

# LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFLITA COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79 DA MAGISTRATURA NACIONAL

## I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei nº 8.429/92 foi promulgada objetivando regulamentar os atos de improbidade administrativa, previstos no § 4º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Por tratar-se de matéria constitucional, a repressão à prática de atos de improbidade administrativa, fez com que o legislador infraconstitucional estendesse a aplicação dos dispositivos constantes na Lei nº 8.429/92 para todos os agentes públicos, conforme disposto em seu artigo 2º, *lato sensu*.

Sendo definido pela respectiva lei que reputa-se agente público, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, função pública, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo ou emprego.

Não resta dúvida que 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 e dos Territórios serão punidos, caso estejam presentes na conduta do infrator, obrigatoriamente, os elementos objetivos do tipo bem como o subjetivo, qual seja, o dolo.

Em sendo assim, em tese, as disposições contidas na Lei de Improbidade Administrativa poderiam ou não ser aplicadas ao Magistrado ou seja, a prática de uma conduta ilícita referente a um ato de improbidade administrativa estaria ou não subsumida aos tipos previstos no contexto da Lei acima referida?

Pela dicção dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92, a conclusão inicial, sem maiores aprofundamentos nessas notas introdutórias, é a de que sim, pois o caráter amplo da norma atinge de igual forma o Magistrado, que trata-se de um agente público.

Contudo, para verificar, com precisão, quando da prática de ato de improbidade administrativa pelo Magistrado, se a sua conduta ilícita está ou não incurso na Lei nº 8.429/92, necessário se faz que haja uma interpretação sistemática da referida norma cotejando a mesma com a Lei Complementar nº 35/79, que constitucionalmente rege a relação jurídica da Magistratura Nacional.

Inicialmente os doutrinadores, sem fazer o devido cotejo da Lei nº 8.429/92 com a Lei Complementar nº 35/79, defendiam a tese de que os Magistrados, quando praticavam ato administrativo ilícito (dolosamente), suas condutas estariam inseridas no escopo da Lei de Improbidade Administrativa, sem se aperceberem das prerrogativas da função que lhes são outorgadas pela própria Constituição Federal.

Nesse contexto, em nossos comentários à Lei nº 8.429/92<sup>1</sup> também defendíamos tal posicionamento, cometendo o mesmo equívoco dos demais doutrinadores, qual seja, de não cotejar a situação jurídica dos Magistrados com a prerrogativa de suas funções estabelecidas pela CF.

Com o julgamento da Reclamação nº 2138/STF, os agentes políticos, que também são tidos como agentes públicos, quando da prática de um ato de improbidade administrativa com dolo, não podem mais ter suas condutas ilícitas submetidas aos dispositivos constantes da Lei nº 8.429/92, por possuírem prerrogativas de função.

Seguindo a evolução interpretativa, na 4ª edição de nossos comentários da Lei de Improbidade Administrativa, passamos a discorrer sobre o tema observando esse novo enfoque, qual seja, defendendo a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 para os Magistrados, por ser a mesma não aplicável as suas condutas delituosas (ato de improbidade administrativa doloso) face o confronto com os dispositivos da Lei Complementar nº 35/79. Em sendo assim, qualquer Lei que conflite com a citada Lei Complementar não poderá ser aplicada, por total ou parcial incompatibilidade.

Não se trata de privilégio, e sim de correta interpretação da norma legal, que estabelece direitos e garantias a determinadas funções públicas, para que os seus detentores possam exercer as suas atividades livremente, sem nenhum tipo de pressão ou controle externo.

Nesse diapasão, incluem-se os Magistrados, vez que seus atos e condutas são regidos pela Lei Complementar nº 35/79.

Surgindo qualquer incompatibilidade ou conflito com a Lei nº 8.429/92, sempre será aplicada a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

Por essas razões, distribuída a ação de improbidade administrativa pelo representante do Órgão do Ministério Público contra Magistrado de primeiro ou de segundo grau, v.g., a mesma deve ser rejeitada de plano, na forma do disposto pelo § 8º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, por total incompatibilidade (inadequação) com a LC nº 35/79.

