

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

65 - Maio/2011

CONTÉUDO ESPECIAL

Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos

ARTIGOS

Responsabilização de Agentes Políticos por Improbidade Administrativa – Oscar Valente Cardoso
Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

JURISPRUDÊNCIA

Recurso em Sentido Estranho (RESE) –
Recurso em Sentido Estranho (RESE) –
Recurso em Sentido Estranho (RESE)

NOTAS

Quilômetro Judicial – Júlia Cardoso Rocha Saraiva Teixeira
Atribuições Motivadas por Licitações Desertas e Fracasadas – Aldem Johnston Barbosa Azeiteiro
Processo de Licitação – Características – Miriam de Fátima Pinheiro – Gina Coppola

JURISPRUDÊNCIA

Recurso em Sentido Estranho (RESE) –
Recurso em Sentido Estranho (RESE)

ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz

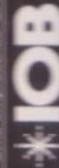
ARTIGOS

Responsabilidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Fato –
Miguel Biviana de Farias
Jurisprudência sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa – Eli Martins Benhler e
Raquel Almeida de Souza Cruz



1532-0712(201105)65:01:1-1

SÍNTESE Uma empresa do GRUPO IOB



Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

65 - Maio/2011

65 - Maio/2011

Conselho Editorial

Alexandre de Moraes
Carlos Ari Sundfeld
Fernando Dantas Casillo Gonçalves
Ivan Barbosa Rigolin
Ives Gandra da Silva Martins
Kiyoshi Harada
Maria Garcia
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Misabel de Abreu Machado Derzi
Odete Medauar
Sidney Bittencourt
Toshio Mukai

Revista SÍNTESE Direito Administrativo

SÍNTESE



Autoridade em Publicações Jurídicas

A (In)Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos

Discussões sobre a Aplicabilidade Restrita da Lei de Improbidade Administrativa

ELÓI MARTINS SENHORAS

Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR), Especialista, Mestre e Doutor pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), *Visiting Scholar* na University of Texas at Austin (UT), na Universidad de Buenos Aires (UBA), na Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso - México), na Escola Nacional de Administração Pública (Enap) e na National Defense University (NDU), *Visiting Researcher* na University of British Columbia (UBC) e na University of California, Los Angeles (UCLA), Professor Visitante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

ARIANE RAQUEL ALMEIDA DE SOUZA CRUZ

Auxiliar de Pesquisa, Auxiliar Jurídica, Bacharel em Direito.

A definição generalizada e difundida, transversalmente, na literatura jurídica sobre os agentes públicos parte da conceituação de que são pessoas físicas incumbidas no exercício de alguma função estatal de maneira permanente ou temporária e que podem ser classificadas de distintas maneiras, embora em todas as classificações exista a presença clara tanto de servidores públicos quanto de agentes políticos, já que os últimos são integrantes hierarquicamente superiores aos primeiros, quando se leva em consideração a maior autonomia e o poder de decisão.

Ao se tomar como ponto de análise os atos de improbidade administrativa, e registrada, no Brasil, toda uma discussão assimétrica referente aos agentes públicos, já que, após quase duas décadas de edição da Lei nº 8.429/1992, persiste uma longa discussão sobre a aplicabilidade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa que traz à tona duas linhas de debates polêmicos relacionadas, respectivamente, à independência das instâncias de julgamento e à pertinência de estender os efeitos aos agentes políticos.

No primeiro ponto, a interpretação jurídica, baseada no princípio da independência das instâncias, demonstra que existe autonomia entre as diferentes esferas de responsabilidade, de maneira que a Lei de Improbidade Administrativa viria a corroborar com legislações previamente existentes, como as de crimes de responsabilidade, e implicando condenação em uma ou em outras esferas.

No segundo ponto, a Lei de Improbidade Administrativa sofre uma série de críticas que procura esvaziar seu âmbito de aplicação justamente com o objetivo de isentar ou estipular foro privilegiado para agentes políticos das sanções previstas por prerrogativa da função, baseando-se em um debate entre crime de responsabilidade e improbidade administrativa na aplicabilidade de medidas repressivas para agentes públicos.

Nesta perspectiva, segundo Choiniski (2006) e Santana (2010), como a Lei de Improbidade Administrativa não é um marco legal especialmente reservado para reger os crimes de responsabilidade, visto que não trata somente de agentes políticos, mas de todo e qualquer agente público, ela abre um precedente para a limitação de sua aplicabilidade por alguns motivos:

