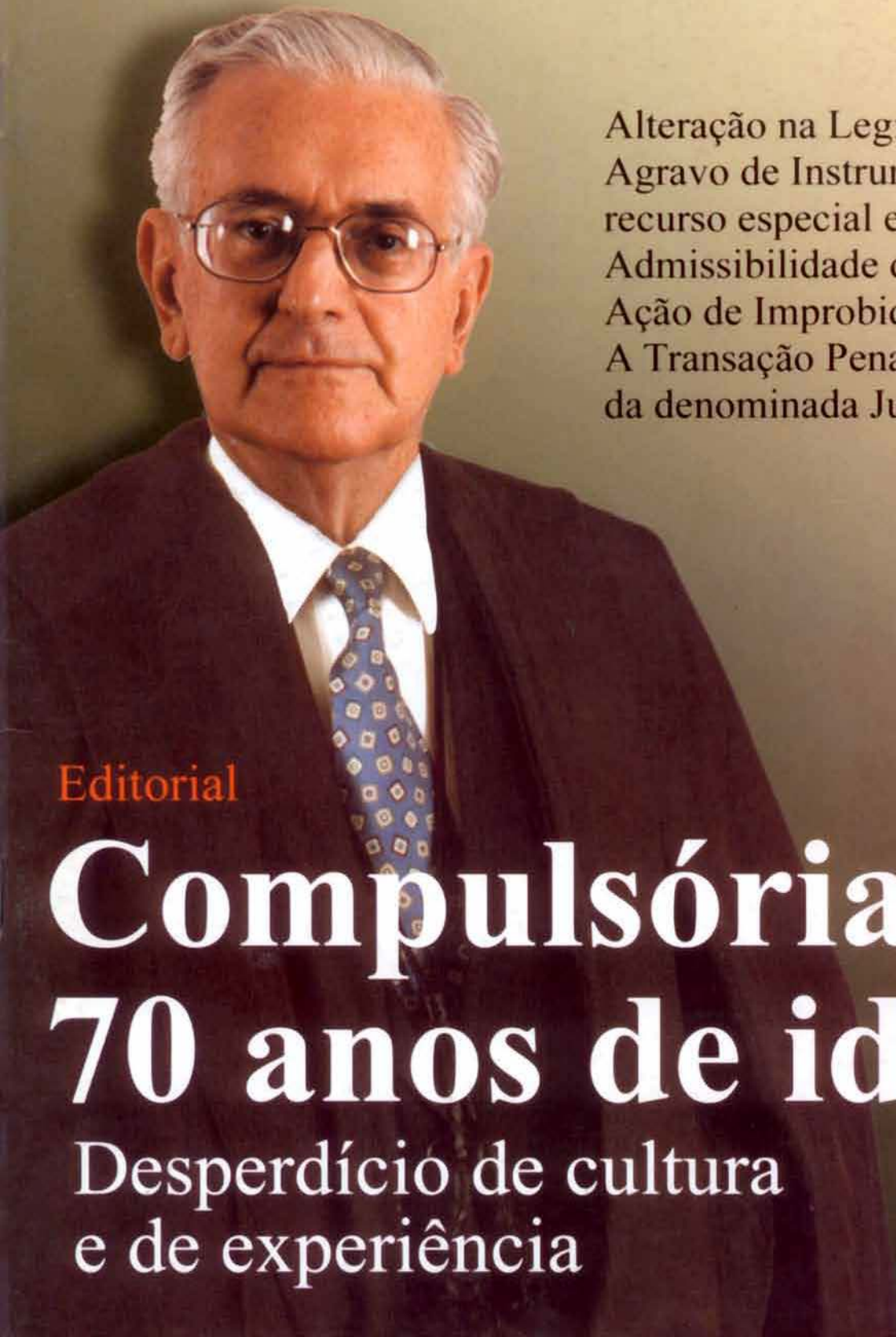




JUSTIÇA & CIDADANIA



Alteração na Legislação de Férias.
Agravo de Instrumento em sede de
recurso especial e extraordinário.
Admissibilidade dos recursos.
Ação de Improbidade.
A Transação Penal como Ato
da denominada Jurisdição Voluntária.

