

1 MATÉRIA ESPECIAL

1.1 Desafios contemporâneos do Ministério Público brasileiro na defesa do patrimônio público

Marcelo Zenkner

Promotor de Justiça/ES

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV/ES

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da FDV/ES

Diretor da Escola do Ministério Público/ES

É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia; e como fosse trazido a sua presença um pirata, que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém ele que não era medroso nem lerdo, respondeu assim: “basta, Senhor, que eu porque roubo em uma barca sou ladrão, e vós porque roubais em uma armada, sois imperador?” Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros, definiu com o mesmo nome: “Eodem loco pone latronem, est piratam, quo Regem animus latronis, est piratae habentem”. Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata; o ladrão, o pirata e o Rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome (“O SERMÃO DO BOM LADRÃO”, Padre Antônio Vieira, 1655).

1 HISTÓRICO DA LEI Nº 8.429/92

O Brasil passou por um longo e triste período de exceção. Tempo em que reuniões eram bastante restringidas, a palavra era cerceada, ilegalidades de toda a sorte aconteciam, mas não se podiam levar a público ou, se isto ocorresse, nenhuma consequência havia, o que gerava um clima de enorme impunidade, sentimento de desigualdade e desdém em relação ao interesse público.

Com a Constituição de 1988, aboliu-se a censura, tornou-se livre a manifestação de pensamento e foram estabelecidas responsabilidades para aqueles que violassem injustamente a honra e a imagem das pessoas. Exigiu-se do agente público o respeito à democracia, com o anúncio de severas consequências aos seus injuriadores. Neste sentido, além das opções constitucionais esboçadas em outros preceitos, delineadoras dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, assim restou lavrado o art. 37, § 4º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (*de acordo com a redação dada pela

Emenda Constitucional 19/98):

[...]

§ 4º. 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.

O constituinte obrou com intensa preocupação a formação do novo regime, o democrático. Deixou nítida sua intenção de superar mazelas do passado, como o arbítrio, o abuso, a prepotência, a desigualdade de tratamento por qualquer razão; e também evidente a ideia da imperatividade da ordem jurídica, como preceitos para todos, em especial aqueles que exercem função pública.

Em 1989, na primeira eleição direta para o cargo de Presidente da República do período pós-ditadura, Fernando Collor é eleito o mais jovem presidente do Brasil, com 35 milhões de votos. Sua trajetória, entretanto, foi interrompida por várias denúncias de corrupção. Mobilizados, os estudantes apelidados de “caras-pintadas” tomaram as ruas pedindo a saída de Collor do Planalto.

Nesse contexto histórico, de imensa pressão da opinião pública, foi gerada e publicada a Lei nº 8.429, de junho de 1992, alcunhada “Lei de Improbidade Administrativa”, assinada exatamente por aquele que veio a se tornar o seu primeiro alvo: o ex-presidente Fernando Collor. Na sequência, o Congresso Nacional acabou aprovando o *impeachment*, e Collor renunciou, em 29 de dezembro de 1992, um dia antes de o Senado tirá-lo do cargo.

O fato é que, a partir daí, autoridades de todo o país passaram a ter suas gestões investigadas pelo Ministério Público e, verificado o ato ímprobo, iniciaram-se processos e, após observância do devido processo legal, impeliram-se sérios efeitos aos condenados, como a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos.

Muitos maus gestores foram condenados a ressarcir os cofres públicos por suas ações ímprobas, mesmo diante da reconhecida ausência de condições técnicas não-jurídicas, materiais e operacionais ao Ministério Público e ao Judiciário. Resgatou-se a credibilidade da Justiça e desestimulou-se a utilização dos bens públicos para fins alheios.

Obviamente essa situação não agradou a muitos. Pessoas enraizadas a práticas clientelistas, patriarcais, assistencialistas; pessoas que foram financiadas ou corrompidas com o fito de defender interesses de determinados grupos ou até mesmo de organizações criminosas (prática bastante corriqueira na caracterização de tais entidades por definição ilícitas); etc., não quiseram se amoldar à nova ordem e passaram a se voltar contra ela.

2 ATAQUES À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O primeiro ataque claro à Lei de Improbidade

Administrativa ocorreu em dezembro de 2000, com a edição da Medida Provisória nº 2.088-35, a qual criou mais uma modalidade de ato de improbidade administrativa, que viria prevista no inciso VIII do artigo 11 da Lei nº 8.429/92:

Art. 11. [...]

VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente.

A mesma medida provisória ainda alterava o procedimento da ação por ato de improbidade administrativa, prevendo o seguinte:

Art. 17. [...]

§ 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Por uma ação forte da CONAMP, com apoio da imprensa e da opinião pública, na reedição dessa medida provisória, essas excrescências acabaram sendo eliminadas nas reedições sucessivas da mesma medida provisória.

