

# LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

**Carlos Alberto Hohmann Choinski**  
**Especialista em Direito Público**

**Cascavel, abril de 2006.**

**Sumário:** 1. Introdução. A Reclamação n.º 2138-6. 2. Noção de Agente Político. Conceito de Agente Público. Sujeição à lei de Improbidade. 3. O regime jurídico-penal dos crimes de responsabilidade. Caráter penal e caráter político-administrativo. 4. A leitura da lei de Improbidade Administrativa e seu sistema próprio de sanções. 5. A visão da improbidade administrativa como de “caráter penal”. 6. A visão da improbidade administrativa como de “caráter político-administrativo”. 7. Conclusões.

**Palavras-chave:** Crimes de Responsabilidade. Improbidade Administrativa. Natureza das sanções.

## 1. Introdução

O julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Reclamação n° 2138-6, que ainda não findou, discute a aplicabilidade da Lei Federal n° 8.429/92, a “Lei de Improbidade Administrativa” aos agentes políticos.

Da relatoria do Ministro Nelson Jobim foi alçado o posicionamento que não deve ser aplicável aos agentes políticos as sanções da lei de improbidade administrativa, notadamente pela concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa: um previsto pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal que, justamente, prevê as sanções por ato de improbidade administrativa e, outro, previsto pelos arts. 85 e 102, inciso I, letra ‘c’ da Carta Magna, que define os crimes de responsabilidade, hoje ainda tratado pela antiga Lei n° 1.079/50.

Estaria, com este entendimento, resguardada a competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar os “delitos político-administrativos” imputados aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, Aeronáutica e Exército, aos membros dos Tribunais Superiores, aos membros do Tribunal de Contas da União e aos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “c”, da Constituição Federal).

Além deste entendimento, próprio do processo de Reclamação n° 2138-6 que trata de caso de condenação em improbidade administrativa, prolatada por juiz de

primeiro grau a Ministro do Estado, a referência dada a “agentes políticos” pelo voto do Relator, inevitavelmente, teria que abranger todos aqueles que se enquadram nesta qualificação.

Por isso, por decorrência, estaria resguardada, também, a competência para processar e julgar, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, os “delitos político-administrativos” dos Prefeitos Municipais, em face da previsão do Decreto Lei 201/67 combinado com o art. 29, X, da Constituição Federal.

Mais, ainda, estariam sendo remetidos aos processos de *impeachment* os julgamentos por improbidade, cometidos pelo Presidente da República e pelos Governadores de Estado, cuja competência seria do Senado Federal (no caso do Presidente da República) e da Assembléia Legislativa (no caso dos Governadores de Estado), conforme previsão da Lei 1079/50.

Assim, por via transversa, a ampliação deste tratamento estaria dando uma interpretação conforme a Constituição, para excluir do regime de aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, todos aqueles que podem ser intitulados como ‘agentes políticos’ no regime jurídico do Estado Brasileiro.

O presente trabalho tem como objetivo discutir os problemas inerentes a tal entendimento, não somente quanto ao aspecto do conflito formal das normas, mas, no plano da eficácia e da efetividade, discutir a nefasta consequência que isto representaria em termos de combate à corrupção no Direito Brasileiro.

## **2. Noção de Agente Político.**

No sistema administrativo brasileiro, é comum ser aceita a noção jurídica de “agente político” para diferenciá-los dos demais servidores do Estado. O que não se pode admitir é que ele se afaste da noção constitucional de agentes públicos, entendido como todo aquele que desempenha alguma atividade estatal.

*“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. (...) O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 229/230.

A necessária distinção do agente político ocorre em razão da forma de acesso ao cargo, baseado no vínculo da legitimação pelo voto direto e pela característica de se situar no “centro do poder político do Estado”, exercendo determinada função de relevância para a marcha das finalidades constitucionais.

Afora tais distinções, não se criou aos agentes políticos um sistema de integral irresponsabilidade (embora tenha vigorado até pouco tempo um sistema de imunidade parlamentar que beirava a impossibilidade formal de responsabilização), mas de uma responsabilidade correlata às suas atribuições.

