



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO ARAÚJO ROCHA XIMENES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

FORTALEZA

2012

EDUARDO ARAÚJO ROCHA XIMENES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Direito, da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Samuel Miranda
Arruda

FORTALEZA

2012

EDUARDO ARAÚJO ROCHA XIMENES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Direito, da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Samuel Miranda
Arruda

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Régis Araújo Frota
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A minha família, que me deu o alicerce necessário para vencer todos os obstáculos nessa fase tão relevante de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus em sua infinita bondade, que iluminou cada passo dessa caminhada e me guiou para alcançar essa primeira conquista de várias que estão por vir.

À minha família, que me apoiou em todos os momentos e sempre confiou na minha capacidade e determinação, mesmo nos momentos de fraqueza e decepção.

Aos meus amigos, que acompanharam cada semestre de minha vida acadêmica e respeitaram cada período em que tive que varar madrugadas nos fins de semana, estudando para provas ou fazendo trabalhos acadêmicos.

Aos meus colegas de trabalho na Justiça Federal, Dr. Alcides Saldanha, Tereza, Jônio, Renato e Giza, que, durante um ano e meio, me auxiliaram consideravelmente a desenvolver um raciocínio jurídico consistente e foram sempre solícitos na resposta aos meus insistentes questionamentos relativos à questões jurídicas.

Aos meus colegas de trabalho, Jânio, Daniela e Dr. Marcelo Mesquita, que estimularam meu aprendizado na área jurídica e despertaram um interesse cada vez maior pelas ciências jurídicas.

RESUMO

Este trabalho analisa a controvérsia relacionada à aplicação da prerrogativa de função aos agentes públicos julgados por atos de improbidade administrativa. Discorre sobre o caráter sancionador da Lei de Improbidade, abordando a polêmica acerca da natureza jurídica das sanções previstas na Lei. Alude à questão da competência para processamento e julgamento nas ações de improbidade administrativa. Analisa as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que defendem a ampliação do foro por prerrogativa de função a essas ações, para, então, contraditá-las com posicionamentos divergentes de Tribunais Superiores e renomados juristas. Conclui que resta inviável, do ponto de vista prático, bem como inadmissível, do ponto de vista jurídico, a extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Atos de Improbidade. Competência. Prerrogativa de Função. Inadmissibilidade.

ABSTRACT

This work examines the controversy related to the application of the privilege of office to public agents on trial for acts of administrative misconduct. It discusses the sanctioning character of the Public Agents Misconduct Act, addressing the controversy about the legal nature of the penalties within the Act. It approaches the issue of jurisdiction for putting on trial the actions of administrative misconduct. It analyzes the main doctrinal and jurisprudential theories that advocate expanding the hypothesis for the privilege, in order to – thereafter - oppose them to diverging opinions from Superior Courts and renowned jurists. It concludes that it remains unfeasible, under a practical point of view, as well as inadmissible on a legal point of view, extending the privilege to the actions of administrative misconduct.

Key-words: Acts of administrative misconduct. Jurisdiction. Privilege of office. Inadmissibility."

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ORIGENS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	11
2.1 Evolução Histórica Da Responsabilização Por Improbidade Administrativa No Direito Brasileiro	12
3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8429/1992)	15
3.1 Sujeitos Ativos	17
3.2 Sujeitos Passivos	19
4 SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8429/1992	22
4.1 Natureza Jurídica das Sanções da Lei de Improbidade Administrativa	24
4.2 Sujeição dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa	27
5 A AÇÃO CIVIL (PÚBLICA) DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	33
5.1 Legitimidade ativa	36
5.2 Legitimidade Passiva	37
5.3 Competência Para Julgamento Das Ações De Improbidade Administrativa	38
5.3.1 Foro Por Prerrogativa De Função	40
5.3.2 A Possibilidade De Ampliação do Foro por Prerrogativa De Função às Ações de Improbidade Administrativa	43
6 CORRENTES JURISPRUDENCIAIS	47
6.1 Entendimento Do STJ	47
6.2 Entendimento Do STF	53
6.3 Análise Dos Julgados - Confronto Entre As Teses Sustentadas pelo STF e STJ	58
7 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	62
8 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, em diversos momentos, o foro por prerrogativa de função a autoridades que, pela relevância política e/ou jurídica, são processadas e julgadas, desde o início, não pelo magistrado de 1º grau, e sim por órgãos colegiados de elevadas instâncias, em hipóteses caracterizadoras de competência *ratione personae* dos tribunais.

Os exemplos dessa prerrogativa de foro, como no caso do governador que deverá ser julgado originariamente pelo STJ, *ex vi* do Art. 96, III, da CF, são exclusivos da esfera penal, não atingindo o campo das sanções administrativas e civis.

Nada obstante, foi promulgada a Lei nº 10.268 em 24 de dezembro de 2002, estabelecendo que a ação de improbidade sob a égide da lei 8.429/92 deverá 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.

Tal diploma legal foi alvo de duras críticas pelos mais diversos juristas brasileiros, o que culminou com o ajuizamento da ADIn nº 2797, julgada pelo STF em 15.09.05, no sentido de declarar, por maioria dos votos, a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02.

Nada obstante, surgiu uma nova corrente doutrinária e jurisprudencial no meio jurídico que passou a defender veementemente a hipótese de ampliação da prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, fundada, pois, na natureza das sanções previstas na Lei que muito se assemelham ou são simétricas às sanções penais, como a perda do cargo ou função pública.

Inspirando-se nessa corrente, a Corte Especial do STJ, tendo como relator o Ministro Teori Albino ZAVASCKI, em julgado datado de 18.11.2009, proferiu acórdão em que trouxe à baila fundamento original para aplicação da prerrogativa de

função, não mais se fundando em dispositivo legal, mas na possível desestruturação do sistema que fundamenta a distribuição de competências caso o foro por prerrogativa de função não seja aplicado, bem como na “inafastável simetria” entre as ações de improbidade, que poderiam culminar com a perda do cargo de um agente político, e os crimes comuns com prerrogativa de foro, referindo-se, a guisa de precedente, à QO na Pet 3211-0, julgada pelo STF em 13 de março de 2008.

Certo que é que tal tema ainda é objeto de calorosas críticas e intensos debates, seja entre os doutrinadores nas áreas de Direito Constitucional e Direito Administrativo, seja entre nossos tribunais superiores, não havendo ainda um posicionamento uníssono e pacífico no que diz respeito à prevalência da prerrogativa de função quanto ao foro para julgamento das ações de improbidade administrativa.

2 ORIGENS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa encontra suas raízes históricas nas sociedades primitivas, especificamente, em espécies de culturas que apresentavam características que originaram a problemática atual.

Primeiramente cita-se a cultura do dom, que, por meio de Marcel Mauss, um dos fundadores da sociologia apontava para a importância da troca de dádivas na sociedade arcaica, mesmo que sem equivalência, reforçando a ideia de que “a cada favor há uma expectativa genérica de reciprocidade.” (CAMILO, 2011, p. 172)

Nos dizeres Ruy Pereira Camilo (op.cit., p. 172), tal ideia primitiva choca-se com a noção de indisponibilidade do interesse público e com o conceito de dever de ofício da função pública.

Em segundo lugar, fala-se no familismo que trata da cultura que protege e favorece os interesses da família, tribo ou clã sobre os interesses gerais da coletividade, o que, segundo o referido autor, colide com os princípios da impessoalidade e da isonomia.

Max Weber, em sua obra *Economia e Sociedade*, traz em destaque a ideia do patrimonialismo que sucedeu a típica dominação patriarcal, entendido da seguinte forma: “O direito do senhor, interpretado até então como direito preeminente dos associados, converte-se em seu direito próprio.” (WEBER, 1999, p. 151 *apud* CAMILO, 2011, p. 172)

Malgrado Weber defendesse que o desenvolvimento capitalista iria de encontro ao estado patrimonialista, o que se vê hoje é que o capitalismo não se dissolveu e, de modo preocupante, até reforçou as características patrimoniais.

Relevante citar trecho da obra “Os donos do poder”, de Raymundo Faoro, citado por Ruy Pereira Lima no artigo supra-aludido:

O patrimonialismo se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal o mecanismo de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle de crédito, de

consumo de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia. (FAORO, 2000, p. 267 *apud* CAMILO, 2011, p. 173)

Em verdade, nota-se um esforço significativo ao longo do desenvolvimento do chamado estado patrimonialista, no intuito de moralizar e regularizar não só a cúpula do Poder Político, mas a conduta de todos os subordinados, pertencentes à Administração Pública.

Por fim, relevante arrebatar que a História Grega contém diversos indícios de ostracismos e exílios de demagogos condenados pela assembleia por corrupção, assim como em Roma, famosa pelo processo de Cícero contra Verrers, magistrado corrupto conhecido por vender decisões a ambas as partes. (ibid., p. 174)

2.1 Evolução Histórica Da Responsabilização Por Improbidade Administrativa No Direito Brasileiro

De início, salutar trazer observação perfeita por Decomain (2007, p. 20) :

(...) a defesa do patrimônio publico pela incriminação de condutas que o atingem, e que violam também outros valores a serem observados e preservados inclusive pelos administradores públicos, é providência que os legisladores tomam já não de hoje. Nesta perspectiva, pode ser havida como tradicional a incriminação de condutas como o peculato e a corrupção, tanto ativa quanto passiva.

De fato, a preocupação com a probidade na administração pública inspira o legislador pátrio muito antes de 1992, exercendo influência até mesmo sobre o poder constituinte originário nas sucessivas cartas políticas outorgadas ou promulgadas ao longo da história independente brasileira.

Excetuando a Constituição Imperial de 1824, que considerava a pessoa do imperador inviolável, consagrando a chamada “irresponsabilidade do imperador”, em seu artigo 99, todas as Constituições pátrias estatuíram a responsabilização do Chefe de Estado por atos contra a probidade administrativa.

Ainda assim, a própria Constituição de 1824 previu a responsabilização dos Ministros de Estado, não a excluindo, ainda que houvesse ordem do Imperador, “vocal ou por escrito.” Tal responsabilidade foi posteriormente regulamenta pela Lei de 15 de outubro de 1827, a qual permitia que qualquer cidadão oferecesse uma

denúncia perante a Câmara dos Deputados em razão de ato de Ministro que dissipasse os bens públicos, como no hipótese de aquele concorrer de qualquer modo para despesas não autorizadas em lei.

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, §31, estabelecia o sequestro e perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, todavia em pouco se distinguindo da visão genérica de responsabilidade civil prevista no Código Bevilaquiano de 1916.

A Carta Magna de 1967 previa, em seu artigo 150, §11, que a lei iria dispor sobre “o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve tal dispositivo e acrescentou, no artigo 154, que “o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarado pelo STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

Sendo assim, a Carta política de 1988 representou um importante e significativo instrumento para o combate à imoralidade administrativa praticada pelos agentes públicos, eis que conferiu maior liberdade ao legislador ordinário ao não delimitar os casos de improbidade administrativa, prevendo, no artigo 37, §4º, as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário como punição aos ímprobos.

Da mesma forma, concedeu ao Ministério Público poderes amplos, solidificando o já decidido pela jurisprudência pátria (Súmula 329/STJ), na condição de principal órgão defensor dos interesses públicos e anseios da coletividade.

Na esfera infraconstitucional, a devida normatização se iniciou com a entrada em vigor da Lei Pitombo-Godói-Ilha (BRASIL, Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957), a qual, no entanto, somente, preceituava o sequestro e perdimento de bens em desfavor de integrantes da Administração Direta e autarquias, copiando, quase que integralmente, o teor do artigo 141, §31 da Constituição de 1946.

Relevante destacar que essa Lei atribuiu legitimidade ao Ministério Público e qualquer do povo para propor a medida judicial em face do enriquecimento ilícito do servidor público, bem como instituiu “o registro público obrigatório dos

valores e bens” pertencentes aos servidores, malgrado não tenha havida a devida regulamentação posterior desse registro. Teve pouca aplicação prática, especialmente, em virtude da dificuldade em se comprovar a ligação entre o abuso do cargo e aquisição de bens.

Posteriormente, foi editada a Lei Bilac-Pinto (BRASIL, Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958) que estendeu os preceitos da lei anterior a servidores de outras entidades da administração direta e indireta, além de ter melhor regulamentado as condutas que importavam em enriquecimento ilícito e equiparado este enriquecimento aos crimes contra a administração e o patrimônio público.

A lei, contudo, não vingou, principalmente pelo não estabelecimento de sanção direta e específica para o agente, que continuaria a exercer o cargo até que sua conduta fosse novamente aferida em outro procedimento sujeito a disciplina diversa.

Ademais, traz-se à tona a importância da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965) que instituiu a ação popular, tendo como um de seus propósitos a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Todavia, não estabeleceu qualquer sanção direta ao agente que ocasionou o dano, restringindo-se a obrigá-lo a ressarcir o dano.

Em 1991, foi enviada ao congresso por iniciativa do Executivo, o anteprojeto de Lei nº 1.446/91, que sofreu ampla reformulação e melhoria no curso da tramitação parlamentar, para culminar, em junho de 1992, ironicamente seis meses antes do impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, na promulgação do principal instrumento normativo contra os atos de improbidade administrativa praticado por agentes públicos, qual seja, a Lei nº 8429/1992 (BRASIL, Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992, 1992) – Lei de Improbidade Administrativa, que estabeleceu claramente três categorias de improbidade administrativa – violação aos princípios, dano ao erário e enriquecimento Ilícito -, bem como especificou hipóteses casuísticas, *numerus apertus*, para cada espécie de improbidade.

