de responsabilidade para os agentes políticos.”²⁵, bem como, que o texto constitucional não admite a concorrência dos dois sistemas de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos.

O Ministro Nelson Jobim concluiu o seu voto dizendo que demonstrou “[...] que a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade.”²⁶, bem como que “não há como aceitar o bis in idem que se pratica em detrimento da competência desta corte.”²⁷.

Inaugurando a divergência o Ministro Carlos Velloso realçou que é difícil admitir a tese de que os agentes políticos somente respondem pelos crimes de responsabilidade, assim, o entendimento que se tem é que de “no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público”²⁸.

Muito embora a Reclamação nº 2.138, tenha sido julgada procedente, bem como, tenha a maioria dos ministros do STF entendido pela inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos,

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 124. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

²³ Op. Cit. **Reclamação nº 2.138/DF**. p. 124.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

²⁵ Op. cit. **Reclamação nº 2.138/DF** p. 141.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 148. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 22 abr. 2018

²⁷ Op. cit. **Reclamação nº 2.138/DF** p. 148.

²⁸ Op. cit. **Reclamação nº 2.138/DF** p. 175.

ainda muito se discute a controvérsia no âmbito do Supremo Tribunal Federal, principalmente, em razão de tal julgamento não ter se dado sob a sistemática da repercussão geral, bem como, pela mudança da composição de Ministros daquela corte.

6.1 Da análise do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade ou não da Lei 8.429/92 aos Prefeitos (Tema 576 do STF).

Consoante já exposto, em que pese o STF ter decidido pela inaplicabilidade da LIA a determinado agente político, a controvérsia da aplicabilidade não é matéria pacificada no STF, prosseguem sendo interpostos recursos extraordinários, discutindo-se a aplicabilidade ou não da LIA ao Prefeitos Municipais. Assim, quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 683.235/PA, convertido no Recurso Extraordinário nº 976.566, o STF criou o Tema²⁹ 576 do STF, com o objeto de julgar a possibilidade do “processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92.”³⁰

A ação originária do RE 976.566, era uma ação civil pública em que o Ministério Público Federal buscava a condenação do Prefeito Municipal de Eldorado dos Carajás à época, e demais réus, às sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa. A Sentença de parcial procedência da Ação, condenou o ex-Prefeito nas sanções previstas na LIA. Após Recurso de Apelação não provido, seguiu-se o Recurso Extraordinário o qual foi negado seguimento, sendo interposto o Agravo em Recurso Extraordinário. Quando do julgamento do ARE 683.235/PA pelo Relator Ministro Cezar Peluso em 09/08/2012, foi analisado o Recurso Especial (RE 976.566), bem como reconhecida a Repercussão Geral da questão, sob os seguintes fundamentos transcritos do v. acórdão proferido em 30/08/2012:

“Não se desconhece que esta Corte, no julgamento da Rcl nº 2.138 (Rel. Min. NELSON JOBIM, Plenário, DJe de 18.4.2008, Ementário nº 2315-1), decidiu

²⁹ “A gestão por temas inaugura uma nova fase no gerenciamento dos recursos extraordinários e respectivos agravos no Supremo Tribunal Federal. Por meio de ferramentas de pesquisa mais eficientes, é possível localizar o tema submetido à análise e julgamento do Supremo Tribunal Federal, bem como identificar precisamente a questão jurídica posta em discussão.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento**. <http://portal.stf.jus.br/>. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/acompanhamentoPorTema.asp?tipo=AC>>. Acessado em 07 de maio de 2018.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 576**. <http://portal.stf.jus.br/>. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4233070&numeroProcesso=683235&classeProcesso=ARE&numeroTema=576>>. Acessado em 21 abr. 2018.

haver distinção entre o regime de responsabilidade dos agentes políticos e o dos demais agentes públicos.

Julgo, todavia, ser, mais que oportuna, necessária deliberação desta Corte sobre a possibilidade de extensão dos fundamentos adotados no precedente ao caso de que ora se cuida, porquanto cada uma dessas causas versa sobre autoridades públicas diferentes (Ministros de Estado e Prefeitos), normas específicas de regência dos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967) e regramento constitucional próprio de cada autoridade. E tem sido frequentes recursos acerca da mesma matéria, de intuitivo interesse político e social.

Ademais, ressalto o fato relevante de que a Rcl nº 2.138 foi decidida por escassa maioria de apenas um voto, sem que cinco dos atuais Ministros, AYRES BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI, DIAS TOFFOLI, LUIZ FUX e ROSA WEBER, tenham votado sobre o mérito, em razão de já o terem feito os antecessores.

A questão, portanto, transcende os limites subjetivos da causa, apresentando relevância política, jurídica e social, de modo que sua decisão produzirá inevitável repercussão de ordem geral.³¹

O Tema 576, não foi pautado para julgamento, bem como, atualmente é de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Portanto, como se pode observar, até o presente momento no Supremo Tribunal Federal, o posicionamento não é uníssono quanto à possibilidade de se aplicar ou não, a Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

CONCLUSÃO

Como se demonstrou, a aplicabilidade ou não da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos é matéria que revela controvérsia na esfera jurídica. Referida controvérsia se enfatiza na jurisprudência, uma vez que quando do julgamento do presente tema pelo Supremo Tribunal Federal por meio Reclamação 2.138/DF, observa-se que se gerou divergência de pensamentos, sendo reconhecida a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Ministros de Estado somente por um voto de vantagem.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 2.138/DF**. Inteiro teor do acórdão, p. 185 e 186. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4106277>>. Acesso em 22 abr. 2018.