Foi por tal motivação que o legislador constituinte manteve um sistema onde os ‘crimes de responsabilidade’ dos chefes do Poder Executivo seriam processados e julgados pelo Poder Legislativo, reforçando a simbiose entre a responsabilidade pessoal e a responsabilidade política, dado que o caráter da decisão do “*impeachment*” é dual, qual seja, formalmente jurídico e materialmente político.

Não se encontra, todavia, dentro do sistema constitucional uma separação expressa entre agentes políticos e outros servidores públicos, tanto para direitos e garantias, como para obrigações. O Constituinte não quis dar uma distinção formal, mas apenas definiu certos aspectos do tratamento jurídico a ser dado a determinadas categorias de agentes políticos, em razão da importância da função estatal desempenhada, mediante os sistemas de prerrogativa de foro em razão da função e através do sistema de responsabilização dos chamados ‘crimes de responsabilidade’, num sistema híbrido que envolve participação de órgãos do Poder Judiciário e de órgãos do Poder Legislativo.

Não há, enfim, definição jurídica específica que compreenda integralmente uma distinção formal ou material que exclua os agentes políticos de todo o sistema da Administração Pública Estatal, devendo, forçosamente, considerá-lo como elemento integrante deste sistema, apenas com as ressalvas estabelecidas pela própria Constituição.

Por isso, os atos dos agentes políticos não se diferem dos atos de outros agentes públicos quando se fala em responsabilidade civil do Estado. Seu tratamento é idêntico no que se refere à aquisição de direitos como, por exemplo, para fins de aposentadoria. No conjunto geral, a diferença entre agentes políticos e outros agentes públicos é uma distinção teleológica, isto é, a projeção dos atos dos agentes políticos visam dar cumprimento a finalidades específicas de realização das metas constitucionais, de legitimação da participação popular e da garantia da pluralidade da participação política dos diferentes segmentos sociais.

Da mesma forma, o legislador, ao escrever a lei de improbidade administrativa, priorizou a aplicação simétrica das sanções nela contidas, independentemente da forma de acesso ao cargo, quando no artigo 2.º, mediante interpretação autêntica, definiu o que é agente público: “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”<sup>2</sup>

### **3. O regime jurídico-penal da Lei dos Crimes de Responsabilidade.**

Os crimes de responsabilidade, na história do Direito Constitucional Brasileiro, estão vinculados a atos que os agentes políticos venham a cometer no exercício de suas funções e que, sob alguma ótica, arranhem a estabilidade geral do funcionamento dos órgãos estatais que representam.

Esta noção se vincula à pré-condição de que, para ser processado por crime de responsabilidade, o agente público esteja no exercício da função, conforme o próprio art. 42 da Lei 1079/50 dispõe, no sentido que a permanência no cargo represente este risco de ruptura da estabilidade do funcionamento estatal.

Observa-se, aí, que não são todas as condutas ilícitas, no trato penal, que se vinculam ao agente político, através da Lei 1079/50, porque há condutas não previstas por aquela lei, como é o caso do enriquecimento ilícito obtido em razão da função, cuja figura somente se remete à tipicidade do crime comum de peculato, previsto no Código Penal.

Mais ainda, as sanções dos crimes de responsabilidade em nada se identificam com as tradicionais penas do sistema penal brasileiro porque, enquanto este prevê as sanções de privação de liberdade, restrição a direitos e multa, a Lei 1059/50 somente prevê a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos por determinado período.

Por fim, as instâncias julgadoras dos crimes de responsabilidade obedecem a critérios de ordem jurídico-política, porque, para algumas autoridades o julgamento ocorre pelas Casas Legislativas e, para outras, obedecem a um sistema constitucional de prerrogativa de foro em razão da função, enquanto o sistema de julgamento dos crimes comuns é tratado horizontalmente pelo Poder Judiciário.

---

<sup>2</sup> Art. 2º da Lei 8429/92.

A conformação jurídica dos crimes de responsabilidade não é, portanto, simétrica ao sistema penal brasileiro, diferenciado por critérios de pena, condições de procedibilidade, regras de competência e dos bens jurídicos protegidos.