Acrescenta-se, por derradeiro, que a Lei nº 8429/92 revogou de forma expressa a disciplina legal anterior, ao dispor no artigo 25 que “ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3502, de 21 de dezembro de 1958, e demais disposições em contrário.”

3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI nº 8429/1992)

O artigo 37, §4º, da Constituição Federal o qual tratou dos atos de improbidade administrativa constitui, na clássica classificação de José Afonso da Silva, norma de eficácia limitada, tendo, portanto, aplicação mediata, indireta e reduzida, somente produzindo seus efeitos essenciais após a devida regulamentação por lei infraconstitucional.

A lei nº 8429, de 2 de junho de 1992, foi sancionada portanto com o escopo de suprir essa lacuna jurídica, definindo os contornos para a efetiva concretização da norma constitucional, do dever de probidade administrativa e da aplicação do princípio da moralidade à administração pública.

Nesse ínterim, necessário esclarecer a distinção entre os conceitos de moralidade e probidade aplicados ao âmbito da administração pública.

Clovis Beznos, em artigo produzido para a Revista do Advogado intitulado *Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa* (p. 45), enuncia que a moralidade administrativa:

[...] diz respeito a pautas de condutas éticas, acolhidas pelo próprio Ordenamento Jurídico, como devidas, em primeiro lugar, no sentido do trato honesto da coisa pública, do respeito aos direitos dos administrados, e na vedação de conduta ardilosa do administrador.

Trata-se de um dever do agente público pautar sua conduta conforme a moral administrativa. Nesse sentido, Diógenes Gasparini (2007, p. 10) destaca que:

[...] o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. [...] Por essa razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé.

Por outro lado, como aponta Fábio Medina Osório (1998, p. 62) a improbidade contém “a ideia de violação de preceitos legais e/ou morais que vinculam a atividade dos agentes públicos, violação intencional ou voluntária, dolosa ou culposa.”

Abrange, pois, não só as condutas imorais ou corruptas, mas também aquelas atentatórias aos princípios basilares (implícitos ou explícitos na Constituição Federal) da Administração Pública, como a legalidade, a publicidade ou a eficiência.

Beznos (ibid., p.46) pontua, de modo bastante simplificado, que a improbidade é “essencialmente concebida como uma conduta aética, desonesta do agente público, preordenada à obtenção de vantagem ilícita, com lesão ao erário.”

Ante os firmes posicionamentos da doutrina, entende-se que o conteúdo da improbidade se mostra bem mais amplo do que a da imoralidade administrativa, tida como um princípio norteador da conduta do administrador público. Esclarecedora é a lição trazida por Di Pietro (2006, p. 659):

Quando se fala em improbidade como *ato ilícito*, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquele tem um sentido muito mais amplo e preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.

Em termos práticos, é de se dizer que a Lei de Improbidade veio a lume fundamentalmente visando proteger o patrimônio público de condutas corruptas, desonestas e imorais ou ímprobas, por assim dizer, por parte dos agentes públicos, especialmente, num contexto de impunidade que assolava o país à época. Tanto é que a exposição de motivos (BRASIL, Exposição de Motivos nº0388, de 14 de agosto de 1991) da Lei nº 8429/92, assim versou:

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito. (Jarbas Passarinho. Ministro da Justiça. Diário do Congresso Nacional, seção I, p. 14124, ago. 1991)

Assim, a Lei veio em resposta a uma necessidade premente da nação brasileira mergulhada num mar de corrupção, alimentada por uma crescente impunidade de consequências cada vez mais danosas e desastrosas à sociedade brasileira, ao patrimônio público e, de modo não menos importante, para a construção e efetivação de valores morais e probos nos diversos órgãos que compõem a administração pública direta e indireta.

Nessa esteira, a Lei contemplou três grandes blocos de condutas típicas que se enquadrariam no conceito amplo de atos de improbidade administrativa, prevendo sanções específicas com natureza não só repressiva, mas também

preventiva, de modo a desestimular o agente público a praticar qualquer espécie de improbidade. Sobre o assunto, traremos tópico à parte.

Por fim, insta transcrever pertinente observação de Garcia e Alves (2008, p. 174) a respeito da Lei em análise:

[...] a denominada 'Lei de Improbidade' é voltada essencialmente ao ímprobo, não contendo quaisquer disposições relativas à nulidade do ato de improbidade, o que, evidentemente, não afasta o fato manancial legislativo relacionado à matéria, até porque romperia as raias do absurdo sustentar que um ato ilícito deve ser mantido incólume apesar de o ímprobo ter sido penalizado por sua prática.

3.1 Sujeitos ativos

Diferentemente da Lei nº 8112/90 que se utiliza do termo servidor em sentido estrito, da Lei nº 8666/93 que fez uso da expressão servidor público, e do Código Penal que cita o funcionário público como forma de punir quem se desvia de suas normas, a Lei de Improbidade Administrativa traz como sujeito ativo a figura ampla do agente público.

A expressão agente público encontra-se conceituada na própria Lei nº 8429/92, em seu artigo 2º:

Art. 2º 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. (BRASIL, Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992)

Sublinha Gomes de Mattos (2008, p. 2) que a Lei Bilac Pinto, antecessora da Lei nº 8429/93 no combate à corrupção nos serviços públicos, “designou, em seu artigo inaugural, a figura do servidor público ou o dirigente ou o empregado da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e nos Municípios, abrangidas as sociedades de economia mista, fundações e empresas públicas.

Acrescenta o jurista que o legislador se utilizou na figura do servidor público para contemplar os que são regidos pelo estatuto dos funcionários públicos, incluindo-se nesse contexto os contratados para exercer função em comissão ou dirigentes escolhidos para administrarem órgãos públicos. (ibid., p. 2).

Considera-se que houve uma ampliação do conceito de servidor público para que pudesse atender aos objetivos da lei, de modo que categorias funcionais que até então nesse não se incluíam normalmente.

Da mesma forma, a atual Lei de Improbidade deu uma aplicação abrangente ao termo agente público albergando os agentes políticos, servidores estatutários, empregados públicos, funcionários públicos, particulares colaboradores e agentes públicos. Enfim, todos que diretamente ou indiretamente, com vínculo à administração ou não, se relacionam com o Poder Público, com o fito de não deixar ninguém excluído do campo das sanções previstas na Lei.

Malgrado seja, o conceito de agente público ainda é objeto de estudo doutrinário, exsurgindo diferentes definições relacionadas.

Para Araújo (2005, p. 243) agente público é:

Todo aquele que, de algum modo, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a si pertinente, seja de virtude de relação de trabalho (estatutário ou não), seja em razão de relação contratual, encargo público ou qualquer outra forma de função de natureza pública.

Agente público, conforme definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p. 499), "é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta".

Em verdade, a partir da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional nº. 18/98, a expressão agente público passou a considerar quatro categorias, a saber: agentes políticos, servidores públicos, militares e, por fim, particulares em colaboração com o poder público.

De forma elucidativa, Gomes de Mattos (2006, p. 18) afirma que:

O agente público implementa a atividade concretizadora da função pública, devendo reproduzir a vontade da sociedade. Sua atuação não é a mesma de quem desempenha singelo encargo privado, ainda que coberto pelo interesse social. Por exemplo, não são agentes públicos os tutores, os curadores e os inventariantes judiciais, também o síndico de uma falência não pode ser equiparado ao agente público, muito embora exerçam funções de relevância pública e social.

Ademais, relevante destacar que a abrangência da expressão agente público engloba também as funções delegadas, incluindo médicos conveniados ao

SUS e outros profissionais que administrem ou recebam verbas públicas, aplicando-se todos os preceitos sancionatórios da Lei de Improbidade Administrativa.¹

3.2 Sujeitos passivos

Inicialmente, mister conceber a existência de sujeitos passivos materiais e formais de uma Lei vigente.

O sujeito passivo material é aquele titular do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta que feriu os preceitos de uma norma em vigência.

Por outro lado, na lição de Garcia e Alves (2008, p. 183), “tratando-se de norma de natureza cogente, cuja aplicação não possa ser afastada pela vontade dos interessados, qualquer que seja o bem atingido, o Estado sempre estará presente como sujeito passivo formal.”

Nesse sentido a Lei nº 8429/92 elencou expressamente os sujeitos passivos materiais que a norma alberga, senão veja-se:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

No intuito de realizar uma análise sistemática dos sujeitos passivos materiais trazidos pela norma infraconstitucional, necessário separá-los em grupos:

Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios

O termo administração utilizado na Lei alberga o conjunto de pessoas jurídicas que desempenham atividades de natureza administrativa, pertençam elas a

¹Nesse sentido: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 416.329/ RS, 1ª turma, DJ de 23.9.2002, p. 254.

qualquer Poder Estatal (administrativo, executivo ou judiciário), ou a qualquer órgão integrante da organização do sistema federativo.

Outrossim, a Lei incluiu a administração indireta, fazendo menção também à fundacional, malgrado esta referência tenha se tornado supérflua após a vigência da Emenda Constitucional nº 19/1998, que suprimiu a disposição do artigo 37 da CF que tratava das fundações, eis que estas já estariam abrangidas pelo conceito de administração indireta.

Sendo assim, são sujeitos passivos materiais as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sem esquecer das entidades paraestatais, que recebem, de modo mediato, recursos do erário.

Empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual

É sabido que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem incorporar outras empresas privadas, sucedendo-lhe em todos os direitos e obrigações, acarretando a extinção da empresa incorporada, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976)

Dessa forma, tais empresas são consideradas sujeitos passivos formais da Lei de Improbidade Administrativa, todavia relevante destacar que somente a total incorporação é válida, sendo insuficiente a aquisição de parte do patrimônio, a subscrição ou a aquisição de determinado lote de ações, a existência de cláusula-mandato que autorize a venda do acervo social, a fusão dentre duas empresas, surgindo uma terceira etc.

Os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Nesses casos, o enquadramento da conduta estará restrito ao dano ao patrimônio da empresa, hipótese presente no artigo 12 da Lei, do que se depreende, conforme lição de Carvalho Filho (2007, p.873), que, ainda que a conduta se enquadre na tipologia dos arts. 9º e 11 da Lei 8492/92, o agente não estará sujeito às penalidades previstas na Lei em não tenha sido o ato praticado contra o patrimônio de tais entes.

Relevante destacar que as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público, qualquer que seja seu montante, poderão ser atingidas por atos de improbidade, por exemplo as empresas que recebam incentivos fiscais ou aquelas que figurem como donatárias de áreas públicas para a construção de parque industrial. Todavia, os benefícios, incentivos ou subvenções devem ser associados a um determinado fim de interesse público, ou seja, não podem ter sido concedidos em caráter genérico, como a isenção de impostos de renda e outros proventos concedidos a microempresas do país.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves em seu capítulo acerca dos agentes passivos, na obra intitulada simplesmente Improbidade administrativa (2008, p. 183-201), acabam por dirimir algumas dúvidas a respeito do enquadramento de algumas entidades como sujeitos passivos materiais. São elas os sindicatos, conselhos de fiscalização do exercício profissional, partidos políticos, terceiro setor e consórcios públicos. Leitura que recomendamos.

Nosso estudo não dará o devido foco a esse específico tema, pois, se assim o fosse, prolongaria por demasiado o tratamento a capítulo acessório, dando excessivo detalhamento à matéria não pertencente à discussão objeto principal do trabalho.

4 SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8429/92

Nos dizeres de Waldo Fazzio Junior, (2008, p. 340.) “a lei 8.429/92, como norma regulamentadora do art. 37, §4º, da Constituição Federal tem caráter predominantemente sancionador.” Tais sanções, continua o autor (ibid., p. 340), “podem ser vistas como reações sociais, plasmadas nas normas, em face da inobservância de deveres relevantes para a produção e reprodução da vida em sociedade.”

É certo que o artigo 37, §4º estabelece quatro consequências legais para a prática do ato de improbidade: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e obrigação de ressarcir o erário.

No entanto, o dispositivo constitucional estatuiu um espectro mínimo de sanções ou, conforme lição de Fazzo Junior, um “ piso de previsão sancionatória ” (ibid., p. 342) que poderia ser ampliado por legislação ordinária, sem que isso acarretasse sua inconstitucionalidade.

Além disso, conforme observa pertinentemente Ruy Alberto Gatto (1993, p. 161:57), vislumbra-se que as sanções (previstas na Lei de Improbidade) têm um caráter autônomo, figurando-se, portanto, independentes das possíveis sanções aplicadas pela esfera penal ou administrativa ao agente público.

Tal entendimento deriva do próprio texto constitucional que utilizou a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”, aliado ao disposto expressamente no *caput* do artigo 12 da legislação ordinária atinente, o qual enuncia que as penalidades serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.”

Com efeito, o agente pode muito bem ter sido condenado a cumprir pena de detenção por sentença penal transitada em julgado, além de ter sido demitido após o devido processo administrativo, que, ainda assim, ele não escapará da penalização conforme as sanções presentes na Lei de Improbidade administrativa, podendo, dessa forma, ter seus direitos políticos suspensos ou ser proibido de contratar com o poder público durante determinado período de tempo.