---

<sup>1</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa. O direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2007.

## **II- REJEIÇÃO DA AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92). INCOMPATIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO COM A LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN)**

O art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 estabelece que a ação de improbidade administrativa será rejeitada nas seguintes situações: inexistência do ato de improbidade administrativa, im procedência da ação ou inadequação da via eleita.

Havendo conflito na aplicação da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, com a Lei nº 8.429/92, ocorre a incompatibilidade jurídica entre elas, pois a responsabilidade do Magistrado pela prática de atos judiciais ou administrativos omissivos ou comissivos levados a efeito em decorrência de sua função não poderão ser comprovados através da ação de improbidade administrativa, em decorrência de que a Lei prevê outro rito a ser seguido, totalmente diferente, qual seja, o que vem estatuído na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Não resta dúvida que tal conclusão jurídica levada a efeito geralmente pelo Órgão do Ministério Público é resultante do que vem disposto no artigo 2º, da Lei nº 8.429/92, que conceitua o agente público, para efeito da respectiva Lei, como sendo todo aquele que exerce vínculo público, ainda que transitoriamente.

Em uma leitura mais açodada, partindo-se do pressuposto que os “agentes públicos” referidos pela lei *sub oculis* são os servidores do Estado e pessoas coletivas de direito público, que constituem o elemento humano dos serviços públicos, quando entendidos esses em sentido lato, os Magistrados em tese, estariam inseridos nesse contexto.

Vários doutrinadores chegaram a defender que os atos administrativos praticados por Magistrados no exercício de suas funções estariam inseridos no contexto da Lei nº 8.429/92, inclusive o subscritor do presente estudo, excetuando-se apenas os atos judiciais, que segundo o disposto no artigo 41, da LOMAN, são imunes de controle externo em relação ao processo judicial em que foram exarados.

Sucedede que, com a evolução da interpretação jurídica da Lei nº 8.429/92, grande parte da doutrina chegou a conclusão que a ação de improbidade administrativa possui cunho civil, com grande conteúdo penal, não olvidando seus inegáveis aspectos políticos, o que faz com que ela conflite com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em especial no que pertine a forma da perda da função pública do Magistrado.

Sendo certo, que no conflito de normas prevalece a aplicação da LOMAN, “que é lei complementar da Constituição da República e, portanto, hierarquicamente superior a todas as demais leis e regimentos” (RTJ 106/781).

É de se realçar que a Lei nº 8.429/92 não revogou a Lei Complementar nº 35/79, como não poderia, em face ao princípio da hierarquia das leis.

Com efeito, o disposto no artigo 22, da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de modo a não conflitar com as disposições, tanto da Constituição Federal, quanto da LC nº 35/79.

A forma de interpretação a ser adotada na espécie é a sistemática, em decorrência do critério orgânico que vigora em nosso ordenamento jurídico constitucional.

E por essa forma de interpretação, não há, como se equiparar o ato administrativo ou o judicial praticado pelo Magistrado, em face a prerrogativa de sua função, com os demais atos administrativos emanados pelos agentes públicos, dado a total distinção jurídica entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. Destarte, em decorrência dessa diferença de tratamento jurídico, confere-se aos Magistrados a independência de seus atos, que ficam imunes ao controle externo de seus superiores hierárquicos.

Conforme o disposto pelo art. 27, da Lei Complementar nº 35/79, o procedimento administrativo objetivando a perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu Órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado.

O parágrafo primeiro, do acima citado dispositivo legal, prevê o oferecimento de defesa prévia por parte do Magistrado, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes.