Daí que, diante de tamanha disparidade dos institutos dos crimes comuns e dos crimes de responsabilidade, a imensa maioria dos doutrinadores optou por conceituar o crime de responsabilidade como fruto de um direito sancionador político-administrativo, por sua característica híbrida, mas notavelmente de índole política.

Aliás, aqui se encontra mais uma característica da distinção do processo político-administrativo. A sua decisão não se vincula ao princípio estrito da tipicidade penal. Assim, o julgamento que advier, embora produza os efeitos jurídicos equivalentes a uma sentença, jamais terá o mesmo conteúdo de uma sentença porque não há necessidade de preservação do princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões (art. 93, IX, CF), até mesmo porque a decisão do processo dos crimes de responsabilidade, no mérito, está apto a aceitar a convergência de outros valores não-típicos, mas sim políticos (conseqüência política da destituição do cargo, crise interna que isto propiciará, crise internacional que isto poderá acarretar, dentre outras).

Outro elemento que certifica este caráter político-administrativo dos crimes de responsabilidade está na própria exposição de motivos que fomentou a criação da Lei 1079/50. Em sua justificação, o caráter político do instituto já era evidenciado, tanto pela sua origem constitucional, quanto pela sua finalidade: *“ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo ‘sui generis’, que **não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins**”*.<sup>3</sup>

A cargo, portanto, de uma interpretação histórica, teríamos a definitiva caracterização do caráter político-administrativo inerente aos crimes previsto na Lei 1079/50. Esta legislação, entretanto, não passou despercebida aos olhares críticos dos legisladores.

Paulo Bonavides descreve o processo da Lei 1079/50 como *“um processo lento, penoso, aflitivo e controverso, de uso raro e duvidoso préstimo, situando-se na*

---

<sup>3</sup> Extraído do Projeto de Lei nº 23 de 1948, que redundou na criação da Lei 1079/50 dois anos mais tarde.

*fronteira cinzenta que separa a função política da função judicial*'. Em continuação, cita:

*“Sobre o impeachment, esse ‘canhão de cem toneladas’ (Lord Bryce), que dorme no ‘museu das antiguidades constitucionais’ (Boutmy), é ainda decisivo o juízo de Rui Barbosa, quando assevera que ‘a responsabilidade criada sob a forma do impeachment se faz absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa’, resultando daí o presidencialismo um poder ‘irresponsável e por conseqüência, ilimitado, imoral e absoluto’”.*<sup>4</sup>

Paulo Brossard, em sua obra “O Impeachment”, tratava o instituto como “incapaz de solucionar as crises constitucionais, (o impeachment), paradoxalmente, contribui para o agravamento delas. O instituto, que, pela sua rigidez, não funciona a tempo e a hora, chega a pôr em risco as instituições, e não poucas vezes elas se estilhaçam”.<sup>5</sup>

Decorre destas antigas lições, onde o tempo serviu para arraigá-las em maior profundidade, a conclusão mais evidente dos processos de crimes de responsabilidade: sua nenhuma efetividade, vez que contrapõe forças políticas e estabelece uma forma de julgamento completamente estranha, permitindo-se que não se estabeleça a vinculação do exercício do poder público com os ditames dos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

O voto do Ministro Nelson Jobim, no julgamento da Reclamação n.º 2138-6, reconhece o caráter político-administrativo do julgamento dos crimes de responsabilidade, findando um entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal que, em outras ocasiões, insistia em afirmar o conteúdo penal daquele instituto<sup>6</sup>, muito embora, tal entendimento, tenha sido feito sob a única finalidade de compará-lo à Lei de Improbidade Administrativa, com adiante se verá.

#### **4. A leitura da Lei de Improbidade Administrativa e seu sistema próprio de sanções.**

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Ed. Malheiros, 10ª ed., p. 312.

<sup>5</sup> BROSSARD, Paulo. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>6</sup> Conforme se faz sentir no julgamento da ADI n.º 834-0/MT e da ADI n.º 1628/SC.