A lei foi bastante sistemática ao designar um bloco de sanções para cada espécie de ato de improbidade. Sendo assim, para uma conduta que se configure em enriquecimento ilícito serão aplicadas as sanções presentes

exclusivamente no artigo 12, I, da Lei 8429/92. Assim se repete para as condutas que lesionaram ao erário, sendo o inciso II do referido artigo o correspondente e, para as condutas atentatórias aos princípios da administração pública, o artigo 12, III, estabelece taxativamente as devidas sanções.

Tais sanções são constituídas de provimentos condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens), desconstitutivos (perda da função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos).

Insta relatar que a Lei previu uma relevante gradação para as sanções, estatuinto penalidades mais graves ou severas para as ações que importem enriquecimento ilícito, enquanto as condutas que violem princípios são mais levemente punidas. Tal gradação se reflete somente em três variáveis: o prazo para suspensão dos direitos políticos, o prazo para proibição de contratar com o Poder Público ou receber investimentos e financiamentos e, por último e não menos importante, o valor da multa civil.

Denota-se ainda, pela análise da letra legal, que a lei concede uma determinada liberdade para o julgador na aplicação das penalidades, podendo este, por exemplo, determinar a suspensão dos direitos políticos numa margem de oito a dez anos, para o caso de atos que importem em enriquecimento ilícito. Resta imperativo, contudo, que o magistrado não se olvide da proporcionalidade que deve reger sua atuação como intérprete do texto legal, aplicando as sanções em conformidade estrita aos contornos do caso concreto.

Ademais, quando há um concurso de condutas ímprobas, ou seja, quando o agente comete, à guisa de exemplo, tanto um ato atentatório ao princípio da legalidade como um significativo dano ao erário, deve-se resolver tal questão recorrendo-se à hermenêutica jurídica e seu princípio da especialidade.

Com efeito, o julgador não deve incorrer na aplicação draconiana da lei, realizando um acúmulo de penalidades idênticas para agravar a situação do réu. Em contrapartida, deve ele aplicar somente a penalidade mais grave nos termos do princípio da especialidade. Assim, no exemplo citado, deveria o julgador se tanger somente às sanções previstas no artigo 12, I, descartando aquelas relativas às condutas atentatórias aos princípios administrativos.

4.1 Natureza das sanções da Lei de Improbidade Administrativa

A natureza jurídica das sanções previstas na Lei 8429/92 é objeto de intensas e acaloradas discussões no meio jurídico, derivadas de diferentes correntes doutrinárias, algumas quase que diametralmente opostas.

Ressalte-se, por oportuno, que esta natureza jurídica é de uma importância significativa para o delineamento de qual instância irá julgar os agentes e, por conseguinte, do objeto do presente trabalho.

Nesse sentido, de início, se insurgem as seguintes correntes:

A primeira, liderada por Affonso Ghizzo Neto (2001, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar para as sanções previstas na Lei de Improbidade.

Fazzio Junior (2008, p. 341), por outro lado, considera as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8429/92 de natureza híbrida, o que se extrai do seguinte excerto de sua obra:

Como a responsabilidade do agente público, por atos praticados em razão do exercício do cargo, função, mandato ou emprego, não é meramente civil, mas civil e político-administrativa (ilícito civil de responsabilidade), as sanções correspondentes também são híbridas, envolvendo, por exemplo, o dever civil de reparar o dano causado pelo ato ilícito e, simultaneamente, a suspensão dos direitos políticos por seu exercício subvertido. Ou, por outro lado, o dever civil de devolver o produto do locupletamento e, ao mesmo tempo, a perda da função pública desconsiderada pela sua conduta.

Já Sergio de Andréa Ferreira (2002, p. 623) afirma que os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas, assim incorreria em *bis in idem* sua cumulação com os crimes de responsabilidade previstos na Lei 1079/50 (assunto será tratado mais detalhadamente no próximo tópico).

Ives Gandra da Silva Martins (1992, p. 286/87) sustenta que as sanções teriam natureza penal. A ele se alinham Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Crocce Caetano TOJAL. (2003, p. 399).

Na mesma esteira, Vanderlei Aníbal Júnior e Sérgio Roxo Fonseca 2007, p. 2) que, ao defenderem a natureza penal da própria ação de improbidade,

sustentaram, em decorrência, que as sanções possuem natureza restritiva de direitos, exorbitando o cunho meramente patrimonialista. Assim afirmam:

Afora as penas de cunho patrimonial, temos que a maioria das sanções adotadas para o ilícito em voga restringem direitos dos cidadãos. Direitos do mais amplo grau de proteção constitucional. São elas restrições: a) à cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, exposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (com a suspensão dos direitos políticos); b) direitos sociais (trabalho – com a perda da função pública); c) livre concorrência (proibição de contratar com o poder público); e d) isonomia (vedado o recebimento de incentivos fiscais ou creditícios). Como visto, atingem determinados bens que comprometem, inclusive, a própria dignidade da pessoa humana e, ante isso, não podem, tais sanções, ficar ao livre alvedrio do direito civil. Atingem bens maiores dos seres humanos, princípios e valores resguardados constitucional e legalmente aos quais não pode ser dado o mero caráter patrimonialista desejado por muitos. (ANIBAL JUNIOR; FONSECA, 2007, p. 2)

Em uma corrente doutrinária paralela, insurgem as opiniões de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes que, em artigo intitulado “Competência Para Julgar Ação De Improbidade Administrativa”, afirmam que as sanções legais são dotadas "de forte conteúdo penal", pela simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas. (MENDES; WALD, 1998, p. 213/216)

Outrossim, o STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei nº 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS nº 6.478, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 26/4/2000, DJ de 29/5/2000).

Contra a natureza penal da Ação de Improbidade, milita Walter Claudius Rothemburg (2002, p. 465-66), Procurador da República em São Paulo, que assim descreve:

Num contexto capitalista, uma sanção pecuniária (indenização ou multa) pode revelar-se muito mais pesada do que outra restrição de direitos. Enfim, a improbidade administrativa da Lei 8.429/92 não pode conduzir à restrição da liberdade individual, pelo que se acentua seu caráter extracriminal (que, bem entendido, não se define apenas pela impossibilidade de restrição à liberdade individual, visto que nem todo tipo criminal prevê essa pena). (ROTHERBURG, 2002, p. 465-66)

Alinham-se ao nobre membro do *parquet*, grande parte dos administrativistas contemporâneos, tais como: Odete Medauar (p. 52); Fábio Medina Osório (1998, p. 217-224); Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 255); José Augusto Delgado (2001, p. 211); entre outros.

A natureza cível das sanções, em correspondência ao cunho cível da própria ação de improbidade, parece, sem dúvidas, a tese mais apropriada e razoável. Para embasar tal afirmação, serve-se da lição trazida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *in* Improbidade administrativa, os quais elencam contundentemente sete razões para se aderir à tese da natureza jurídica cível das sanções, senão veja-se:

- a) o art. 37, 4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e 'sem prejuízo da ação penal cabível';
- b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;
- c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10, e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo 'notadamente', tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal, segundo a qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa.
- d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;
- e) a utilização do vocábulo "pena" no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;
- f) a referência a "inquérito policial" constante do art. 22 da Lei nº 8.429/1992 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;
- g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 526)

De todo o exposto, não há outro entender que não seja pela admissão da natureza cível das sanções previstas na Lei 8429/92, sustentada por uma gama de renomados juristas e por inúmeros fundamentos jurídicos, consideravelmente mais consistentes que os sustentáculos da natureza penal, híbrida, administrativa ou político-administrativa.

4.2 Sujeição dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa

Intrinsecamente ligada à natureza jurídica das sanções, encontra-se a controvérsia acerca da sujeição dos agentes políticos aos preceitos cominatórios da Lei de Improbidade Administrativa.

Esses agentes, além das sanções de natureza penal e civil, sofrem sanções político-administrativas, intituladas crimes de responsabilidade, que são apurados e julgados pela chamada Justiça Política.

Com isso, o agente político estaria submetido a um regime de responsabilidade *sui generis*, distinto dos demais, e, para alguns doutrinadores, de mesma natureza que o dos delitos contidos na Lei 8.429/92, que também são entendidos como típicas infrações político-administrativas.

Referidos crimes de responsabilidade, ou infrações político-administrativas, são previstos em leis especiais, formando o denominado poder disciplinar constitucional: a) Lei nº 1.079/507 (BRASIL, Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950), aplicável ao Presidente, Governadores, Ministros e Secretários de Estado, dentre outras autoridades; b) Lei nº 7.106/86 (BRASIL, Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1986), dirigida ao Governador do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Secretários de Estado; e c) Decreto-Lei nº 201/679 (BRASIL, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), tendo como destinatários os Prefeitos e Vereadores. (LOIOLA, 2010, p. 18)

Considerando a mesma natureza dos tipos previstos nas quatro legislações acima citadas, definidoras dos crimes de responsabilidade, e dos atos de improbidade administrativa, poder-se-ia afirmar que não haveria autorização constitucional para a concorrência de dois regimes de responsabilidade idênticos, sob pena de sua mútua incidência implicar em *bis in idem*.

A natureza jurídica semelhante seria reconhecida pela própria Lei nº 8.429/92, que em seu artigo 14, § 3º admitiria a existência de atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso. (LOIOLA, 2010, p. 19).

A tese abordada restou apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2138/2002, que se originou de uma Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra Ronaldo Mota Sardemberg, Ministro Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência

da República no governo Fernando Henrique Cardoso.

O *parquet* o acusou de ter viajado a turismo para Fernando de Noronha em um avião da Força Aérea Brasileira, e ter-se hospedado indevidamente em um hotel militar pertencente às Forças Armadas.

Segue a ementa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. **Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.** II.2. **Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950).** Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. **Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).** II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. **Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição.** Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para

processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 2138, Relator(a): Min. Nelson Jobim, 2008, grifo nosso).

Do acórdão exarado, sintetizam-se as seguintes decisões:

- a) é competência exclusiva do STF o processamento dos Ministros de Estado por crimes de responsabilidade, por força do art. 102, I, "c", da Constituição, e assim, eventualmente, a determinação da perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos;
- b) qualquer atendado à probidade configura crime de responsabilidade, eis que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950);
- c) o Juiz Federal de primeira instância, ao se reconhecer competente para julgar Ministro do Estado usurpou a competência do Tribunal Superior.

A tese sustentada pelo Tribunal, portanto, se funda na ideia de que a Lei de Improbidade definiria infrações político-administrativas tal qual a Lei dos Crimes de Responsabilidade, devendo o critério para aplicação da lei ao caso concreto ser solucionado pelo princípio da especialidade

É o que se extrai do seguinte trecho do voto do Relator:

A solução para prevenir o "bis in idem" há de ser o critério da especialidade. Sendo a lei de improbidade dirigida genericamente a todo agente público e sendo a lei dos crimes de responsabilidade orientada para punir os agentes políticos, a lei específica exclui a incidência da lei geral em casos de acusação de improbidade imputada a Ministros de Estados, aos integrantes do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 2138, Relator(a): Min. Nelson Jobim, 2008)

Ressalta-se ainda a questão relativa à aplicação das sanções, que poderia levar a acontecimentos absurdos, nos seguintes termos trazidos pelo relator:

- a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par.único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depende da autorização por dois terços da Câmara dos deputados (CF, art.

102, I, b, c; c o art. 86, caput); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo:

b) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesmas condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II);

c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau;

d) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores;

e) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 2138, Relator(a): Min. Nelson Jobim, 2008)

A linha argumentativa encampada pelo STF, no entanto, carece de plausibilidade jurídica, senão veja-se.

Primeiramente, é cediço, utilizando-se de argumento trazido por Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves (2008, p. 424), que os crimes contra a Administração Pública, embora sejam tipificados em “leis especiais” e consubstanciem atos contra a probidade, não foram considerados crimes de responsabilidade pelo critério da especialidade a que o STF remonta.

Outrossim, claro vislumbrar que ao Legislativo é plenamente permitido atribuir sanções criminais, civis, políticas ou administrativas a um mesmo fato típico.

Os referidos autores informam que o próprio substitutivo ao Projeto de Lei nº 1446/1991, apresentado pelo Senado e que redundou na Lei nº 8429/1992, era expresso ao reconhecer que os atos de improbidade (principal) também configuravam crimes de responsabilidade (secundário), sendo certo que “a instauração de procedimento para apurar crime de responsabilidade não impede nem suspende o inquérito ou processo judicial referido nesta Lei (art. 11 da Lei 8429/92)” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 425).

Por fim questionam: é crível a tese de que a Lei nº 1.079/50 é especial em relação à Lei 8429/92 culminando em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo legislador? (ibid., p. 425).

A confusão se estabelece quando a Constituição Federal, em seu artigo 85, V, trata como crime de responsabilidade o ato que atente à probidade na administração, trazendo à tona, em outra situação (artigo 37, §4º), a figura do ato de improbidade administrativa, que importará a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Sobre o tema, Fábio Medina Osório (2007, p. 244), assim expõe:

A improbidade não se esgota, diante desse histórico, nos tipos de crime de responsabilidade, no tocante aos agentes políticos. Entendemos que a improbidade do art. 37, § 4º, não se confunde nem é eliminada por aquela contemplada no art. 85, V, ambas da Magna Carta. Não é o mesmo falar em improbidade no marco da Lei 1.079/50, a raiz do que prevê o art. 85, V, da CF, que falar da enfermidade prevista no art. 37, § 4º, da CF. E isso porque a Constituição Federal previu que a improbidade ali desenhada não é um ilícito penal, sendo distintas e peculiares as consequências previstas.

