Número 9 – fevereiro/março/abril - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

O ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Profa. Rita Tourinho

Promotora de Justiça, Professora de Direito Administrativo, Mestre em Direito Público pela UFPE.

JUSTIFICATIVA DO TEMA

O presente trabalho tem por objetivo propor a modificação do art. 339 do Código Penal. Este dispositivo legal aborda a denunciação caluniosa, que se configura quando o sujeito ativo der causa à investigação policial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, imputando a alguém crime de que o sabe inocente.

Ora, pensamos que nada justifica a inclusão do Inquérito Civil e Ação de Improbidade no referido dispositivo legal, uma vez que ambos não apuram crimes e sim atos de improbidade administrativa que, eventualmente, poderá também ser caracterizado como delito penal. Ademais, a previsão de tais figuras traz como único efeito prático coibir a iniciativa de cidadãos, que no exercício da cidadania - condizente com o nosso Estado Democrático de Direito -, insurgem-se contra agentes públicos ímprobos, denunciando atos de improbidade.

INTRODUÇÃO

No Diário Oficial da união, do dia 20 de outubro de 2000, foi publicada a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que alterou o Decreto-Lei nº 2.848/40, o Código Penal, a Lei nº1.079/50 e o Decreto-Lei nº201/67.

Dentre as alterações contidas na referida Lei, chamou-nos atenção àquela referente ao artigo 339 do Código Penal, que modifica a abrangência do objeto material da denunciação caluniosa, agora definida como ***dar causa à***

instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Preocupa-nos a inclusão nesse artigo da ação de improbidade, da investigação administrativa e inquérito civil, quando correlatos com aquela ação.

Atos de improbidade administrativa são aqueles elencados, de forma exemplificativa, nos artigo 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, praticados por agentes públicos.

No artigo 9º estão dispostos os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, ou seja, quando o agente público aufere vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo do cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública.

O artigo 10 trata das condutas do agente público que acarretam lesão ao erário, o que significa perda patrimonial decorrente de ilicitude, ainda que culposa.

No artigo 11 estão os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

NATUREZA DA LEI DE IMPROBIDADE

Quando o agente público no exercício da atividade administrativa pratica ato de improbidade, existe uma enorme repercussão dentro dos diversos ramos do ordenamento jurídico. Assim, existirá não somente a responsabilidade do agente perante o Estado, como também juntamente com este último, poderá tornar-se civilmente responsável[1] frente aos lesados, além da possível responsabilidade à qual estará sujeito no âmbito penal e administrativo, a depender do caso concreto.

Questiona-se a natureza jurídica da lei nº 8.429/92.

Ao tratar da responsabilidade por improbidade administrativa, a referida lei não somente instituiu normas de direito material e processual[2], aplicáveis àqueles agentes públicos que praticam atos de improbidade administrativa, como também

[1] Caso o ato de improbidade perpetrado pelo agente público cause lesão a direito de terceiros, este não só poderá propor a ação de indenização contra o Estado – que terá direito de retorno contra o causador do dano –, como também poderá acionar o Estado e o agente conjuntamente, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (RE 90.071. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, nº 142, p. 93.).

[2] Da análise do texto legal, observa-se que, além trazer a definição de agente público (art. 1º), de delimitar, exemplificativamente, os diversos atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10º e 11), a lei traz matéria típica de direito processual, como, por exemplo, a previsão do rito da ação principal (art. 17) e a previsão de medidas cautelares (arts. 7º e 16).

previu sanções comuns aos processos administrativo e penal[3]. Tal diversidade de matérias abordadas na lei criou uma certa dificuldade na fixação de posição unânime quanto a sua natureza.

Ademais, as sanções anunciadas no art. 37, § 4º da Constituição Federal, bem como a inserção na Lei nº 8.429/92 das expressões *dolo* e *culpa,* aliada, ainda, aos títulos conferidos aos Capítulos III e VI da Lei, quais sejam, "Das Penas" e "Das Disposições Penais", levaram alguns doutrinadores ao lamentável equívoco de conferir a Lei de Improbidade natureza criminal, como bem adverte Marino Pazzaglini Filho[4].