A improbidade é sinônima de desonestidade. A improbidade administrativa é assim denominada porque a desonestidade advém de um ato ocorrente na dimensão administrativa do Estado. Não há improbidade administrativa sem a participação do agente público, porque é elemento incondicional de sua aplicação de que o ato ímprobo tenha decorrido de um exercício de competência pública por alguém que agiu em nome da Administração Pública.

O ato administrativo em si, entendido como o móvel para a ocorrência da improbidade administrativa, deve ser visto de maneira ampla (*lato sensu*), ou seja, não há que se adotar diferentes posicionamentos em relação aos “atos de império” ou “atos de gestão”, visto que qualquer um deles pode caracterizar uma das espécies de improbidade administrativa: o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário público ou a ausência de preservação dos princípios administrativos.

Na improbidade administrativa não se encontra distinção entre atos de função política ou de função administrativa: o que importa é que o ato tenha sido realizado em conformidade integral com o plano do Direito.

Por atos de função política ou de governo, entendem-se aqueles dotados de carga propulsora do Estado para os seus fins ou, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, “a razão essencial do Estado”.

Os atos de função administrativa seriam os “atos jurídicos que produzem efeitos num caso concreto, praticado pela Administração Pública, enquanto Poder Público, isto é, fazendo valer sua autoridade, porém, atendendo aos interesses determinados pela lei e individualizados por características próprias.”<sup>7</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirmou que, independente de sua natureza e da autoridade que a produza, os atos políticos não destoam de sua realidade administrativa:

*“Se dizem respeito à manifestação individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumprem estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de Direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.*”

---

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91.

*Sem dúvida, verificam-se na atividade estatal atos jurídicos que imprimem a direção superior da sua vida política, que formam e manifestam originariamente a sua vontade e cogitam dos órgãos a quem competem essas atribuições, ao lado de outros, mais subalternos, que completam e desenvolvem aqueles, na afirmação da utilidade pública, condicionando as relações internas com os próprios órgãos ou com terceiros. Mas, todos são atos administrativos ante o objetivo de que têm em mira.*<sup>8</sup>

Todo e qualquer ato praticado pelo Estado – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – se sujeita à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em consequência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela validade das ações estatais, conclui-se que nenhuma questão, mesmo política, pode ser subtraída de sua apreciação.<sup>9</sup>

Neste contexto, o ato administrativo promovido para gerar efeitos jurídicos, mas evitado de mácula de ofender aos princípios administrativos ou tendente a causar prejuízo e enriquecimento ilícito, se sujeita ao controle jurisdicional, inclusive para imposição das sanções legalmente previstas, inclusive as de improbidade administrativa.

Este controle jurisdicional deve ser dado na exata dimensão definida pelo legislador que impôs um tratamento jurídico uniforme a todo o agente público, quando no artigo 2.º da Lei 8429/92 impõe que *“reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”*.

Assim, sujeitam-se às sanções impostas pela Lei da Improbidade todos os agentes públicos que se enquadrem em qualquer condição inserida aqui. As sanções da Lei 8429/92 não inauguram nova classe de sanções no direito<sup>10</sup>. Sua

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 417/418.

<sup>9</sup> SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo, in Revista Trimestral de Direito Público 8/1994. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131.

<sup>10</sup> Não há inovação de sanções na Lei 8429/92. Todas as sanções previstas no art. 12 estão coligidas em outros textos normativos: a sanção de reparação de danos, além de sua origem constitucional é validade pela Teoria Geral da Responsabilidade Civil do Código Civil Brasileiro; a sanção de multa civil da improbidade é uma especialização do art. 940 do atual Código Civil, mas que já era contemplado no antigo ordenamento; a sanção de suspensão dos direitos políticos e perda da função pública são previstas expressamente pela Constituição Federal no art. 37, §4.º e art. 15, V do seu texto; a sanção de proibição de contratar com o poder público é sanção administrativa do âmbito da organização da própria pessoa jurídica de direito público interno, bem como a regularidade fiscal é requisito para obtenção de incentivos ou benefícios do



aplicação ocorrerá, todavia, *independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, conforme o próprio art. 12 da lei escreve. Assim, as sanções da improbidade administrativa, por seu caráter ontológico, se aproximam do exercício da função administrativa do Estado. Isto ocorre porque há, no ato ímprobo, ao mesmo tempo, lesão aos interesses do Estado, enquanto pessoa jurídica gestora dos interesses públicos, mas também lesão ao interesse geral da sociedade, porque o ato ímprobo arranha o conceito jurídico universal de patrimônio público, não somente pelo seu caráter econômico, mas pelo seu conteúdo social e moral.<sup>11</sup>

