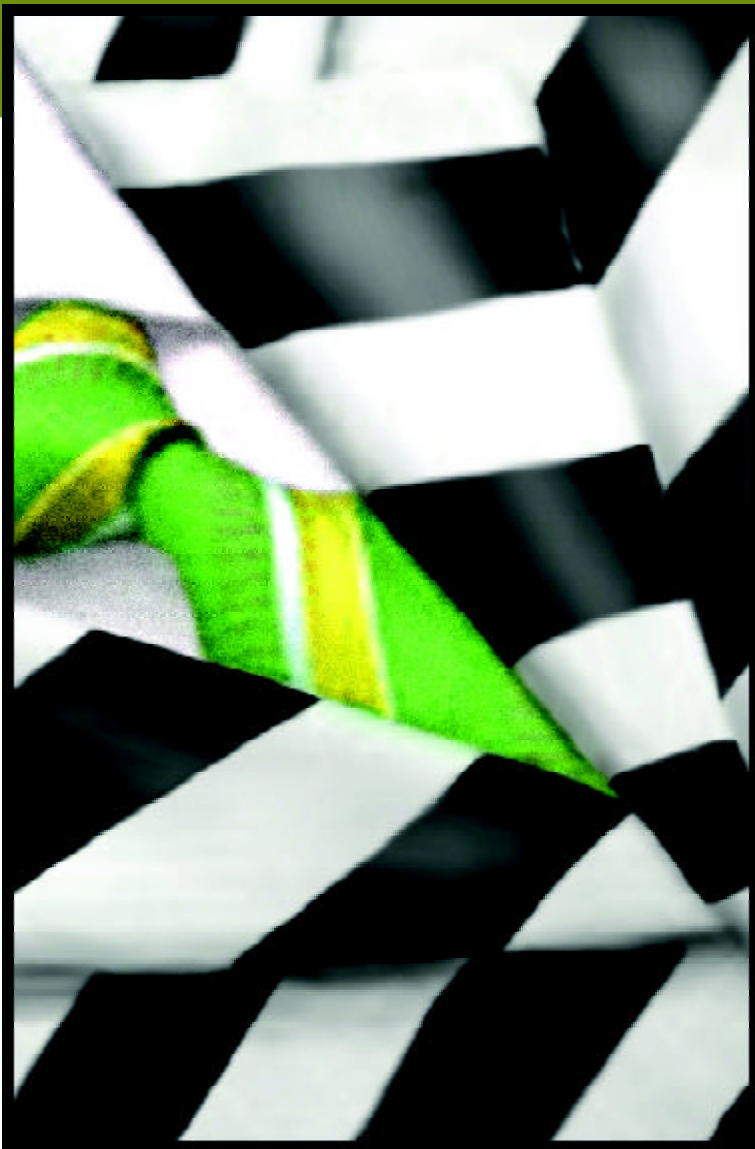




Tati Rivoire

98

O STF E A LEI N. 8.429/1992

Mateus Bertoncini

RESUMO

Trata da polêmica discussão atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal, relativa à aplicação, ou não, das sanções da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Alega que a não-aplicação dessa lei aos agentes públicos representa não só posição contrária à vontade constitucional, como também grande retrocesso, haja vista a histórica ineficácia dos processos de responsabilização política, relatada pela doutrina especializada.

Aponta os fundamentos que indicam serem ambos os modelos de responsabilização dos agentes públicos – tanto o controle judicial dos atos de improbidade administrativa regulado pela Lei n. 8.429/92, como o controle político (Lei n. 1.079/50) – categorias que convivem harmoniosamente e de modo complementar no sistema normativo brasileiro, visando, cada um a seu modo, a enfrentar a difícil tarefa de combater os males produzidos pela corrupção.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Reclamação n. 2.138; Lei n. 1.079/50; Lei n. 8.429/92; controle judicial; corrupção; improbidade administrativa; Convenção interamericana contra a corrupção.

1 BREVE HISTÓRICO DA RECLAMAÇÃO 2.138

O Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2002, pela pena do Ministro Nelson Jobim, deferiu liminar na Reclamação Constitucional n. 2.138, requerida pela advocacia-geral da União, a qual suspendeu a eficácia de decisão judicial condenatória proferida em ação de improbidade administrativa, pelo juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em demanda movida pelo Ministério Público federal contra Ronaldo Sardemberg, então ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Por intermédio dessa Reclamação objetivou-se, preliminarmente, preservar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar ministro de Estado com base na Lei de Improbidade Administrativa; e, no mérito, afastar a aplicação da Lei n. 8.429/92 em relação aos agentes políticos (presidente da república, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, governadores, secretários dos Estados etc.), sob o argumento de que a Constituição de 1988 reservaria a tais autoridades um outro regime de sancionamento, a saber, aquele catalogado pela Lei n. 1.079/50, que regula os crimes de responsabilidade.