- 1) A Lei de Improbidade Administrativa, ao ser lida pela natureza penal, cria uma restrição a sua própria eficácia e aplicabilidade por afetar aos agentes políticos que respondem apenas por crimes de responsabilidade de caráter essencialmente político-administrativo, já que as instâncias julgadoras obedecem a critérios tanto de ordem política, para algumas autoridades cujo julgamento ocorre nas Casas Legislativas, quanto de ordem jurídica, quando obedecem a um sistema constitucional de prerrogativa de foro em razão da função.
- 2) O caráter penal da Lei de Improbidade Administrativa traz, em seu bojo, um problema estrutural de aplicabilidade e adequação, pois, quando se leva em consideração os arts. 9º, 10 e 11, há uma designação de tipos legais de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro que se enquadrá no conceito de "tipos abertos", cuja interpretação depende da interpretação específica do caso concreto, o que inviabiliza a sua adequação ao sistema penal brasileiro.
- 3) A caracterização da norma de improbidade administrativa como de caráter penal afeta não apenas a sua eficácia e aplicabilidade, mas contraria todo o sistema de tratamento jurídico das normas penais, porque inaugura uma espécie de tipologia peculiar, uma espécie de processo específico e sanções diretas que não se compatibilizam com o rol das sanções penais definidas na Constituição Federal, fatos esses que corroboram para a apreensão de que a Lei nº 8.429/1992 não tem competência penal.

- 4) A não aplicação da lei de improbidade aos agentes políticos tratar-se-ia de um sistema especial de responsabilização do agente político que se baseia na interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) de que tanto a lei de improbidade quanto a lei de crimes de responsabilidade têm natureza político-administrativa, sendo a primeira aplicável aos agentes públicos, e a segunda, aos agentes políticos – mas ambas culminando de maneira simultânea e indivelva ao mesmo agente político.

A despeito das diferentes interpretações criadas, a Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, por dispor sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, foi instituída com o objetivo de normatizar a conduta, de maneira a regular e aplicar normas coercitivas àqueles atores no exercício de mandato, cargo, emprego ou função que, eventualmente, incorram em enriquecimento ilícito, causem lesão material ao Erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

Como um instrumento de efetivação dos princípios constitucionais, a Lei nº 8.429/1992 foi criada para proteger o interesse público e disciplinar as sanções aplicáveis aos agentes públicos que, eventualmente, cometeram atos de improbidade, sendo estes possíveis de classificação em três espécies: (i) atos que importam em enriquecimento ilícito, (ii) atos que causam prejuízo ao erário e (iii) atos que atentam contra os princípios da moralidade da Administração Pública (Bastos, 2007).

Acontece que a coexistência de dois dispositivos legais para tratamento dos agentes públicos, tanto da Lei de Improbidade Administrativa, quanto da legislação de crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10.04.1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967), criou toda uma polêmica no próprio Supremo Tribunal Federal (STF) em função da Reclamação nº 2.138-6/DF, em curso no ano de 2007, sobre a aplicação da Lei nº 8.429/1992.

De um lado, alguns especialistas jurídicos argumentam que a aplicação concomitante da ação de improbidade administrativa e de crimes de responsabilidade aos agentes políticos constituiria em dupla sanção no mesmo sentido, posto que se encontra uma mesma atitude prevista em ambas as leis.

Nesta posição, a aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 aos agentes políticos é vista com restrições por dois motivos. Em primeiro lugar, há a tese de que as infrações praticadas pelos agentes políticos se classificam como infrações político-administrativas e, dessa forma, a apuração e a repressão encontrariam assento exclusivamente na legislação defiditória dos crimes de responsabilidade. Em segundo lugar, parte-se do entendimento de que os juizados de primeira instância não têm competência para julgar as ações de improbidade administrativa contra agentes políticos (Fonseca, 2007).

De outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) e alguns juristas alegam que cada dispositivo encontra-se em esfera jurídica diferenciada e que não se excluem, podendo assim ser processados separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos, embora desenhados pelos mesmos fatos.

Nesta posição, não existiriam restrições à aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992, mas antes aconteceriam dois entendimentos complementares na sua aplicação. Em primeiro lugar, há a promessa de que todos os cidadãos devem proteger o bem público, devendo denunciar atos tidos como improbos

cometidos por agentes públicos, com ampla responsabilização civil criminal e, se o caso, inclusive por crime de responsabilidade. Em segundo lugar, a ação civil de improbidade deverá seguir, com peculiaridades, o rito ordinário, similar à da ação popular, devendo ser intentada em juizado de primeira instância (Carvalho Filho, 2008).

Embora o Ministério Público Federal tenha defendido a aplicação da Lei de Improbidade para todos os agentes públicos, sem exceções, sua posição foi vencida pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Baseando-se na primeira perspectiva, a interpretação majoritária na instância superior do poder jurídico ratificou que, assim como os agentes públicos respondem por atos ímprobos, caberia aos agentes políticos responderem, especificamente, por crimes de responsabilidade.

Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa traduz a concretização do princípio da moralidade na Administração Pública, *lato sensu*, a legislação de crimes de responsabilidade prevê sanções *stricto sensu* para delitos de agentes políticos, o que acaba quebrando o princípio da isonomia, já que os agentes políticos são tratados de maneira diferenciada em relação aos demais agentes públicos, além de se gerar uma brecha para o desenvolvimento da corrupção no âmbito político.

Por mais que a Lei nº 8.429/1992 apresente uma perspectiva maximalista de sanções de conteúdo penal e de sentença civil condenatória aos atos de *improbidade administrativa* para os agentes públicos, observa-se que os agentes políticos se tornaram privilegiados por haver a incidência de apenas uma interpretação restritiva de sentença penal condenatória por meio da legislação de *crimes de responsabilidade*.