Editorial

Compulsória aos 70 anos de idade

Desperdício de cultura
e de experiência

AÇÃO de IMPROBIDADE

Delza Curvello Rocha Subprocuradora-Geral da República

A defesa do patrimônio, do erário, da coisa pública, em face de atos ilícitos ou abusivos praticados por funcionários públicos e terceiros, sempre foi objeto de preocupação do legislador. Anteriormente à Constituição de outubro de 1988, em linhas gerais, os atos ilícitos, delituosos ou não, praticados pelos funcionários públicos ou terceiros contra o patrimônio público, estavam submetidos a regime de apuração de responsabilidade administrativa (nos autos de processo administrativo) e penal (instauração de inquérito policial e consequente ação penal), além de serem passíveis de exigência os danos por eles provocados, e de restituição do que indevidamente fora apropriado, mediante ação proposta na esfera civil (ação ordinária de danos, ação regressiva).

Da mesma forma que o sistema atual, a apuração de cada uma das esferas era realizada de forma independente, embora a lei penal prescrevesse como ainda prescreve -, entre as consequências da condenação, a obrigação de reparar o dano e a possibilidade da perda de cargo público, função pública ou mandato eletivo (art. 91, inciso I, do Código Penal).

O Constituinte de 1988 quis, entretanto, deixar patenteado em nossa Carta Magna que o Estado brasileiro repudia, em todas as suas nuances e da forma mais expressiva, os atos que importem em improbidade administrativa.

Assim, fez inserir no texto da Constituição que editou dispositivos legais que deixam claro esse repúdio, autorizando, inclusive, que se aplique

ao improbo pena de perda da função pública e, temporariamente, a perda dos próprios direitos políticos (arts. 15, II e V; 37, § 4º da C.F. 88).

ESCALONAMENTO. Em 1992, regulamentando o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.429. Essa lei, além de formalizar o sistema administrativo para a apuração dos atos de improbidade administrativa, veio definir as situações que importem em improbidade, e escaloná-las, de sorte a permitir a aplicação das penas de perda de função pública ou temporária de direitos políticos, de forma graduada, como ordena a Constituição.

Assim, manteve a tríplice apuração desses atos: administrativa, civil e penal, inserindo, entretanto, a faculdade de o Ministério Público ou o tribunal ou o Conselho de Contas acompanhar, na esfera administrativa, o procedimento instaurado, para a adoção de medidas penais ou civis em relação aos fatos em apuração; manteve a possibilidade de, antes de instaurado o procedimento penal ou a ação de ressarcimento, o Ministério Público solicitar o seqüestro dos bens apropriados ou que tenham sido produto do delito, medidas essas já autorizadas pelo próprio Código de Processo Penal (art. 125 e seguintes); manteve o procedimento ordinário para as ações que visem ao ressarcimento do dano causado pelo improbo ou para a recuperação dos bens por ele indevidamente apropriado ou que tenham sido produto de ato de improbidade; manteve a obrigatoriedade de propositura da ação

- entregando sua titularidade ao representante judicial do ente público lesado autorizando, entretanto, seja ela proposta pelo Ministério Público, em processo do qual o ente público lesado, poderá ser o pólo ativo da ação, aperfeiçoando o sistema, vedou expressamente nessas ações, a transação, o acordo ou a conciliação.

Ao definir o rito da ação - ordinário - deixou patente a Lei nº 8.429/92 que deveria ela reger-se pelas normas gerais contidas no Código de Processo Civil, apenas ajustadas em alguns aspectos, de sorte a patentear a indisponibilidade que caracteriza o direito de o Estado em se ver indenizado, sob todos os ângulos, em face dos atos de improbidade.

DESAJUSTE. Por essas assertivas - extraídas da simples leitura da lei - entendemos que a ação civil pública, e, conseqüentemente, a instauração do inquérito civil público, não se ajustam à indisponibilidade que o legislador impôs às ações que visem ressarcir o erário dos danos originados em ato de improbidade.

Isso também porque o dano ao patrimônio público, com origem em ato praticado por funcionário público - ato de improbidade - não atinge direito ou interesse difuso ou coletivo, mas diretamente a República, que tem como titular do direito o próprio Estado, a administração pública.

