

LESLIE ANNE MAIA CAMPOS

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo
Filho

FORTALEZA

2007

LESLIE ANNE MAIA CAMPOS

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Araújo Macedo
Filho

Aprovada em ___ / ___ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. FRANCISCO DE ARAÚJO MACEDO FILHO (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR, Mestrando
Universidade Federal do Ceará – UFC

Bel. IGOR NÓBREGA AGUIAR
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

A Deus, por todas as bênçãos derramadas em minha vida.
A meus pais, pelo apoio incondicional nos momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela incomensurável misericórdia, pelas oportunidades e pelas pessoas maravilhosas que sempre cuidou de colocar em meu caminho.

Aos meus queridos pais, por, mesmo distantes, me incentivarem a persistir na luta por meus sonhos.

À minha irmã, por dividir comigo os momentos de alegrias e aflições por toda a vida.

Às minhas amigas Karine, Poliana e Kelviane, por partilharem comigo esses anos de faculdade.

Aos amigos que de alguma forma contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Ao orientador desta Monografia, Professor Francisco de Araújo Macedo Filho, pela dedicação e paciência, mesmo com tantos compromissos importantes a honrar.

Ao Professor e amigo William Paiva Marques Júnior, exemplo de Magistério para a Faculdade de Direito, por contribuir de forma imprescindível à conclusão deste trabalho.

Ao meu amigo Igor Nóbrega Aguiar, pela presteza e colaboração.

A todos os funcionários desta faculdade, pelo auxílio prestado durante toda a minha jornada acadêmica.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa

RESUMO

Visa analisar a constitucionalidade da pretensa extensão da competência especial por prerrogativa de função aos processos de improbidade administrativa através da competência legislativa ordinária e do poder constituinte derivado, considerando a legitimação do foro por prerrogativa no ordenamento jurídico brasileiro através de reserva constitucional, bem como a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa. Analisa as causas da admissão na Constituição de 1998 do foro por prerrogativa de função e seus princípios sustentadores. Discute acerca da aceitação do foro especial nas ações de natureza cível. Define a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa e de suas sanções e a diferencia dos outros instrumentos de combate à improbidade administrativa. Verifica as possíveis consequências da ampliação da competência originária dos tribunais em razão do cargo ou função pública, demonstrando as controvérsias acerca do tema na doutrina e, principalmente, na lei e na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: competência especial por prerrogativa de função, ação de improbidade administrativa, constitucionalidade, ampliação de competência.

ABSTRACT

It aims at to analyze the constitutionality of the pretense extension of the special jurisdiction for prerogative of function to the processes of administrative improbity through the usual legislative ability and of the constituent power derivative, being considered the legitimation of the forum for prerogative in the Brazilian legal system by means of constitutional reserve, as well as the legal nature of the action of administrative improbity. It analyzes the causes of the admission in the Constitution of 1998 of the forum for lifting prerogative of function and its principles. It argues concerning the acceptance of the special jurisdiction in the actions of civil nature. It defines the legal nature of the action of administrative improbity and of its sanctions and it differentiates it of the other instruments of combat to the administrative improbity. It verifies the possible consequences of the magnifying of the original jurisdiction of the courts in reason of the position or public office, demonstrating the controversies concerning the subject in the doctrine and, mainly, the law and the native jurisprudence.

Keywords: special jurisdiction for prerogative of function, action of administrative improbity, constitutionality, magnifying of ability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA LEGITIMAÇÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	14
2.1. O princípio do juiz natural como garantia da repartição constitucional de competência jurisdicional	14
2.2. Considerações sobre a competência originária dos tribunais	16
2.3. A competência por prerrogativa de função: <i>ratione personae</i>	18
2.3. 1. Evolução histórica.....	21
2.3.2. O foro privilegiado e o princípio da isonomia.....	22
2.3.3. A atualidade do cargo, função e mandato para o gozo da prerrogativa de foro.....	26
2.3.4. Critérios de definição da competência especial por prerrogativa de função.....	27
3 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO E NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	30
3. 1. Ação de improbidade administrativa: Lei n. 8.429/92	30
3. 1. 1. Evolução do combate à improbidade administrativa no Direito Positivo	31
3. 1. 2. Natureza da ação de improbidade administrativa: espécie de ação civil pública....	33
3. 2. Outras formas constitucionais de repressão à improbidade administrativa	37
3. 2. 1. Crimes de responsabilidade, crimes comuns e atos de improbidade administrativa.....	39
3. 3. A independência entre as instâncias de responsabilização civil, político-administrativa e penal pelos atos de improbidade administrativa	41
3. 4. Competência para o julgamento e processamento da ação civil pública de improbidade administrativa	44
3. 4. 1. Competência especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.....	45
3. 5. A tese de não-incidência da Lei de Improbidade Administrativa para os agentes políticos	46
3.6. Ação de improbidade administrativa contra atos do Presidente da República	49

4 EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ORDINÁRIA E DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	51
4. 1. Iniciativas legislativas para a ampliação do foro por prerrogativa de função	51
4. 2. Elementos principiológicos que desautorizam a ampliação do foro privativo às ações de improbidade administrativa.....	53
4. 2. 1. Princípio da isonomia.....	53
4. 2. 2. Princípio da razoável duração do processo.....	56
4. 2. 3. Princípio da imparcialidade dos juízes e membros do Ministério Público.....	58
4. 3. Impossibilidade de ampliação da competência especial por prerrogativa de função por via legislativa ordinária.....	59
4. 3. 1. A Lei nº 10.628/2002.....	61
4. 4. Impossibilidade de ampliação da competência originária dos tribunais pelo Poder Constituinte Derivado.....	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
6 REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevendo o princípio do juiz natural, em seu art. 5º, inc. XXXVII e LIII, como garantia de um juízo constitucionalmente prefixado, estabeleceu, expressamente, diversas hipóteses de foro especial por prerrogativa de função.

A competência por prerrogativa de função é especial por se tratar de exceção ao princípio da isonomia, haja vista que consiste, de certa forma, em privilégio, concedido a determinadas autoridades públicas, em virtude de sua relevância política ou jurídica, para, assim, serem processadas e julgadas perante tribunais. No entanto, a Constituição conferiu uma disciplina restritiva a essa prerrogativa, pois a limitou ao âmbito penal, abrangendo apenas os crimes comuns e de responsabilidade. Ademais, há uma limitação subjetiva, haja vista que os próprios agentes públicos que gozam da prerrogativa do foro especial estão previamente determinados. Tal limitação decorre da submissão desses agentes à competência originária dos tribunais, que, incontestavelmente, é matéria reservada à Constituição Federal e às Constituições Estaduais, nos limites por aquela impostos.