## **5. A visão da improbidade administrativa como de “caráter penal”.**

A se aceitar a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n.º 2138-6, esta ganha importância porque a Lei de Improbidade Administrativa ou deverá ser lida sob a ótica penal, ou pelo caráter político-administrativo próprio do crime de responsabilidade, o que, tanto em uma quanto outra hipótese, afeta a aplicabilidade da Lei da Improbidade Administrativa e, também, o seu destino e finalidade.

Ao dar conformação penal, por decorrência, à Lei n.º 8.429/92, ainda que de modo incidental, visto que a interpretação exarada pelo Supremo Tribunal Federal refere-se a lei de “forte conteúdo penal”, todo o sistema penal estará conectado à aplicação das sanções de improbidade administrativa, muito embora esta não trate de penas privativas de liberdade, restritiva de direitos ou de multa penal.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, aliás, expõe controvérsia em tema que era pacificado em todos os outros Tribunais: a natureza de sanção civil ou administrativa da Lei de Improbidade Administrativa (inclusive no que tange ao foro de processo e julgamento das ações perante os foros civis).<sup>12</sup>

---

Poder Público. Além disso, muitas das sanções previstas expressamente são consideradas, no âmbito penal, como efeitos da condenação, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, além do efeito de coisa julgada material para fins de reparação de danos.

<sup>11</sup> EMERSON GARCIA, em sua obra “Improbidade Administrativa” (2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004. p. 281), escrita juntamente com ROGÉRIO PACHECO ALVES distingue claramente os conceitos de ‘erário’ e patrimônio público’, caracterizando o segundo como termo de maior abrangência: “*Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público. (...) Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público*”.

<sup>12</sup> Como referência, neste Sentido, são várias as decisões do STJ para caracterizar a natureza civil do processo de improbidade administrativa: Resp 757194/SP, 1.º Turma, rel. Min. José Delgado (14.11.2005); Resp 319009, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon (04.11.02); HC 8491, 5.ª Turma, rel. Min. Félix Fischer (14.08.2000); Reclamação nº 591, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves (15.05.2000)

Este entendimento, também, contraria ressalva estabelecida pela própria Constituição (art. 37, §4.º) que afirma que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível**”

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa não é a lei especialmente reservada para reger os crimes de responsabilidade, previsto pelo art. 85, parágrafo único da Constituição Federal, visto que ela não trata somente de agentes políticos, mas de todo e qualquer agente público, além de particulares que tenham concorrido ou se beneficiado do ato ímprobo.

Abre-se, com isso, uma indagação incisiva a respeito da efetividade da Lei de Improbidade Administrativa: possuindo esta natureza penal, tal entendimento será aplicado somente aos agentes políticos ou a todos os agentes públicos ou particulares abrangidos por suas sanções? Pelo princípio da simetria, não se pode admitir tratamentos jurídicos diferentes baseados na mesma aplicação legal, de modo que o caráter penal da Lei de Improbidade Administrativa representa a sua perda integral de eficácia ou, na melhor das hipóteses, admitir que os crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal teriam sido revogados em razão da *lex posteriori* que definiu condutas típicas de enriquecimento ilícito e desvio do patrimônio público.

Tanto um entendimento (morte da lei por ineficácia) como outro (revogação de tipos penais especificamente previstos no Código Penal) teriam repercussões negativas no âmbito da efetividade das leis repressoras à corrupção, seja pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, seja pela revogação de tipos penais que teriam um processo próprio de persecução (art. 17 da Lei n.º 8.429/92).