Foi o que ocorreu, antes da promulgação da lei nº 8.429/92, com José Cretella Júnior, que ao comentar o art. 37, § 4º do texto constitucional, referindo-se a falta de eficácia da norma, afirmou que "antes, porém, de promulgação de lei penal material que defina, tipifique a *improbidade administrativa*, este crime inexiste" [5].

Tal equívoco, no entanto, é inadmissível desde quando o próprio legislador constitucional pronunciou-se quanto à independência da esfera cível e penal ao enumerar as sanções aplicáveis no caso da improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei, ***sem prejuízo da ação penal cabível.***

Celso Antônio, manifestando-se quanto à matéria, aduz que "em caso de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor ficará sujeito à suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, parágrafo 4º), sendo imprescindível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art.37, §5º)"[6].

Ademais, sendo os tipos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 exemplificativos, não se ajustam às exigências do Direito penal, como, por exemplo, a estrita obediência ao princípio da legalidade.

A legalidade penal é uma garantia reconhecida na ordem constitucional brasileira desde o império. O silêncio quanto à natureza penal das condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, impede que as mesmas sejam consideradas criminais, sob pena de violar-se a garantia constitucional dos indivíduos e da sociedade.

---

[3] A perda da função pública, prevista nos três incisos do art. 12, é também conseqüência de sentença penal condenatória transitada em julgado contra Prefeito por crime previsto no Decreto-lei nº 201/67. Da mesma maneira, o Decreto-lei nº 201 prevê a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, pelo prazo de cinco anos.

[4] Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998. p. 38.

[5] Cretella Júnior, José. *Comentários à Constituição de 1988.* São Paulo: Forense, 1991. p. 2.257. v. IV.

[6] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 135.

O legislador buscou, através da Lei nº 8.429/92, extrair conseqüências extra-penais ou cíveis *lato sensu*, mais precisamente, no âmbito do direito administrativo. Entender de natureza criminal as figuras da Lei de Improbidade equivaleria a desrespeitar o princípio da legalidade penal[7].

Apesar de diversas hipóteses de improbidade administrativa, previstas na Lei nº 8.429/92, coincidirem com várias figuras penais constantes no Título XI do Código Penal, intitulado "Dos Crimes Contra a Administração Pública", o início da ação penal normalmente não terá qualquer influência no andamento da ação de improbidade. As únicas restrições que podem surgir ao exercício do direito de ação, visando à aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, ocorrerão quando ao tempo da propositura da demanda, já exista sentença penal definitiva, que tenha concluído pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria, desde que haja coincidência da tipicidade do ilícito penal com a do ato de improbidade. Com relação à negativa de autoria, pode ser que o réu não seja autor de determinado ilícito penal, mas seja o terceiro beneficiário do ato de improbidade quando, então, estará sujeito às sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Quanto às sanções, constantes do art. 12 da mencionada lei – interdições de direitos, perda da função pública, multa, ressarcimento ao erário e suspensão dos direitos políticos – as mesmas possuem caráter extrapenal, o que vale dizer que não são passíveis de aplicação exclusiva pela via do direito penal. Observe-se, ainda, que as sanções são genericamente associadas aos tipos de improbidade, o que, também, contraria os princípios norteadores do direito penal.

Cumpre ressaltar que hoje é quase que pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência[8], o entendimento que afasta a natureza criminal da Lei nº 8.429/92.

[7] Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998. p. 224.