Dissertando sobre a restrição constitucional da competência dos tribunais, Cassio Scarpinella Bueno, ressalta que:

A competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais foi estabelecida, taxativa e restritivamente, pela Constituição Federal. Não há como, sem contrariar os arts. 102, 105 e 108, entender que lei federal possa definir competência para aqueles tribunais ou ampliá-las para além dos limites traçados pelo legislador constituinte¹.

Não obstante os casos restritos previstos na Constituição, quais sejam, as hipóteses do art. 29, inc. X; 96, inc. III; 102, inc. I, alínea *b* e *c*; 105, inc. I, alínea *a*; e 108, inc. I, alínea *a*, os congressistas, em uma tentativa de ampliá-los, aprovaram, em regime de urgência, projeto de lei que culminou na publicação da Lei nº. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que modifica o art. 84 do Código de Processo Penal e acrescenta dois novos parágrafos:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **O foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628.** in: Cassio Scarpinella Bueno *et al* (coord.), *Improbidade Administrativa: Questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 442.

responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

O objeto desse estudo limitar-se-á a uma análise da pretensão contida na disposição do § 2º, pois nos seus exatos ditames, intentou-se modificar competência para a ação de improbidade administrativa, que, até então, era conferida apenas ao juízo singular. De outra ponta, ampliou-se a competência originária dos tribunais, matéria que só pode ser prevista, exclusivamente, na Constituição Federal, o que despertou, como já se era de prever, enorme discussão em torno dos liames da competência do Poder Legislativo ordinário.

De pronto, então, soou um grito de inconstitucionalidade da referida lei por diversos juristas, alegando-se o desrespeito à reserva constitucional para criação das hipóteses de prerrogativas de foro. Por isso, a questão do abuso do poder legislativo merece desdobramento durante o trabalho monográfico.

Portanto, em vista disso, questiona-se se, mesmo sendo a competência especial por prerrogativa de função uma exceção ao princípio da isonomia, a que a própria Constituição deu azo, pode ser ela interpretada ampliativamente e ser estendida a outros casos que não os apontados no texto constitucional, como aos casos de improbidade administrativa.

Vale ressaltar que o capítulo VII, do Título V, do Código de Processo Penal, correspondente aos arts. 84 a 87, que trata “da competência pela prerrogativa de função”, deve se restringir ao âmbito da competência para o processo penal. Portanto, para tratar a respeito da competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa no referido capítulo, o legislador ordinário: ou entendeu ter a ação de improbidade natureza jurídica penal, ou simplesmente estendeu as hipóteses de foro especial - até então restritas pela Constituição ao julgamento de crimes comuns e de responsabilidade - às ações cíveis.

Assim, a edição da Lei nº. 10.628/2002 ocorreu sem prévia fundamentação doutrinária e jurisprudencial, despontando, por conseguinte, polêmica a respeito da competência legislativa para dispor acerca da competência especial por prerrogativa de função - e, por conseguinte, da competência originária dos tribunais - e da própria natureza da ação de improbidade administrativa: penal ou civil?

Isso porque, no direito brasileiro, a definição da competência para o julgamento de ações, e, especialmente, a competência por prerrogativa de função, deve levar em

consideração a própria natureza da ação, sendo, por isso, imprescindível a análise da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, bem como de suas sanções.

A teoria de alguns defensores na atualidade, em sua maioria políticos, para legitimar a ampliação almejada pela referida lei, é a de que os atos de improbidade, em inúmeras vezes, caracterizam também um ilícito penal, e que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), possuem forte conteúdo penal. Alegam, em virtude disso, que as hipóteses de prerrogativa de foro estatuídas em casos de crime comum e crime de responsabilidade a algumas autoridades públicas também deveriam ser aplicadas nas ações de improbidade administrativa, sob pena de usurpação de competência jurisdicional de órgão hierarquicamente superior e violação ao princípio da prerrogativa de foro.

Ocorre que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece, na hipótese de cometimento de ato de improbidade administrativa, a possibilidade de sancionamento tanto na esfera cível como na seara penal, quando prescreve em seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Verifica-se, portanto, imprescindível uma definição da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, bem como de suas próprias sanções, uma vez que traria um maior esclarecimento à discussão relacionada à possibilidade ou não de ampliação do foro especial por prerrogativa de função a esse tipo de ação.

Em razão da celeuma que se estabeleceu, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a ADIn nº. 2797-DF pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp, visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 84 do Código de Processo Penal. Não obstante a declaração final pela procedência da ação, ainda permeiam inúmeros defensores, notadamente agentes políticos, da aplicação do foro por prerrogativa de função aos agentes públicos sujeitos a processos de improbidade administrativa.

A comprovação da inquietude atual acerca do tema é a tramitação no Congresso Nacional do projeto de emenda constitucional n. 358/2005, propondo exatamente estender o foro especial por prerrogativa de função, conquistado por alguns agentes públicos no âmbito penal, ao âmbito das ações de improbidade administrativa, o que demonstra que a discussão ainda não se pacificou no sentido da impossibilidade de ampliação da competência originária dos tribunais.

Neste ponto, imperioso indagar-se ainda se a pretensa aprovação do referido projeto de emenda constitucional legitimaria a ampliação dessa prerrogativa concedida às

autoridades públicas. Ademais, deve-se questionar acerca dos próprios limites do Poder Constituinte Reformador, que pretende ampliar a competência originária dos tribunais.

Como se pode observar, esse questionamento representa verdadeira tensão entre princípios constitucionais, sendo necessário, nos dias atuais, um estudo que traga uma consistência de idéias que enfrente completamente essa problematização.

Em meio a muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, insere-se o presente estudo monográfico.

2 DA LEGITIMAÇÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

2.1. O princípio do juiz natural como garantia da repartição constitucional de competência jurisdicional

Em um Estado Democrático de Direito, é essencial a obediência aos direitos humanos elevados à condição de fundamentais pela força normativa da Constituição. A Constituição Federal de 1988 preocupou-se com o exercício da função jurisdicional pelo Estado, conferindo garantias processuais mínimas aos cidadãos, uma vez que o processo, instrumento através do qual se opera a jurisdição, deve se desenvolver, obrigatoriamente, em obediência aos princípios constitucionais, a fim de garantir o julgamento justo e imparcial.

O princípio do juiz natural, inserido no rol das garantias processuais, vem afirmar a garantia do cidadão de ser julgado perante órgão jurisdicional previamente estabelecido constitucionalmente, sendo, por isso, também denominado princípio do juiz constitucional. Por meio dele, assegura-se que a pretensão resistida será sempre apreciada por um representante do Poder Estatal, que especialmente recebeu a atribuição da Constituição. No entanto, não é suficiente o assentamento constitucional da competência jurisdicional do órgão, pois, é imprescindível que este também exerça suas atribuições dentro dos limites que lhe foram fixados.

