

APROVADA POR UNANIMIDADE

A prática de improbidade administrativa e as expectativas de controle decorrentes

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça

Mestre em Direito Empresarial

Doutor em Direito Público

A repulsa à prática de improbidade administrativa, como um viés anticorrupção, alinhou-se aos movimentos populares de rua e integra uma das perspectivas de atuação do Ministério Público.

O Brasil ameahou ao longo dos anos um dos diplomas legais mais importantes na linha de combate contra a corrupção, no caso, a lei de improbidade administrativa, mas que passou a ser enfraquecido pela interpretação constitucional, em especial, a consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (FURLAN, Fabiano Ferreira. A corrupção política e o Estado Democrático de Direito. 2 ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014, p. 152).

Dessa forma, este trabalho tem como foco o conteúdo da decisão exarada na Reclamação nº 2.138/DF, que tramitou no Supremo Tribunal Federal e reconheceu a natureza de crime de responsabilidade em caso concreto em que se apreciou a responsabilidade de um ex-Ministro de Estado, processado por improbidade administrativa, para afastar a própria incidência da lei de improbidade administrativa na hipótese.

Talvez a pior decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, embora por maioria de votos, de todos os tempos.

Segue a ementa do caso:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão

de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). III. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra

Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deliberar pela rejeição da preliminar de prejudicialidade suscitada. Em seguida, também rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o julgamento. No mérito, por maioria de votos, julgar procedente a reclamação. Brasília, 13 de junho de 2007. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl. n.º 2.138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. j. 13.06.2007. *DJ*, 18 abr. 2008. Tribunal Pleno)

Ainda que as atenções se voltem para o âmbito da sanção legal, o tratamento dado ao gênero improbidade, no ordenamento jurídico brasileiro, assume as conotações que se seguem, reforçando a preponderância da natureza civil da improbidade administrativa que figura como uma das espécies do gênero que se convencionou de “improbidade”. A palavra “improbidade”, por si, traduz-se como desonestidade, maldade, perversidade, a caracterização do servidor desonesto (HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, p. 121-128, abr./jun. 2004, p. 121).

Dado que a decisão da Reclamação nº 2.138 foi pautada em enfoque que não se afastou da natureza das sanções, empreendeu-se o estudo que se segue sobre a abordagem da improbidade de acordo com o estabelecimento de classificação neste sentido para demonstrar que ainda assim a dinâmica desenhada pelo Supremo Tribunal Federal não procede.

Evidenciam-se posicionamentos doutrinários (COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23) e dos Tribunais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. *DJ*, 19 dez. 2006) que priorizam o estabelecimento de uma classificação das espécies de improbidade com foco na natureza da sanção prevista em lei. Tendo-se em vista esse critério, independentemente das variações que possam surgir, infere-se que a improbidade tende a comportar pelo menos seis modalidades: a) a improbidade trabalhista, b) a improbidade disciplinar, c) a improbidade penal, d) a improbidade civil, e) a improbidade político-administrativa e f) a improbidade administrativa. A diferença de fundo entre as Leis n.ºs 1.079/50 e 8.429/92 é ressaltada nessa classificação.

A trabalhista é a ventilada quanto à previsão de demissão por justa causa afeta à Consolidação das Leis do Trabalho, com aplicação limitada aos agentes públicos, pois nem todos estão sujeitos à sua égide. A Consolidação das Leis do Trabalho é um dos referenciais legislativos que trataram da improbidade, de modo a esculpi-la como infração disciplinar, uma das faltas graves que autoriza a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do artigo 482, “a”, da Lei n.º 5.452, de

1º de maio de 1943 (COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 21).

A modalidade disciplinar é a que dá ensejo à aplicação, ao agente público federal, estadual ou municipal, da sanção de demissão (COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23). Assemelha-se à improbidade político-administrativa quanto à possibilidade de a pena de demissão também se resvalar concretamente na perda do cargo ou da função pública, mas não assume a mesma contextualização ideológica.

A improbidade civil é a que, por conduta dolosa ou culposa, obriga o agente público ou terceiro a ressarcir o dano. A civil está atrelada à responsabilidade patrimonial, com sanções que reforçam a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, e o pagamento de multa.