Além disso, o caráter penal da Lei de Improbidade Administrativa traria problemas de aplicabilidade e adequação, visto que os artigos 9.º, 10 e 11 que designam os tipos legais de improbidade administrativa são “tipos abertos”, cuja interpretação depende do caso concreto o que inviabiliza a sua adequação ao sistema penal brasileiro. Neste sentido, colhe-se a lição de NILO BATISTA:

*“Adverte com propriedade Everardo da Cunha Luna que ‘o maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos’.*<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Editora Revan, 1990, p. 81/82.

Tudo na Lei de Improbidade Administrativa aponta para seu “não caráter penal”, desde a forma como a lei foi criada até os tipos de proteção e sanção estabelecidos por ela. Isto porque o Direito Penal não inaugura condutas e não cria a antijuridicidade: apenas apõe àquilo que já era ilícito, baseado em valores nascidos em outros ramos do direito, uma sanção específica que a caracteriza como coerção penal (caráter predominantemente sancionador do direito penal). Na lei de improbidade administrativa, ao contrário do que é estabelecido pela norma penal, há descrição de normas de caráter eminentemente constitutivo. Exemplos claros disto são condutas que, ainda que não causem prejuízo ao erário público, possuem dano presumido (v.g. art. 10, VIII e IX da Lei 8429/92), condutas que são consideradas ilícitas apenas por desrespeitarem princípios subjetivos como o da honestidade.

Outro exemplo claro é que, a despeito da Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu bojo, definir como ato de improbidade toda a conduta que desrespeitar os deveres nela inseridos (art. 73 da LC nº 101/00), mais tarde foi elaborado texto legal específico para dar conformação às condutas penais de responsabilidade fiscal (Lei nº 10.028/00).

ZAFFARONI, em ratificação a este entendimento, caracteriza o conteúdo autônomo da ciência do direito penal em comparação a outros ramos do direito:

*“Que o direito penal seja ‘acessório’ no que diz respeito à tutela jurídica – no sentido de que funciona quando uma conduta merece coerção jurídica complementar de caráter preventivo especial ou reparador particular, nas hipóteses em que não se provê suficientemente a segurança jurídica com a coerção jurídica reparadora ordinária -, não é uma circunstância que lhe subtraía autonomia científica e legislativa, mas, ao contrário, é precisamente o que lhe dá autonomia e fisionomia próprias. Que os bens jurídicos sejam tutelados por uma coerção reparadora ordinária e por outra preventiva ou reparadora especial, é algo que não duplica os bens jurídicos: **um cofre de segurança custodiado por dois agentes não são dois cofres de segurança; a dupla tutela não duplica o objeto da tutela.** Todavia, isto não afeta a autonomia científica e legislativa do direito penal, mas, ao contrário, permite que ele elabore seus próprios conceitos, a partir do particular enfoque tutelar preventivo especial ou*

*reparador extraordinário de que carece a coerção por meio de que se realiza a restante tutela jurídica.”<sup>14</sup>*

Conclui-se, enfim, que a caracterização da norma de improbidade administrativa como de caráter penal afeta a eficácia e aplicabilidade da primeira, mas contraria todo o sistema de tratamento jurídico das normas penais, porque inaugura uma espécie de tipologia peculiar, uma espécie de processo específico (impensável pelo caráter linear definido pelo tratamento científico da conduta penal) e sanções diretas que não se compatibilizam com o rol das sanções penais definidas pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal.

Por todos estes motivos, portanto, não se pode considerar a Lei 8429/92 como lei de conteúdo penal.

## **6. A visão da improbidade administrativa como de “caráter político-administrativo”.**

Uma segunda hipótese de entendimento seria alcançar à Lei de Improbidade Administrativa, equivalente ao caráter político-administrativo da Lei dos Crimes de Responsabilidade, reconhecido por publicistas históricos, como Carlos Maximiliano, Paulo Brossard, Paulo Bonavides, Rui Barbosa, entre outros,

Em primeiro lugar, como já se disse, esta tese inauguraria uma nova interpretação pelo Supremo Tribunal Federal que, até então, majoritariamente, defendia a natureza penal ou, alternativamente, a natureza mista (político-penal) dos crimes de responsabilidade.