Na esteira de Ada Pellegrini Grinover, em clássica obra sobre as nulidades do processo penal, escrita em conjunto com Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, o princípio do juiz natural é mais do que um direito subjetivo da parte, porque se trata de garantia da própria jurisdição, conforme sintetiza a renomada autora:

Todavia, o juiz natural é condição para o exercício da jurisdição. Sem ele, a própria relação processual não pode nascer, é apenas aparente, é um não-processo. Estamos aqui, inquestionavelmente, perante um verdadeiro pressuposto de existência do processo, em cuja ausência não se pode falar em mera nulidade da relação processual.²

É plenamente justificada a adoção deste princípio no direito brasileiro em razão do

² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

nosso modelo constitucional analítico, que prefere examinar e regulamentar as funções essenciais do poder público, sendo, assim, detalhista e minucioso nas atribuições do Poder Judiciário.

Na Carta Magna de 1988, tal princípio veio consubstanciado no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, havendo o direito brasileiro o adotado em seu duplo aspecto: o da vedação do tribunal de exceção, ou seja, a proibição de se instituir um órgão causuisticamente para determinado processo, e a da garantia de julgamento por juiz cuja competência seja previamente definida, sendo aplicável tanto ao processo penal como ao processo civil.

Contudo, vale ressaltar que o princípio do juiz natural sempre teve expressa aceitação no ordenamento jurídico brasileiro - com exceção ao período do Estado Novo, em que tivemos a criação do Tribunal de Segurança pelo então presidente Getúlio Vargas -, pois, desde a Constituição de 1824, é visível a sua consagração como dogma constitucional.

Na história, o primeiro esboço do referido princípio surgiu com a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, quando estabeleceu ser necessário, para que um cidadão viesse a ser condenado, que os jurados fossem “pares” ou “homens probos da vizinhança”³, o que demonstrava uma certa exigência quanto à qualidade dos juízes.

No entanto, a expressão “juiz natural” só veio a ser empregada pela primeira vez na Carta Constitucional Francesa de 1814, a qual previu, em seu art. 4º, que “os cidadãos não podem ser destituídos dos juízes que a lei lhes confere, por qualquer incumbência ou outras atribuições e evocações, salvo aquelas que as leis determinaram”, norma na qual se visualiza claramente a reserva da lei para constituição prévia de competência, bem como a vedação da criação de instituições *post factum* de juízes extraordinários ou comissários estranhos à ordem judiciária para o julgamento de um caso concreto.

É incontestável, portanto, sua decorrência direta do princípio do devido processo legal, por servir como meio para a concretização deste, assegurando, assim, um processo justo e o direito material de todos de forma justa.

Ademais, percebe-se que, antes de tudo, o princípio do juiz natural almeja garantir a imparcialidade e independência do órgão julgador, circunstâncias essenciais para se assegurar o princípio da igualdade, ao qual está intimamente relacionado, tendo em vista que aquele, com o seu mandamento de submissão a julgamento por juízo previamente fixado, afasta a possibilidade de qualquer escolha arbitrária de determinado órgão julgador, eliminando preferências e privilégios processuais.

³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 472

Destarte, é visível a importância do princípio do juiz natural como orientador na organização estrutural do Poder Judiciário, já que consiste em fundamento para as regras de distribuição da função jurisdicional, devendo sempre ser observado, em primeiro lugar, como solução em casos de conflito, superposição ou concorrência de competências, uma vez que o juiz natural sempre eclodirá dentre todos como o juízo adequado, por ser aquele o constitucionalmente competente, contra qual não se pode alegar qualquer causa de modificação.

Portanto, fixando a Constituição um juízo em razão de um determinado critério e não havendo afronta à vedação de instituição de tribunal ou juiz de exceção para o caso, materializado está o juiz natural, que - em razão da distribuição de competência se dar por meio da Constituição - será inafastável por qualquer legislação infraconstitucional, haja vista que, uma vez esteja em confronto com disposição constitucional, deverá ser retirada do ordenamento jurídico.

2.2. Considerações sobre a competência originária dos tribunais

No direito pátrio, como já ressaltado, a distribuição das parcelas de jurisdição é feita, essencialmente, pela própria Constituição, da qual decorre a segurança para o cidadão de somente ser julgado perante autoridade competente. Da mesma forma como ocorre em qualquer repartição de competências fixadas constitucionalmente, tal distribuição é feita a partir de um critério racional utilizado pelo legislador constituinte.

Assim, o critério de repartição da jurisdição, objetivando a otimização dessa atividade, deve obedecer a critérios de especialização do Poder Judiciário, que efetuam uma separação das lides e apontam os juízes ou tribunais competentes por meio de uma ordem de etapas a serem seguidas, para, finalmente, se chegar ao juízo competente.

Essa orientação para se chegar ao juízo ou tribunal de competência mais geral ou comum é conduzida com base em um critério de exclusão, conforme será analisado.

O raciocínio demanda, primeiramente, análise quanto à possibilidade de jurisdição alienígena para o caso. Do contrário, incidindo a jurisdição nacional, deve-se atentar para a existência de alguma ressalva quanto à competência originária de tribunais, sendo essa atribuição excludente de qualquer outra, haja vista que essa previsão sempre vem fixada na Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais. Assim, não havendo previsão nesse sentido, indaga-se se o caso encontra compatibilidade com a competência das denominadas

justiças especiais (justiça do trabalho, eleitoral e militar). Sendo negativa a premissa, conferida encontra-se a competência da justiça comum, cabendo agora questionar quanto à competência da justiça federal, cujo rol de atribuições também se encontra fixado na Constituição. Não cabendo à justiça federal, por consequência, a lide estará vinculada ao juízo estadual, no qual se deve definir somente o foro ou comarca de julgamento, especificado de acordo com as leis ordinárias. Por fim, se nesse foro competente houver mais de um juízo, será estabelecido o juízo pelo critério de distribuição ou pelos critérios constantes na Lei de Organização Judiciária do respectivo Estado.

Nesse roteiro de determinação da competência, importa-nos analisar apenas a etapa referente à definição da competência originária dos tribunais. Isso porque, apesar dessa competência ser, dentre todas as definições acima citadas, a que menos abrange parcelas de atividade jurisdicional, não é diminuta sua importância, pois, uma vez fixada a jurisdição nacional, a primeira indagação a ser feita consiste na adequação ou não do caso às hipóteses em que caberia originariamente a competência aos tribunais.

Etimologicamente, originário sinaliza algo que tem origem ou início. Portanto, a competência originária dos tribunais consiste numa exceção, qual seja, o início do exercício jurisdicional nos próprios tribunais, haja vista que, em regra, a jurisdição deve ter início perante juízes de primeira instância, situação na qual o tribunal irá apreciar somente como órgão revisor, ou seja, em caso de interposição de recurso contra decisão emanada pelo juiz de primeira instância, o que estreita, em número considerável a competência dos órgãos colegiados em relação àqueles juízos responsáveis pelo conhecimento inicial da causa.