Sendo assim, a figura prevista no art. 85, V, da CF não é igual àquela tipificada pelo art. 37, § 4º, da mesma CF, ressaltando Loiola (2010, p. 69) que a novel nomenclatura “ato de improbidade administrativa”, constitui-se em uma esfera autônoma de responsabilidade de todos os agentes públicos, ao lado das já existentes. Destarte, esclarece o aludido autor:

Dessa forma, não se pode confundir a “falta de probidade”, conceito genérico, tutelado por diversas esferas, com o “ato de improbidade administrativa”, que é a conduta do agente que atenta contra a probidade, e que está tipificada pela lei própria (Lei nº 8.429/92), determinada constitucionalmente, e privativo de apenas uma das esferas de responsabilidade, a esfera autônoma da improbidade administrativa (art. 37, § 4º da CF). (ibid. p. 69).

E assim conclui (ibid. p. 70):

Os agentes políticos estão submetidos às esferas de responsabilidade civil, criminal, política e pelo cometimento de ato de improbidade administrativa. Já os demais agentes públicos estão submetidos às esferas de responsabilidade civil, criminal, administrativa e pelo cometimento de ato de improbidade administrativa.

Por derradeiro, Garcia e Alves (2008, p. 425) acrescentam que:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição faz referência, separadamente a, a “atos de improbidade” e a “crimes de responsabilidade”, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Fixado esse entendimento, concluo a abordagem da temática, trazendo

à tona o voto divergente do Ministro Joaquim Barbosa, na Reclamação 2138/2002, ocasião na qual o Ministro externou sua irresignação quanto ao decidido pelo Tribunal naquele julgamento:

A proposta que vem obtendo acolhida até o momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde a revolução do final do século XVII. Ela propõe nada mais, nada menos, do que o retorno à barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham a prerrogativa de terem o seu ordenamento jurídico próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se, a meu sentir, de uma lamentável tentativa de rebanização de nossa república! Eu creio que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu passado, pela sua credibilidade, pelas justas expectativas que suscita, não deve embarcar nessa aventura arriscada.

5 A AÇÃO CIVIL (PÚBLICA) DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, repise-se que se trata de uma questão quase unânime entre os doutrinadores a referente à natureza civil das ações de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2006, p. 698-702).

A esse respeito, Fábio Medina Osório (1998, p. 222-224) esclarece que o princípio da legalidade penal impõe que não existe crime sem pena e lei anterior que o defina, gerando os atos de improbidade consequências exclusivamente cíveis, do que se conclui que não são regulados Direito Penal.

Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao atualizarem a obra de Hely Lopes Meirelles, reafirmam a natureza civil das ações de improbidade, contudo sustentam seu “forte conteúdo penal”, com feições políticas, senão veja-se:

[...] é inegável que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). (...) Tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos.” (MEIRELLES, 2005, p. 215)

A tal fato soma-se o decidido pelo pleno do STF, por maioria, ao julgar a ADIn 2797. Do teor de sua extensa ementa, extrai-se o seguinte excerto: “De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, §4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República (...).” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 2797, Rel. Sepúlveda Pertence, 2006).

Conclui-se, em suma, pelo caráter inequivocamente extrapenal das ações de improbidade, aderindo-se, em consequência, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal para fins de estudo e análise da Lei 8429/92 por meio do presente trabalho.

Ademais, de uma utilidade considerável consiste o debate se a ação civil de improbidade também o é pública, aplicando-se, no que couber, os preceitos elencados na Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 (BRASIL, Lei 7347, de 24 de julho de 1985).

Nessa esteira, Wald e Mendes, na indigitada atualização da obra de

Meirelles (2005, p. 215-216) manifestaram o seguinte entendimento:

Tem sido uma prática comum, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como uma nova modalidade de ação civil pública, frequentemente chamando-a de 'ação civil pública de improbidade administrativa'. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no senso jurídico do termo.

A seguir, concluem os autores (ibid., p.218):

A Lei da Ação Civil Pública, portanto, não trata especificamente de improbidade administrativa, que é justamente o foco único da Lei nº 8.429/92. Assim, deve ser reconhecido que, pela regra da especialidade, a Lei nº 7.437/85 não se aplica aos casos em que se alega improbidade administrativa e/ou se pede a cominação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.

Divergindo veementemente, encontram-se boa parte dos administrativistas contemporâneos, tais como: Hugo Nigro Mazzilli, *in* "A defesa dos interesses difuso em juízo" (2011, p. 32); Fábio Medina Osório, *in* "As sanções da lei 8.429-92 aos atos de improbidade administrativa" (1999, p.89-91) e Rodolfo de Camargo Mancuso, *in* "Ação popular" (2008, p. 20).

Corroborando que essa conceituação doutrinária, a favor da ação civil pública de improbidade administrativa, Waldo Fazzio Junior (2008, p.302) alude que:

Se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, especificamente do patrimônio público; se, também, tem legitimação concorrente à ação cabível no âmbito da improbidade administrativa (art. 17 da LIA); se a Lei 8.429/92 não especifica a natureza da ação que regula, limitando-se a definir-lhe o rito (ordinário), inexistente razão, de matiz jurídica, a desaconselhar o entendimento que eleva a ação de improbidade administrativa ao nível da ação civil pública.

Outrossim, Garcia e Alves (2008, p.601) prenunciam na sua obra *Improbidade Administrativa*:

[...] por ser a defesa do patrimônio público, objeto da Lei de Improbidade, um interesse difuso, incidirá a técnica de tutela prevista na Lei nº 7.347/85, sendo de menor importância a definição do nomen iuris prevista da ação

como também o próprio procedimento a ser adota, que, atualmente, é o previsto no art. 17 da Lei nº 8.429/92, com redação dada pelas Medidas Provisórias nº 2.088 e 2.225.

Alinhando-se também a esse entendimento, cita-se a doutrina Wallace Paiva Martins Junior (2009, p. 404/405), que faz expressa referência à posição adotada pela jurista Têmis Limberger:

[...] a ação civil de que trata o art. 17 é pública porque, sendo a probidade administrativa interesse transindividual, indivisível e de titulares indeterminados, pertencendo à categoria dos difusos (cujos objetos são o patrimônio público e social e a moralidade administrativa), a ação que tende a protegê-lo, prevenindo e responsabilizando danos morais e patrimoniais, é a demanda molecular (a ação civil pública criada pela Lei federal n. 7.347/85, art. 1º, IV, com o objeto ampliado pelo art. 129, III, da CF). Assim manifesta Têmis Limberger, enunciando que, 'apesar da doutrina trata sob a denominação de ação de improbidade, constitui-se a mesma numa espécie do gênero ação civil pública, quando proposta pela instituição do Ministério Público (Cf, Têmis Limberger, Atos da Administração lesivos ao patrimônio público, cit., p. 180)

Adotaremos o entendimento coadunado pela maioria dos administrativos contemporâneos, sobretudo por pertencerem a probidade e a moralidade administrativa, bem como o patrimônio público e social, albergados pela Lei de Improbidade, ao conceito de direitos difusos, objeto da Lei da Ação Civil Pública, na qual foi concedida a legitimidade ativa para sua proteção ao Ministério Público.

Adita-se a isso que inexistente incompatibilidade entre os ritos das Leis 7347/85 e 8429/92, sendo, em verdade, complementares, além de ambas terem o CPC como código subsidiário. Por fim, a reversão da indenização ao erário e não ao fundo previsto no artigo 13 da Lei 7347/85 justifica-se plenamente pelo fato de a reversão para tal fundo ser restrita aos casos de impossibilidade da recomposição dos danos de forma direta, o que não ocorre nos casos da Lei de Improbidade em que há uma pessoa jurídica lesada, cujo patrimônio possui, no mínimo, boa parte proveniente do erário.

5.1 Legitimidade ativa

A Lei de Improbidade Administrativa consigna, em seu artigo 17, os legitimados para propor a ação de improbidade, *in verbis*:

Art. 17 A Ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (BRASIL, Lei 8429, de 2 de junho de 1992)

Tal regra deve ser interpretada juntamente com o §2º do mesmo artigo que autoriza a Fazenda Pública a promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

A pessoa jurídica interessada refere-se notadamente aos sujeitos passivos materiais mencionados no artigo 1º da lei, titulares do bem jurídico ameaçado ou violado pela conduta ímproba.

Assim, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de sua Administração Direta, Indireta ou Fundacional possuem efetivamente legitimidade *ad causam* para propor ação de improbidade, devendo, contudo, submeter-se ao que a doutrina chama de pertinência temática, razão pela qual o Estado do Ceará, por exemplo, não poderia intentar ação de improbidade contra prefeito de Recife.

Com efeito, trazendo lição de Garcia e Alves (2008, p. 619), “estão as pessoas de direito público legitimadas a agir relativamente a condutas ímprobas que tenha repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado.”

No mais, salutar remontar à lição de Wallace Paiva Martins Junior (2009, p. 311) para sustentar que as demais entidades previstas no artigo 1º, parágrafo único, (entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e as que para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual,) não possuem legitimidade para ajuizar ação de improbidade administrativa. Aduz o autor:

[...] a lei não visa a proteger o patrimônio privado da entidade, mas o uso irregular de recursos públicos nela investidos, motivo pelo qual a legitimidade ativa para punição da improbidade administrativa nessa parte será ou do Ministério Público ou da administração Pública direta, indireta ou

fundacional que haja incorporado, criado, custeado ou incentivado a entidade privada. (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 311).

A legitimidade do Ministério Público advém de sua missão constitucional estampada no artigo 127 da Constituição e que se alastrou no artigo 129,III, refletida também na função deste órgão de guardião dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência da administração pública.

Trata-se, vale frisar, de uma legitimidade plena e concorrente, e não subsidiária, como alguns podem sustentar, ao considerar que o *parquet* apenas poderia atuar depois de constatada a inércia da própria administração.

5.2 Legitimidade Passiva

Estão legitimados para figurar no polo passivo da ação de improbidade todos aqueles que de alguma forma tenha praticado ou concorrido para a prática do ato considerado ímprobo, assemelhando-se tal conceito ao de sujeito ativo do ato de improbidade, estudado pormenorizadamente em tópico à parte.

Dessa forma, serão responsabilizados todos os agentes públicos, conforme conceito estampado no artigo 2º da Lei, bem como aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos (terceiros) tenha induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício direto ou indireto, nos termos do artigo 3º da Lei.

Relevante apontar a necessidade por força de lei (arts. 3º e 6º da Lei 8429/92) de litisconsórcio, decorrente da indisponibilidade do interesse público, devendo todos aqueles que concorreram ou se beneficiaram da improbidade figurar serem citados para figurar como réu da ação.

Válido ressaltar que, na esteira do artigo 8º da Lei, o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações legais até o limite do valor da herança.

5.3 Competência Para Julgamento Das Ações De Improbidade Administrativa

A competência para o ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa deverá respeitar as regras de competência da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, bem como subsidiariamente algumas diretrizes da Lei nº 7.347/85.

Sendo assim, se o ato envolver bens, direitos ou interesses da União, autarquia federal ou empresas públicas federais, a competência será, inegavelmente, da Justiça Federal, conforme disposição constante do artigo 109, I, da Constituição Federal de 1988.

Não há controvérsia no que tange à competência da Justiça Federal para julgar ato de improbidade administrativa praticado por funcionário público federal no exercício de sua função.

Nesse sentido, relevante destacar que compete também à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão Federal. É esse o entendimento do verbete sumulado nº 208 do Superior Tribunal de Justiça.

A ressalva se faz na hipótese de as verbas desviadas já houverem sido transferidas e incorporadas ao patrimônio municipal, que, nesse caso, atrairia à competência para a Justiça Estadual, conforme Súmula 209 do STJ.²

Além disso, é competente a Justiça Federal para decidir acerca da existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas, na esteira da Súmula nº 150 do STJ.³

² STJ Súmula nº 208 - 27/05/1998 - DJ 03.06.1998
Competência - Processo e Julgamento - Prefeito - Desvio de Verba - Prestação de Contas Perante Órgão Federal
Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

³ STJ Súmula nº 150 - 07/02/1996 - DJ 13.02.1996
Competência - Interesse Jurídico - União, Autarquias ou Empresas Públicas
Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

Excetuando as hipóteses de competência da Justiça Federal já discriminadas, o foro competente para operacionalizar o pleito do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada será o da vara cível, não sendo afastado o juízo da vara da Fazenda Pública, se assim determinar a norma de organização judiciária estadual.