A seguir, já para a Lei de Improbidade Administrativa, o reconhecimento do caráter político-administrativo a esta, traria problemas quanto à aplicabilidade aos demais agentes públicos alcançados por ela e que não são agentes políticos. Ou seja: como dar caráter político-administrativo a uma lei somente quando ela for aplicada a agentes políticos e não dar o mesmo caráter aos agentes que não forem agentes políticos? Mais uma vez estaria se propondo dar tratamentos jurídicos diferenciados em razão de uma classe, o que representa um privilégio defeso pela Constituição.

Outro grave problema a ser enfrentado seria o da competência. Enquanto a Lei 1079/50 define como tribunais de seus julgamentos esferas políticas com poder de

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manuel de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 102/103).

jurisdição, a Lei 8429/92 define condutas que devem ser julgadas exclusivamente pelo Poder Judiciário sem definição de qualquer foro diferente do ordinário comum.

Sobre tal ponto, aliás, a própria Constituição Federal teria sido a responsável por definir as competências por prerrogativa de foro para os casos de crimes de responsabilidade. São exemplos disto:

- o art. 102, I, 'c', que fixa a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar por crimes de responsabilidade, *os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;*
- o art. 105, I, 'a', que fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar crimes de responsabilidade, *os desembargadores dos Tribunais de Justiça, dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;*
- o art. 108, I, 'a' que fixa a competência dos Tribunais Regionais Federais para julgar por crimes de responsabilidade, *os juizes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;*
- o art. 109, IV, que estabelece a competência dos Juizes Federais para *julgar os crimes políticos (...).*"

Assim, notoriamente, a ênfase político-administrativa dada à Lei da Improbidade Administrativa teria destinatário certo: albergar sobre a proteção da prerrogativa de foro certas classes de agentes públicos, como forma de concentrar sua investigação, sua persecução e seu julgamento.

Outro problema, mais grave, é que embora haja previsão constitucional de crimes de responsabilidade para uma série de agentes públicos, a Lei 1079/50 faz expressa menção somente às seguintes autoridades: Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governadores e Secretários de Estado. As demais autoridades, ainda que mencionadas pela Constituição, não possuem lei que defina quais são seus crimes de responsabilidade.

Assim, estas autoridades não mencionadas na Lei 1079/50 estariam autorizadas a cometer crimes de responsabilidade pela absoluta ausência de lei que defina quais são os seus crimes de responsabilidade (*nullum crimen sine lege*). Por isso, não poderiam sofrer processos de apuração de crimes de responsabilidade por absoluta falta de previsão legal (princípio do devido processo legal e da reserva penal).

Outro problema a se equiparar as Lei 1079/50 e a Lei 8429/92 é que a segunda, por se tratar de lei mais recente, teria revogado em parte a Lei 1079/50, na parte que trata dos atos de improbidade administrativa e, também, teria alterado o tipo de processo a que se submetem as autoridades, naqueles casos. Tal revogação teria ocorrido porque o art. 2.º da Lei 8429/92 inclui, conforme já citado, sem distinção, entre os agentes públicos sujeitos à lei de improbidade, genericamente, aqueles que foram eleitos, nomeados, designados, contratados ou investidos de qualquer forma no cargo.

A equiparação entre as duas leis permite deduzir que a interpretação manifestada pelo Ministro Nelson Jobim dá característica de lei especial à lei de improbidade. Do contrário, os dois documentos legais e as sanções nelas previstas, jamais poderiam ser objeto de comparação.

A comparação entre os tipos previstos de crime de responsabilidade previsto no art. 9.º da Lei 1079/50 que trata da 'probidade na Administração' e os tipos previstos na Lei 8429/92 revela que as condutas descritas não são sequer equivalentes, à exceção do art. 11 desta última lei. É que a Lei 1079/50 não considera o enriquecimento ilícito e a malversação de dinheiro público como formas de improbidade.