No entanto, quando se estabelece o julgamento de uma causa originariamente por um tribunal, está-se suprimindo o duplo grau de jurisdição, porque ainda que, em tese, os órgãos inferiores de jurisdição tivessem competência territorial e material para o caso, há a obrigação de ser levada a causa a julgamento pelos tribunais logo de início. Em vista disso, não se admite, nesse grau de competência, a utilização de vias recursais ordinárias, como o recurso de apelação, mas tão somente e, quando cabíveis, os recursos de natureza extraordinária.

Essas hipóteses são, portanto, exceções ao foro previsto para a maioria dos cidadãos, justificando-se essa excepcionalidade na exclusividade do regramento pela Constituição. Portanto, a competência originária só pode vir estabelecida na Carta Magna, pois, uma vez definida, exclui qualquer outra, ressalvados os casos em que a própria Constituição excepciona para estabelecer a competência de alguma justiça especial.

Exatamente em virtude dessa impossibilidade de flexibilização, firma-se como

uma competência absoluta, porque, fixado o juiz constitucional dos tribunais como o competente, jamais se poderá modificá-lo, tendo em vista que predomina um interesse maior, o interesse público, cuja disponibilidade é impossível pelas partes no processo ou pelo próprio órgão julgador, pois estaria em risco a própria jurisdição.

Nesta senda, preleciona a processualista Ada Pellegrini Grinover:

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público, o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se aí de competência absoluta, isto é, que não pode ser modificada. Iniciado o processo perante o juiz incompetente, este pronunciará a incompetência, a qualquer tempo e independentemente da alegação das partes (CPP, art. 109), enviando os autos ao juiz competente⁴.

Nesse caso, não se aplica o princípio da *perpeptuatio jurisdictionis*, ou da estabilização da lide, uma vez que a competência em razão da hierarquia ou da matéria (competência absoluta), jamais pode ser modificada, a não ser, como já comentado, por ordem da própria norma constitucional.

Por fim, não se pode perder de perspectiva que a competência originária de tribunais, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, além de ser competência absoluta, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados *numerus clausus* em rol constitucional, submetendo-se, assim, a um regime de direito estrito, conforme será melhor analisado adiante.

2.3. A competência por prerrogativa de função: *ratione personae*

Dentro dos raciocínios utilizados na fixação de competência, sobressai um que é bastante peculiar, vez que não se dá em razão de circunstâncias objetivas como os demais, pois considera, essencialmente, a qualidade da pessoa que está em litígio. A partir desse critério de competência, sobressai uma modalidade de fixação extremamente relevante, por ser exatamente um dos objetos deste estudo, que consiste na competência especial por prerrogativa de função.

O constituinte brasileiro, observando a relevância que determinadas pessoas

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNADES, Antonio Scarance Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op Cit.*, p. 49.

exerciam na condução da função estatal, concedeu a estes foros especiais, perante os quais o julgamento caberia originariamente aos tribunais. O critério racional utilizado teria por base, então, a própria pessoa do agente público.

Também denominada muitas vezes de “foro privilegiado”, a competência especial por prerrogativa de função, por ser espécie de competência originária dos tribunais, veio expressamente regulada na Constituição Federal de 1988. Por isso, não vale a alegação de que esse critério consubstancia exceção ao princípio do juiz natural, uma vez que é a própria Constituição quem o estabelece, sendo discricionariedade política do constituinte excepcionar as regras normais de fixação de competência.

Em virtude dessa previsão constitucional, os arts. 84 a 87 que regulavam a matéria no Código de Processo Penal de 1941 passaram a não merecer mais observação, em virtude da revogação tácita a partir de 1988, haja vista que a matéria foi fixada com reserva pela Constituição, não sendo possível, portanto, criar regras com o objetivo de regular o juiz natural por lei ordinária, e, menos ainda, alocá-las juntamente com aquelas que estabeleçam a competência em razão do lugar (*ratione loci*), pois somente em relação a estas últimas se permite disposição em lei infraconstitucional.

Assim, são várias as razões apontadas na jurisprudência e pelos doutrinadores para justificar a adoção desse foro especial pela Constituição. Contudo, todas elas são, em geral, no sentido de que a competência por prerrogativa de função é estabelecida como uma forma de proteção contra possíveis pressões externas de ordem política sobre os órgãos julgadores, ocorrendo tais pressões, geralmente, quando são discutidas no processo condutas cometidas por autoridades públicas que possuem grande poder de influência dentro do Poder Público. Acredita-se que, dessa forma, ao menos em tese, os órgãos colegiados estariam dotados de maior isenção para julgar tais agentes públicos - o que é algo a ser melhor discutido adiante. Ademais, fundamenta-se no fato de que esses órgãos são formados por profissionais, reconhecidamente, de maior experiência jurídica, adquirida ao longo de vários anos.

Primeiramente, visou-se assegurar a própria atividade jurisdicional, prevenindo o órgão julgador contra influências externas, que, infelizmente, tornaram-se um receio justificado no nosso país, já que não se tem mais dimensão da amplitude do jogo de interesses políticos e da corrupção que está engendrada no poder público. Portanto, alega-se que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ao julgar uma autoridade de alto escalão do Estado, estaria mais passível de ser atingido em sua imparcialidade, e, portanto, menos independente.

No entanto, essa função dos tribunais é anômala e excepcional, uma vez que eles não têm o perfil ou as características para cumprir função que é própria da magistratura de

base, pois sua ocupação se encontra, prioritariamente, na competência recursal.

Ocorre que, antes mesmo que a competência especial, o que garante imunidade ao agente público contra processos temerários é a garantia de imparcialidade do órgão julgador, pois, seja qual órgão for, a este foram conferidas garantias de vitaliciedade, irredutibilidade dos subsídios e inamovibilidade aos magistrados pela Constituição Federal de 1988, que, ao mesmo tempo, determinou, uma série de vedações, para o livre exercício de suas funções.

Ademais, não se deve levar ao extremo essa suposta passividade dos juízes a pressões externas, porque, ao lado deles, e, com a função reconhecida pela Constituição de fiscal da lei, atua o Ministério Público, que sempre está atento em manter a imparcialidade do juízo, sem prejuízo do controle interno dos órgãos corregedores da Justiça.

Uma outra razão que os doutrinadores afirmam justificar a adoção da competência por prerrogativa de foro é concernente à preservação da dignidade do cargo exercido, pretendendo-se livrar esses agentes públicos de acusações sem fundamento, por motivos pessoais, como ódio, inveja, divergências políticas, tendo em vista que, quanto mais pública a pessoa que ocupa o cargo ou mandato, mais sujeita se encontra a acusações.

Por último, ainda se fundamenta a fixação dessa competência no princípio da hierarquia, pois se evita uma subversão de ordem hierárquica, não permitindo que “inferiores” julguem seus “superiores”.