A perda do cargo de Magistrado somente poderá ter início por determinação do Tribunal ao qual o mesmo está vinculado ou do seu Órgão Especial, como consignado no RMS 22637/RJ - STF: “Rezam o art. 27, e seus cinco primeiros parágrafos, da Lei Complementar nº 35, de 14.03.79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional): ‘Art. 27 – O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu Órgão Especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. § 1º - Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o presidente do Tribunal, mediante ofício, nas 48 (quarenta e oito) horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação. § 2º - Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu Órgão Especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do

processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao relator. § 3º - O Tribunal ou o seu Órgão Especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final. § 4º - As provas requeridas e deferidas, bem como as que o relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de 20 (vinte) dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar. § 5º - Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por 10 (dez) dias, para razões.”<sup>2</sup>

Essa prerrogativa de função estabelecida pela Constituição Federal e recepcionada pela LC nº 35/79 excluem os Magistrados do contexto da Lei nº 8.429/92, por se tratar de regime jurídico diferenciado dos demais agentes públicos.

Por essa razão, o STF, no julgamento do RE nº 228977/SP, onde foi excluída a responsabilidade civil de Magistrado pelo teor de suas decisões, deixou explicitado, *litteris*: “(...) Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.”<sup>3</sup>

Em seu voto âncora, o eminente Ministro Relator Néri da Silveira, deixou assente que o Magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, age em nome do Estado-Juiz e, por essa razão, está imune de responsabilidade: “2.1. Tais agentes, não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções. Com efeito, o magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atuou em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe fora imposta constitucionalmente.”

Tal posicionamento não configura uma regalia, mas sim uma garantia fundamental do Magistrado, para que responda pela prática de seus atos tidos como irregulares em conformidade com as disposições legais aplicáveis e o foro privilegiado, de acordo com o estabelecido pela LC nº 35/79.

Portanto, não está previsto na LC nº 35/79 a possibilidade jurídica do Magistrado ser julgado por um Juiz de primeira instância, sob o argumento de que praticou, em tese, ato de improbidade administrativa.

A Lei Complementar nº 35/79 citada decorre do que vem estatuído no artigo 95, inciso I, da CF que estabeleceu como garantia dos Magistrados a

---

<sup>2</sup> STF, Rel. Min. Octávio Gallotti, RMS nº 22637/RJ, Pleno, DJ de 03.04.98, p. 26.

<sup>3</sup> STF, Rel. Min. Néri da Silveira, RE nº 228977/SP, 2ª T., DJ de 12/04/2002, p. 66.

vitaliciedade, a qual no primeiro grau de jurisdição é adquirida após 02 (dois) anos de exercício jurisdicional, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do Tribunal competente.<sup>4</sup>

De igual forma, os Desembargadores, somente perderão seus cargos por decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao passo que o Juiz singular, por também possuir prerrogativa de função, somente poderá perder seu cargo por deliberação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça a que estiver vinculado ou subordinado.

Dessa forma, ao se interpretar a regra constitucional da garantia da vitaliciedade dos Juízes, a que alude o artigo 95, inciso I, da CF, verifica-se a previsão da perda do cargo de Juiz através de “sentença judicial transitada em julgado”, constatando-se que a mesma só poderá se efetivar, segundo o disposto no artigo 26, I, da LOMAN, em “ação penal por crime comum ou de responsabilidade”. Essa interpretação sistemática se faz necessária pelo fato da LC 35, de 14-03-79, ter sido recepcionada pela CF (RTJ – 128/1141; STF – Pleno – ADIn nº 841/RJ).

Nesse sentido, o artigo 105 , I, alínea a, da Constituição Federal, fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para processar e julgar originariamente os Desembargadores integrantes de Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Por essa razão é que, havendo o conflito da Lei nº 8.429/92 com a LC 35/79, prevalece o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.<sup>5</sup>

Portanto, a sanção a ser aplicada ao Magistrado, com a perda de seu cargo, nas duas situações legalmente estabelecidas pela Constituição Federal e pela LC 35/79, são as seguintes:

- sentença judicial transitada em julgado em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;
- em processo disciplinar perante o Órgão competente do Tribunal ao qual o Magistrado está vinculado.

Isso posto, em hipótese alguma, *data venia*, poderá ocorrer a “perda de cargo” de Magistrado na situação prevista na Lei de Improbidade Administrativa,

---

<sup>4</sup> “Art. 95 - Os juízos gozam das seguintes garantias: I - Vitaliciedade, que no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.” (g.n.)