Impera-se registrar uma exceção a essas regras, a qual sobrevém do Conflito de Competência 59.549-MA julgado pelo STJ, em que este Tribunal entendeu ser da competência da Justiça do Trabalho a ação por improbidade administrativa, na qual fosse formulado pedido de destituição de dirigente sindical, senão veja-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFASTAMENTO DA DIRETORIA – REFLEXO NA REPRESENTAÇÃO SINDICAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.1. Após a edição da EC 45/2004, as questões relacionadas ao processo eleitoral sindical, ainda que esbarrem na esfera do direito civil, estão afetas à competência da Justiça do Trabalho, pois se trata de matéria que tem reflexo na representação sindical. Precedentes.2. Entendimento que se estende à hipótese de ação de improbidade administrativa, em que se pretende afastar a diretoria de sindicato, implicando em reflexo na representação sindical.3. Conflito de competência provido para declarar competente o Juízo da 6ª Vara do Trabalho de São Luís - MA. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, CC 59549/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, 2006).

Quanto à competência territorial das ações de improbidade administrativas, deverá o ente legitimado ajuizar a respectiva ação no local da prática do ato ímprobo ou no local do evento danoso, eis que, em virtude do silêncio do legislador, vale-se dos subsídios do art. 2º da Lei nº 7.347/85. (FAZZIO JUNIOR, 2008, p. 314).

Fixado o contexto jurídico amplo da competência jurisdicional nas ações de improbidade, necessário então debater se o juízo de 1º grau cível ou federal, conforme os critérios explicitados, seria o competente para julgar a ação de improbidade administrativa envolvendo agentes públicos que detenham prerrogativa de função assegurada pela Constituição Federal. Trata-se do objeto principal de debate deste trabalho, razão pela qual, a partir de agora, resta conveniente abordar os institutos relacionados à questão, bem como os posicionamentos jurisprudenciais

e doutrinários recentes, antes de adentrar a um juízo valorativo do ponto controverso.

5.3.1 Foro por prerrogativa de função

Alguns agentes públicos em razão do cargo ou função pública que exercem gozam de determinada prerrogativa referente à instância originária competente para julgá-los em razão do cometimento de infrações penais.

Trata-se da competência *rationae personae* ou *ratione functionae* que, na lição de Távora e Alencar (2010, p.246), ocorre quando “ determinadas pessoas, em razão da alta relevância da função que desempenham, têm direito ao julgamento por órgão de maior graduação”.

Acrescenta os autores que tal previsão normativa permite “enaltecer a função desempenhada e evitar as pressões indiretas que poderiam ocorrer se as diversas autoridades fossem julgadas pelos juízos de primeiro grau”. (ibid., p.246)

Como leciona Tourinho Filho (2002, p. 126):

[...] enquanto o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o ‘foro privilegiado’, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente.

Em verdade, a prerrogativa de função não é assegurada em razão de mera suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas sim em decorrência do quadro político-institucional do País, eis que os agentes políticos, beneficiários das prerrogativas, no alto de suas funções governamentais e decisórias, necessitam de ampla liberdade funcional e resguardo em suas atuações.

Assim, consoante leciona Luciano Magno Farias (2010, p. 3): “a prerrogativa de foro visa a evitar a utilização política desse tipo de demanda, e proteger o agente político na sua liberdade de decisão, ante o temor de responsabilização pelo regime jurídico da culpa civil.”

Acrescenta o autor que:

Ao contrário do que pensam alguns, trata-se de uma garantia voltada

não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. (FARIAS, 2010, p. 3)

Fernando Capez, sobre o mesmo tema, assim dispõe:

Na verdade, o foro por prerrogativa visa a preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa.(CAPEZ, 1997, p. 173)

Nesse sentido, entende-se que não se trata de um privilégio ou favorecimento pessoal, mas sim de uma relevante garantia constitucional, em razão única e exclusivamente da função desempenhada pelo agente, não havendo o que se falar em violação ao princípio da isonomia.

Para corroborar esse entendimento, mister colacionar o entendimento do ilustre Desembargador do TJSP, Márcio Martins Bonilha, citado pelo Relator Min. Gilmar Mendes no julgamento da Inquérito 2963 pelo STF:

No mundo jurídico, a precisão conceitual constitui exigência essencial indeclinável, para evitar distorções e equívocos na interpretação e valoração de fatos e normas. Esse requisito hermenêutico é lembrado a propósito da controvérsia instaurada sobre a jurisdição competente, em relação ao julgamento de infrações relativas à improbidade administrativa, no tocante a certos agentes públicos.

Desde logo se assinala que prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois a prerrogativa de função é distinta de privilégio de pessoa. A imprecisão terminológica pode gerar na opinião pública uma falsa ideia de favorecimento pessoal, no tratamento da matéria, em relação a certas autoridades, na aferição da responsabilidade funcional, pondo em dúvida a igualdade na distribuição da justiça.

Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o presidente da República e os demais integrantes dos órgãos de cúpula dos Poderes e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, outras altas autoridades nacionais.

A instituição da prerrogativa de foro, relativamente a esses agentes, não traduz favorecimento pessoal, pois contempla as exigências de garantia constitucional pertinentes aos respectivos cargos e funções, pela relevância que representam nos Poderes correspondentes e nos escalões hierárquicos, cuja dignidade funcional cumpre resguardar.

Assim é, no interesse nacional, pouco importando as inferências no plano político e o subjetivismo de opiniões contrárias.

Bem por isso, a discussão sobre o tema deve ser travada à luz objetiva dos princípios e normas constitucionais, sem especulações ideológicas, muito menos as infundadas suspeitas de solução personalista.

O foro especial, que decorre da prerrogativa da função, é instituído para melhor permitir o livre desempenho de certas atividades públicas. É garantia da função, que não pode ficar à mercê de paixões locais. Não é honraria pessoal nem representa privilégio. É proteção que nasce com o exercício do cargo ou função, pelo reconhecimento da elevada hierarquia funcional e dos poderes que emanam de seu exercício, visando à segurança e à isenção na distribuição da justiça. Resguarda-se dessa forma o prestígio das instituições. (BRASIL,Supremo Tribunal

Federal, Inquérito 2963, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010)

Assim, equivocado dizer que se trata de um mero privilégio conferido pelo ordenamento, eis que o foro diferenciado se deve ao cargo ou função exercida pelo agente público, e não pela figura da pessoa ou autoridade que o exerce, tanto é que sequer a legislação pátria ampliou aos agentes que deixaram de exercer o cargo ou função com aludida prerrogativa.

É razoável, portanto, que um Juiz de Direito, um Deputado Estadual ou um Promotor de Justiça seja julgado pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, em razão da “necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos”, na lição de Maria Lúcia Karam (2002, p. 30). Para essa autora, não há:

[...] propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos jurisdicionais superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado.(KARAM, 2002, p. 31)

Acerca do momento de encerramento do direito ao foro diferenciado aqui debatido, mister tecer algumas considerações.

A Súmula nº 394 do STF ⁴estatuía que as infrações cometidas durante o exercício funcional, permaneceriam reguladas pela competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício.

Em 1999, a aludida súmula foi cancelada por meio da interpretação literal dos artigos constitucionais que traziam as prerrogativas aos agentes públicos, eis que não havia qualquer referência da norma constitucional aos ex-presidentes, ou ex-ministros, ou mesmo ex-deputados e ex-senadores.

Nas palavras de Távora e Alencar (2010, p. 248):

Decidiu o STF, em posição contundente, que uma vez terminado o cargo ou mandato, encerrava-se o foro privilegiado, e eventuais processos existentes seriam imediatamente remetidos ao juízo de primeiro grau, sem prejuízo da validade dos atos até então

⁴ STF Súmula nº 394 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279.

Crime Durante o Exercício Funcional - Competência Especial por Prerrogativa de Função - Cessação do Exercício

Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

praticados. Concluímos também que as infrações descobertas posteriormente, quando a referida autoridade já não mais ocupava o posto que lhe conferia a prerrogativa, seriam julgadas, com a mesma razão em primeiro grau.

Em seu parágrafo primeiro, revitalizou o enunciado da súmula nº 394/STF com uma pequena restrição: passar-se-ia a aplicar a prerrogativa de função aos ilícitos decorrentes de atos administrativos praticados pelo agente em razão de sua função, mesmo que o inquérito ou ação se iniciem após o encerramento da atividade funcional.

Em seu parágrafo segundo, ampliou o foro por prerrogativa de função aos agentes processados por atos de improbidade administrativa, conforme será explanado pormenorizadamente em tópico distinto.

A tamanha inconstitucionalidade envolvendo tal lei foi objeto das ADIns 2797-2 e 2860-0, especialmente, pela notória regulamentação de matéria constitucional por lei ordinária.

Sendo assim, não há mais discussão acerca da aplicação do foro por prerrogativa de função aos agentes que não mais exercem a função a que a Constituição assegurou o julgamento diferenciado.

Por derradeiro, cumpre registrar que a competência diferenciada para julgamento de infrações penais comuns de autoridades, que, em razão de sua função, gozam de foro especial restam previstas, em sua maioria, na Constituição Federal, ao longo dos artigos 102, 105 e 108, bem como nas Constituições Estaduais.

5.3.2 A Possibilidade De Ampliação Do Foro Por Prerrogativa De Função

Como já dito ao longo do presente trabalho, a Constituição Federal assegura ao longo de seu texto o foro por prerrogativa de função a alguns agentes públicos, como o Presidente da República e seu Vice que deverão ser julgados pelo STF, onde também serão processados os deputados federais e senadores, ministros do executivo e o Procurador Geral da República (art. 102, I, b, da Constituição Federal).

Tal prerrogativa resta prevista pela Carta Magna exclusivamente no contexto das infrações penais comuns, conforme se depreende da literalidade da norma constitucional.

Assim, os ilícitos praticados na seara cível e administrativa, por disposição constitucional, nunca se submeteriam a prerrogativas de foro de qualquer espécie.

A extensão ou ampliação da prerrogativa de função aos agentes públicos processados por atos de improbidade administrativa, sob a égide da Lei 8294/92, se mostra como uma manifestação alicerçada na natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade, que, como pensam alguns, são de natureza penal, ou então muito se assemelham ou mesmo são simétricas às sanções penais, devendo, portanto, destas herdar a prerrogativa de foro.

Em verdade, a adoção da prerrogativa de foro tem sua razão de existir na ideia de imparcialidade do julgamento, evitando que uma autoridade julgadora exerça influência sobre o órgão julgador de 1ª instância.

Dessa forma, ao contrário do que muitos pensam, não se trata de questões relacionadas à hierarquia funcional, eis que esta não subsiste, no que pertine ao exercício da judicatura, entre o menos graduado magistrado e o ministro do STF.

Além disso, conforme alenta Gilmar Mendes e Arnold Wald (1998, p.214):

(...) muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que também podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de “atos de improbidade”, constante do art. 90 da Lei nº 8.429/92, e os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321).

Acrescentam que “tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ‘ação civil’, com sérias consequências para todo o sistema jurídico.” (ibid., p. 214). Incorreria em situação na qual se observam dois órgãos jurisdicionais, de competências funcional e *ratione materiae* absolutamente diversas, a apreciar o mesmo fato, o que vem a sustentar a tese dos defensores da prerrogativa de função.

Em 24 de dezembro de 2002, atendendo às expectativas da classe política, sobreveio a Lei Federal nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, os quais estatuíam:

Art. 84 (...)

§1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou 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.” (BRASIL, Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, sem destaques no original)

O parágrafo primeiro já foi devidamente abordado no tópico referente à prerrogativa de função, no qual se sustentou a sua plena incompatibilidade com a Constituição Federal.

O parágrafo segundo consagrou a extensão da prerrogativa de função estabelecida pela Constituição Federal aos agentes públicos julgados por atos de improbidade administrativa, sob a égide da Lei 8429/92.

Nesse sentido, a nova regra de competência, que incidiria imediatamente aos processos em curso, asseguraria, por exemplo, que um governador do Estado fosse julgado originariamente pelo Superior Tribunal de Justiça, e não mais pelo juiz de 1º grau da capital do Estado em que o governador atua.

Vale ressaltar que, pelo princípio da simetria, as Constituições Estaduais poderiam prever igualmente foro por prerrogativa de função àquelas autoridades que guardam correspondência com as funções desempenhadas por autoridades federais contempladas pelo foro especial. À guisa de exemplo, citam-se os secretários de Estado que, por correlação às funções dos Ministros de Estado no plano federal, poderiam ser julgados originariamente pelos Tribunais de Justiça, caso as cartas estaduais assim previssem.

Tal dispositivo legal gerou de imediato uma repulsa pelos constitucionalistas, que atentaram para a evidente inconstitucionalidade traduzida na impossibilidade de estender as hipóteses de competência originária dos Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, previstas *numerus*

clausus na Constituição Federal para as infrações penais comuns, para as ações de improbidade administrativa, mediante lei ordinária.⁵

Comentando a promulgação da lei, Emerson Garcia (2008, p. 658/659) a descreve como “preocupante”, considerando que entrou em vigor “ao apagar das luzes de um governo duramente acionado, no campo da improbidade administrativa, pelo Ministério Público.”

Em razão disso, acrescenta que:

[...] tudo está a indicar que a garantia de foro por prerrogativa de função introduzida inconstitucionalmente pela Lei 10.628/02 teve “endereço certo”, circunstância que além de significar afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, configura também inconstitucionalidade por desvio de função legislativa.

A CONAMP, órgão de representação nacional do Ministério Público ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 2797) contra as regras introduzidas pela Lei nº 10.628/02, a qual foi julgada procedente por 7 votos a 3, ausente o Ministro Nelson Jobim. Transcreveremos a ementa, bem como teceremos os comentários pertinentes quando da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

⁵ Cf.:Bueno, 2002, p. 433. Cassio Scarpinella Bueno, “O foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628/02” in **Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais**, 2ª ed. p. 443.

