

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 177
Janeiro/março – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Da plena compatibilidade da aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos

Insustentabilidade da tese contrária

Francisco Chaves dos Anjos Neto

Costuma-se afirmar que a Constituição é aquilo que o Supremo diz. É curiosa essa afirmação. A Constituição é aquilo que, por delegação popular, ela própria transparece ou sugere, em menor ou maior grau de clarificação, a cujos intérpretes, aí aparece o Supremo, cabem bem fixar o seu alcance. Um tribunal, por mais supremo que ele seja, não pode perder, na sua tarefa precípua de interpretar uma Constituição, o seu sentido de instância reflexiva, sem a qual não poderá captar os sentimentos e os apelos da coletividade, pois é justamente isso que dá legitimidade às suas decisões, como diriam Alexy e Habermas.

O Supremo está prestes a perder essa sintonia com a coletividade, caso confirme-se a sua tendência, até agora em formação, no sentido de decidir, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF – e das demais que lhe seguem –, pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 (a chamada lei de combate à improbidade administrativa) aos agentes políticos, assim entendidos aqueles que expressam as prerrogativas dos poderes estatais ou que estão na cúpula das decisões governamentais (como, p. ex., Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos, Juízes, Membros do Ministério Público etc).

É de se dizer isso, porquanto, por ocasião desse aludido julgamento, o então Ministro Nelson Jobim sustentou que seria

Francisco Chaves dos Anjos Neto é Procurador Regional da República. Mestre em Direito Público.

incabível a incidência da Lei nº 8.429/92 em relação a determinados agentes políticos – e aí cita o caso específico do Ministro de Estado, parte interessada na Reclamação nº 2.138/DF –, por entender que os atos considerados como de improbidade administrativa teriam correspondência, pela citada lei, aos crimes de responsabilidade, como tais já tratados na Lei nº 1.079/50, sendo este o único diploma legal a ser aplicável à espécie, tendo presente o regime especial de responsabilização a que tais autoridades públicas estão submetidas no sistema constitucional pátrio, cujo julgamento ficaria a cargo do próprio STF, e não do juízo de primeiro grau, ao qual cabe unicamente apreciar os pedidos de caráter reparatório, a serem deduzidos por ações civis públicas, populares ou qualquer procedimento ordinário ou cautelar com o mesmo figurino, que não a ação de improbidade, a pretexto de que esta última teria uma nítida natureza penal ou punitiva (o que, aliás, reflete, neste particular, uma conhecida posição doutrinária de um de seus pares, o Min. Gilmar Mendes, que compartilha um estudo com essa mesma perspectiva com o advogado Arnoldo Wald).

Na seqüência do julgamento, esse voto do relator foi acompanhado por mais cinco Ministros (Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, sendo que estes dois últimos não mais compõem o tribunal).

A divergência, pelo menos parcial, coube ao Ministro Carlos Velloso (que também deixou o tribunal), ao sustentar que, em linha de princípio, a Lei nº 8.429/92 aplicar-se-ia igualmente aos agentes políticos, a menos que sua conduta fosse tipificada como crime de responsabilidade, de que trata a lei especial, conforme determina a Constituição Federal (art. 85, parágrafo único), aí aparece a Lei nº 1.079/50, de modo que, só se não houver típica previsão nesta, admite o enquadramento naquela, numa nítida relação de subsidiariedade entre uma e outra.

Portanto, bem se vê que as duas correntes, até agora postas no tribunal, caminham, a primeira, do Min. Jobim – e seus partidários –, no sentido de que, em sede de responsabilização de agentes políticos supostamente envolvidos em atos de improbidade administrativa, há uma plena absorção da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 1.079/50, sendo esta última inerente a crimes de responsabilidade, a única a ser aplicável, entendimento esse do qual diverge parcialmente o Min. Velloso, para quem o regime aplicável seria o de tipicidade estrita, só admitindo a invocação dessa lei de caráter especial (Lei nº 1.079/50), quando a conduta estiver enquadrada em sua tipologia, sem o que se aplica, em sua inteireza, a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Em suma, ambas as correntes, em menor ou maior grau, admitem a aplicação da Lei nº 1.079/50 como fator prejudicial para o enquadramento dos agentes políticos na Lei nº 8.429/92, sendo que a primeira parte da premissa, que diríamos de caráter absoluto, de que aquela sempre absorveria a segunda, enquanto esta última, do Min. Velloso, tem presente que essa coincidência típica seria só parcial, por isso só aplicando a lei de improbidade administrativa de forma subsidiária.