Superada a questão preliminar em outro julgamento, que declarou em ação direta de inconstitucionalidade, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei n. 10.628, de 24/12/2002¹, a qual, alterando o art. 84 do Código de Processo Penal², havia estendido a prerrogativa de foro em matéria criminal para ex-autoridades e também para aquelas processadas em ações de improbidade administrativa, passou-se ao julgamento da questão meritória proposta na Reclamação n. 2.138.

2 VOTO DO RELATOR

Enfrentando o tema, em julgamento ainda não concluído, o relator da matéria, Ministro Nelson Jobim, decidiu no sentido de que os agentes políticos são regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetendo ao modelo comum da Lei n. 8.429/92. Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, recebendo a Reclamação apenas um voto contrário, do Ministro Carlos Velloso, que, diversamente de seus pares, entendeu ser aplicável aos agentes políticos a Lei n. 8.429/92. Portanto, tudo indica que esta lei terá o seu alcance significativamente reduzido pelo STF, o que, na perspectiva normativa, com o devido respeito aos ministros defensores da tese do regime especial de responsabilidade, não se traduz na melhor solução constitucional para o caso e, do ponto de vista concreto, produzirá deletérios efeitos, presentes e futuros, à sociedade brasileira.

3 A LEI N. 1.079/50 E SEU SISTEMA DE JURISDIÇÃO POLÍTICA

A Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, publicada no dia 12 de abril do distante ano, possui uma característica que marcou indelevelmente a sua história. Esse traço reside no seu processo de conhecimento e julgamento dos chamados “crimes de responsabilidade”, cujo juízo é exclusivamente político (jurisdição política). A

marca histórica corresponde à sua ineficácia quase absoluta, porquanto em mais de meio século de existência, essa lei foi empregada apenas uma vez, conforme relata Fábio Konder Comparato, no famoso caso Collor, que resultou no *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello, cujos direitos políticos foram suspensos por oito anos³. Aliás, foi nessa oportunidade que afirma Amaury de Souza, *O Congresso brasileiro acionou pela primeira vez em mais de 100 anos de regime presidencial o que James Madison chamou de a máquina decisiva do impeachment (...)* ⁴.

No lugar do profissionalismo de instituições que integram a Justiça, como é o caso do Ministério Público, ou então, da própria pessoa jurídica interessada, temos um processo iniciado, via de regra, exclusivamente pelo cidadão comum que, para tanto, há de assumir a pesada incumbência de denunciar os integrantes dos mais elevados cargos da República, expondo-se a represálias, sem a proteção das garantias constitucionais conferidas aos promotores de Justiça e procuradores da República (vitaliciedade no cargo, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios), garantias que, somadas à independência funcional, conferem a esses agentes do povo a segurança necessária para o desempenho do grave encargo acusatório.

Sem se olvidar da importância do direito do cidadão de agir em nome da *polis*, questionando as autoridades públicas – o que se constitui na própria essência da cidadania, segundo Aristóteles⁵ –, essa exclusividade não se tem demonstrado eficaz. Segundo os arts. 14, 41 e 75 da Lei n. 1.079/50, compete privativamente ao cidadão denunciar por crime de responsabilidade, o presidente da República e os ministros de Estado, nos crimes conexos aos do presidente⁶, os governadores e secretários estaduais, nos crimes conexos com os daqueles, os ministros do Supremo Tribunal Federal e o procurador-geral da República⁷. Somente em alguns casos admite-se a iniciativa conjunta do Ministério Público, jamais, no entanto, em relação às mencionadas autoridades⁸.

Além de o cidadão denunciante não ter qualquer garantia, o que historicamente tem inibido a iniciativa popular, o processo da Lei n. 1.079 possui intrincado rito, que se inicia na Câmara dos Deputados (em alguns casos no Senado), numa fase preliminar de admissibilidade da acusação (tribunal de pronúncia), e termina no Senado Federal (tribunal de julgamento), onde se fará o juízo de mérito da imputação, apreciação essa marcada pela lógica política e partidária – trata-se de jurisdição política –, no lugar de um julgamento cercado das garantias do devido processo legal, baseado no Direito, na Justiça e aplicado pelo Poder Judiciário.