Fazendo alusão às razões que autorizam a competência especial por prerrogativa de função, comenta Julio Fabbrini Mirabete:

Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processadas por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores⁵.

Também em defesa do princípio da hierarquia, alude Fernando Capez que, “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”.⁶

Contudo, é necessário esclarecer que a Constituição Federal de 1988 concedeu a prerrogativa unicamente em matéria de crimes comuns e de responsabilidade, ressaltando-se apenas quanto ao mandado de segurança e ao *habeas data* contra determinadas autoridades

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 7. ed. Atlas. São Paulo 1997, p. 187

⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190

(art. 102, inc. I, *d* e art. 105, inc. I, *b*) valendo, portanto, a regra do juízo geral para as demais ações.

2.3. 1. Evolução histórica

Remonta ao Direito Romano o primeiro esboço de foro especial em razão da pessoa, quando, em meados do século V, na última fase do Império Romano, estabeleceu-se que os senadores, em razão do cometimento de crimes, seriam julgados pelos seus próprios pares⁷.

No que é pertinente ao Brasil, destacam-se, primordialmente, Ordenações Filipinas, da Espanha - basicamente a única fonte de normas antes da promulgação da primeira Constituição -, pois era mais do que perceptível o verdadeiro privilégio concedido aos nobres e fidalgos, não em relação ao foro de julgamento propriamente, mas na aplicação da pena, que, na maioria das vezes, era apenas pecuniária. Por sua vez, aos peões reservava-se sempre penas desumanas, como açoites e corte de membros, além da pena de prisão, demonstrando-se inteira situação de desigualdade.

Já no que tange às Constituições brasileiras, percebe-se que todas elas estabeleceram foros por prerrogativa de função nos julgamentos de crimes. A única Constituição do Império, por exemplo, estabelecia, consoante seu art. 47, a competência do Senado para julgar os membros da Família Real, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e deputados durante o mandato.

Após ser proclamada a República em 1889, adveio a Constituição de 1891, que também previu, no seu artigo 57, parágrafo 2º, a competência do Senado para julgar o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade previstos no art. 54, bem como para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal - STF, prevendo ainda competência desta corte para o julgamento do Presidente da República, no cometimento de crimes comuns, assim como os ministros de Estado e juízes federais inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade.

As Constituições de 1934 e 1937 tiveram destaque com a criação de tribunais específicos, o Tribunal Especial e o Conselho Federal, respectivamente, para o julgamento de crimes de responsabilidade do Presidente da República.

⁷ PAÇO, André Medeiros do. **Foro prerrogativa de função**. Prefeitos Municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

Vale ressaltar que, na década de 40, maior importância deu-se ao advento do Código de Processo Penal de 1941, que, em seu art. 84, estabeleceu que a competência para o julgamento de agentes com foro por prerrogativa de função era do STF e dos tribunais de apelação, pois a Constituição de 1946 não criou modificações relevantes quanto à fixação de foros especiais para agentes públicos, assim como a Constituição de 1967. De outra ponta, novas previsões trouxe a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, promulgada pela famigerada Junta Militar, que inovou ao estender a prerrogativa de julgamento pelo STF aos deputados e senadores.

Por sua vez, a Constituição de 1988, mais do que nunca, veio a estender as hipóteses de prerrogativa de função, prevendo-a, inclusive, para os prefeitos municipais e conferindo às Constituições Estaduais a faculdade de também acrescentar novas hipóteses de competência por prerrogativa de função para seus tribunais locais.

Percebe-se, claramente, portanto, o quão excessiva foi a atual Constituição no estabelecimento dos casos de competência originária dos tribunais para os agentes públicos, uma vez que pelo menos vinte casos foram nela previstos, aumentando consideravelmente esse número quando se somam às previsões estaduais.

2.3.2. O foro privilegiado e o princípio da isonomia

Enorme celeuma surge quando se questiona a competência por prerrogativa de função frente ao princípio da isonomia, havendo entendimentos tanto doutrinários e jurisprudenciais, muitas vezes, extremamente divergentes.

Contudo, o entendimento majoritário, tanto dos doutrinadores como da jurisprudência é direcionado para a convivência da competência especial com o princípio da isonomia, porque aquela é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional.

No entanto, analisando-se sob uma outra ótica, não estivesse essa competência *ratione personae* prevista expressamente na Constituição Federal, e tão somente em lei ordinária, seria indubitável a sua ofensa ao princípio da isonomia. Ocorre que a própria Carta Magna, consagradora do princípio da igualdade como direito fundamental, é responsável pela validade desse critério de competência, pois, como ressaltado inicialmente, todas as hipóteses em que este será cabível estão expressamente previstas na Constituição.

Percebe-se, assim, que a Constituição é paradoxal ao fixar a competência em razão

da função ou cargo públicos, pois em um Estado Democrático de Direito em que se valoriza quase que prioritariamente a igualdade material como valor jurídico fundamental, todos os agentes públicos deveriam ser julgados pelo mesmo juiz natural de qualquer cidadão, ou seja, pelo juiz de primeira instância.

Merece destaque, por visualizar um verdadeiro excesso por parte do constituinte ao fixar as hipóteses de prerrogativa de função, a passagem do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797 – Distrito Federal, na qual, como será visto adiante, discutiu-se amplamente sobre a competência especial por prerrogativa de função:

(...) a vigente Constituição do Brasil – ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática e seletiva de poder, cometeu censurável distorção na formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe (“*ex parte principis*”) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade.

Ninguém ignora que a Carta Política do Império do Brasil, de 1824, consagrou apenas cinco (5) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, que era o órgão de cúpula do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II)⁸.

Vale ressaltar, que não se pretende afrontar aqui o preceito constitucional que fixou essa competência, porque não foi propósito do constituinte criar uma condição de desigualdade ao fixar a competência especial para determinados agentes públicos. Assim, em princípio, não haveria qualquer ofensa ao princípio da isonomia porque o privilégio seria justificado em razão da dignidade e da prerrogativa da função e do cargo. Defendendo esse entendimento, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que:

Poderia parecer, à primeira vista, que esse tratamento especial conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a lei, inserto no limiar do capítulo destinado aos direitos e garantias individuais (Magna Carta, art. 5.º), e, ao mesmo tempo, entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado. (...) O que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe. (...) O privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função⁹.

⁸ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 2797-DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça em 19/12/2006, p. 218.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129-130

Corroborar-se a visão do autor no que pertine à diferenciação estabelecida entre foro por prerrogativa de função e foro privilegiado. Isso porque não se deve jamais ser demonstrado repúdio ao argumento de proibição de foro privilegiado, posto que este, realmente, sempre foi abolido, desde, inclusive, a primeira Constituição brasileira, o que se confirma com a análise dos dispositivos das Constituições que precederam a atual. Como exemplo a dicção do art. 179, inciso XVII: “À exceção das causas que por sua natureza pertençam a juízos especiais, não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis e criminais”.