<sup>5</sup> “LC 35:1. No conflito de normas sobre competência, prevalece a LOM, ‘que é complementar a Constituição da República e, portanto, hierarquicamente superior a todas as demais leis e regimentos’ (RTJ 106/781).” (Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, Saraiva, 40. ed., São Paulo: 2008, p.1767)

que, por ser Lei Ordinária, não poderá confrontar-se ou sobrepor-se com os dispositivos constantes da LC 35/79.

Considerando que, pela Constituição Federal, os dispositivos referentes ao Estatuto da Magistratura exigem regulamentação por Lei Complementar, a Lei de Improbidade Administrativa, sendo Lei Ordinária, não se presta a disciplinar sanções a serem aplicadas aos Magistrados.

Igualmente oportuna, nesse contexto, a incisiva manifestação do eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento de caso similar: “A *ratio* subjacente a esse entendimento decorre da necessidade de proteger os magistrados no exercício regular de sua atividade profissional, afastando – a partir da cláusula de relativa imunidade jurídica que lhes é concedida – a possibilidade de que sofram, mediante injusta intimidação representada pela instauração de procedimentos penais ou civis sem causa legítima, indevida inibição quanto ao pleno desempenho da função jurisdicional.”<sup>6</sup>

Portanto, de plano se vê, o despropósito da abusiva, injusta e indigna investigação levada a efeito com o manejo de uma ação de improbidade administrativa, com fundamento em dispositivos da Lei nº 8.429/92, que direciona-se para a tentativa vã de enxovalhar atos praticados por Magistrados, sem nenhum desvelo à dignidade pessoal, à honra e à boa fama de quem os prolatou.

Não se pretende, por óbvio, que os provimentos jurisdicionais emanados dos Membros do Poder Judiciário sejam imunes à divergência e de igual forma questionados, quando exarados com má-fé (dolosamente); mas o sistema processual vigente assegura às partes os meios legais para contestá-los, através do contraditório e da diversificada quantidade de processos e procedimentos previstos em nossa Legislação, que a todos garante, pelo menos, o acesso a uma Instância competente – além de atribuir ao representante do Órgão do Ministério Público as nobres funções de fiscal da Lei e de ser o autor da ação penal ou da representação administrativa.

Apresentada anteriormente as divergências existentes sobre o tema, e de igual forma a essência da normatividade que rege a atividade judicante, descabe “criminalizar” os atos decisórios ou ordinatórios dos Magistrados, sempre recorríveis, e inescrupulosamente qualificá-los como parte de uma “estratégia fraudulenta” – máxime se nenhuma das alegadas “suspeitas” que motivam a propositura da ação de improbidade administrativa resiste ao mais elementar exame para seu recebimento.

Cabendo ressaltar que a Lei Complementar nº 35/79 não faz distinção de responsabilidade entre funções judicantes (ou atividades fins) e funções

---

<sup>6</sup> STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Queixa Crime nº 501-1/DF, DJ de 28.11.1997.

administrativas (ou atividades-meio) dos Magistrados, quando eles desempenham seu mister profissional.

Nesse sentido, expressivas são as considerações do STF na ADI nº 135-3/PB:<sup>7</sup> “Ilusória se revela, em seu entendimento, a pretensão de distinguir entre funções judicantes (ou atividades-fim) e funções administrativas (ou atividades-meio), dos Juízos e Tribunais, com o fito de procurar estabelecer limites de permissibilidade à ingerência de outros órgãos na atuação do Poder Judiciário, como condição indispensável ao exercício da democracia (...) Do exercício dos poderes de fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário estadual, outorgados, sem reserva, pela Constituição da Paraíba, afigura-se indissociável (até mesmo sob pena de se revelarem eles ociosos), alguma parcela de ingerência e de iminência repressiva do Colegiado estranho ao Judiciário, a que se pretende incumbir dessas tarefas, em detrimento da integridade da garantia de independência da magistratura.”