6. CORRENTES JURISPRUDENCIAIS

A controvérsia em torno da possibilidade de ampliação do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa possui origens na divergência jurisprudencial entre os Tribunais Superiores pátrios.

Diante disso, nada mais salutar que analisar os entendimentos divergentes de maneira pormenorizada para então realizar um confronto entre as teses sustentadas tanto pelo STJ como pelo STF, ponderando sobre qual se mostra mais juridicamente compatível com o ordenamento vigente.

6.1 Entendimento do STJ

Antes mesmo do advento da Lei 10.628/2002, a qual determinou que ação de improbidade administrativa "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", a jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça era pacífica no sentido da sua incompetência originária para processar e julgar ação fundada na Lei n.º 8.429/92, ainda que o réu detivesse prerrogativa de foro para as ações penais.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos, proferidos pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GOVERNADOR DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA. ARTIGO 105, I, "A", CF/88.

- Falece ao Superior Tribunal de Justiça competência para apreciar processos em que se discute atos de improbidade administrativa supostamente praticados por Governador de Estado.

- A prerrogativa de foro dos governadores está relacionada a prática de ilícitos criminais comuns, sendo certo que a investigação de atos de improbidade administrativa refoge à competência expressa preconizada no artigo 105, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal de 1988.

- Precedentes.

- Agravo regimental improvido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Pet 1.964/PR, Rel. Min. Vicente Leal, 2004)

COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS.

Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei 8429/92, ainda que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais. Nos termos do art. 105, I, a, da Constituição da República, a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa. Nesse contexto, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação. Improcedência da reclamação. Votos vencidos."

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RCL 780-AP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2002, grifo nosso)

Com a vigência da referida Lei e enquanto ainda não havia sido decidida a sua constitucionalidade pelo Pretório Excelso na ADIN 2.797, o STJ foi obrigado a se subsumir à nova ordem legislativa, passando a reconhecer a prerrogativa de foro aos agentes públicos que detivessem tal prerrogativa para as ações penais.

Nesse toada, confira-se: **AgRg na PET 2593**, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 11/04/2005; **HC 35.853**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima 06/12/2004; **Pet 2.588/RO**, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2005, DJ 09/10/2006, p. 245.

Posteriormente ao julgamento da famigerada ADIn pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, retornou ao seu entendimento inicial, afastando a sua competência para conhecer de ação de improbidade administrativa proposta contra agentes públicos dotados da prerrogativa constitucional de foro, além de reconhecer o efeito vinculante atribuído à aludida decisão do Pretório Excelso.

É o que se depreende dos seguintes julgados, proferidos pela Corte Especial do Tribunal Superior pátrio:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 10.628/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. Ação Civil Pública, por improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Trabalho em face de Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região e servidores daquele tribunal, sob o fundamento de eventual prejuízo ao erário.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Especial, antes do advento da Lei 10.628/2002, era pacífica no sentido da incompetência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa, fundada na Lei n.º 8.429/92, ainda que o réu detivesse prerrogativa de foro para as ações penais. Precedentes do STJ: AgRg na Pet 2593 / GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 06.11.2006 e AgRg na

Pet 2655/ES, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 01.08.2006.

3. **A superveniente declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 (ADI 2797/DF, Pleno STF, 15.9.2005) e o efeito vinculante atribuído à referida decisão, conduz à cessação da competência desta Corte e, conseqüentemente, revela a necessidade de remessa dos autos ao Juízo competente para prosseguimento do feito.**

4. Precedentes do STJ: RCL 2133/PR, 3ª Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 02.10.2006; AgRg na MC 7476/GO, Corte Especial, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 06.11.2006 e AgRg na MC 7487/GO, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.04.2006.

5. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa dos autos ao Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia, para prosseguimento do feito, porquanto, por força da ADIn 2797/DF resta inequívoca a incompetência absoluta desta Corte, conferindo colegialidade a essa decisão.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl na Pet 2.588/RO, Rel. Min. Luiz Fux, 2007, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESEMBARGADOR FEDERAL. LEI 10.628/2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF (ADI 2.797/DF).

1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF, "para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal" (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.9.2005, p. 36). Desse modo, em face do efeito vinculante da referida decisão, não há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, bem como no inquérito civil instaurado para investigar a suposta prática dos referidos atos. Precedentes da Corte Especial deste Tribunal Superior.**

2. Agravo regimental desprovido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na AIA 26/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 2009)

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes arestos: **AgRg na MC 7.487/GO**, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 15/03/2006, DJ 17/04/2006; **AgRg no REsp 740.084/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/04/2006, DJ 18/05/2006; **REsp 751267/MS**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009; **AgRg no REsp 1088258/GO**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

Assim, baseando-se na eficácia *erga omnes* e no efeito vinculante atribuído à decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, bem como na taxatividade das hipóteses de foro especial previstas em nossa Carta Magna,

restritas ao âmbito penal, o STJ havia sedimentado, até meados de 2009, o entendimento de que competiria ao juízo de 1º grau o processo e julgamento de ações de improbidade administrativa, ainda que figurasse no polo passivo agentes públicos dotados de prerrogativa constitucional de foro.

Revolucionariamente, rompendo seu anterior paradigma, a Corte Especial do STJ, tendo como relator o Ministro Teori Albino Zavascki, em julgado datado de 18.11.2009, procedeu à revisão do entendimento acerca da prerrogativa de função nas ações regidas pela Lei 8.429/92, ao analisar ação de improbidade proposta contra desembargador de Tribunal Regional do Trabalho, senão veja-se:

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PRECEDENTE DO STF EM CASO ANÁLOGO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo. Esse precedente afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do art. 84 e parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002 (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, implicitamente, na própria Carta Constitucional.

2. À luz dessa orientação, impõe-se a revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, desde logo, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau, como no caso.

3. Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na Rcl 2.115/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 2009)

Naquele momento, o relator trouxe à baila a QO na Pet 3211-0 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pet 3211 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2008), julgada pelo STF em 13 de março de 2008, na qual a Excelsa Corte entendeu, ao analisar ação de improbidade administrativa proposta contra seu membro, que se deve estender a prerrogativa de foro, prevista na CF apenas para

infrações penais comuns, para esse agente público. Isso porque nossa Constituição “não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo.”

Remonta o relator a uma competência implícita complementar de âmbito constitucional, obtida por meio da interpretação extensiva (ou ampliativa) da norma, a qual seria suficiente para estender o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Posteriormente, por meio da Reclamação nº 2790, datada de 02.12.2009, a Corte Especial do STJ, em ação de improbidade administrativa proposta em face de Governador de Estado, reiterou seu posicionamento no que pertine à ampliação do foro especial por prerrogativa de função aos agentes públicos, atraindo para si a competência originária para processamento e julgamento, além de apresentar novos argumentos para sustentar a tese jurídica, senão veja-se:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO.

USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO.

1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.

2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, “seria absurdo ou o máximo do contrasenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência” (voto do Min.Cezar Peluso).

3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado,

que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

4. Reclamação procedente, em parte.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Rel 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 2010, grifo nosso)

O fundamento dessa decisão se alicerça primeiramente na natureza da Lei de Improbidade Administrativa (norma infraconstitucional), que, “por imposição lógica de coerência interpretativa”, não poderia atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra agente público que tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, quanto em crimes de responsabilidade.

Traz à tona o teor do voto emanado pelo Ministro Cezar Peluzo, na QO na Pet 3211-0, referindo-se à chamada “desestruturação do sistema que fundamenta a distribuição da competência”, eis que seria inconcebível pela ordem jurídica que autoridade perdesse seu cargo por decisão de órgão não competente para julgar eventual ação penal.

Alfim, remonta à “inafastável simetria” entre as ações de improbidade, que poderiam culminar com a perda do cargo de agentes políticos, e as infrações penais comuns, nas quais a Carta Magna assegura prerrogativa de foro por função.

Relevante ainda transcrever o seguinte trecho extraído do voto do Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Bem se vê, portanto, que, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, **os dispositivos da Constituição comportam interpretação ampliativa, para preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inegáveis, por força do sistema. Sob o ponto de vista constitucional, justifica-se, assim, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa, entendimento que, além de fundado em boa doutrina** (v.g.: WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 215; TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Crocce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa : questões polêmicas e atuais, p. 399), recebeu o aval do STF, no precedente citado (QO na Pet. 3.211-0, rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJ27.06.2008) e

do STJ, na Reclamação 2115, antes referida. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Rel 2.790/SC, Voto do Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 2010, grifo nosso)

A título de fundamentação, o relator traz referência a vasta doutrina, capitaneada pelos juristas Arnold Wald e Gilmar Mendes, bem como ao julgado isolado da Suprema Corte (QO na Pet. 3.211-0), o qual será tratado em tópico adiante.

Em consonância com tal entendimento, seguiram-se os seguintes julgados do STJ: **AgRg na Sd .208/AM**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 12/04/2010, DJe 12/05/2010; Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 15/06/2011, DJe 29/06/2011; **EDcl no AgRg no Ag 1404254/RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012; **AgRg na MC 18692/RN 2011/0280486-1**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 15/03/2012, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 20/03/2012; **Rcl 4213/ES**, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012; **AgRg no AREsp 184.147/RN**, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012.

6.2 Entendimento do STF

Considerando a ação por improbidade administrativa espécie do gênero Ação Civil Pública, conforme explicitado em tópico à parte, o Supremo Tribunal Federal, já há muito tempo, fixou seu entendimento no sentido de não conceder prerrogativa de foro aos réus dessas ações, eis que tal prerrogativa se restringe aos crimes comuns, senão veja-se:

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos de estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AGRG em Reclamação nº 1.110-1, Rel. Min. Celso de Mello, 1999)

E M E N T A: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL. - As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. - 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. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pet 1738 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, 1999)

Considerou-se, naquele momento, o regime direito estrito a que se submete a norma constitucional delimitadora das competências jurisdicionais, do que decorreria o afastamento do processo e julgamento pelo STF de causas de natureza civil que não se achassem inscritas no texto constitucional mesmo que instauradas contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal dispusessem de prerrogativa de foro.

Nosso Tribunal Constitucional manteve-se firme em sua linha de entendimento, especialmente, quando julgou procedente por maioria a ADIn 2797 e a ADIn 2860 (ambas julgadas na mesma pauta) para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a Presidente.

Repise-se que a referida Lei tinha por escopo legalizar, mesmo que por lei ordinária, a extensão do foro por prerrogativa de função aos agentes processados

sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, prerrogativa essa antes restrita aos crimes comuns e aos crimes de responsabilidade.

Naquele momento, o STF deixou evidente a inconstitucionalidade em se ampliar o foro por prerrogativa de função por lei ordinária, considerando que somente o texto constitucional poderia dispor acerca das competências originárias.

Sendo assim, o legislador ordinário jamais estaria autorizado a ampliar o foro por prerrogativa de função para ações que não tratem de crimes comuns.

Por sua notória relevância, transcreve-se a ementa da ADIn 2797, com destaques de nossa autoria:

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela

própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. **Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.** IV. **Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.** 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, **pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.** 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. **Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.** 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2005)

De outra banda, a questão de ordem na petição nº 3.211-0, que orientou o atual posicionamento da corte especial do STJ, se fundamentou na ideia de que permitir que um juiz de primeiro grau julgasse um ministro do Supremo

Tribunal Federal injuriaria a lógica da organização judiciária brasileira. Assim, na visão do julgador, haveria, de fato, uma hierarquia jurisdicional (não funcional, frise-se) entre os membros do Poder Judiciário, obedecendo este a um sistema rígido de escalonamento entre as diversas instâncias.

Segue ementa:

EMENTA Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pet 3211 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2008)

Assim, na visão do Pretório Excelso, a Constituição tratou os membros do Judiciário sem qualquer hierarquia no plano funcional, todavia a própria jurisdição seria hierarquizada, submetendo-se a um sistema rigoroso de escalonamento.

Ressalte-se que os julgados que seguiram a indigitada Questão de Ordem mantiveram o entendimento fixado na ADIn 2797, no sentido de vedar a extensão de foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, razão pela qual se entende que a Questão de Ordem tratou de decisão pontual e específica (ampliação da prerrogativa de foro em relação a ministros do STF julgados por ação de improbidade administrativa), sem efeito vinculante, não demonstrando haver mudança do tradicional entendimento do STF. É o que se extrai do seguinte julgamento, datado de 02/12/2010, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRERROGATIVA DE FORO. APLICAÇÃO A AGENTES POLÍTICOS. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI 2.797/DF. II – Agravo regimental improvido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 678927 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2011)

Salutar e esclarecedor trazer à baila o voto do honorável Ministro

Relator:

Desse modo, apesar de o agravado insistir na tese de que seu recurso não versa sobre a aplicação do art.84 do CPP e dos fundamentos da ADI 2797, verifica-se que, conforme restou consignado na decisão agravada, o caso em questão diz respeito, justamente, à prerrogativa de foro em ação de improbidade administrativa em relação a agentes políticos. Ou seja, a decisão agravada encontra-se de acordo com entendimento jurisprudencial dessa Corte. **Ressalto, ainda, que não merece prosperar o argumento de que a Rcl. 2128 e da Pet 3.211 – QO/DF se aplicam ao presente caso, uma vez que tratam de situações totalmente distintas. É que, em ambos os casos, ao contrário do que alega o agravante, não houve o reconhecimento desta Corte de que os agentes políticos possuem prerrogativa de foro nas ações civis de improbidade administrativa(...)**

Seguindo essa mesma linha de entendimento, citam-se os seguintes precedentes, todos posteriores à Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0: STF, **AI 554398 AgR**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11- 2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00147; **AI 506323 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06- 2009 PUBLIC 01-07-2009. EMENT VOL-02367-06 PP-01095 RT v. 98, n. 888, 2009, p. 152-154 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 107-111).