Do mesmo modo, todas as demais Constituições, sem exceção, trouxeram em seu texto a expressa vedação à criação de foro privilegiado, nessa exata expressão, o que não representa rejeição à adoção de foros especiais por prerrogativa de função, haja vista que esses, como pôde ser observado anteriormente, quando se retratou a evolução das Constituições brasileiras, sempre foram previstos. Contudo, as hipóteses eram fixadas somente em razão da relevância dos cargos exercidos por determinados agentes públicos. O que se depreende, portanto, é que o foro privilegiado é aquele fixado por motivo injustificado, ou seja, em ofensa expressa à isonomia, porque estabelecido discriminadamente, em razão de por exemplo, classe social, cor, raça, sexo ou idade.

Nesse ponto, diferenciando o conceito de privilégio e prerrogativa, digno de registro o voto do Ministro Eros Grau na seguinte passagem, também constante da ADI n. 2797-DF:

No plano do direito comum, todos os que se encontram em situação de desigualdade em relação a terceiros são tratados de modo desigual, em relação a esses terceiros, pela lei comum. Pois sabemos que a igualdade consiste em tratar desigualmente situações desiguais. Cada grupo de desiguais é titular de determinadas prerrogativas, que se compõem no plano da igualdade perante a lei. O titular de um privilégio não. Este merece tratamento desigual não por encontrar-se em situação de desigualdade em relação a terceiros, senão porque o princípio da igualdade perante a lei é rompido, de modo que o titular do privilégio goze de uma vantagem que não beneficia os seus iguais. Banir os privilégios, esta expressão sempre significou o afastamento de tratamentos desiguais entre iguais. Insisto: as prerrogativas não são incompatíveis com a igualdade perante a lei, antes a confirmam, na medida em que, repito, a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais.¹⁰

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 2797-DF. *Op Cit.*, p. 218.

Na verdade, há equívoco, por parte de muitos doutrinadores e críticos, que passaram a utilizar constantemente essa expressão “foro privilegiado” como sinônimo de foro especial por prerrogativa de função, porque aquele, acaso existisse, demonstrava claramente privilégio estabelecido em razão de qualidades pessoais, em claro desrespeito ao princípio da isonomia.

No entanto, vale ressaltar que, apesar de não ser o intento da Constituição de 1988, a competência especial por prerrogativa de função, muitas vezes, configura, na prática, um verdadeiro privilégio, uma vez que os tribunais, por não serem dotados de estrutura que permita um julgamento originário eficaz, estão abarrotados de processos derivados de competência originária, o que acaba acarretando a impunidade da maioria dos agentes públicos que são submetidos a seu julgamento.

A existência desse privilégio é plenamente passível de ser demonstrada na situação atual, na qual a Polícia Federal, por meio de diversas operações, está desbaratando várias quadrilhas de corruptores que estavam arrebatando dinheiro público em seu proveito das formas mais imorais possíveis. Isso porque, nessas quadrilhas, há envolvimento tanto de agentes públicos que detêm a competência especial como de pessoas estranhas ao Poder Público. Por isso, há um desmembramento da investigação e do provável processo criminal, e, enquanto os não detentores da prerrogativa têm quase sempre prisão preventiva decretada, aqueles que a detêm, na maioria das vezes, têm depois aceito o pedido de liberdade provisória pelos tribunais superiores.

Em artigo intitulado “Os fidalgos e o xampu”, publicado na revista *Veja*, de 02 de maio de 2007, o colunista André Petry, comentando a soltura de um desembargador preso na denominada “Operação Furacão”, defende “a necessidade de acabar com o foro privilegiado, instituto que, ao remeter o julgamento de autoridades para tribunais superiores, divide o país em moradores da casa-grande e moradores da senzala¹¹”, sustentando ainda que, no mundo dos fatos, ocorre sim um privilégio, pois “o Supremo Tribunal Federal pode não ter cedido à pressão de ninguém, mas o fato é que, na democracia, nunca condenou um deputado federal, um senador, um ministro. Nunca.”

¹¹ Revista *Veja*. Edição 206, ano 40, n. 17, São Paulo: Abril, de 02 de maio de 2007, p. 67.

2.3.3. A atualidade do cargo, função e mandato para o gozo da prerrogativa de foro

Quando se tratar de parlamentares e chefes do Poder Executivo, ou seja, da existência de um mandato, o foro por prerrogativa de função pode ser aplicado a partir do momento em que estes são diplomados. Por sua vez, em se tratando dos demais agentes, que ingressam em determinado cargo por meio de concurso público, como os juízes e membros do Ministério Público, ou mediante cargo de provimento por comissão, como os Ministros de Estado, o foro pode incidir desde o momento da investidura.

Exatamente por ser a competência por prerrogativa de função estabelecida unicamente em razão do exercício da função pública é que ela somente deve vigorar durante este. É mais do que lógico. Este também parece ter sido a intenção da Constituição, que nenhuma ressalva fez para conceder a prerrogativa também ao ex-agente público, isto é, aquele que cujo mandato cessou, que perdeu o cargo, ou ainda que está aposentado.

Esse também já é o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, pois, em agosto de 1999, a corte maior desse país, alterou radicalmente o entendimento antes esposado, que vigia há quase meio século, a partir do cancelamento da súmula n. 394, que tinha a seguinte redação: *“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”*.

Vale colacionar trecho do acórdão proferido no aludido julgamento, o qual teve como relator o Ministro Sidney Sanches, para demonstrar o atual entendimento da Suprema Corte:

(...) a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos¹².

¹² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Inquérito 687-4-SP, relator Ministro Sidney Sanches, publicado no Diário de Justiça em 09.11.2001, p. 44.

Portanto, atualmente, a competência por prerrogativa de função somente pode ser firmada quando o indiciado, acusado ou réu ainda se encontrar, no curso do inquérito ou do processo, desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta o foro especial. Assim, se a ação penal originária dos tribunais já se trata de uma exceção, a extensão desta para ex-agentes públicos seria algo ainda mais excepcional.

3.3.4. Critérios de definição da competência especial por prerrogativa de função

Como já ressaltado, todas as hipóteses de competência por prerrogativa de função, por se tratarem de competência originária dos tribunais, devem estar expressamente previstas na Constituição Federal ou ainda, em casos de simetria, nas Constituições estaduais, permissão dada pelo art. 125, § 1º,¹³ quando se tratar da competência dos Tribunais de Justiça.

No entanto, não será sempre que o julgamento dos agentes públicos dotados dessa prerrogativa será realizado perante os tribunais, isso porque, quando se tratar de julgamento político, poderá ele ser feito perante membros do respectivo Poder Legislativo.

