A LEI Nº 10.628/02 E SUAS INCONSTITUCIONALIDADES (BREVES NOTAS)

Fabrício Juliano Mendes Medeiros, especialista em Direito Constitucional Processual pela Universidade Federal de Sergipe e professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

RESUMO: A Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal. Ao fazê-lo, estatuiu que a ação civil pública por improbidade administrativa deve ser 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. A iniciativa do legislador ordinário, no entanto, agride a Constituição Federal de 1998, porquanto amplia o rol de competências processantes do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o diploma normativo em estudo tenciona ressuscitar o entendimento esculpido na Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal, a qual restou cancelada em face da sua incompatibilidade com a atual Carta Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: INCONSTITUCIONALIDADE, FORO E IMPROBIDADE.

ABSTRACT: The law 10.628, of december 24th, 2002, modified the article 84 of the Penal Procedural Code, establishing that the Civil Action for Official Improbity must be presented upon the Court which holds criminal jurisdiction over the public agents or authorities due to their procedural guaranties concerning acts/facts occurred on the exercise of their duties. This legislative innovation, nevertheless, is unconstitutional, since it amplies the range of jurisdiction of the brazilian Federal Supreme Court ("Supremo Tribunal Federal"). Beyond that, this legal act tries to bring back overruled jurisprudence ("Súmula" nº 394), which had been already considered unconstitutional under the present Federal Constitution ("CF de 1988").

KEY-WORDS: Unconstitutionality - Forum - Improbity

SUMÁRIO. A nova redação do artigo 84 do Código Processo Penal. A ação de improbidade administrativa e a sua natureza não-penal. A inalterabilidade do rol de competências processantes do Supremo Tribunal Federal. A Súmula n° 394 do Supremo Tribunal Federal e a sua incompatibilidade com a atual *Carta-cidadã*.

No *apagar das luzes* do ano de 2002, quando a atenção da sociedade brasileira já se concentrava nas comemorações de final de ano, o legislador brasileiro nos presenteou com mais uma de suas criativas produções: a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou a redação do artigo 84 Código de Processo Penal.

Ao atribuir nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal, o aludido instrumento normativo inovou primariamente o nosso Ordenamento Jurídico, de modo a criar uma modalidade de foro por prerrogativa de função, consoante se infere do § 2° do precitado artigo 84. Confira-se:

> "Art. 84, § 2°. A ação de improbidade administrativa, 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 § 1°."

De sua parte, assim estatui o § 1° do mesmo artigo 84, *in verbis*:

> "Art. 84, d 1°. 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."

Pois bem, a modificação implementada no Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/02 despertou, na comunidade jurídica *tupiniquim*, reações diametralmente opostas. Alguns jurisconsultos sustentam a perfeita compatibilidade entre o referido diploma legal e a Carta da República de 1988. Enquanto outros defendem a tese segundo a qual a Lei nº 10.628/02 é irremediavelmente inconstitucional.

O fato é que, em 27 de dezembro de 2002, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP propôs, perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, uma ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 10.628/02 (ADI 2.797). Ação, essa, que se fez acompanhar de pedido liminar de suspensão da eficácia da norma questionada, o qual restou indeferido pelo Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente do STF, no exercício da Presidência. Cabe registrar que informações constantes do *site* da Corte Suprema na *internet* dão conta de que o julgamento de mérito dessa ação direta já foi iniciado e conta com um voto (o do Relator, Min. Sepúlveda Pertence) pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade[1].

Bem vistas as coisas, pensamos de bom tom começar destacando que, segundo vem sustentando a grande maioria dos doutrinadores, a ação de improbidade administrativa possui natureza não-penal. E essa certeza, conforme será demonstrado em seguida, brota da própria Constituição Federal de 1988. Senão vejamos.

Comecemos por analisar o art. 37, d 4°, da Magna Lei, a estabelecer 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"*. Vê-se, de logo, que a *Carta-cidadã* mesma foi quem tratou de arrolar quais as únicas

[1] Nos últimos meses, o Supremo Tribunal Federal recebeu várias Reclamações propostas por Prefeitos e ex-Prefeitos. Por meio delas, alegavam violação ao decisório que indeferiu o pedido de medida liminar na ADI 2.797, razão pela qual buscavam sustar o andamento de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, com a posterior remessa desses autos ao respectivo Tribunal de Justiça. Em casos tais, têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, entendido que *"da exegese do § 1º do art. 11 da Lei nº 9868/99 (...) apenas as decisões concessivas das medidas acautelatórias formuladas nas ações diretas de inconstitucionalidade é que se dotam de efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração federal, estadual, distrital e municipal"* (RCL 2.747, Rel. Min. Carlos Britto). Nesse mesmo sentido, RCLs 2.300 e 2.530, Rel Min. Sepúlveda Pertence, RCL 2.702, Rel. Min. Carlos Velloso.

sanções que podem ser aplicadas aos agentes públicos condenados por ato improbidade administrativa. E quando dizemos ***"as únicas sanções"*** é porque sustentamos o entendimento de que a *Carta de Outubro* outorgou ao legislador ordinário apenas a possibilidade de estabelecer ***de que forma e em que grau*** essas sanções serão aplicadas aos agentes públicos ímprobos. Não entregando ao legislador infra, portanto, a tarefa de criar novas sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, que não sejam aquelas previstas no § 4° do art. 37 da *Lex Legum*.