4 QUESTÃO FUNDAMENTAL E OS PROBLEMAS DECORRENTES DA EVENTUAL PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO N. 2.138

Diante desse incomum processo da Lei n. 1.079, diploma edificado sob a égide da Constituição de 1946, pergunta-se: terá a Constituição de 1988 ratificado todos os seus termos, afastando qualquer outra forma de responsabilidade dos agentes políticos, que não a responsabilidade por crime político?

Com efeito, a anunciada procedência da Reclamação n. 2.138,

reduzindo o alcance da Lei n. 8.429, inaugurará novo entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional brasileira, que, em se consolidando, finalizará o controle judicial de parcela dos atos de corrupção, quais sejam, aqueles cometidos por agentes políticos contemplados na Lei n. 1.079, o que produzirá a conseqüente revisão das decisões judiciais já proferidas nas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público contra esses agentes (será o caso do Ministro Ronaldo Sardemberg). Outro efeito igualmente negativo será a construção de uma intransponível barreira pretoriana, impedindo que as promotorias de Justiça e as procuradorias da República apresentem novas ações contra tais autoridades públicas perante as respectivas Justiças dos Estados e Federal.

4.1 REDUÇÃO DE ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com isso, a atribuição conferida ao Ministério Público brasileiro, prevista no inc. III do art. 129 da Constituição Federal, será reduzida, para excluir de seu alcance os agentes políticos. A norma constitucional que atribui ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, função essa, em grande parte, regulada pela Lei n. 8.429/92, perderá parcialmente sua eficácia, numa transgressão da Constituição, que não limita essa atividade ministerial. Em consonância com o entendimento que vem-se edificando no STF, apenas o cidadão – ressalvada a exceção indicada⁹ – poderá denunciar os atentados contra a probidade na Administração protagonizados por agentes políticos, nos termos da Lei n. 1.079/50, numa interpretação onde a norma infraconstitucional anterior restringe o alcance da norma constitucional que a recepcionou, o que não é adequado.

4.2 REVITALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Esse parcial esvaziamento das funções do Ministério Público gerará uma outra conseqüência grave: a debilitação da garantia constitucional prevista no inc. XXXV do art. 5º, no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950 (...) possui uma característica que marcou indelevelmente a sua história. Esse traço reside no seu processo de conhecimento e julgamento dos chamados “crimes de responsabilidade”, cujo juízo é exclusivamente político (...)

Paradoxalmente, o próprio Poder Judiciário, por sua mais elevada Corte, terá decidido o contrário, excluindo assim de sua apreciação, em oposição ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, as lesões cometidas contra o erário, violando o direito coletivo à probidade na Administração Pública, direito que integra a esfera de direitos de toda a sociedade brasileira, ou seja, o seu inviolável direito de levar à Justiça, por intermédio do Ministério Público, os corruptos, os corruptores e quaisquer beneficiários de atos de improbidade administrativa, para a sua adequada e devida punição, conforme o § 4º do art. 37 da Constituição Federal: *Os atos de improbidade administrativa importa-*

rão 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. Essa lei de que fala a norma constitucional é exatamente a Lei n. 8.429/92, reguladora da matéria. Vingando a interpretação no sentido de que se aplica aos agentes políticos unicamente a Lei n. 1.079, o julgamento do mérito dos atos contra a probidade na Administração passará a ser da competência do Senado Federal, ressalvadas as exceções constantes dos arts. 102, inc. I, b e 105, inc. I, a, da Constituição Federal.

Não bastasse, decisão afirmando a inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 para agentes políticos, contrariará a regra constante do parágrafo único do art. 52 da Constituição Federal, que preceitua: *Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.* Mais claro é impossível: o julgamento dos crimes de responsabilidade, inclusive os cometidos contra a probidade na Administração, não inibem, de qualquer modo, as demais sanções judiciais cabíveis.