Por outro lado, em razão da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, e da Emenda Constitucional nº 32/2001, acabou incorporando ao procedimento da ação por ato de improbidade administrativa o chamado “juízo de prelibação”.

O segundo ataque à Lei de Improbidade Administrativa veio com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADIn nº 2182**), proposta pelo extinto Partido Trabalhista Nacional, que teve por objetivo o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92. O partido requerente sustentou, em síntese, que a norma atacada “[...] não resultou de um trabalho bicameral, ofendendo, assim, o artigo 65 da Constituição Federal”. Alegou que a Câmara dos Deputados não poderia ter encaminhado à sanção presidencial o projeto substitutivo apresentado pelo Senado Federal, em razão de supostas alterações substanciais que teriam sido introduzidas naquela Casa, então revisora. Nessa linha, afirmou que a Câmara dos Deputados teria elaborado “[...] uma terceira e nova redação para o projeto de lei destinado a regular os atos de improbidade”, a qual não teria sido examinada pelo Senado Federal.

A ação, proposta no ano 2000, tratava apenas de discutir a questão referente ao vício formal: saber se a alteração do substitutivo pela Câmara dos Deputados implicava necessário retorno da proposição ao Senado Federal. Quanto a este objeto, a Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União já se manifestaram

pela improcedência do pedido.

Na sessão de 23/05/2007, o Tribunal retornou à discussão, com a apresentação do voto do relator, pela admissibilidade formal. Após o voto do relator, os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia apresentaram seus votos divergentes (pela constitucionalidade formal da lei). A seguir o Ministro Eros Grau solicitou vista, alegando a necessidade de uma análise mais detalhada da matéria.

O Ministro Gilmar Mendes, que presidia a sessão, ressaltou a importância de serem analisadas, também, eventuais inconstitucionalidades de ordem material em alguns pontos da referida lei. Após ampla discussão, o Ministro relator levantou questão de ordem para saber se, vencida a questão formal, haveria, ou não, a discussão referente à inconstitucionalidade material, caso não ocorresse a rejeição do vício formal.

Uma grande discussão foi travada, tendo em vista que a petição inicial apontava tão-somente o vício formal (se o trâmite do projeto de lei no Congresso Nacional estava correto, ou não), não estando em discussão o vício material.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Ayres Britto votaram a favor do relator, ou seja, que permanecesse somente, em julgamento, a discussão do vício formal. Contrariamente a esse entendimento, apresentaram seus votos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Melo. Com a ausência dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Mendes, que iniciou a discussão, solicitou vista da questão de ordem, prevalecendo, assim, sobre o pedido de vista do Ministro Eros Grau.

Se fosse acatada a tese de analisar também o aspecto material, seria aberto novo prazo para que a AGU, PGR e o próprio relator pudessem se manifestar sobre a possibilidade de haver ou não o vício material.

Outro ataque veio com a promulgação da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

§ 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 nº 8.429, de 02 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.

Vale observar que tal lei foi promulgada na véspera do Natal, em uma negociação do PT, que obstruía a tramitação do respectivo projeto de lei quando era oposição, em troca da aprovação pelo Congresso da mini-reforma tributária, a qual era de interesse do novo governo que assumiria o comando da Nação no dia 1º de janeiro do ano seguinte.

Seguramente, o que se deixa transparecer é que o intuito era o de deixar impunes os atos de improbidade, não apenas porque a investigação e a promoção de ações deixariam de ser realizadas por centenas de membros do Ministério Público, mas também porque os Tribunais, totalmente despreparados para a instrução de processos, seriam inundados por inúmeros casos já iniciados, por vezes de complexa solução jurídica.

Mais uma vez a CONAMP entrou em ação e ajuizou a ADIn nº 2797 no Supremo Tribunal, cujo pedido acabou sendo julgado procedente, eliminando-se, então, a previsão de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, sob o argumento de que somente poderia se dar por emenda à Constituição, e não por lei ordinária. Entretanto, os parlamentares aproveitaram a “idéia” para o texto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358 de 2005 (2ª parte da “Reforma do Judiciário”, ainda em tramitação), que prevê, dentre outras questões, o mesmo foro privilegiado por prerrogativa de função nos processos e julgamentos por atos de improbidade administrativa.

Um quarto ataque sofrido pelas ações por ato de improbidade administrativa envolve o posicionamento já manifestado por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de suspender a tramitação ou extinguir os processos por ato de improbidade administrativa sob o argumento de que os atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429/92 são “crimes de responsabilidade”.

Caso esse entendimento prevaleça, será concedido aos agentes políticos, por uma via oblíqua, o mesmo foro privilegiado por prerrogativa de função previsto na inconstitucional Lei nº 10.628/92, já que sujeitará os mesmos apenas à antiga Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/50), acarretando o fim prematuro de mais 14 mil processos que atualmente tramitam nas Justiças Federal e Estadual contra agentes e ex-agentes políticos acusados de atos de improbidade.