[8] "Recurso em habeas corpus. Concussão. Art. 316, do CP. Trancamento da Ação Penal. Falta de justa causa. Improbidade Administrativa. Ação Civil Pública julgada improcedente. Objeto distinto da Ação Penal. Independência das esferas cível e penal. A improcedência da ação civil pública apurando responsabilidade por improbidade administrativa não impede o prosseguimento da ação penal que apura suposto crime de concussão (art. 316, do CP) ante a independência das esferas cível e criminal, mormente quando se afigura patente a diversidade de objetos e fins entre as duas ações. Em sede de hábeas corpus, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie" (Recurso Ordinário em Hábeas Corpus nº 11.722 – MT, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, em 20/09/2001, DJ de 05/11/2001, p. 124).

INAPLICABILIDADE DO ART. 339 DO CÓDIGO PENAL NA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL OU AÇÃO DE IMPROBIDADE

Ora, quando se pensava superada toda esta discussão acerca da natureza da Lei nº 8.429/92, vem a Lei nº 10.028/00 e, ao atribuir nova redação ao artigo 339 do Código Penal, parece confundir atos de improbidade com infrações penais.

Quem dá causa a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade contra agente público, não estará imputando-lhe crime, e sim **ato de improbidade administrativa.** Mesmo que exista tipo penal correspondente as figuras previstas na Lei nº 8.429/92, o *animus* de quem representa contra agente público, perante a administração pública ou o Ministério Público, é atribuir-lhe ato de improbidade e não infração penal.

Oportuno lembrar que investigação administrativa é todo procedimento instaurado para apurar as infrações administrativas e punir os infratores. O inquérito civil, por sua vez, é uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseja eventual propositura de ação civil pública ou coletiva[9].

Forçoso, então, é concluir que mencionada alteração legal, além de confirmar as distorções em torno da Lei nº 8.429/92, acima reportadas, servirá apenas para coibir o exercício da cidadania por aqueles que, corajosamente, representam contra agentes públicos. Provavelmente muitos cidadãos deixarão de formalizar representações contra agentes públicos ímprobos por receios de serem vítimas de possíveis manobras destinadas a transforma-los em sujeito ativo do tipo penal previsto no artigo em comentário.

Não há como se negar que em uma época de incentivos ao combate à corrupção, quando se prega a necessidade de uma administração pública transparente, em consonância com os princípios administrativos constitucionais, a nova redação dada ao crime de denunciação caluniosa, direciona-se na contra-mão do combate a improbidade administrativa.

A nós, militantes na área do combate à improbidade, vislumbramos como único efeito prático na alteração do art. 339 do Código Penal o encolhimento das representações por atos de improbidade administrativa, responsáveis pela instauração de inquéritos civis e ações de improbidade, inegavelmente, potentes instrumentos de defesa do patrimônio público.

Com efeito, entendemos que o dispositivo legal comentado deve sofre nova alteração, excluindo-se do mesmo o procedimento administrativo, o inquérito civil e a ação de improbidade.

[9] Mazzini, Hugo Nigro, O Inquérito Civil, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 46.

CONCLUSÕES:

1- A Lei de Improbidade Administrativa não possui natureza penal, uma vez que a mesma é incompatível com o princípio da estrita legalidade penal. Ademais, a Própria Constituição Federal no art. 37, § 4º, teve a preocupação de se referir à independência da esfera cível e penal ao enumerar as sanções aplicáveis no caso da improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei, ***sem prejuízo da ação penal cabível;***

2- A Lei nº 10.028/00, ao atribuir nova redação ao artigo 339 do Código Penal, parece confundir atos de improbidade com infrações penais;

3- Quem dá causa a causa a instauração de procedimento administrativo, inquérito civil ou ação de improbidade contra agente público, não poderá ser enquadrado no art. 339, desde quando não estará imputando-lhe crime, e sim **ato de improbidade administrativa.** Mesmo que exista tipo penal correspondente as figuras previstas na Lei nº 8.429/92, o *animus* de quem representa contra agente público, perante a Administração Pública ou o Ministério Público, é atribuir-lhe ato de improbidade e não infração penal;

4- O art. 339 do Código Penal deverá ser modificado, excluindo-se do mesmo o processo administrativo, o inquérito civil e a ação civil pública.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

TOURINHO, Rita. O ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não disponível.