Já a improbidade criminal aparece nas hipóteses em que as condutas desenvolvidas amoldam-se às previsões típicas da legislação penal própria, possibilitando a aplicação de sanções privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. O diferencial é a previsão em sede de legislação que está condicionada a princípios e regras distintas de tratamento devido a restrições que podem afetar a liberdade de locomoção do ser humano. Além das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e a de multa, o Direito Penal pode trazer, como efeitos da condenação, verdadeiras penas acessórias camufladas (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 453), como as estabelecidas no artigo 92 do Código Penal, já mencionado antes, que, em situações específicas, autorizam a imposição da perda do cargo ou função pública, a definição da incapacidade para o exercício do poder familiar e outras.

Evidencia-se a sincronização da legislação brasileira com as capitulações das condutas submetidas a penas privativas de liberdade indicadas nos tratados em que o Brasil figurou como signatário. O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940) trata dos crimes contra a Administração Pública em título próprio, o Título XI, dividido em capítulos que tipificam os crimes de peculato – nas modalidades peculato-apropriação, peculato-desvio, peculato-furto, peculato mediante erro de outrem e peculato culposos –, concussão, corrupção passiva, prevaricação e vários outros. O funcionário público que pratica o crime de peculato-apropriação, por exemplo, que consiste no fato de o agente apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, está sujeito à pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. Legislações esparsas que também impõem a responsabilização criminal do agente reforçam ainda mais a integração internacional brasileira no propósito de reprimir condutas ilícitas destacadas em tratados internacionais, como a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, com as

atualizações da Lei nº 12.683/12, que passou a dispor sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, além de trazer outras disposições.

A improbidade político-administrativa é revelada por textos legais que não impõem a privação da liberdade de alguém em razão da infração praticada, mas sustentam a perda do cargo, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, cassação do mandato, inabilitação para o exercício de função pública, como se observa na Lei nº 1.079/50 e mesmo no Decreto-Lei nº 201/67. Os anos 50 trouxeram a construção normativa da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade efetivados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e outros agentes, capitulando de forma expressa, no seu artigo 9º, os crimes contra a probidade na Administração. A aplicação das sanções relacionadas à improbidade político-administrativa não é direcionada apenas às pessoas eleitas, como preconiza a Lei nº 1.079/50, que estatui a possibilidade de um Ministro do Supremo Tribunal Federal estar sujeito ao *impeachment*.

Desse modo, a Lei nº 1.079/50 traz a previsão dos crimes de responsabilidade praticados por certos agentes públicos. Ocorre que a posição predominante (COSTA, José Rubens. *Infrações político-administrativas e impeachment*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5; CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 485; RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* Barueri: Minha Editora, 2006, p. 43; FONSECA, Rosemayre Gonçalves de Carvalho. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 11, n. 37, p. 4-13, jun. 2007, p. 5; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 1365 QO/DF. Questão de Ordem na Petição. Relator Ministro Néri da Silveira. j. 03.12.1997. *DJ*, 23 mar. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no Resp. nº 845037/SP. Agravo Regimental no Recurso Especial. Relator Ministro Francisco Falcão. j. 26.09.2006. *DJ*, 26 out. 2006) sempre indicou que, embora se empregue a expressão “crime”, as infrações previstas não têm natureza criminal, pois não impõem a privação da liberdade de alguém, por exemplo, independentemente da existência de decisões isoladas no Supremo Tribunal Federal, algumas anteriores à Constituição de 1988, que reconheceram a natureza criminal do chamado crime de responsabilidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 85/DF. Relator Ministro Soares Munoz. j. 18.09.1980. *DJ*, 13 fev. 1981; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet 1954/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. j. 11.09.2002. *DJ*, 1º ago. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 1104 AgR-ED/DF. Relator Ministro Sydney Sanches. j. 23.04.2003. *DJ*, 23 maio 2003).

Remanesce a improbidade administrativa tratada de forma autônoma pela Constituição Federal. O texto constitucional de 1988, no artigo 37, § 4º, fazendo alusão expressa à improbidade

administrativa, dispôs 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”. Trata-se de norma constitucional de eficácia jurídica limitada, uma vez que sua redação passou a exigir a regulamentação por lei quanto à forma de aplicação e gradação das sanções a serem aplicadas. Essa também é a posição de Jorge e Rodrigues (JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A tutela processual da probidade*. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 217). Há, porém, quem entenda que a eficácia é contida (COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 21).