Observe-se, porque é princípio administrativo basilar, que o funcionário público investigado tem o direito de responder por seus atos perante a autoridade administrativa, competente, daí por que a lei de improbidade impõe

que o procedimento administrativo investigatório, visando apurar a prática do ato e sua extensão, há de ocorrer perante o órgão público competente, isto é, perante o órgão onde realizada a conduta, prevendo a lei, entretanto, e sabiamente, a participação do Ministério Público e do Tribunal ou Corte de Contas desde a instauração desse procedimento.

DIREITOS. O Ministério Público tem suas funções institucionais fixadas na Constituição e nas leis orgânicas que regem o parquet federal e estadual, internamente. Mas a sua atuação há de se conformar com a lei dos ritos, que fixa procedimentos e instrumentos assecuratórios de direitos a todos os personagens envolvidos na relação processual, na investigação. Por isso, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, em seu art. 7º, inc. III, afirma incumbir ao parquet, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais, "requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e apresentar provas". A esse dispositivo se ajusta a Lei nº 8.429/92, quando autoriza ao Ministério Público a solicitar a instauração do procedimento administrativo para apuração de ato de improbidade, e lhe impõe o acompanhamento do procedimento.

Assim, depreende-se facilmente que o Ministério Público não se encontra legitimado a instaurar inquérito civil público para apurar ato de improbidade, pois o funcionário público não pode ser constrangido a

responder inquérito administrativo a não ser perante o órgão a que se encontra vinculado, e junto ao qual praticou os atos a serem investigados (autoridade competente). Fora desse ambiente, somente poderá ser investigado por comissões parlamentares ou em inquéritos policiais ou judiciais.

Há ainda ponto relevante a ser abordado: da leitura, ainda que superficial dos grupos de condutas elencadas pelo legislador como atos de improbidade administrativa, verifica-se que todas elas se ajustam a um tipo penal, desde que aferido o elemento subjetivo que o complete, sendo, portanto, condutas que trazem, em si mesmas, indícios de agressão à ordem jurídica, na esfera penal. E foi por esse motivo que o legislador impôs a presença do Ministério Público já na fase administrativa de apuração dos atos caracterizados como de improbidade - junto ao órgão público onde a conduta lesiva ao patrimônio ocorreu - conferindo, desde logo, ao titular da ação penal ampla liberdade de requisitar a instauração de inquérito policial para apurar, na esfera penal, os fatos e a sua autoria.

A instauração de procedimentos investigatórios destinados a usufruir futura ação de ressarcimento por prática de ato ilícito que em tese se ajustem a tipo penal foge a atuação direta do Ministério Público, porque deve ficar jungida à autoridade policial, que detém constitucionalidade a titularidade para instaurar procedimento investigatório - inquérito - por estar sempre submetida ao controle judicial, na forma

da lei processual penal, sob pena de restarem feridos e inciso LIII do art. 5º - "ninguém será processado (= investigado) nem sentenciado senão pela autoridade competente", e os arts. 144, incisos I e IV, 102, inciso I, alínea "a", "b"; 105, inciso I, alínea "a", 108, da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que o legislador ao editar a Lei nº 8.429/92, foi muito feliz, pois harmonizo ua apuração do ato de improbidade nas três esferas, de sorte que, se esse texto legal for devidamente cumprido pelos seus destinatários - administradores, representantes judiciais dos órgãos públicos e Ministério Público - os atos de improbidade poderão ser investigados, e punidos seus perpetradores, sem qualquer ferimento ao texto constitucional.

Essa harmonia se encontra exatamente no fato de, ao editar a lei, ter o legislador se utilizado, com boa técnica, dos instrumentos de que dispõe o Estado para a sua autodefesa - o procedimento administrativo e o inquérito policial - sem entretanto negligenciar das garantias individuais, quer do cidadão quer do funcionário público, submetendo-os - ambos - à investigação realizada perante os órgãos competentes, sensível à advertência realizada por Madison, em *The Federalist*, nº 51, verbis

"Na formação de um governo que deve se administrado por homens sobre homens a grande dificuldade consiste no seguinte: deve-se primeiro habilitar o governo a controlar os governados e, em seguida, obrigá-lo a controlar-se".