Assim, a Constituição de 1988 dá ao Senado Federal competência para julgar o Presidente da República, o Vice-presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, inc. I e II).

Por sua vez, ao Supremo Tribunal Federal cabe julgar o Presidente da República, o Vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, inc. I, *b e c*).

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais, Conselhos e

¹³ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

Tribunais de Contas dos municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos tribunais (art. 105, inc. I, *a*).

Aos Tribunais Regionais Federais atribui-se o julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos juízes federais, juízes do Trabalho, juízes militares e procuradores da República, da área de sua respectiva jurisdição (art. 108, inc. I, *a*); e aos Tribunais Regionais Eleitorais, os juízes eleitorais, nos crimes de responsabilidade.

Por último, a Constituição Federal estabeleceu reservou aos Tribunais de Justiça o julgamento dos prefeitos (art. 29, inc. VIII), dos juízes de Direito e membros do Ministério Público estaduais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, inc. III), conferindo ainda às Constituições estaduais a faculdade de alargamento dessa competência.

Não obstante essa possibilidade de ampliação no âmbito estadual, é imprescindível ressaltar que essa faculdade não pode ser exercida de forma desmedida. Isso porque à Constituição estadual não cabe, de forma alguma, estabelecer competência desconforme com os ditames da Constituição Federal, ou seja, competência que não encontre correspondência nas hipóteses constitucionais fixadas a nível federal, pois o poder do constituinte estadual não é discricionário e deve obediência ao princípio da simetria, concretizado quando se realiza um processo de analogia com a Carta Maior, atendendo-se a um critério de razoabilidade.

Além do dever de observar o princípio da simetria, a Constituição Estadual deve se sujeitar a todas as limitações explícitas e implícitas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário, sendo, por isso, na lição do constitucionalista Alexandre de Moraes, elaborada pelo denominado Poder Constituinte Derivado Decorrente, que “consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal”.¹⁴

Além disso, deve-se destacar que foi outorgada somente à Constituição estadual a possibilidade de definir, em seu texto, a competência do Tribunal de Justiça local, jamais se admitindo essa definição, direta ou indiretamente, por lei ordinária. Se assim acontecer, essa lei é plenamente passível de controle de constitucionalidade.

Exemplo disso foi encontrado em recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, julgada em 10 de maio deste ano, na qual foi julgado procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para declarar a

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24

inconstitucionalidade da expressão “e de quaisquer outras autoridades a estas equiparadas, na forma da lei” contida no art. 108, inc. VII, *b*, da Constituição do Estado do Ceará, que dispõe competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, mandado de segurança e *habeas data* contra atos das autoridades que especifica e, ainda, de quaisquer outras a serem definidas em lei. Considerou-se que a expressão impugnada estatuiu competência aberta ao legislador infraconstitucional, em ofensa ao § 1º do art. 125 da CF, que estabelece que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado-membro. Entendeu-se, assim, que o constituinte estadual deixara de definir a competência daquele órgão como era seu dever, transferindo ao legislador ordinário competência que era de sua exclusiva atribuição, nos termos constitucionalmente previstos e possibilitou, com isso, que a competência do Tribunal de Justiça ficasse, no ponto, sem definição¹⁵.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, [ADI n. 3140-CE, relatora Ministra Cármen Lúcia, Informativo n. 466, de 7 a 11 de maio de 2007, p. 5-6.](#)

3 COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO E NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3. 1. Ação de improbidade administrativa: Lei n. 8.429/92

Sempre foi característica do Estado Democrático de Direito a manutenção do bem-estar social do povo, sendo a satisfação do interesse público sua finalidade maior. Como decorrência direta, percebe-se sua constante preocupação com a máquina administrativa, vez esta consiste num dos instrumentos essenciais para garantir a efetividade das prestações sociais e o atendimento das necessidades básicas.

Desse modo, é vedado ao agente público atuar buscando satisfazer interesses particulares. Se todo o sistema de direito administrativo se constrói com base nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e na indisponibilidade do interesse público pela Administração,¹⁶ a violação desses princípios pelo agente público importaria também na não observância à probidade administrativa.

Por isso, por ser obrigação do administrador público se pautar na honestidade e executar suas funções sempre no intuito de realizar o interesse público, jamais este pode dispor, de qualquer forma, dos poderes a ele confiados em proveito pessoal ou de outrem, pois a atuação almejada pela Administração Pública é exatamente aquela que tem como princípio a probidade administrativa.

Na lição de Wallace Paiva Martins Júnior:

A adoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico valoriza a implementação prática do princípio da moralidade administrativa, conferindo à Nação, ao Estado, ao povo, enfim, um direito público subjetivo a uma Administração Pública proba e honesta (e a ter agentes públicos com essas mesmas qualidades), através de meios e instrumentos preventivos e repressivos (ou sancionadores) da improbidade administrativa¹⁷.

Atualmente, um dos instrumentos mais importantes no combate à improbidade

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celson Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48.

¹⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 102-103.

administrativa é a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que divide a conduta ímproba em três modalidades em seus arts. 9º, 10 e 11: a) em atos de improbidade administrativa que importam no enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízo ao erário; e c) que atentam contra os princípios da administração pública. Cada um desses artigos definiu, genericamente, o que seriam os respectivos atos de improbidade no *caput*, dando uma definição detalhada em seus vários incisos das principais formas de manifestação destes.

Contudo, é necessário ressaltar que a preocupação com o combate à improbidade administrativa não surgiu com referida lei, uma vez que sempre se objetivou tutelar a probidade, porque, afinal, sempre existiram agentes mal intencionados e corruptos.

3. 1. 1. Evolução do combate à improbidade administrativa no Direito Positivo

O combate específico à improbidade administrativa teve início com o Decreto-lei Federal n. 3.240/41, que previa a pena de seqüestro e a perda dos bens para autores de crimes que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública, com o locupletamento ilícito, e, subsidiariamente, a sanção de reparação civil do dano e incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.

A Constituição de 1946, por sua vez, estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (artigo 141, § 3º). Regulamentando referido texto constitucional, foi publicada a Lei nº 3.164/57, denominada “Lei Pitombo-Godói Ilha”.

Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei nº 3.502/58, conhecida pelo nome de seu autor, Bilac Pinto, que ampliou a esfera da tutela e tratou do enriquecimento ilícito em conceito mais amplo, já que essa era a modalidade mais presente da improbidade administrativa. No entanto, a legitimidade para propor a ação foi conferida apenas à entidade pública da administração direta ou indireta.

Em seguida, surgiu como reforço nesse combate um instrumento considerado até os dias atuais, que consiste na Lei n. 4.717/65, que regulamentou a ação popular prevista na Constituição de 1946, cabível a qualquer cidadão que pretendesse o desfazimento de ato ilegal e o seu eventual ressarcimento.