Apesar da regra constitucional, o voto condutor da Reclamação n. 2.138 impõe a exclusividade do processo por crime de responsabilidade, isentando os agentes políticos de que trata a Lei n. 1.079 do alcance de sanções judiciais, do controle judicial e, portanto, imunizando-os das condutas classificadas como atos de improbidade, eximindo-os das punições respectivas e do processo judicial, temas regulados pela Lei n. 8.429. A Lei Maior quer exata e indubitavelmente o contrário, ou seja, a aplicação das demais sanções judiciais cabíveis, dentre as quais as decorrentes do cometimento de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

4.3 LIMITAÇÃO DA OBRA DO LEGISLADOR

A decisão que se avizinha apresenta um outro problema: limita a obra do legislador, fundamentada no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, tornando bastante reduzido o alcance do art. 2º da Lei n. 8.429, que expressamente contempla, entre os seus sujeitos passivos, os agentes políticos: *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.*

Com a restrição dessa disposição normativa, sob o fundamento de que os agentes públicos eleitos e nomeados (presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, governadores, secretários dos Estados etc.) não são alcançados pela Lei n. 8.429/92, mas, exclusivamente, pela Lei n. 1.079/50, penetra o Poder Judiciário em atribuição constitucional que pertence ao Legislativo, tornando sem efeito parcela importante de sua obra, por meio de interpretação que transgredir os mandamentos constitucionais (§ 4º do art. 37, parágrafo único do art. 52, inc. III, do art. 129 e inc. XXXV do art. 5º) e a harmonia e independência que devem existir entre os Poderes (art. 2º, Constituição Federal). De outra parte, institui privilégio que ofende os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade,

pois a linguagem normativa expressamente quis alcançar a todos.

5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA NOVA CATEGORIA DE RESPONSABILIDADE

A Constituição de 1946 não previa os chamados “atos de improbidade administrativa”, nova categoria de ilícito criada pela Constituição de 1988. Enquanto aquela Constituição cuidava exclusivamente dos crimes de responsabilidade, mais tarde regulados pela Lei n. 1.079/50, a Constituição cidadã manteve a anterior e tradicional modalidade de ilícito (art. 85), recepcionando a cinquentenária lei, e criando, no entanto, uma outra categoria de responsabilidade funcional (37, § 4º), regulada posteriormente pela Lei n. 8.429/92, diploma esse que convive harmonicamente com o outro. Enquanto esta última estabelece o controle judicial dos atos de improbidade, a antiga Lei n. 1.079/50 cuida do controle político desses atos. Além disso, não há coincidência entre as condutas e as sanções prescritas por esses diplomas, do que se conclui que, diversamente da construção jurisprudencial que vem-se definindo, essas duas modalidades de responsabilidade se completam, não se excluindo.

No caso da Lei n. 1.079, a iniciativa é do cidadão, o processo é político, o julgamento do mérito incumbe ao Senado, e há tão-somente sete modalidades de condutas caracterizadas como crimes de responsabilidade contra a probidade na administração, sujeitando-se os seus autores somente às sanções de perda do cargo e inabilitação, por tempo certo, para o exercício de função pública.

Distintamente, a Lei n. 8.429 prevê a iniciativa da “pessoa jurídica interessada”²⁶ do Ministério Público, por meio de processo cujo julgamento compete ao Poder Judiciário²⁷, sendo definidas como atos de improbidade administrativa três modalidades de ilícitos: os resultantes em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública, e subdividem-se num total de trinta e duas condutas especificadas nos incisos da Lei. As sanções: perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, multa civil, proibição temporária de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Afora a coincidência dessas últimas sanções – aplicáveis também nas hipóteses do cometimento de crime de responsabilidade – não há como se equiparar uma e outra categorias de responsabilidade, regulando a Lei n. 1.079, de um lado, e a Lei n. 8.429, de outro, espécies diferentes, sujeitas, cada uma delas, ao seu específico regime jurídico constitucional (art. 85-V e 37, § 4º) e infraconstitucional, em consonância com o que dispõem esses respectivos diplomas. A Lei n. 8.429/92 possui uma forte carga civil, em razão de suas sanções de natureza pecuniária (perda de bens e valores, ressarcimento dos danos, multa civil e proibições de contratar e receber benefícios de ordem financeira), e duas sanções políticas. A Lei n. 1.079 contempla apenas sanções políticas.

6 AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIDADE

O processo por responsabilidade política não impede a persecução judicial por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92, assim como também não o impede o processo destinado à responsabilidade penal dessas autoridades, não havendo razão para se excluir os agentes políticos do regime da Lei n. 8.429/92, haja vista a autonomia e independência dessas instâncias de responsabilidade. A recíproca é verdadeira. A persecução judicial dos atos de improbidade administrativa não inibe o processo político de responsabilidade.

(...) apenas o cidadão (...) poderá denunciar os atentados contra a probidade na Administração protagonizados por agentes políticos, (...) numa interpretação onde a norma infraconstitucional anterior restringe o alcance da norma constitucional que a recepcionou, o que não é adequado.