6.3 Análise Dos Julgados - Confronto Entre As Teses Sustentadas pelo STF e STJ

Vislumbra-se, sem maiores divagações, que exsurtem da análise dos julgados de nossos Tribunais Superiores duas correntes jurisprudenciais diametralmente opostas.

A primeira, encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, consiste em se estender o foro por prerrogativa de função, atribuído pela Carta Magna a determinados agentes públicos, na hipótese de infrações penais comuns, às ações por improbidade administrativa.

A outra, defendida pelo Supremo Tribunal Federal, se refere à competência exclusiva dos magistrados de 1º grau para julgamento de ações de improbidade administrativa, mesmo que propostas em face de agentes públicos dotados de prerrogativa de foro. Excetua-se tal regra para o caso dos Ministros do

STF que deverão ser julgados pelo próprio Tribunal ao qual pertencem por uma questão de hierarquia jurisdicional.

Inicialmente, em análise ao acórdão paradigma do STJ na Reclamação nº 2790, vislumbra-se que, em nenhum momento, foi feita qualquer referência à Lei 10.628/2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, declarada inconstitucional pelo pleno do STF, por meio do julgamento da Adin 2797, malgrado este tenha sido concluído em sessão realizada em 15.09.05.

Tal declaração de inconstitucionalidade, por ser ínsito à sua natureza, restou dotada de efeito vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, bem como definiu, visando afastar qualquer controvérsia, os contornos jurídicos da interpretação a ser dada à questão da prerrogativa de função aplicada aos agentes públicos julgados por ações de improbidade administrativa.

Em segundo lugar, apenas se fez referência à QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008, na qual foi decidido pela Corte Suprema que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros”, baseando-se no teor do voto do Min.Cezar Peluso.

Diante disso, exsurge o fato de que a Questão de Ordem na Petição nº 3.211-0 consiste em decisão sobre interpretação constitucional proferida em controle difuso, sem a eficácia “erga omnes” e sem o efeito vinculante característicos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (como as ADIns nºs 2797 e 2860), cujo efeito, portanto, não é obrigatório a terceiros.

Além disso, não há correspondência entre os pressupostos do referido julgado e aqueles presentes nos feitos em que o Superior Tribunal de Justiça manifestou sua tese.

Como dito, a jurisprudência do STJ, a partir da Reclamação nº 2790 de 02.12.2009, passou a tomar como norte tal entendimento como se o fosse majoritário e pacífico na mais alta corte, desconsiderando que tratou de um específico caso dentro da organização estrutural do Poder Judiciário, o que, por óbvio, não poderia ser estendido para abranger agentes de outros poderes do Estado.

O próprio Ministro do Supremo Ricardo Lewandowski, no julgamento da AI 678.927 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 678927 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2011), na qual atuou como relator, deixou claro que “não

houve o reconhecimento desta Corte de que os agentes políticos possuem prerrogativa de foro nas ações civis de improbidade administrativa”, eis que o decidido na Pet 3.211 – QO/DF se trata de situação totalmente distinta.

Não houve, repise-se, uma mudança de entendimento jurisprudencial no STF, mas tão-somente uma adequação do já decidido nas ADIns 2797 e 2860 ao sistema escalonado presente em nosso Judiciário, que, inegavelmente, veda a aplicação por um magistrado de 1º grau da sanção de perda de cargo a um Ministro do STF.

Equivocado seria estender tal entendimento para membros do executivo ou legislativo, ao considerar uma hierarquia (funcional ou jurisdicional) entre o juízo de 1º grau e um governador ou deputado federal.

Tanto é que os julgados do STF que seguiram a indigitada Questão de Ordem mantiveram o entendimento anterior no sentido de vedar a extensão de foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Portanto, descabida a tese encabeçada pelo Superior Tribunal de Justiça de admitir que existe foro de prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, já que se baseia em premissa inexistente, qual seja, a hipotética mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria.

Ao contrário do que alega o STJ, não houve o reconhecimento pelo Supremo de que os agentes políticos possuem prerrogativa de foro nas ações civis de improbidade administrativa.

O Pretório Excelso, na condição de intérprete máximo da Constituição Federal, deixou inequívoco, a partir do julgamento da ADIn 2797, que a possibilidade de admissão da tese da existência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa consubstancia uma forma de violação direta à Carta Magna.

Isso porque a Carta Política de 1988 ao prever taxativamente as hipóteses de competência originária dos Tribunais, estabelece também, de modo residual, a competência dos órgãos jurisdicionais de primeira instância, sendo que somente a própria Constituição Federal poderia fixar exceções, tratando-se de normas de direito estrito, razão pela qual não caberia, em hipótese alguma, à lei ordinária adentrar nesse espectro jurídico plenamente estranho ao seu âmbito de incidência.

7. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

O tema debatido outrossim é bastante controvertido entre os doutrinadores.

Renato Flávio Marcão^[4], tal como acabou decidindo o STF, considerava as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 84, inconstitucionais, defendendo, por conseguinte, a inconstitucionalidade da ampliação da prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa. Assim lecionava sobre a temática:

Os Tribunais sempre entenderam que, sendo a ação de improbidade administrativa cuidada na Lei 8.429/92 de natureza civil, ainda que proposta contra autoridades que gozem de foro especial por prerrogativa de função para efeitos penais, “deve ser processada e julgada em primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional”. Por ser a competência originária do Supremo Tribunal Federal de direito estrito, não se admite o foro especial por prerrogativa de função para as ações civis de improbidade administrativa. [...] Diante de tal quadro, resta evidente que não pode o legislador ordinário ampliar o âmbito estrito de competências da Suprema Corte. [...] Ao cuidar da competência do Supremo Tribunal Federal o art. 102, I, a, da Constituição Federal, não incluiu em seu rol as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, não sendo demais relembrar que o art. 37, § 4.º, da Constituição Federal cuidou de expressar a impossibilidade de confusão das jurisdições civil e penal, para os atos de improbidade e para os ilícitos penais, respectivamente. De tal sorte, a confusão proposta não se justifica dentro de um raciocínio lógico e inteligente, fazendo concluir que razões outras, diversas da técnica jurídica, e distantes do interesse público, é que empolgaram a malfadada disposição legal ora combatida. Historicamente, as hipóteses de foro privilegiado sempre foram objeto de previsão constitucional, não se deixando a regulamentação da matéria para a legislação de menor envergadura.

Corroborando com tal entendimento, Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 193) assim afirma:

A Lei n. 10.628/2002 também é inconstitucional, pois, além de ferir o princípio da taxatividade constitucional das competências do Supremo (CF, art. 102), revigorou a regra da contemporaneidade fato-mandato, inserida na Súmula 394 do STF, cancelada pela Corte em 25 de agosto de 1999. Como o legislador ordinário, ao insistir em perpetuar o foro especial, foi de encontro com a exegese conferida pelo Supremo no cancelamento da Súmula 394, a Lei n. 10.628/2002 violou a Carta de 1988, ao desconsiderar o fato de que o Pretório Excelso é o intérprete máximo do Direito no Brasil (CF, art. 102, caput). Por fim, cumpre esclarecer que quaisquer alterações de competências do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça só podem ser operadas mediante emenda à Constituição.

E mais a frente, em sua obra, acrescenta:

As competências do STF e do STJ “constituem um feixe de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional.” As competências desses tribunais foram enumeradas taxativamente no Texto de 1988, motivo pelo qual nem o Poder Legislativo, mediante a edição de leis ou atos normativos, nem o Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, poderão ampliá-las ou restringi-las. (BULOS, 2012, p. 1292-1293).

Também Guilherme de Souza Nucci considera inconstitucional o dispositivo que conferia foro por prerrogativa de função: § 2º do art. 84, CPP. Assim esclareceu:

A norma, neste caso, é inconstitucional, pois cria-se o foro privilegiado, para ações civis através de mera lei ordinária. Somente a Constituição pode estabelecer normas que excepcionem o direito à igualdade perante a lei, aplicável a todos os brasileiros. [...] Ademais, torna-se insustentável dar à ação de improbidade administrativa o caráter penal, isto é, transformar à força o que é civil em matéria criminal, somente para justificar o foro privilegiado. [...] Logo, as ações de improbidade administrativa devem continuar a ser propostas no juízo cível apropriado de primeira instância, sem qualquer foro privilegiado a qualquer autoridade. (NUCCI, 2012, p. 270)

Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves convergem ao indigitado posicionamento, sustentando que:

A atenta reflexão sobre as referidas inovações legislativas leva à conclusão de que, muito embora mascarada de roupagem processual, buscou a Lei 10.628 afrontar à clássica distinção agasalhada pelo art. 37, §4º, da CF, entre infrações penais, civis e administrativas, conferindo o mesmo tratamento processual a hipóteses que o próprio texto constitucional desejou distinguir radicalmente [...] Deste modo, a demonstrar a inconstitucionalidade das inovações produzidas pela Lei 10.628/02, é possível agregar ao caráter de direito estrito das regras de competência fixadas na Carta Magna também o argumento de que a equiparação entre atos de improbidade e crimes, mesmo que pelo viés processual, representa um indisfarçável inconformismo com as claras diretrizes fixadas no art. 37, §4º, ou seja, um desejo de subvertê-lo pela porta dos fundos. (GARCIA;ALVES, 2008, p. 660)

Pedro Roberto Decomain, em consonância com a maior parte da doutrina, assentiu que:

As hipóteses de competência por prerrogativa de função possuem sede constitucional. Os Tribunais somente possuem competência originária para determinado processo, seja de natureza penal ou não, nas situações expressamente disciplinadas pelo próprio texto constitucional. Dentre elas não figura a ação para apurar ato de improbidade. Desta sorte, a competência é sempre da primeira instância jurisdicional, seja da Justiça Federal, seja da Justiça Estadual. (DECOMAIN, 2007, p. 261)

Por outro lado, na doutrina já encontramos posições que retratam a posição do STJ na Reclamação nº 2790 de 02.12.2009. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2012, p. 46) assinala que “havendo prática de ato de improbidade administrativa por governador ou seus secretários a competência para julgamento da respectiva ação será do Superior Tribunal de Justiça.”

Em alentado parecer, denominado “Competência- Julgamento de Membro de Tribunal Regional do Trabalho”, referido por Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves em sua obra *Improbidade Administrativa*, o Ministro aposentado do STF, Paulo Brossard, sustentou a ampliação do foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade, ao considerar incompetente o juízo de primeiro grau para julgamentos de autoridades detentores do foro especial. Em sua razão, apresentou os seguintes argumentos, entre outros, sumarizados por Garcia e Alves:

- a) É da tradição do direito constitucional brasileiro a observância do princípio da hierarquia no estabelecimento das regras de competência;
- b) Embora as sanções de improbidade não tenham natureza penal, é inegável o paralelismo entre as infrações desenhadas na Lei 8.429 e as descritas nos artigos 312, 319 e 315 do Código Penal, o que aponta seu íntimo parentesco com as normas penais.
- c) As regras de competência previstas na CF, mesmo referindo-se apenas a infrações penais ou a crimes comuns não devem ser literalmente entendidas, comportando, assim, interpretação extensiva, e interpretação contrária levaria a que mesmo os ministros da mais elevada Corte de Justiça fossem julgados por magistrados de primeiro grau. (BROSSARD, 1999, p. 108-115 *apud* GARCIA; ALVES, 2008, p. 654)

Arnold Wald e Gilmar Mendes em artigo produzido em meados de 1998 sustentaram veementemente a incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus Ministros de Estado ou membros de Tribunais Superiores, em face da natureza das sanções aplicáveis, que ultrapassam os limites da reparação pecuniária e podem ir, em tese, até à perda da função pública. (MENDES; WALD, 1998, p. 213-216)

Na defesa de sua tese, afirmaram, inicialmente, que a “prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político institucional.” (ibid., p. 214).

Acrescentam: “pretende-se não só evitar a utilização política do processo, como também assegurar a absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas.” (ibid., p. 214)

Para embasar sua argumentação, os autores esclarecem que:

[...] a sentença condenatória proferida nessa peculiar “ação civil” é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória. É certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 40, da Constituição poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal. [...]

Poder-se-ia argumentar que essa construção talvez não fosse aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional. (ibid., p. 214-215).

Concluem que:

[...] tendo em vista os graves efeitos da decisão para o equilíbrio político institucional, afigura-se difícil, senão impossível, sustentar que as autoridades que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e de responsabilidade possam perder o cargo e ter os seus direitos políticos suspensos em decorrência de sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau, mesmo fora do contexto específico do direito penal.