A par de as duas correntes passarem distantes do seu compromisso de ter a Corte Suprema como uma instância reflexiva dos anseios e sentimentos populares, sob pena de carência de legitimidade de suas decisões, pois não é preciso correr mundo para saber que o esvaziamento, em menor ou maior grau, da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos significa virar as costas para a comunidade, como um todo, que reclama por um maior rigor nesse tipo de responsabilização – ou, dito por outras palavras, nenhuma razão plausível teria para se sensibilizar por uma causa que só interessa a uma diminuta parcela de poder –, o pior de tudo é dar conta do descompasso que esse tipo de decisão acarreta em relação à própria vontade do constituinte de 1988.

Ora, o constituinte de 1988 quis porque quis inaugurar um regime todo especial de proteção à tutela da probidade administrativa, que passa pelas mais variadas formas de responsabilidade, conforme consta da atual Constituição Federal, a saber: a) criminal (art. 37, § 4º, “parte final”, quando lança a ressalva de “sem prejuízo da ação penal cabível” c/c o art. 52, parágrafo único, “parte final”, ao mencionar ressalva, até em maior extensão, eis que “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”); b) político-institucional ou político-criminal (art. 52, c/c o art. 85, parágrafo único, que trata da lei especial disciplinadora do *impeachment*, entre os vetores ali eleitos de proteção, a “probidade da administração”, segundo o inciso V deste último dispositivo); c) extrapenal, de caráter administrativo ou civil (art. 37, § 5º, que trata dos ilícitos atribuídos a servidores públicos, e art. 52, parágrafo único, como decorrência da mesma ressalva acima citada); d) eleitoral (art. 14, § 9º, naquilo que estabelece, entre os casos de inelegibilidade, tudo que venha a ofender certos valores, entre os quais, a “probidade administrativa, moralidade e legitimidade das eleições”).

Dito isso, basta observar que a defesa da probidade administrativa não se encerra no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, naquilo que faz ressalva, em nome mesmo do compartilhamento de mais de uma instância sancionatória, entre os reflexos punitivos da lei penal quando em convivência saudável com a lei de improbidade administrativa, de cujo passo não se afastou, pelo contrário, tornou até mais nítida essa multiplicação de responsabilidade, quando em conta o art. 52, parágrafo único, da mesma Carta Magna, ao fazer menção, sem prejuízo do processo de *impeachment*, às demais sanções judiciais aplicáveis.

Assim, com tantas ressalvas de sanções e compartilhamento de instâncias, como não nos deixam mentir esses dois dispositivos constitucionais (arts. 37, § 4º, e 52, parágrafo único, ambos pelo que constam

em sua parte final), custa a acreditar que a Corte Suprema ainda encontre inspiração para sustentar algum tipo de exclusividade punitiva para agentes políticos em sede de proteção da probidade administrativa.

Para completar, mesmo se fosse o caso de trabalharmos com as correntes de pensamento que avultam dos votos dos ministros no julgamento dessa Reclamação nº 2.138/DF, chegaríamos à conclusão de que não há correspondência aproveitável entre os tipos previstos na lei de improbidade (Lei nº 8.429/92) e na lei do *impeachment* (Lei nº 1.079/50), tudo isso por uma razão bem simples: os tipos previstos nesta última lei, como sendo de caráter especial, são de tipicidade direcionada e casuística própria, como reflexo dos próprios valores eleitos no art. 85 da Constituição Federal, quais sejam: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Como diria José Afonso da Silva (1997, p. 519):

“Todos esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento (art. 85, par. ún., já existindo a propósito a Lei 1.079/50), respeitados naturalmente as figuras típicas e os objetos materiais circunscritos nos incisos do art. 85”.

Pois bem, sem muito esforço interpretativo, não há qualquer parâmetro de comparação entre os bens jurídicos eleitos nos quatro primeiros incisos (proteção da União, do livre exercício dos poderes constituídos e do Ministério Público, em todos os planos federativos, dos direitos políticos, individuais e sociais, e da segurança interna do país), considerando-se a lei de

crimes de responsabilidade, de um lado, quando confrontada à lei de improbidade administrativa, de outro lado, até porque esta última é mais direcionada para a função administrativa do que propriamente política do administrador.