Não resta dúvida, *data venia*, que a Lei nº 8.429/92 é incompatível com a Lei Complementar nº 35/79, pois cria situações jurídicas que não podem ser estendidas aos Magistrados, pelo fato dos mesmos possuírem prerrogativas de função que os excepcionam da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse sentido, à guisa de ilustração, segundo divulgado na lista da AMB sobre a proposta da nova LOMAN, se verifica que o artigo 34 prevê as hipóteses de perda de cargo do Magistrado, nas seguintes situações: “Art. 34 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado: I - em ação penal; a) por crime doloso cuja pena aplicada seja de reclusão, na hipótese do art. 92, I, b, do Código Penal; b) por crime de responsabilidade, nos termos da Constituição Federal; II - em ação civil para a perda do cargo, nas hipóteses dos incisos I a IV do parágrafo único do art. 95 da Constituição Federal, cuja legitimidade ativa é privativa do Ministério Público oficiante perante o Tribunal que tiver jurisdição para julgar o Magistrado nos crimes comuns; § 1º - A propositura da ação civil para perda de cargo quando decorrente de representação do Tribunal a que estiver vinculado o magistrado, ou do Conselho Nacional de Justiça, depois de apreciado o processo administrativo disciplinar, poderá acarretar a suspensão cautelar do exercício de suas funções, pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias. § 2º - As ações de que tratam os incisos I e II serão julgadas pelos Tribunais competentes, por decisão de dois de seus membros.”

Mantém a proposta da nova LOMAN, a ausência de previsão de “perda de cargo” pela prática de “ato de improbidade administrativa”, já que isso somente poderá ocorrer nas hipóteses elencadas nos incisos I a IV do parágrafo único do artigo 95, da CF, assim grafados: “Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias: (...) Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a

---

<sup>7</sup> STF, Rel. Min. Octávio Gallotti, ADI nº 135/PB, Pleno, DJ de 15.08.97, p. 37034.

qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”

Em sendo assim, a imposição de punição aos Magistrados necessariamente deve estar prevista em Lei Complementar e jamais em Lei Ordinária, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa - de acordo com o *caput* do artigo 93, da CF.<sup>8</sup>

Portanto, quando se trata de impor punição para o Magistrado, o STF estabeleceu a necessidade constitucional de Lei Complementar dispor sobre a matéria e jamais Lei Ordinária.

Observando-se que a competência originária para impor uma punição ao Magistrado é do Tribunal originariamente competente para julgar criminalmente o Juiz.

E por fim, distribuída a ação de improbidade administrativa contra Magistrado, é de ser indeferida a petição inicial, por inadequação da via eleita, na forma do disposto pelo § 8º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92.

### III - PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO MAGISTRADO TORNA A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INADEQUADA - *BIS IN IDEM*, EM DECORRÊNCIA DE QUE O JUIZ RESPONDE A CRIME DE RESPONSABILIDADE

É de se destacar que apesar da Lei nº 8.429/92 possuir natureza civil, não afasta os aspectos penais incidentes. Isso porque, mesmo a Lei de Improbidade Administrativa possuindo natureza administrativa e política, há também a conotação penal, como aduzido por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes,<sup>9</sup> ao atualizarem a obra de Hely Lopes Meirelles: “(...) é inegável que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressaltados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). (...) tais características no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos.”

Partindo da premissa de que a Lei de Improbidade Administrativa possui forte conteúdo penal em relação as suas penalidades, quando utilizadas com a finalidade de punir o agente público pela prática de qualquer dos atos tipificados

---

<sup>8</sup> “Art. 93 - Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura.”

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança* atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215.

como ímprobos, houve, através de Reclamação nº 2138/STF o questionamento quanto ao conflito da citada Lei Federal com as garantias estabelecidas pela Constituição Federal para os agentes políticos detentores de mandatos.

Apesar do STF não ter analisado a situação jurídica dos Magistrados, o princípio é o mesmo adotado pela Reclamação nº 2138/STF, tendo em vista que esses agentes públicos devem se submeter a regime distintos de responsabilidade, em face às prerrogativas que lhes são conferidas para o exercício de suas relevantes funções.