8 CONCLUSÃO

A repressão à improbidade administrativa, que, na esfera infraconstitucional brasileira, teve suas origens na Lei Pitombo-Godói-Ilha (Lei nº 3.163/57), passando pela Lei Bilac-Pinto (Lei nº 3.502/58), alcançou seu ápice em 2 de junho de 1992 com a edição da Lei 8492, que regulou, de forma mais detalhada e completa que suas antecessoras, o combate aos atos de improbidade praticados por agentes públicos, tipificando claramente três categorias de improbidade administrativa: violação aos princípios, dano ao erário e enriquecimento ilícito.

Tal lei, necessário se dizer, possui caráter predominantemente sancionador, albergando uma nova dimensão de preceitos punitivos, distintos e autônomos, portanto, das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Não obstante a recorrente discussão no meio jurídico no que pertine à natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, entende-se, seguindo a corrente majoritária, que se trata de sanções de cunho cível, eis que, entre outros motivos relevantes, elas não podem conduzir à restrição da liberdade individual, característica marcante das sanções criminais, bem como as condutas a elas vinculadas (arts. 9º, 10 e 11 da Lei) tem caráter meramente enunciativo, em total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal.

Considerada a natureza cível e autônoma das sanções da Lei de Improbidade, depreende-se que elas em nada se confundem com as punições previstas nas Leis de Responsabilidade (Leis nºs 1079/50 e 7.106/86 e Decreto-Lei nº 201/67), de cunho político-administrativo, aplicadas exclusivamente a alguns agentes políticos e a serem apuradas e julgadas pela chamada Justiça política ou extraordinária.

Dessa forma, não incorreria em *bis in idem* a responsabilização de determinado agente político sob a égide da Lei 8429/92 e o sancionamento desse mesmo agente por sua conduta restar tipificada outrossim na Lei nº 1079/50 – Lei dos Crimes de Responsabilidade.

Ademais, relevante esclarecer que a ação prevista pela Lei de Improbidade se reveste de uma natureza cível e pública, pelo fato de defender,

sobretudo, a moralidade e a probidade administrativa, bem como o patrimônio público e social, classificados como interesse difusos, aplicando-se, no que couber, os ditames previstos na Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Quanto à competência para processamento e julgamento da Ação de Improbidade Administrativa, é certo que se deverá respeitar as regras de competência previstas na Constituição Federal, do Código de Processo e Civil, e, subsidiariamente, a Lei 7347/85.

A controvérsia, em verdade, cinge-se à questão da prerrogativa de foro, tida como garantia constitucional em razão da função desempenhada pelos agentes públicos e exclusiva para as infrações penais comuns por eles cometidas.

Ocorre que uma corrente doutrinária e jurisprudencial passou a admitir a hipótese de ampliação da prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, fundada na natureza das sanções previstas na Lei que muito se assemelham ou são simétricas às sanções penais, como a perda do cargo ou função pública. Se assim não o fosse, poderiam ocorrer incongruências entre as decisões nas esferas criminal, em que o agente estaria sujeito à prerrogativa de foro, e cível(improbidade), eis que sujeitas a órgãos jurisdicionais distintos.

A Lei 10.629/2002 veio atender às expectativas dessa classe, ao acrescentar ao artigo 84 do Código de Processo Penal os parágrafos primeiro e segundo, sendo que este último consagrou a extensão da prerrogativa de função estabelecida pela CF aos agentes públicos julgados por atos de improbidade administrativa.

Contudo, não demorou para o CONAMP, órgão de representação nacional do Ministério Público ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2797) contra as regras introduzidas pela nova lei, a qual foi julgada procedente por 7 votos a 3 pelo Supremo Tribunal Federal.

Naquele momento, o STF deixou evidente a inconstitucionalidade em se ampliar o foro por prerrogativa de função por lei ordinária, considerando que somente o texto constitucional poderia dispor acerca das competências originárias.

Malgrado o posicionamento do STF, o Superior Tribunal de Justiça a partir do AgRG na Rcl 2.115/ AM e, sobretudo, por meio da Reclamação nº 2790/SC procedeu à revisão do entendimento acerca da prerrogativa de função nas ações regidas pela Lei 8429/92.

Fundamentou-se, sobretudo, na desestruturação do sistema que fundamenta a distribuição de competência, sendo inconcebível que autoridade perdesse seu cargo por decisão de órgão não competente para julgar eventual ação penal, bem como na inafastável simetria entre as ações de improbidade e as infrações penais comuns.

Referiu-se outrossim a competência implícita complementar de âmbito constitucional, obtida por meio da interpretação extensiva das normas de competência.

Por fim, remontou à QO na Pet 3211-0, julgado pelo STF, que considerou que permitir um juiz de 1º grau julgar um ministro do Supremo Tribunal Federal, com a possibilidade de perda do cargo, injuriaria a lógica da organização judiciária brasileira, eis que haveria um hierarquia jurisdicional (e não funcional) entre os membros do Poder Judiciário. Naquele momento, o STF optou por realizar uma “mitigação” ao entendimento consagrado na ADIn 2797.

Entende-se plenamente descabida a tese sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça e, para isso, analisemos sobre dois pontos de vistas distintos: jurídico e fático.

Do ponto de vista jurídico, vislumbra-se que a possibilidade de admissão da tese da existência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa consubstancia uma forma de violação direta à Constituição Federal.

Isso porque, como esclarecido nesse trabalho, o feixe de competências estabelecido pela Constituição Federal submete-se ao regime de direito estrito, haja vista que a prerrogativa de foro nada mais que é uma exceção ao princípio constitucional da isonomia, submetida sua criação, portanto, ao sistema de reserva exclusivamente constitucional, razão pela qual não há como se realizar uma ampliação do sentido literal da norma para criar novas prerrogativas não previstas pelo constituinte.

Trata-se, em verdade, de uma fixação expressa de forma exaustiva da competência dos tribunais pelo legislador constituinte, e de forma residual da competência dos juízos monocráticos de 1º grau. Dessa forma, em conformidade com o regime constitucional brasileiro, se mostra terminantemente defeso ao legislador ordinário inovar no sistema constitucional de distribuição de competências e, por razões óbvias, é igualmente defeso ao Poder Judiciário, por meio de seus

Tribunais Superiores, criar competências constitucionais, no desempenho de sua função de intérprete e aplicador das leis.

Na realidade a garantia constitucional da vedação ao privilégio de foro deve ser aplicada a todos os poderes, sobretudo, ao Poder Judiciário, evitando o perigo de manipulações de julgamentos e a adaptação das normas constitucionais aos valores e necessidades que os juízes considerem relevantes.

Sob esse ponto de vista jurídico, até mesmo a tese apresentada pelo STF na QO na Pet 3211-0 não vingaria, visto que naquele momento o STF usurpou de competência exclusiva do constituinte para criar foro por prerrogativa de função não prevista pela Carta Política, qual seja, a prerrogativa de função para os próprios membros do STF quando julgados por atos de improbidade administrativa.

Apesar de ser coerente a tese apresentada pelo STF, sustentada na lógica que rege a organização judiciária brasileira, derivada de um escalonamento entre as instâncias ou de uma hierarquia jurisdicional entre o juiz da mais alta corte e o juiz monocrático de 1º grau, por exemplo, ela só haveria como prosperar, seguindo o entendimento aqui exposto, caso houvesse emenda constitucional ao artigo 102, I, da CF, que estabelece as competências do STF para processamento e julgamento.

Do ponto de vista fático, se mostra plenamente incoerente e desarrazoado a ampliação do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Isso porque, numa primeira análise, significaria concentrar, em um reduzido número de órgãos, as ações para processar e julgar, dificultando sobremaneira a investigação e a probabilidade de condenação. Não havendo foro especial, a atribuição para investigar o agente ímprobo se diluiria entre milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República em todo o Brasil, o mesmo se dando em relação ao julgamento por milhares de juízes estaduais e federais espelhados pelo país.

Acrescenta-se a isso que restará praticamente impossível a eficaz incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade, quando considerarmos o exíguo prazo prescricional de cinco anos estabelecido no artigo 23, I, da Lei, eis que é de notório conhecimento o assoberbamento de processos nos Tribunais Superiores.

Ademais, já não é novidade no meio jurídico, sendo bem disseminado pelos juristas contemporâneos, que os juízes de primeiro grau, em razão de suas garantias constitucionais no exercício da jurisdição, mostram-se bem mais independentes que os tribunais, cujo processo de composição passa por nomeações políticas do Legislativo e do Executivo, razão pela qual, no Brasil, a prerrogativa de função perde seu principal propósito que é a garantia de independência do julgamento.

É certo que a Lei nº 8429/92, já há mais de 20 anos em vigor, se configura um dos únicos instrumentos sérios de combate à corrupção num país marcado em sua história por desvios de verbas públicas, desonestidade no trato aos bens públicos e, principalmente, pela recorrente impunidade.

Estender a prerrogativa de função às ações de improbidade teria consequências desastrosas e irreversíveis, no plano jurídico e fático, para a eficiente punição dos agentes que pratiquem as condutas ímprobadas previstas na Lei 8429/92.

De qualquer forma, a questão está prestes a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que voltará a debater o assunto na Pet 3067 AgR/MG, tendo em vista o adiamento do julgamento em 16/05/2012, por maioria, vencido o Min.Marco Aurélio. Esperamos, portanto, um julgamento desfavorável à ampliação da prerrogativa de foro.

REFERÊNCIAS

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 3.164**, de 1º de junho de 1957. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s>. Acesso em 11 jan. 2013

_____. **Lei nº 3.502**, de 21 de dezembro de 1958. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1958/3502.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079consol.htm>. Acessado em 11 jan. 2013.

_____. **Lei nº 7.106**, de 28 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7106.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. **Lei 10.628**, de 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.ov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. **Lei 7347**, de 24 de julho de 1985, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 dez. 2013.

Livros, periódicos e artigos

ANIBAL JUNIOR, Vanderlei; FONSECA, Sergio Roxo da. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1287, 9 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9372>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEZNOS, Clovis. Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa. **Revista do Advogado**, n. 107, p. 44-61, dez. de 2009.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, p. 171-188, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais**, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Luciano Magno Silveira de. **Improbidade Administrativa, Crimes de Responsabilidade e Agentes Políticos com Prerrogativa de Foro**. Editora Magister - Porto Alegre. Disponível em: <www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=636>. Data de acesso: 12. dez. 2012.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, agosto/2002, 623.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GATTO, Ruy Alberto. **A atuação do Ministério Público em face da Lei 8429/92 – lei anticorrupção**. Justitia, v. 161, jan./mar. 1993, 161:57.

GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**. Florianópolis: Habitus, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 2002.

LOIOLA, Jânio Pontes. **A (In) Aplicabilidade Da Lei De Improbidade Administrativa Aos Agentes Políticos**. 79 F – Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Federal do Ceará – UFC. Fortaleza, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do "impeachment" e conformação da figura da improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**, v.81, n.685, 1992.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Incompatibilidade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa com a prerrogativa de função dos Conselheiros do Tribunal de Contas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 33-46, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=54897>> Acesso em 11 jan. 2013.

_____. **O Limite da Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar; WALD, Arnaldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, n. 138, pp. 213/216, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/378>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 766, p. 89-91, 1999.

_____. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei nº8429/92**. 2ª ed. Porto alegre: Síntese, 1998.

_____. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo, *in*: José Adercio Leite Sampaio *et al* (org.), **Improbidade administrativa, comemoração pelos 10 anos da Lei n.º 8.429/92**, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scapinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

TOURINHO FILHO, **Processo Penal**, Vol. II, Saraiva: São Paulo, 24a. ed., 2002.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 2138**, Rel. Ministro Nelson, Tribunal Pleno, 13.06.2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCLA.%20E%202138.NUME.\)%20OU%20\(Rcl.ACMS.%20ADJ2%202138.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCLA.%20E%202138.NUME.)%20OU%20(Rcl.ACMS.%20ADJ2%202138.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Inquérito 2963**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.11.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2963&classe=Inq-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 11 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Pet 3211 QO/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, 13/03/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>> Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, **AGRG em Reclamação nº 1.110-1**, Rel. Min. Celso de Mello, 25/11/1999, DJ de 7/12/1999, p. 58.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Pet 1738 AgR**, Rel.: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, 01/09/1999, DJ 01/10/1999, p. 42.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADI 2797**, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 15/09/2005, DJ 19/12/2006 p. 37.

_____. Supremo Tribunal Federal, **AI 678927 AgR**, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 02/12/2010, DJe 01/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 59549/MA**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, 23.08.2006, DJ 11/09/2006, p. 216.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Pet 1.964/PR**, Rel. Ministro Vicente Leal, Corte Especial, julgado em 16/06/2003, DJ 05/04/2004, p. 18.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RCL. 780-AP**, Corte Especial, Rel. César Asfor Rocha. Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, 07/11/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=110349&sReg=200000436615&sData=20021007&formato=PDF> Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl na Pet 2.588/RO**, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 06/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 209.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na AIA 26/SP**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2009, DJe 30/03/2009 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=861902&sReg=200800601854&sData=20090330&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Rcl 2.115/AM**, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=926502&sReg=200600386251&sData=20091216&formato=PDF> Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 2.790/SC**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, 02/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933622&sReg=200800768899&sData=20100304&formato=PDF> Acesso em: 22 jan. 2013.