De igual modo, mesmo que considerando a tutela da probidade da administração, que é a razão de ser da Lei nº 8.429/92, e o mesmo vetor de proteção, visto aqui como um dos incisos do art. 85 (inciso V), da Constituição Federal, que justificou o advento, e, a esta altura, a recepção da Lei nº 1.079/50, tida como compatível com a atual Carta Política, na linha de decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do MS nº 21.689/DF, não se pode perder de vista que um e outro diploma legal, ainda que possam refletir a mesma questão, assim o fazem sob perspectiva diversa, por isso mesmo dignos de convivência harmoniosa, em suas vertentes próprias de responsabilidade.

É nesse mesmo sentido que tem que ser entendido o Decreto-Lei nº 201/67, aplicável aos prefeitos, no âmbito de seus municípios, sempre que envolvidos em algumas daquelas condutas formuladas no art. 4º, e seus incisos, eis que, embora sem guardar a mesma técnica legislativa da Lei nº 1.079/50 (tanto é assim que o Min. Paulo Brossard, então integrante do STF, quando do julgamento do HC nº 70.671-1/PI, termina por acentuar que, “bem ou mal disciplinado”, é o art. 4º, e não o art. 1º, desse diploma legal, que cuida dos crimes de responsabilidade desses agentes políticos), de todo modo é por meio dele que se impulsiona, na seara local, a instância político-institucional, com as peculiaridades próprias de só se submeter à perda do cargo e de o julgamento caber à Câmara de Vereadores, sob a presidência do dirigente maior desta (portanto, sem cumular com a pena de inabilitação temporária para o exercício de função e sem a submissão do julgamento à presidência do magistrado que dirige o órgão jurisdicional que, em sede criminal, seria o competente

para apreciar e julgar o mesmo agente político, características essas ínsitas ao mesmo processo de responsabilidade, no plano federal).

O certo é que a Lei nº 8.429/92 alcança o agente no seu exercício administrativo propriamente dito, enquanto as disposições da Lei nº 1.079/50 – e porque não dizer o art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67 – tratam dos atos genuinamente políticos, assim entendidos naquela margem considerável de autonomia, em suas decisões, mas que sofrem limitações em nome mesmo de uma convivência harmoniosa com os demais poderes constituídos e em função do próprio respeito aos pilares capitais da Constituição Federal. Observe-se, a propósito, a tipologia presente no art. 9º de um desses diplomas legais, mais especificamente a Lei nº 1.079/50, como tal aplicável à instância político-institucional dos crimes de responsabilidade, no plano federal (como, p. ex., a omissão ou retardamento de publicação de leis e resoluções do Poder Legislativo ou atos do Poder Executivo, não prestação de contas ao Congresso Nacional, não chamar para si a responsabilização de seus subordinados envolvidos em delitos funcionais ou atentatórios à Constituição, ordens ou requisições flagrantemente inconstitucionais ou infração às leis de concurso público), cujas condutas em nada se confundem com aquelas descritas naquele primeiro diploma legal (Lei nº 8.429/92), mesmo no art. 11 deste, porquanto inerente à improbidade administrativa vista sob o enfoque do gestor, em sua rotina administrativa, carente da mesma margem de discricção política que caracteriza aquele, em sua roupagem de governante.

Como é sabido, os agentes políticos praticam, além de atos que fazem jus ao nome, outros de natureza eminentemente administrativa. É justamente para esta última situação que se reserva a lei de improbidade administrativa. Na pena firme de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 351-352), tem-se como atos políticos ou de

governo aqueles “praticados com margem de discricção e diretamente com obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto... Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar”.

Destarte, nem toda atividade do agente político se apresenta com essa margem exclusiva de discricção política, sabendo-se que há determinado tipo de atuação, sobretudo no manejo de recursos públicos, que se reveste de caráter eminentemente administrativo, não havendo espaço para maior leque de discricionariedade. Esse tema, enquanto relacionado aos gestores públicos municipais, foi enfrentado com muita propriedade por José Afonso da Silva (2000, p. 627-628):

“Caberá à Lei Orgânica de cada Município discriminar as funções do Prefeito, que, *grosso modo*, se distinguem em funções de governo e funções administrativas. As primeiras compreendem as funções políticas, tais como: representação do Município, direção geral dos negócios municipais, relações com outras autoridades; as funções colegislativas, como: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, vetar projetos de lei, enviar mensagens à Câmara sobre a situação do Município; e as funções executivas estrito senso, como a fixação de diretrizes do governo municipal, o planejamento da administração local, a direção dos negócios municipais etc. As segundas – as funções administrativas do Prefeito – absorvem grande parte de sua atividade. Dentre elas sobrelevam a execução das leis, pondo em movimento a máquina administrativa, a nomeação e exoneração de seus auxiliares, o provimento de cargos públicos municipais, a expedição de atos referentes à vida funcional

dos servidores locais, a arrecadação e guarda das rendas municipais, tomando providências sobre sua aplicação, autorizando pagamentos; a gestão do patrimônio e bens municipais, enfim, supervisionando todos os serviços locais, executando obras públicas reclamadas pelo desenvolvimento da comunidade local”.