Em 2007, outra proposta de emenda à Constituição foi apresentada: a PEC nº 115, de autoria do deputado Paulo Renato Souza (PSDB/SP), que cria o Tribunal Superior da Probidade Administrativa (TSPA), que teria competência para julgar, especificamente, ações penais relativas a crimes contra a administração pública e ações cíveis relativas a atos de improbidade administrativa, que envolvam altas autoridades públicas. Ao TSPA e aos seus membros seria aplicada a disciplina constitucional própria dos Tribunais Superiores, como, por exemplo, garantias, prerrogativas, inclusive de foro, subsídios e disciplina recursal, além do que o Procurador-Geral da República estaria autorizado a designar um ou mais membros do Ministério Público da União para cuidar dos inquéritos e ações que tramitariam perante o TSPA.

Apesar de a proposta ser aparentemente louvável, ao se estabelecer uma limitação do número de autoridades incumbidas de processar e julgar, certamente em muito estariam facilitadas quaisquer tentativas de intervenção política, aproveitando-se de uma brecha no sistema jurídico nacional, que assegura a nomeação de membros de Tribunais e da chefia do Ministério Público

diretamente pelo chefe do Executivo.

3 POR UMA POSTURA MAIS EFETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Por tudo isso, torna-se imperiosa uma atitude mais incisiva dos membros da instituição na busca dos resultados dos processos já iniciados e que tem por objeto atos de improbidade administrativa. Segundo o jornal “O Globo”¹,

[...] embora não haja estatísticas oficiais, um cruzamento de dados inédito revela que menos de 7% das autoridades processadas por improbidade administrativa foram condenadas – quase sempre políticos de pouca expressão. Desde 1992, foram movidas cerca de 14 mil ações desse tipo em todo o país, a grande maioria ainda sem decisão final. O resultado foi a condenação de pelo menos 1.035 agentes públicos, hoje com seus direitos políticos suspensos.

É inegável que o Ministério Público até apresenta bons resultados nas investigações e no ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa, mesmo com pouca ou nenhuma estrutura administrativa para tanto. Por outro lado, praticamente não acompanha as respectivas tramitações, parecendo haver uma transferência total de responsabilidade para o Judiciário no tocante ao impulso oficial e à conclusão dos feitos, em total prejuízo do efeito que se espera do processo.

O reconhecimento de que essa não tem sido uma preocupação do Ministério Público é fundamental, principalmente na preservação do patrimônio público. Os membros da instituição se esquecem de que o importante é o efeito prático, ou seja, a procedência do pedido formulado na petição inicial, por sentença transitada em julgado, com todas as consequências práticas que daí decorrem. De que adiantará todo o trabalho desenvolvido, no mais das vezes às custas de muito suor e lágrimas, se o resultado final vier apenas depois de mais de uma década?

De outra banda, a simples propositura de uma ação por ato de improbidade administrativa em face de ocupantes de cargos públicos de destaque e influência, com perspectiva de uma distante ou improvável condenação, apenas desperta a ira do demandado diante da repercussão na mídia, fazendo com que o mesmo volte suas armas contra o Ministério Público, criando enormes embaraços às administrações superiores da instituição.

Muitos dos ataques atualmente desferidos contra o Ministério Público, em particular por detentores ou mandatários do poder, bem como aos preceitos da Lei nº 8.429/92, têm essa razão de ser: notícia publicada em setembro de 2008 na mídia dá conta de o ex-prefeito de Sorocaba – Deputado Federal Renato Fauvel Amary (PSDB-SP) – foi condenado em uma ação ajuizada pelo Ministério Público por ato de improbidade administrativa, em razão de atos ilícitos envolvendo a manutenção do Parque Zoológico Municipal “Quinzinho de Barros”.

Paralelamente, o mesmo Deputado Federal Renato

¹ Jornal “O Globo”, edição do dia 16.6.2007, p. 3.

Fauvel Amary apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.977/2008, cujo texto fixa prazo de cinco anos para prescrição da pretensão punitiva, contados a partir do ajuizamento da ação por ato de improbidade administrativa.

Se tal projeto for aprovado e promulgado, restaria criada a nefasta figura da “prescrição intercorrente” nas ações por ato de improbidade administrativa e, diante da reconhecida demora na tramitação dos processos judiciais, estaria criado um cenário perfeito para a total impunidade nesses casos.

4 CONCLUSÃO

Por tudo isso, se a pretensão é seguir na marcha de evolução do Ministério Público, é fundamental um verdadeiro conhecimento por seus membros da complexidade e relevância de suas nobilíssimas atribuições, devendo todos se conscientizarem de que se faz necessária uma mudança de postura para que melhores resultados possam ser alcançados.

Para as administrações superiores da instituição, impõe-se uma reorganização das diferenciadas atribuições dos Promotores e Procuradores de Justiça, dando-se atenção especial aos órgãos de iniciativa para dotá-los do instrumental necessário para o exercício profícuo de sua missão constitucional.