Os fraudadores em potencial de maior monta, flagrantemente, são os agentes políticos, pois desfrutam de maior autonomia e são hierarquicamente superiores ao restante dos agentes públicos, encontram-se cobertos por um manto imunizador, onde a Lei de Improbidade não os alcança. (Pinto e Vurlindo, 2009, p. 12)

A despeito da polémica sobre a relativização da aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 entre os distintos agentes públicos, servidores e cargos políticos, há um consenso da literatura na discussão que parte do projeto de Lei nº 1.446/1991, que deu origem à Lei de Improbidade Administrativa, que toma como marco inicial a definição de quem são os sujeitos passivo e ativo dos atos de improbidade.

De um lado, a Lei nº 8.429/1992 define como *sujeitos passivos* aqueles identificados como vítimas lesadas de sofrerem atos de improbidade que estão lotados na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, do Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade

para cuja criação ou custeio o Erário tenha concorrido ou concorrido com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

De outro lado, a Lei nº 8.429/1992 define como *sujeitos ativos* de ato de improbidade administrativa aqueles que podem figurar no polo passivo de uma eventual sanção, os quais são identificados como qualquer agente público (permanente ou temporário, servidor ou agente político) que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie direta ou indiretamente.

A característica subjetiva do ato de improbidade administrativa problematiza a aplicação de sanções às condutas indevidas dos agentes públicos por dois motivos: primeiro, ao registrar que é preciso verificar se existe culpa ou dolo por parte dos sujeitos ativos ou, no mínimo, má-fé que revele a presença de comportamento desonesto; é, segundo, ao exigir observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Corroborando para a problematização desta subjetividade na Lei de Improbidade Administrativa, estão presentes polémicas sobre a possibilidade de acumulação de sanções ou da coincidência das sanções com a legislação de crimes de responsabilidade, que repercutem em questionamentos sobre a incidência das instâncias jurídicas e sobre as três esferas de responsabilidade – civil, penal e administrativa – pelas quais respondem os agentes públicos.

Ainda que as polémicas trazidas por argumentos embasados no ordenamento jurídico brasileiro busquem problematizar ou relativizar a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa, compreende-se que os agentes públicos, como um todo, devem responder às sanções previstas por prevalecer os conceitos de autonomia das instâncias de responsabilidade e de independência na resposta a cada uma delas.

No caso de um mesmo ato infracional, há que se atentar que a aplicação de uma lei em detrimento de outra aos agentes políticos deve ser considerada inconstitucional, caso estes respondam a um número menor de esferas jurídicas em comparação aos demais agentes públicos, ferindo assim os princípios de moralidade, legalidade e isonomia, assegurados expressamente pela Constituição Federal.

Para a preservação da moral e da isonomia no tratamento dos agentes públicos como um todo, observa-se que um agente político deve responder pela legislação de crimes de responsabilidade e pela lei de improbidade administrativa, que possui natureza *sui generis*, caso a conduta estiver tipificada como ato de improbidade e não constitua crime de responsabilidade.

Nessa contextualização, fica claro que a Lei de Improbidade Administrativa e as legislações de crimes de responsabilidade, de fato, são instrumentos jurídicos que possuem diferenças de natureza formal e material, embora não antagônicas, mas que, antes, se complementam por aplicarem *horizontalmente*

e indistintamente as leis entre os agentes públicos e por responderem a finalidades díspares no combate à corrupção e no mau-trato ao Erário público.

Compreende-se, assim, que a exclusão do regime de aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para os agentes políticos cria repercussões negativas não apenas no plano da eficácia e da efetividade, mas, principalmente, no âmbito da moralidade no Estado brasileiro, à medida que abre uma brecha de transbordamentos negativos para o desenvolvimento da corrupção por aqueles atores que têm maior grau de poder e autonomia entre os agentes públicos, que são os agentes políticos.

Restringir a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deve ser evitado no ordenamento jurídico nacional, caso contrário podem surgir repercussões indesejáveis no aumento ainda maior dos índices de impunidade dos atos de corrupção na Administração Pública, haja vista que a improbidade representa a espécie mais agressiva de patologias que assolam a gestão pública *latu sensu* entre as várias possíveis que reciprocamente interatuam e atentam a família da moralidade.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, G. F. P. A aplicabilidade das sanções previstas na lei de improbidade administrativa. 2º Concurso de Monografias da Controladoria Geral da União. Brasília: CGU, 2007.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FONSECA, R. G. C. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista CEJ*, a. XI, n. 37, 2007.
- GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010.
- PINTO, D. S.; VERLINDO, M. *A aplicabilidade da ação de improbidade administrativa aos agentes políticos*. Anais do X Salão de Iniciação Científica e Trabalhos Acadêmicos. Gualba: Ulbra, 2009.
- SANTANA, R. S. Lei de improbidade e crime de responsabilidade. *DireitoNet*, n. 5695, abr. 2010. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 4 abr. 2011.