Para exemplificar, impõe-se observar que, embora a negligência na arrecadação de tributo ou renda, bem como na conservação do patrimônio público, possa ser vista como um ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92), ao mesmo tempo um ato sujeito à responsabilidade político-institucional, quer no plano federal (art. 11, item “5”, da Lei nº 1.079/50), quer no plano municipal (art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 201/67), ressalte-se que estas últimas duas condutas haverão de ser tratadas sob a perspectiva de quem se encontra no seu papel típico de governante, maior ou mirim, e não como mero gestor, na sua rotina administrativa diária, que caracteriza aquela primeira conduta.

Com isso se quer significar que não há relação de prevalência ou de uma cogitada prejudicialidade (aqui entendida em um sentido menos técnico) entre as condutas atribuídas em qualquer um desses diplomas legais, quando considerados entre si, pois cada um deles tem um campo próprio de atuação, assim como tem sido reconhecido em relação à convivência harmoniosa entre os crimes de responsabilidade e os ditos comuns, quando imputados ao mesmo agente político, conforme entendimento já pacificado em sede doutrinária e jurisprudencial, ao admitir a tramitação de processos simultâneos sob essa última perspectiva duplamente considerada, sem que isso importe em dupla punição.

A rigor, nessas situações de interação típica, em que a mesma ação atribuída ao agente político possa aparentemente impulsionar mais de uma responsabilidade, o que se exige é tão-somente uma perfeita

identificação dessas cogitadas condutas às concepções ontológicas de cada um desses diplomas legais, de modo que isso significa dizer que, nos demais casos, em que não existe essa tipicidade interativa – o que se dá, aliás, na maioria das situações –, é de se concluir que cada tipo fala por si mesmo.

O mesmo raciocínio se aplica ao inciso VI do art. 85 da Carta Magna, ao eleger, como um de seus vetores de proteção, o respeito à lei do orçamento, o que terminou por se refletir no art. 10, e seus vários itens, da Lei nº 1.079/50, mas cujo dispositivo legal em nada guarda parâmetro com qualquer um relacionado à Lei nº 8.429/92, nem mesmo no art. 10, dentro da particularidade de seus incisos VI (“realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”) e IX (“ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”), pois nessas últimas situações o que está em jogo é o descumprimento de rotinas administrativo-financeiras impostas por alguns diplomas legais, como é o caso da Lei nº 4.320/64, ou mesmo infralegais, aí se inclui o Decreto nº 93.872/86, diferentemente daquele primeiro ato legiferante, voltado para a tipicidade por crimes de responsabilidade, e como tal mais preocupado com os cometimentos políticos inerentes à observância dessa lei específica, dotada de proteção constitucional, que é aquela de formulação e execução orçamentária anual, para a qual é dado exigir do governante um fiel cumprimento, em seus balizamentos e contornos próprios, perspectiva esta que se aplica igualmente aos prefeitos municipais, a teor do Decreto-Lei nº 201/67, mais precisamente no seu art. 4º, inciso VI (“Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro”).

Por igual perspectiva, aqui se toma o último dos vetores eleitos no art. 85, da Constituição Federal, assim se entendendo o respeito ao “cumprimento das leis e das decisões judiciais”, pois o art. 12 da

Lei nº 1.079/50, ao tratar dessas hipóteses (como, p. ex., impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária), mais parece levar em conta o equilíbrio dos poderes constituídos, visto sob a ótica da necessária harmonia entre o Executivo perante o Judiciário, a qual resta violada por qualquer uma dessas condutas atribuídas ao governante, o que mais uma vez significa dizer que a responsabilidade deste é própria de sua atividade de discricção política, e não de rotina administrativa, quando só nesse último caso aplicaria-se a Lei nº 8.429/92, o que não é o caso.