Um Magistrado que não possua a garantia mínima de sua independência funcional, não possui liberdade para decidir contendas judiciais ou administrativas, tornando-se um mero aplicador da lei, sujeitando-se, por óbvio, em decorrência da situação em que se encontra, a proferir julgamentos políticos.

Essas altas funções (agentes políticos e Magistrados) são complexas e envolvem alguns desdobramentos constitucionais que, segundo o STF, para o caso específico dos agentes políticos, inviabiliza a aplicação integral da Lei nº 8.429/92, quando se tratar de apuração da prática de ato de improbidade administrativa, porquanto a natureza jurídica das sanções cominadas na referida Lei, tais como a perda da função e a suspensão dos direitos políticos, possuem similitude com as sanções penais dispostas no Decreto-Lei nº 201/67, que pune os crimes de responsabilidade praticados por Prefeitos Municipais, que somente poderiam ser aplicadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 29, V, da CF).

Em relação aos Desembargadores, o artigo 105, inciso I, da CF, fixa a competência do STJ para processá-los e julgá-los quando da prática de crimes de responsabilidade.

Por sua vez, quanto ao Juiz de Direito, a Constituição Federal estabelece a competência privativa do Tribunal de Justiça para julgá-lo pela prática de infrações penais de responsabilidade.

Cabendo ao Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça processar e julgar os Juízes de primeiro grau de jurisdição nos crimes de responsabilidade.

A prática do ato de improbidade administrativa a que alude a Lei nº 8.429/92, colide com outras normas constitucionais e legais, de grau hierárquico superior, máxime quando trata-se de crimes de responsabilidade.

Assim sendo, a prerrogativa de função afasta a incidência da Lei nº 8.429/92, em decorrência de que os crimes de responsabilidade praticados por agentes políticos e Magistrados, entre outros, seguem orientações constitucionais que os retiram do contexto da Lei de Improbidade Administrativa.

Após o julgamento da Reclamação nº 2138, o Supremo Tribunal Federal (STF), trouxe uma interessante e relevante discussão jurídica, visto que a maioria dos Ministros admitiram que os atos de improbidade administrativa descritos na Lei nº 8.429/92, constituem autênticos crimes de responsabilidade (cf. voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 2.138/STF).

Nesse sentido, o Ministro Relator Nelson Jobim, já havia se antecipado, quando do deferimento da medida liminar requerida na citada Reclamação nº 2.138/STF: “Assim, em análise preliminar, não parece haver dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/50, tais como os arrolados na L. 8429/92, são delitos políticos-administrativos. É certo que se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-á uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. Se, ao contrário, se entender que aos agentes políticos como os Ministros de Estado, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da lei de improbidade, há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Conclui-se também, num juízo preliminar, que, na segunda hipótese, não se cuida de assegurar ao agente político um regime de imunidade em face dos atos de improbidade. O agente político há de responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes para processá-lo e julgá-lo.”

Isso porque, a natureza jurídica de algumas sanções cominadas pela Lei nº 8.429/92 (perda da função e suspensão dos direitos políticos) também são sanções penais previstas na Lei nº 1.079/50 ou Decreto-Lei nº 201/67 aplicáveis, em caso de condenação, pela prática de crimes de responsabilidades, nas quais estão vinculados não só os agentes políticos, como também os Membros do Poder Judiciário, que só podem ser sancionados pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Superiores, dependendo de cada caso, em face do privilégio do foro *ratione officii*.

Ou seja, o processo que apura a prática de um crime de responsabilidade, como infração político-administrativa a qual se sujeitam os Magistrados, tramitará no juízo competente, em virtude da instituição da prerrogativa de foro, estabelecida em função do cargo exercido.

Isso ocorre porque, a Constituição Federal é que determina a competência do Tribunal quando o Magistrado responde por crime de responsabilidade.

Após uma interpretação sistemática entre as normas legais aplicáveis aos Magistrados, constata-se que prevalecem e devem ser aplicados os dispositivos constantes da LOMAN, sendo que os mesmos somente perderão seus cargos, quando a hipótese for a de sentença judicial condenatória, transitada em julgado, em ação penal por crime infamante ou de responsabilidade (cf. artigo 25, da LC nº 35/79).