A improbidade administrativa, que não se afasta da compreensão geral quanto à presença da desonestidade do agente público, quando este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário, foi regularmente implementada pela Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa, oportunidade em que o dispositivo constitucional adquiriu eficácia plena (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. 3923 QO/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. j. 13.06.2007. *DJ*, 29 set. 2008). A ementa da lei referida, que sintetiza seu conteúdo, a fim de permitir de modo imediato o conhecimento da matéria legislada, estabelece que o diploma legal “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

A adesão ao critério da natureza da sanção prevista como fator preponderante afasta a possibilidade de enquadramento isolado da improbidade administrativa, corporificada pela Lei n.º 8.429/92, em uma das outras espécies cogitadas, pois se percebe a fixação de sanções que poderiam ser enquadradas como de naturezas político-administrativas, civis, disciplinares. Independentemente da divisão apresentada quanto aos outros cinco gêneros de improbidade possíveis, a Lei n.º 8.429/92, inclusive na órbita da responsabilidade dos agentes políticos, sempre foi considerada, pelas vozes majoritárias na doutrina (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A tutela processual da probidade*. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 219) e nos tribunais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Rcl. n.º 591/SP. Relator Ministro Nilson Naves. j. 01.12.1999. *DJ*, 15 maio 2000), de natureza essencialmente civil.

O Supremo Tribunal Federal, até o julgamento da Reclamação n.º 2.138/DF, também tinha posicionamento firme sobre a natureza civil da improbidade administrativa, na mesma linha dos votos

que formaram a posição minoritária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. *DJ*, 19 dez. 2006). Outro não poderia ser mesmo o entendimento, tendo em vista a própria redação expressa do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que ressalva a ação penal ao dispor: “sem prejuízo da ação penal cabível”. Nesse sentido, a consideração isolada da natureza da sanção já traz, individualmente, incoerência metodológica.

Nesse sentido, a improbidade administrativa tem natureza autônoma em que prepondera o seu caráter civil, de onde se percebe que, mesmo atrelada a aspectos inerentes às sanções político-administrativas, assume fisionomia constitucional que se impõe por conta própria. As sanções político-administrativas não poderiam ser consideradas isoladamente e, ainda que o fossem, as pontuações já consideradas até aqui e as que se seguirão remanesceriam como fatores que demonstram o distanciamento da improbidade administrativa da interpretação fomentada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei de Improbidade Administrativa destacada, na sua conformação redacional original, tendeu a representar um dos mais significativos mecanismos de contenção da corrupção no Brasil realizada por agentes públicos, principalmente pelos agentes políticos, dada a possibilidade de afastamento cautelar do exercício funcional desses agentes (artigo 20, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92), sujeitos ainda a sanções atreladas à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao ressarcimento integral do dano, quando houver, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por determinados anos, ao pagamento de multa civil multiplicada algumas vezes pelo valor do acréscimo patrimonial e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo, sem prejuízo das sanções afetas ao Direito Penal e à possibilidade de, provisoriamente, ser declarada a indisponibilidade dos bens do agente público ou particular que causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito que recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (art. 7º da mesma Lei).

Trata-se, na sua origem, de um diploma que fomentou a agilidade da resposta estatal ao agente corrupto, sujeitando-o a medidas provisórias restritivas e a sanções finais de recomposição do próprio equilíbrio democrático por se aplicar até mesmo aos agentes que realmente ocupam a estrutura central de poder, repercutindo, assim, nos resultados dos índices nacionais e internacionais de percepção da corrupção, em razão da possibilidade de contenção da impunidade, mas, na contramão da história e da responsabilidade internacional, paulatinamente esvaziado pela interpretação constitucional.

Conclusões:

1ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) tende a representar um dos mais significativos mecanismos de contenção da corrupção no Brasil realizada por agentes públicos, principalmente pelos agentes políticos.

2ª Tese: A lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) afigura-se como norma constitucional de eficácia jurídica limitada que complementou a redação esculpida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.

3ª Tese: A improbidade administrativa tem natureza autônoma em que prepondera o seu caráter civil, de onde se percebe que, mesmo atrelada a aspectos inerentes às sanções político-administrativas, assume fisionomia constitucional que se impõe por conta própria.

4ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) incorpora-se ao ordenamento jurídico como mais um mecanismo de controle que não conflita com os ditames da Lei nº 1.079/50, dado que nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando os objetivos dos mecanismos de controle são distintos.

5ª Tese: A tipificação da conduta em sede de improbidade administrativa não fica condicionada exclusivamente à natureza das sanções previstas, de modo que caberá ainda ao intérprete do direito considerar a natureza da conduta empreendida e a finalidade normativa para estabelecer a subsunção do fato à norma.