A Lei n. 1.079/50 impõe somente as sanções políticas de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de qualquer função pública, ou seja, vencedora a tese de que a Lei n. 8.429/92 não tem aplicação em relação aos agentes políticos, estes estarão isentos das demais sanções da Lei n. 8.429/92 não previstas na Lei n. 1.079/50.

7 INDEVIDA QUEBRA DA ISONOMIA

Com a exclusão, estar-se-á criando

duas categorias de agentes no serviço público. Os servidores públicos comuns, sujeitos às sanções da Lei n. 8.429/92 e, portanto, a um processo submetido à racionalidade jurídica, levado a cabo pelo Poder Judiciário e, de outro lado, reforçando deletério fator cultural presente em nossa realidade, denominado de “cultura de improbidade”²⁸ – da qual são representantes o coronelismo, o filhotismo, o nepotismo e o empreguismo²⁹ –, uma casta incólume de agentes públicos. Enfim, rompendo-se com o princípio republicano, instituir-se-á uma verdadeira categoria fidalga sujeita somente às já mencionadas sanções da Lei n. 1.079/50, de índole política, cujos integrantes não serão alcançados pelas sanções de índole civil aplicáveis aos demais servidores públicos (ressarcimento, perda de bens, multa civil e proibições) –, além de um processo “punitivo” político, subordinado à racionalidade política – e não jurídica – historicamente inexistente, exatamente porque sujeito à conveniência da vontade dos próprios pares e à oportunidade política.

Não há dúvida de que essa indevida quebra do princípio da igualdade, com a separação entre os que estão sujeitos ou não à Lei n. 8.429/92, não encontra justificativa plausível no sistema normativo, como já observado, violando o regime jurídico especial constitucionalmente estabelecido para essa nova modalidade de responsabilidade, que prevê a isonomia de tratamento entre os agentes públicos (servidores públicos em geral e agentes políticos), por não haver razão aceitável para a discrimi-

nação. Trata-se da aplicação do princípio republicano, caracterizado, segundo Geraldo Ataliba, *pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos, com consequentes responsabilidades dos mandatários*³⁰.

Excluírem-se aqueles alcançados pela Lei n. 1.079/50 do regime da Lei n. 8.429/92, implica a negativa de parcela importante dessa responsabilidade dos mandatários, concedendo-lhes o privilégio de não serem atingidos pelas mencionadas medidas de natureza civil, porquanto aquele diploma (Lei

n. 1.079/50) nada dispõe a esse respeito. Essas sanções de natureza econômica previstas na Lei n. 8.429/92 são de grande relevância, na medida em que retiram do ímprobo a tão almejada riqueza sem causa justa, salvaguardando os interesses do erário.

8 EQUÍVOCO QUANTO À NATUREZA DAS SANÇÕES DA LEI N. 8.429

Ditas penalidades infirmam, por outro lado, a equivocada corrente doutrinária que entende que a Lei n. 8.429/92 contém natureza penal. Aliás, em nenhum de seus dispositivos há previsão de pena restritiva de liberdade, o que desautoriza a pretensa equiparação. São essas sanções civis, ademais, absolutamente alinhadas com o que dispõe o § 5º do art. 37 da CF, também regulado pela Lei n. 8.429/92.

Ato de improbidade administrativa e crime contra a probidade na administração não se confundem, constituindo modalidades independentes de responsabilidade dos agentes públicos (...)

Com efeito, o art. 5º da Lei de Improbidade reza que: *Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.* Por sua vez, o art. 6º do mesmo diploma preceitua: *No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.* Excluir os agentes políticos do alcance da Lei n. 8.429/92, para deixá-los sob o jugo exclusivo da Lei n. 1.079, importará a perpetuação do prejuízo público e do enriquecimento sem causa justa, o que não se admite.

Noutra perspectiva, apesar dos constantes reclamos, as sanções da Lei n. 8.429 são, diante da gravidade dos atos de improbidade administrativa, absolutamente proporcionais a tais comportamentos. Ante a lesividade dessas condutas, devem os ímprobos ser apenados na mesma proporção, respondendo civil e politicamente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

9 CUIDADOS COM A LINGUAGEM

Demais disso, não há coincidência entre as condutas descritas na Lei n. 8.429/92 e aquelas previstas na Lei n. 1.079/50, como crimes contra a probidade na administração. Se não há identidade entre os tipos de uma e outra lei, e se as sanções também são diversas, afirmar-se que ambas as legislações tratam de uma mesma categoria de responsabilidade, ou de coisas iguais ou semelhantes, tão-somente em razão da utilização de designações assemelhadas (ato de improbidade administrativa e crime contra a probidade na administração), significa dar guarida ao equivocado dogma de que as palavras alteram os conceitos (*nomina sunt consequentia rerum*), no lugar do adequado postulado de que as palavras não mudam a essência das coisas – *apprehensio essentiae re*²⁵. Iguais ou semelhantes podem ser os nomes empregados pelo homem para designar conceitos diversos (ato de improbidade administrativa e crime contra a probidade na administração), no entanto, o que deve prevalecer são os conceitos, signos das coisas, e não os meros apelidos que recebem, muitas vezes geradores de indevida con-

fusão, como na situação em análise.