Com tanto mais razão, não há porque invocar, como se fosse prejudicial à aplicação da lei de improbidade administrativa, os tipos previstos no art. 11 da Lei nº 1.079/50, até porque, em relação a estes, que tratam da “guarda e legal emprego dos dinheiros públicos”, tal bem jurídico não compõe o rol protetivo do art. 85 da Carta Magna, o que levou alguns doutrinadores, como é o caso de Luís Roberto Barroso (2006), a sustentarem a não recepção desse dispositivo legal diante da ordem constitucional, tanto a atual, a partir de 1988, como a imediatamente anterior, de 1967/1969, porquanto só arrolada, na última vez, em plano constitucional, ao tempo do art. 89, inciso VII, da Carta de 1946, e não mais repetida nas seguintes.

Daí para frente se pode assentar que, se, de um lado, nem todos os tipos previstos na Lei nº 1.079/50 ainda estariam em vigor, por outro lado, mesmo considerando aqueles que foram recepcionados pela atual ordem constitucional, há de se ponderar que, naquelas situações de interação típica, em que a mesma conduta aparentemente possa impulsionar mais de um tipo de responsabilidade, é de se concluir que há

uma perfeita convivência daquela com a Lei nº 8.429/92, na medida em que cada um desses diplomas legais toma o ato do agente político sob uma perspectiva diversa; o primeiro, sob a margem de discricção política, peculiar àquele, e o segundo, em face da rotina burocrática que inspira o atuar administrativo de todo e qualquer agente público, aí incluído até mesmo um dirigente máximo de poder constituído ou mesmo uma autoridade maior de um órgão de cúpula administrativa.

Em conclusão, bem se vê que exigir tratamento diferenciado para os agentes políticos mais parece defender uma tese que, de tão casuística, não resiste ao teste de universalidade, por isso mesmo se ressentindo de maior rigor científico.

A propósito, basta observar que, de *lege lata*, nem todo agente político necessariamente se submete a processo de *impeachment*, pois não basta a Constituição Federal arrolar diversas autoridades públicas dignas de submissão a crimes de responsabilidade quando a lei regulamentadora, que é a Lei nº 1.079/50, é casuística em só arrolar certas autoridades: Presidente da República (art. 4º); Ministros de Estado (art. 13); Ministros do STF (art. 39); Presidentes de Tribunais Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes (art. 39-A, parágrafo único); Procurador-Geral da República (art. 40); Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, II); Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar e dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal, bem assim os equivalentes, em igual plano federativo, ao Advogado-Geral da União, assim como os membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando à frente de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II, da Lei nº 1.079/50); Governadores e Secretários de Estado (art. 74, sendo que, em relação a estes, a fonte de

inspiração é a própria lei ordinária, e não a Constituição Federal, porque silente quanto a estes agentes políticos, em particular).

Digno de registro é constatar que os parlamentares, a menos que estejam eventualmente no exercício de uma atividade administrativa (titular de um Ministério ou Secretaria de Estado), estão fora da previsão da Lei nº 1.079/50.

Há mais um porém. Muitos dos corifeus dessa corrente que vem ganhando corpo na Reclamação nº 2.138/DF, e para eles há de se emprestar uma presunção de boa-fé, não deram conta da possibilidade de estarem patrocinando um festival de impunidade, pois, conforme já decidiu mais de uma vez o Supremo Tribunal Federal (Inq 1.350, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, e decisão colegiada no MS 21.564/DF), a desinvestidura do imputado do cargo a que responde, por crime de responsabilidade, implica a impossibilidade de ser intentado o processo de *impeachment*. Dito por outras palavras, basta o imputado, nessa situação, trabalhar com a possibilidade de não se submeter ao controle jurisdicional, a pretexto de sua condição de agente político, e, uma vez preclusa tal decisão, simplesmente operar um juízo de estratégia política sobre a necessidade ou não de renunciar ou pedir exoneração do cargo, para efeito de se subtrair ao processo de *impeachment*, embora, se fosse o caso de submeter tão-somente a este, a única pauta de julgamento se inspire num juízo de conveniência política, própria desse tipo de julgamento.

Por tudo isso, acredita-se que a nossa Corte Suprema ficará sensibilizada com a preocupação da sociedade brasileira, que clama por mais rigor nesse tipo de impugnação de responsabilidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Crimes de responsabilidade e processos de impeachment. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a. 87, v. 2, mar. 2006.

MELLO, Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.