Essa garantia não deve ser encarada como um privilégio, pois os Magistrados são responsáveis pelo julgamento de matéria afeta às suas competências, que são de ordem pública, tendo em vista que são responsáveis pelo controle da regularidade da relação jurídica dos cidadãos.

Por essa razão, a responsabilidade do Magistrado pela prática de atos ilícitos omissivos ou comissivos efetivados em decorrência de sua função, não são aferíveis através de ação de improbidade administrativa.

Dessa maneira, a Lei estabeleceu a prerrogativa de função não só aos Magistrados, mas de igual modo aos agentes políticos, como forma de dotá-los de prerrogativas indispensáveis ao livre exercício de seus misteres. Contudo, essa liberdade funcional não significa impunidade no desempenho de suas atribuições, em decorrência de que a probidade deve ser uma característica de conduta impostergável.

Havendo violação da mesma, no exercício da função, através da prática de atos ímprobos, o Magistrado responderá por crime de responsabilidade e não pelos termos da Lei de Improbidade Administrativa, como decidido pelo STF; na circunstância jurídica dos agentes políticos, que possuem as mesmas prerrogativas de funções dos Membros do Poder Judiciário ocorrerá a mesma situação acima referida.

A perda de cargo de Magistrado, segundo o disposto no artigo 26, da LOMAN não prevê a hipótese de “improbidade administrativa” (sequer em tese).

Considerando que conforme disposição constante da Constituição Federal a disciplina do Estatuto da Magistratura exige Lei Complementar, a Lei de Improbidade Administrativa, sendo Lei Ordinária, por si só, não possui poderes para disciplinar a sanção da perda de cargo em relação aos Magistrados bem como, para os Conselheiros das Cortes de Contas.

Agrega-se a tal situação jurídica o que vem disposto no artigo 27, da LOMAN, que estabelece a competência originária para a imposição de eventual sanção consistente na perda de cargo de Magistrado, o Tribunal Regional Federal, para a hipótese de apurar a responsabilidade de Juízes Federais, ou para os Tribunais de Justiça dos Estados, nas situações que envolvam Juízes estaduais; portanto, jamais, em hipótese alguma, um Juiz Federal ou de Vara de Fazenda Pública de primeira instância poderá processar, proferir sentença condenatória e impor sanção às categorias funcionais anteriormente declinadas, justamente por não possuir competência legal para praticar tais atos.

Outra hipótese jurídica que se torna irrefutável, é que Lei Ordinária (Lei nº 8.429/92) não é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do

Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição Federal.

Sendo oportuno esclarecer que a Constituição Federal não outorgou a interpretação constitucional às leis ordinárias, visto que tal delegação foi direcionada para o STF.

Portanto, estabelecido pelo STF que o agente político não responde por ato de improbidade administrativa, tal orientação é extensiva também para os Magistrados, em face de suas prerrogativas de funções.

Pensar diferente é defender a possibilidade da Lei Ordinária (Lei nº 8.429/92) limitar determinada inteligência da Constituição Federal (Crime de Responsabilidade), para estabelecer situação que, por si só, viola frontalmente o próprio plasmado da Magna Carta.

Por outro lado, merece destaque parte do laborioso voto do Ministro Relator Nelson Jobim, quando da Reclamação nº 2.138/STF: “Ora, se os atos de improbidade administrativa do Presidente da República são crimes de responsabilidade, *a fortiori*, as condutas funcionais de improbidade administrativa, definidas pela Lei nº 8.429/92, têm a mesma natureza jurídica, ou seja, são crimes de responsabilidade, pois, se assim é quanto ao Presidente da República, nada se justifique que sua natureza se transmude em razão apenas, da diferença da função pública exercida pelo agente público. Se assim não for, cair-se-á no ilogismo de se admitir que uma circunstância meramente acidental é capaz de mudar a essência das coisas. Porque ato de improbidade administrativa é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quiçá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo Presidente da República, mas por todo e qualquer agente político, a Lei nº 1.079/50 estendeu sua aplicação aos Ministros de Estado (art. 13), aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao Procurador-geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74), fazendo questão de repetir, relativamente a cada um deles, que procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo atenta contra a probidade da Administração e é crime de responsabilidade. Por se tratar de crime de responsabilidade, o processo e julgamento dos agentes públicos, sejam ou não agentes políticos, aos quais se imputa a autoria de ato de improbidade administrativa, não de obedecer às regras de competência constitucionalmente fixadas. Assim, pelos atos de improbidade de praticar, porque constitutivos de crime de responsabilidade, o Presidente da República há de ser processado e julgado pelo Senado Federal, mediante prévia licença da Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 86 da Constituição Federal; os Ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, quando não se tratar de crime de responsabilidade conexo com o do Presidente da República, os ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente serão processados e julgados, originariamente,

pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102. I, c, da Constituição Federal); os desembargados dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, aos membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais, quando a ele imputada a prática de ato de improbidade, ou seja, a prática de crime de responsabilidade deverão eles ser processados e julgados, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, da Constituição Federal); os governadores dos estados e do Distrito Federal, pela Assembléia Legislativa, nos trilhos da Lei nº 1.079/50, com a devida adequação ao texto constitucional vigente; os prefeitos e vereadores, pela Câmara Municipal, segundo regras estampadas nos artigos 4º e 7º, respectivamente, do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Obviamente, os agentes públicos que não têm foro por prerrogativa de função constitucionalmente fixado, serão processados e julgados por juiz de primeiro grau de jurisdição. Pode não ser o desejável por muitos, que desconfiam da eficácia sancionatória, quando se trata de foro por prerrogativa de função, mas *legem habemus* e urge cumprir a lei que nos rege, principalmente quando essa lei é a Constituição da República Federativa do Brasil. Seu descumprimento torna inviável o Estado de Direito Democrático. Por fim, cabe ressaltar a improbidade dos efeitos da sentença proferida em primeira instância que, além de ter decretado a suspensão dos direitos políticos de Ministro de Estado pelo prazo de 08 anos e a perda da função pública, condenou-o, ainda, a perda do cargo efetivo de Ministro de 1ª classe do Ministério das Relações Exteriores, por fatos ligados ao exercício de sua função ministerial (...).”

Com o mesmo brilho e eloquência jurídica, o Ministro Luiz Fux (Relator p/ acórdão), no REsp nº 456.649/MG (STJ. 1ª T., DJ de 05 out. 2.006, p. 237), mantém intacta a orientação do STF.

Esses sólidos posicionamentos jurisdicionais citados não geram, criam ou são coniventes com impunidades jurídicas direcionadas a determinados agentes políticos, em decorrência de que eles responderão por crimes de responsabilidade se praticarem atos ilícitos assim qualificados, no exercício de suas funções. Apenas o STF e o STJ preconizam, com apoio de parte da doutrina a incompatibilidade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa com a prerrogativa da função de determinados agentes públicos, incluindo nesse contexto, por analogia, os Magistrados.

#### **IV - CONCLUSÃO**

Após todo o exposto, conclui-se que os Magistrados quando exercem seus fundamentais e democráticos misteres, não estão sujeitos as disposições estabelecidas na Lei nº 8.429/92, por possuírem prerrogativas de funções.

Se distribuída ação de improbidade administrativa contra Magistrado, a mesma deve ser julgada extinta, por total incompatibilidade jurídica, na forma do disposto no § 8º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92.

Isso porque, a Lei Complementar nº 35/79 não prevê a possibilidade do Magistrado responder pela prática de ato de improbidade administrativa perante um Juiz de primeiro grau, bem como, quando da prolação de sentença condenatória ser-lhe imposta a sanção consistente na perda de seu cargo, nas situações e formas estabelecidas na Lei nº 8.429/92.

Não resta dúvida que a petição inicial referente a ação de improbidade administrativa, ingressada contra o Magistrado deve ser indeferida (art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92), ou se já tiver sido aceita, deve ser rejeitada *a posteriori* (art. 17, § 11, da Lei acima citada), em face da inadequação da mesma.