Ato de improbidade administrativa e crime contra a probidade na administração não se confundem, constituindo modalidades independentes de responsabilidade dos agentes públicos, alcançando a Lei n. 8.429/92 todo e qualquer agente público – inclusive os agentes políticos –, enquanto a Lei 1.079/50, apenas os agentes políticos nela indicados. *Mutatis mutandis*, a Lei n. 8.429/92 também atinge, sem exceção, os servidores públicos que estão sujeitos ao regime disciplinar previsto no Estatuto dos Servidores Públicos, como é exemplo a Lei n. 8.112/90, que prevê o ato de improbidade como falta disciplinar grave, justificadora da demissão do servidor comum (art. 132, inc. IV), por meio do devido processo administrativo. Embora a responsabilidade disciplinar não atinja os agentes políticos, e os crimes de responsabilidade não alcancem os servidores públicos, ambas as categorias de agentes públicos estão sujeitas à Lei n. 8.429/92, assim como à responsabilidade penal, por crime comum.

10 RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR

Ainda no que tange à exclusividade defendida no voto condutor que vem-se amalgamando no STF, fosse procedente o afastamento da Lei n. 8.429 para a exclusiva incidência da Lei n. 1.079, por identidade de motivos, em nome dos princípios da identidade e da contradição⁶, ter-se-ia que se afastar a Lei n. 8.429 também dos servidores públicos, pois eles estão sujeitos ao regime disciplinar da Lei n. 8.112/90, que prevê o ato de improbidade como infração disciplinar, assim como há o crime de responsabilidade contra a probidade na administração. Naturalmente, não se deve admitir tal interpretação, sob pena de se excluir também essa parcela de servidores públicos do controle judicial dos atos de improbidade administrativa.

Para ambas as situações (agentes políticos e servidores públicos), o problema reside na falsidade das premissas (aplicação exclusiva da Lei n. 1.079 ou da Lei n. 8.112, respectivamente), o que conduz a uma proposição invariável: a Lei n. 8.429/92 não se aplica a ninguém, tautologia que, como ensina Wittgenstein, não possui condição de verdade⁷. A hermenêutica, como cediço, não pode conduzir o intérprete a conclusões dessa ordem. Diversamente disso, os agentes públicos em geral estão sujeitos ao regime da Lei n. 8.429, na medida em que nenhuma lesão ou ameaça a direito está isenta de controle judicial (art. 5º, XXXV, CF).

11 REPERCUSSÃO DA RECLAMAÇÃO N. 2.138 EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES BENEFICIÁRIOS

Mais uma razão para não se permitir o privilégio de se excluir do alcance da Lei n. 8.429/92 aqueles que são contemplados pela Lei n. 1.079/50, reside em também não criar dois tipos de particulares beneficiários de atos de improbidade: os conluídos com servidores públicos comuns, sujeitos às sanções da Lei n. 8.429/92, afora, naturalmente, a perda de cargo, e os particulares em colusão com os agentes políticos indicados na Lei n. 1.079/50, que ficariam isentos de qualquer medida punitiva, na medida em que, não sendo esses terceiros alcançados pela Lei n. 8.429/92, por conta do pretensão privilégio dos agentes políticos, também não o seriam pela Lei n. 1.079/50, porquanto esse diploma dirige-se somente às autoridades pú-

blicas, não tratando da responsabilidade dos terceiros particulares beneficiários. Aliás, mesmo que contemplasse, não os atingiria, pois essa lei é destituída de sanções de índole civil (ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), como consabido, o que atinge de chofre o princípio constitucional da igualdade entre os administrados, gerando impunidade.

Tal distorção não merece ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal ou por qualquer reforma constitucional ou legislativa. Os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes políticos – em nome do princípio republicano – devem ser tratados do mesmo modo pelo legislador e pelo Judiciário, assim como ocorre com o crime comum, cujo processo deve ser conhecido pela justiça ordinária, segundo a lei penal e processual penal.