Noutra vertente, esse mesmo dispositivo constitucional estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão (as sanções que enumera), **sem prejuízo da ação penal cabível.** Ou seja, as sanções aplicadas aos condenados por ato de improbidade administrativa são de índole não-criminal, porquanto, se tal natureza possuíssem, a ressalva contida no dispositivo constitucional em estudo seria escancaradamente inútil (nunca é demais lembrar que Carlos Maximiliano adverte que *"verba cum effectu, sunt accipienda"* – não se presumem, na lei, palavras inúteis[2]).

Ainda sobre esse mesmo assunto, cumpre observar que o inciso V do art. 85 da *Carta-cidadã* estatui que configuram crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Carta Federal e, especialmente, contra ***a probidade na Administração***. É dizer: a prática de atos de improbidade administrativa pelo Presidente da República não é erigida, pela *Norma Normarum*, à condição de crime comum, mas sim de infração político-administrativa.

Não é tudo! O inciso III do artigo 129 da *Lei das Leis brasileira* dispõe que são funções institucionais do MP promover ***o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.***

Acoplando as diretrizes jurídicas garimpadas do *veio normativo* em que consiste a Carta Constitucional, podemos concluir que a ação por ato de improbidade administrativa busca:

---

[2] Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, p. 198-204.

a) recompor o patrimônio público dilapidado pelo mau-gestor da coisa pública (indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário), e

b) afastar esse agente ímprobo da gestão de bens por um determinado período (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública).

Devemos realçar, por importante, que não são raras as ocasiões em que a prática de atos de improbidade administrativa também configura um ilícito penal. Quando essa hipótese ocorre, teremos, então, o ajuizamento de uma ação civil por ato de improbidade administrativa objetivando a recomposição do patrimônio público dilapidado e, paralelamente, o aforamento de uma ação penal visando à apuração de um delito praticado pelos agentes públicos ímprobos.

Fora de dúvida, portanto, que a ação de improbidade administrativa guarda nítido caráter não-penal.

Fixadas essas premissas, passemos ao exame da Lei nº 10.682/02, propriamente dito.

Como vimos em linhas passadas, a ação de improbidade administrativa não detém natureza penal. Sendo assim, ao instituir que tais ações hão de ser propostas perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, o § 2º do art. 84 do CPP terminou ampliando a competência do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, da leitura do artigo constitucional de número 102, inferimos que a Suprema Corte brasileira tem competência para processar e julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros daquela Casa de Justiça e o Procurador-Geral da República. Como também detém o Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar, pela prática de infrações penais comuns, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática em caráter permanente. **Mas em momento algum, frise-se, o artigo 102 da Constituição Federal dispôs que ao STF caberia processar e julgar tais agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa.**

Assim, resta evidente que, de forma transversa, o § 2° do art. 84 terminou ampliando a competência do Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, cumpre registrar que é assente a jurisprudência da Casa Maior da Justiça brasileira no sentido de que o seu rol de competências processantes foi concebido pela Carta Federal em *numerus clausus*, não admitindo, portanto, ampliações levadas a efeito pela legislação ordinária[3].

Ora bem, já nos encaminhando para o desfecho deste artigo, devemos pontuar que se nos mostra igualmente inconstitucional o § 1° do artigo 84 do Código de Processo Penal. Dispositivo normativo, esse, que tenciona ressuscitar o entendimento esculpido na Súmula n° 394 do Supremo Tribunal Federal, a qual restou cancelada em face da sua incompatibilidade com a atual Carta Constitucional.

Com efeito, a Carta Magna, ao dispor sobre a competência do Supremo Tribunal Federal (competência, essa, que, de acordo com a reiterada jurisprudência desta Colenda Corte, está embutida num rol exaustivo, repise-se), verifica-se que ela (Constituição) não estabeleceu que caberia à Suprema Corte, por ilustração, processar e julgar, nas infrações penais comuns, os *ex*-Presidentes da República, os *ex*-Vice-Presidentes, os *ex*-membros do Congresso Nacional ou os *ex*-ocupantes do cargo de Procurador-Geral da República.

Isso nos permite inferir, portanto, que a Carta Republicana não alberga a intenção do legislador ordinário em querer estender a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. Valendo lembrar, por outro lado, que o foro por prerrogativa por função se rege pelo ***princípio da atualidade do cargo ou mandato.*** Veja-se, a propósito, o que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 687 – QO, na parte que mais diretamente interessa a este estudo:

---

[3] A esse respeito, vejamos um trecho da ementa do Agravo Regimental na Petição nº 1.738 MC. Rel. Min. Celso de Mello: "A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República."

> *"Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontradiça no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos."*

Desse modo, resta evidente que a Lei federal nº 10.628/02 padece de insanável vício de inconstitucionalidade material. Mácula que deverá ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.797, porquanto é exatamente essa a postura que se espera de um órgão jurisdicional aquinhoado com a nobilíssima missão de velar pela higidez normativa da nossa Constituição.

BIBLIOGRAFIA

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, pág. 204;
ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2004, pág. 175.