As Leis 1079/50 e Lei 8429/92 somente poderiam ser consideradas validamente congruentes em face de poucos tipos legais previstos no art. 11 da Lei 8429/92, e ausentes de previsão legal em face dos tipos de enriquecimento ilícito e malversação de dinheiro público. Aqui, reporta-se, inclusive, uma discussão de evolução porque é inadmissível conceber a noção de 'probidade na Administração' feito em 1950 com o aparato semântico trazido pela Constituição de 1988. As diferenças são evidentes não só quanto à abrangência como na forma de aplicação e sanção da lei.

A interpretação de que a Lei 1079/50 e Lei 8429/92 coexistem, sendo a primeira reservada aos agentes políticos, permitiria que **os agentes políticos não fossem responsabilizados, salvo pelo direito penal comum, por atos de**

**enriquecimento ilícito e de malversação de dinheiro público.** A um, porque estas hipóteses não estão previstas na lei dos crimes de responsabilidade, reduzindo-se às do direito penal comum. A dois, porque a lei de improbidade, que prevê tais hipóteses, não poderia ser aplicada.

Além do mais, a coexistência dos institutos legais traria uma discrepância de efeitos de impensáveis proporções: enquanto o agente público comum estaria sujeito ao regime de sanções da Lei 8429/92, isto é, ressarcimento de danos, multa civil, perda da função pública, inabilitação para a função pública, suspensão dos direitos políticos o agente político somente poderia sofrer (caso não se exonerasse) a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Isto é: **para o mesmo fato, poderia haver dois pesos e duas medidas.**

Assim, por todas as conseqüências, não se pode conceber como instrumentos jurídicos equânimes, as Leis 1079/50 e 8429/92, porque possuem diferenças de ordem formal e material. Além do mais, são instrumentos jurídicos trazidos ao ordenamento para finalidades diferentes, de modo que um complementa ao outro, num esforço de eficácia no combate à corrupção e no mau trato ao dinheiro público.

Em seu voto, posicionando-se contrariamente, ao voto do relator Nelson Jobim, o Ministro Carlos Velloso, antes de deixar o Supremo em virtude de sua aposentadoria, consignou em seu voto, o que é a melhor expressão do que representa o julgamento da Reclamação 2138-6: *"abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos" funcionará como "um estímulo à corrupção".* Destacou: *"Precisamos nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade".*

## **7. Conclusões.**

Alguns aspectos da sociedade atual e moderna estão a exigir o cumprimento de certas exigências especialmente éticas na conduta da administração pública. O crescimento irrefreado da corrupção, a identificação de um paradoxo entre o discurso democrático e as condutas unilaterais de governo, a própria influência da tendência neoliberal são marcos influentes ao direito, como um todo, que está a exigir um aprimoramento nas exigências da conduta formal e materialmente legais dos agentes públicos, indistintamente.

Na autonomia do direito administrativo, onde se inclui a introdução de leis mais severas como a Lei da Improbidade Administrativa, reporta-se a necessidade do desenvolvimento de núcleos de interpretação prospectivos, onde se pretenda, como referiu o Ministro Carlos Velloso, dar *máxima efetividade* aos objetivos de determinada lei.

Afastar a aplicabilidade da improbidade administrativa reservará um tratamento jurídico, não só especializado, mas de manutenção de uma esfera de poder inalcançável pelos controles oficiais e sociais. Seria uma afetação lesiva ao princípio do acesso à justiça, porque esta estaria longe dos controles e meios de proteção ao Poder Judiciário.

Dar a uma lei de 1950, uma eficácia superior à lei de improbidade administrativa, demonstra a visão conservadora de quem pretende se prostrar no exercício dos poderes do Estado, nem que para isso, tenha que elaborar uma tese jurídica que comprometa os valores mais caros à Constituição atual e aos mecanismos de controle da corrupção.

Daí a necessidade de se relevar, mais uma vez, a aplicabilidade horizontal e indistinta pretendida pela Lei 8429/92, de modo que seja acessível ao cidadão tomar conhecimento e contribuir para a proteção do patrimônio público e social do Estado.

## **8. Referências Bibliográficas**

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I**, 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2000.
- BUSATO, Paulo César et HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.



FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Do princípio da probidade administrativa e sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 204, p. 71.

GARCIA, Emerson et ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ. **Jus Navigandi**, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 16. abr. 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.