12 PROBLEMA DA EFICÁCIA DA LEI N. 8.429 E OS PERIGOS DA CORRUPÇÃO

Ao não se aplicar a Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, na prática, ela perderá sentido, pois os atos de improbidade administrativa são cometidos essencialmente por esses detentores do poder do Estado, ou seja, pelas autoridades públicas que exercem mandato e os mais elevados cargos em comissão e de livre nomeação. São esses agentes que definem as políticas públicas, que realizam os grandes negócios do Estado, que apresentam emendas ao orçamento, que administram os recursos públicos, que autorizam licitações, contratação de pessoal, ordenam despesas e pagamentos, firmam contratos, enfim, representam a vontade superior do Estado. Excluídos os seus principais atores, a Lei n. 8.429/92 restará esvaziada, perdendo concretamente sua coerção. Mantê-la para alcançar somente os servidores públicos comuns significa desviar o foco da lei para alvo limitado, porquanto esses servidores não expressam a vontade do Estado, realizando tarefas sob a hierarquia e ordens dos superiores, executando os comandos concretos de seus superiores hierárquicos, em última instância, as ordens dos agentes políticos.

Impedir a aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, não ape-

nas representaria atitude contrária à vontade constitucional (art. 37, *caput* e §§ 4º e 5º, art. 129, inc. III, art. 5º, inc. XXXV, 52, parágrafo único, e art. 2º), como também implicaria grande retrocesso, haja vista a histórica ineficácia dos processos de responsabilização política, relatada pela unanimidade da doutrina especializada. Essa supressão, apenas reforçará a impunidade e a cultura de improbidade administrativa, tão presentes na história do Brasil e que, apenas a partir do advento da Lei n. 8.429/92, passou a encontrar alguma resistência.

É necessário que, no julgamento da Reclamação n. 2.138, o intérprete maior da Constituição considere, na perspectiva finalística, os riscos produzidos pela corrupção, conforme divisado no preâmbulo da Convenção interamericana contra a corrupção²⁸, ratificada e promulgada pelo Brasil²⁹. A impunidade dos detentores do poder corrupto levou alguns países ao desmantelamento quase absoluto, dos quais são exemplos Uganda, num passado próximo, e o Haiti, presentemente, lugares onde a corrupção devastou o Estado. Impedir o controle judicial da corrupção representa um perigo concreto para a sociedade brasileira, submetendo-a às graves consequências desse fenômeno. Importa sujeitar a supremacia e indisponibilidade do interesse público ao interesse particular do ocupante do poder político. Significa aceitar a corrupção e a impunidade, gerando pobreza, injustiça e desigualdade, em detrimento da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, Constituição Federal).

13 O ESPERADO DESATE DA RECLAMAÇÃO N. 2.138

Assim como o Supremo Tribunal Federal, em episódio recente, tomou corajosa e histórica decisão contra o nepotismo no Poder Judiciário, aguarda-se da Corte Constitucional brasileira o mesmo tirocínio jurídico e elevado espírito público para julgar improcedente a Reclamação n. 2.138, revendo os eminentes ministros do STF o atual posicionamento majoritário, para escolher a melhor interpretação da Constituição de 1988, no sentido da constitucionalidade do controle judicial dos atos de improbidade administrativa imputados a agentes políticos, nos moldes regulados pela Lei n. 8.429/92, sem prejuízo do controle político, atualmente regrado pela Lei n. 1.079/50.

REFERÊNCIAS

- 1 STF – PLENO – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 19/09/2005, por maioria de votos.
- 2 A Lei N. 10.628/2002 deu a seguinte redação ao referido dispositivo do CPP, posteriormente declarado inconstitucional:
Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.
§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.
§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.
- 3 COMPARATO, Fábio Konder. O processo de impeachment e a importância constitucional do caso Collor. In: Rosenn, Keith S., Downes, Richard (orgs). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: FGV, 2000. p. 111-126.
- 4 SOUZA, Amaury. *O impeachment de Collor e a reforma institucional no Brasil*. In: Rosenn, Keith S., Downes, Richard (orgs). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: FGV, 2000. 127-165.
- 5 *Apud* COMPARATO, *op cit.*, p. 124.
- 6 Nos crimes de responsabilidade do presidente da República e dos ministros de Estado, a Câmara dos Deputados é tribunal de pronúncia e o Senado Federal, tribunal de julgamento (art. 80 da Lei n.1.079/1950, c.c. o art. 52, inc. I, da Constituição Federal). Em não havendo conexão, o julgamento de ministro de Estado por crime de responsabilidade compete ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. II, b, da Constituição Federal).
- 7 Nos crimes de responsabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do procurador-geral da República e do advogado-geral da União, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronúncia e julgamento (art. 80 da Lei n. 1.079/50, c.c. o art. 52, inc. II, da Constituição Federal).
- 8 O art. 41-A da Lei n. 1.079/50, acrescentado pela Lei n. 10.028/2000, determina que os crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária, previstos no art. 10, cometidos pelos presidentes dos tribunais superiores, dos tribunais de contas, dos tribunais regionais federais, do trabalho e eleitorais, dos tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e pelos juízes diretores de foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (art. 39-A, parágrafo único), bem como esses mesmos crimes do art. 10, quando cometidos pelos procuradores-gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, pelos procuradores-gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e pelos membros do Ministério Pú-