Atualmente, em razão dos entendimentos divergentes com o quanto fora decidido no julgamento da Reclamação 2.138/DF, bem como em razão de certa mudança na composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a referida corte analisa o tema novamente, agora se falando sobre agente político diverso (Prefeito Municipal), como também, sob a roupagem da repercussão geral consubstanciada no Tema 576.

Acerca da controvérsia, são apresentadas ideias opostas, mesmo internamente na parte da doutrina que entende pela aplicabilidade da LIA aos agentes políticos. Tal dissonância entre os doutrinadores que defendem pela aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, se verifica quando da análise da aplicabilidade das sanções previstas na LIA, isto é, se diverge em quais são as sanções aplicáveis a determinados agentes políticos. Há também dissonância quanto à aplicabilidade ou não da LIA ao Presidente da República.

Apresenta-se robustamente sustentável a tese, no sentido de que ao agente político que já está sujeito aos crimes de responsabilidade (infração política-administrativa), não pode ser de igual modo sujeito ativo nos moldes da Lei 8.429/92, em razão dos atos caracterizados como ímprobos por esta, serem de igualmente, crimes de responsabilidade, isto é, ambos são infrações políticas-administrativas e possuem as sanções de perda da função e de suspensão de direitos políticos. Entender pelo oposto incidiria em *bis in idem* não aceito pela Constituição Federal.

A interpretação hermenêutica adotada identifica que a Lei de Improbidade Administrativa é de âmbito geral sobre as infrações políticas-administrativas e a Lei 1079/50 e o Decreto-Lei 201/67, em razão de serem leis que também tratam de infrações políticas-administrativas quanto aos agentes políticos se caracterizam como leis especiais, de modo a justificar a aplicação destas últimas em detrimento à LIA, na hipótese em que o sujeito ativo for um dos agentes políticos sujeitos às referidas leis especiais. Há fundamentação, diante dos dispositivos legais e constitucionais: a disposição do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, regulado pela Lei 8.429, de 1992, e ainda o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, C, também da CF e disciplinado pela Lei 1.079/1950, tem-se por fim, que as disposições específicas, excepcionaram os agentes políticos, regendo-se por tais disposições, em relação aos demais agentes públicos que sujeitam-se integralmente às disposições da Lei de Improbidade Administrativa.

Ao sustentar o entendimento da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, não se vislumbra hipótese de um quadro de impunidade no país, eis que os agentes políticos estão sujeitos aos crimes de responsabilidade enquanto investidos no seu

cargo político, enquanto que a ação de improbidade administrativa nos moldes da LIA, poderá ser ajuizada após o término do mandato, não restando prescrito tal direito de ação, uma vez que a LIA estabeleceu como termo inicial da prescrição o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança, bem como, para que não haja prejuízo ao erário público poderá ser ajuizada ação civil pública de ressarcimento ao erário logo após a ocorrência do ato lesivo ao erário. Dessa forma, afastando a hipótese de impunidade pela não cumulação das disposições legais.

Diante da abundância de posicionamentos acerca da (in) aplicabilidade indiscriminada, ou com ressalvas, da LIA aos agentes políticos, verifica-se que seria impreciso apontar um posicionamento como majoritário e outro como minoritário. Entretanto, como se observou o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento pela aplicabilidade plena da LIA aos agentes políticos, respeitando apenas o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Reclamação 2.138/DF, sendo, portanto, imperioso o julgamento do Tema 576 do STF, para que seja pacificada a questão.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal V. 5 - Parte Especial: Crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos, 11ª edição.

COSTA, Tito. Responsabilidade de prefeitos e vereadores, 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30 Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. Boletim de Direito Administrativo, agosto/2002.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. Saraiva, 9/2014.

JR. FAZZIO, Waldo. Improbidade Administrativa, 4ª edição. Atlas.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 41ª Ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, José Adércio; DINO, Nicolao; FREITAS, Nívio; DOS ANJOS, Roberto Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 1 - Lei de Introdução e Parte Geral, 13ª edição. Forense, 2016.

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 2.138/DF.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4106277>>. Acesso em 22 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.138/DF.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em 22 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.182.298/RS.** Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2626839&num_registro=200201000749&data=20061005&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.182.298/RS.** Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14266175&num_registro=201000300129&data=20110425&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.205.562/RS.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/02/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18558024&num_registro=201001467776&data=20120217&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 de abril de 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.666.307/MA.** Rel. Min. Herman Benjamin, j. 28/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78442935&num_registro=201700627477&data=20171219&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797/DF.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento. <http://portal.stf.jus.br/>. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/acompanhamentoPorTema.asp?tipo=AC>>. Acessado em 07 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 576**. <http://portal.stf.jus.br/>. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4233070&numeroProcesso=683235&classeProcesso=ARE&numeroTema=576>>. Acessado em 21 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 164**. (Súmula 164, terceira seção, julgado em 14/08/1996, DJ 23/08/1996). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acessado em 22 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70671/PI**. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 13/04/1994. DJ. 19/05/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70671%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70671%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dyrpvxe>>. Acessado em 16 de abr. 2018.