- blico da União e dos Estados, da advocacia-geral da União, das procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, inc. II), serão processados e julgados de acordo com o rito instituído pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitindo-se a todo cidadão o oferecimento da denúncia, sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público (art. 48, inc. II, da Lei Complementar 75/1993).
- 9 Vide nota 5.
- 10 Raras são as iniciativas da pessoa jurídica interessada. Uma explicação plausível para esse fato, reside na sujeição dos procuradores e advogados dessas entidades ao princípio hierárquico. Como os atos de improbidade administrativa realmente graves são praticados por agentes políticos – portanto, pelos dirigentes da pessoa interessada –, não é de se estranhar o silêncio das procuradorias subordinadas a tais agentes, que exercem suas funções sem autonomia funcional, independentemente da competência e preparo de seus quadros. Diversamente, como ocorre no caso envolvendo o ministro Ronaldo Sardemberg – Reclamação n. 2.138 –, a advocacia-geral da União vem sendo utilizada não para a defesa do interesse público, do interesse da pessoa jurídica interessada, do interesse da União, mas, para a proteção da autoridade inquinada de improba, numa distorção de suas funções institucionais e constitucionais – art. 131. Embora seja até aceitável admitir-se a contratação de advogado para a defesa da autoridade pública, sob as expensas do erário, até que seja eventualmente condenado, o que não parece correto é a própria entidade, por seu órgão de advocacia pública, promover essa defesa.
- 11 Para uma parcela da doutrina, que se espera venha a se consolidar, o cidadão, por meio da ação popular, pode pleitear a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92, *toda vez que houver conduta comissiva ou omissiva que se enquadre como violadora do princípio da probidade administrativa* (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 94).
- 12 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.
- 13 CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados*, v. 40, n. 2., 1997. Trabalho apresentado no simpósio sobre *Nation-Building in Latin America: Conflict Between Local Power and National Power in the Nineteenth Century*, em homenagem a Raymond Buve, Leiden, Holanda, 20-21 de abril de 1995.
- 14 ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10.
- 15 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 197-198.
- 16 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-24.
- 17 D'OLIVEIRA, Armando Mora. Vida e obra. Introdução à obra de Ludwig Wittgenstein. In *Os pensadores* – WITTGENSTEIN. São Paulo: Nova Cultura, 1999. p. 11.
- 18 CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos outros de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins; CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos; PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis; TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício, CONVIERAM em assinar a seguinte CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO.
- 19 A Convenção interamericana contra a corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, § 1º, c, foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002.

ABSTRACT

The author deals with the polemic discussion in progress nowadays at the Supreme Federal Court, regarding the application or not of the sanctions in

the Law of Administrative Improbability to politic agents.

He states that the non-application of that law to public agents represents not only a contrary viewpoint concerning the constitutional will, but also a great retrogression, due to the historical ineffectiveness of the politic liability proceedings, mentioned by the specialized doctrine.

He points out the legal bases that indicate both models of public agents' liability – namely, the judicial administrative acts, ruled by Law n. 8,429/92, and the politic control (Law n. 1,079/500) – to be categories that live harmoniously and in a complementary way within the Brazilian legal system, each one, in a specific manner, with a view to facing the difficult task of fighting against damages coming from corruption.

KEYWORDS

Constitutional Law; Claim n. 2,138; Law n. 1,079/50; Law n. 8,429/92; judicial control; corruption; administrative improbity; Inter-American Convention against Corruption.

Artigo republicado em razão de incorreções no processo de editoração do texto na edição anterior.

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini é Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da UFPR, professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, professor das Faculdades Curitiba e Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.