No entanto, o retrógrado Ato institucional n.º 5 - AI-5, editado em 13 de dezembro de 1968 deu poderes soberanos ao Presidente da República para suspender direitos

políticos, cassar mandatos e confiscar bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente, sendo esse sancionamento embasado em uma investigação sumária efetuada por uma comissão no âmbito do Ministério da Justiça, conforme o Decreto-Lei 359/68.

Por sua vez, relevante avanço se teve, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o Ministério Público ganhou uma série de atribuições na defesa da tutelas de interesse coletivo, dentre as quais se encontrava a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dentre outros, conforme art. 129, inc. III. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 7.347/85, a famigerada Lei da Ação Civil Pública, que garante a defesa dos interesses difusos e coletivos.

Não obstante essa nova atribuição do Ministério Público, uma das mais substanciais inovações trazidas pela Constituição de 1988 está presente no seu art. 37, §4º - incluído no bojo das disposições gerais do capítulo que trata da Administração Pública -, uma vez que alarga o conceito de improbidade administrativa quando estabelece que os atos ímprobos “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Ademais, percebe-se ainda que referido dispositivo institui um controle jurisdicional do ato ímprobo, a ser regulamentado em lei. Com isso, a Constituição impõe uma ordem dirigida ao legislador infraconstitucional no sentido de criar um aparato legal suficientemente efetivo para aplicar as sanções que determinou.

Assim, em obediência a esse mandamento, e com a garantia do suporte constitucional, veio a Lei n. 8.429/92, que descreveu as condutas ímprobas, suas respectivas sanções, assim como regulamentou todo o procedimento judicial da majestosa “ação de improbidade administrativa”, concedendo legitimidade tanto ao ente público diretamente ofendido, como ao Ministério Público, de forma a ratificar a atribuição já outorgada pela Constituição. Além disso, as cominações da referida lei serão aplicáveis não só ao agente público, mas também a todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indiretamente (art. 3º).

Às sanções trazidas pela Constituição, foram acrescentadas ainda a cominação de multa e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios. Vale ressaltar que esse acréscimo de sanções, ao contrário do que alguns alegam, é plenamente cabível, haja vista que a Lei Maior não estabeleceu nenhum obstáculo à regulamentação ordinária para o sancionamento, devendo este apenas ser pautado em um critério de razoabilidade.

Assim, a partir desse momento, a Constituição atual demonstrou ter sido a mais ousada e, sem dúvida, a mais sensata de todas, pois o Ministério Público, até os dias de hoje, vem honrando de forma deslumbrante a responsabilidade que lhe foi confiada, inaugurando um novo e efetivo sistema de punição aos atos de improbidade administrativa.

3. 1. 2. Natureza da ação de improbidade administrativa: espécie de ação civil pública

Ao regulamentar o dispositivo constitucional constante no art. 37, §4º, a Lei de Improbidade Administrativa elenca sanções, dispostas no art. 12 e seus incisos, conforme as três ordens de atos de improbidade administrativa, apresentando diversidade e intensidade na medida da recomposição da ordem jurídica lesada. Se não houvesse o legislador ordinário obedecido ao mandamento contido na referida norma constitucional de eficácia limitada, provavelmente haveria sério comprometimento no resguardo da tutela da probidade administrativa.

Quanto à responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa, parece ter sido propósito da Constituição estabelecer uma instância autônoma e eficaz destinada especialmente à punição de agentes ímprobos. Isso porque o art. 37, § 4º, *in fine*, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que as mesmas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”. Assim, deixa claro que as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário serão aplicadas em instância diversa da penal, qual seja, na instância civil. Sobre a questão, discorreu Fábio Konder Comparato:

Se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal. Na Lei 8.429, de 1992, de resto, distinguem-se claramente as penas de perda da função pública, de perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do responsável e de ressarcimento do dano, cominadas no art. 12, das “sanções penais, civis e administrativas”, previstas na legislação específica.¹⁸

Tal conclusão pode não parecer inicialmente relevante, mas, na verdade, é substancial, principalmente, para apontar conseqüências importantes na aplicação da Lei n.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A competência do juízo de 1º grau**. 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, p. 126-127.

8.429/92. Isso se deve ao fato de que a definição da natureza dos atos ilícitos, geralmente, é essencial para a fixação do procedimento a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide. Partindo-se do pressuposto de que a ação possui natureza cível, desde logo, já se formam importantes conclusões, quais sejam, a incompetência absoluta do juízo criminal, a aplicação das regras gerais de competência para a atribuição de um juízo monocrático, inclusive aos agentes públicos que gozam de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal, posto que, como ressaltado, somente é válido no caso de condutas criminosas.

Talvez em virtude dessa última conseqüência, ainda persistem alguns juristas a defender que essa ação judicial “não se trata de uma ação qualquer, mas de uma ‘ação civil’ de forte conteúdo penal”¹⁹, fato que seria suficiente para conferir competência da justiça criminal para o seu julgamento. Contudo, referida tese não deve prosperar de forma alguma. Nessa esteira também é o posicionamento de Emerson Garcia:

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam "forte conteúdo penal". Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas.²⁰

Conquanto algumas das condutas consideradas como atos de improbidade administrativa tenham correspondência com tipos penais, como crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública, dispostos no arts. 312 a 326 do Código Penal, não pode a ação de improbidade administrativa ser considerada de responsabilização penal. Isso porque, primordialmente, a Constituição Federal define, de pronto, a natureza jurídica da ação e, por conseguinte, das conseqüentes sanções, quando ressalva a aplicação das sanções penais cabíveis, certamente, por via de ação penal própria.

Assim, é inconcebível qualquer concepção que vá de encontro a entendimento expresso da própria Constituição Federal. Está mais do que claro. Nenhum método

¹⁹ WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Revista de Informação Legislativa. **Competência para julgar improbidade administrativa.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/138/r138-17.pdf>> Acesso em: 03.06.2007.

²⁰ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 436.

interpretativo pode chegar à conclusão diferente do que se alcança com uma interpretação literal do dispositivo, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil e se aplica independentemente da responsabilização penal para aquela conduta.

Além da Carta Magna, também é claro o dispositivo do art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92, no sentido de que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal. Ademais, no mesmo art. 12, nenhuma das sanções previstas importa em privação de liberdade,²¹ sanção inconcebível na seara civil, pois aplicável somente na esfera penal, haja vista que a única ressalva feita pela Constituição Federal foi direcionada aos casos de depositário infiel e de inadimplemento voluntário e inescusável pelo devedor de alimentos (art. 5º, inc. LXVII), o que acentua, ainda mais, o caráter extrapenal daquelas sanções.

Deve ser destacado ainda que a tipificação dos atos de improbidade administrativa não é taxativa, isso porque, conforme se observa no *caput* do arts. 9º, 10 e 11, o legislador conceituou ato de improbidade administrativa como sendo qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que, mesmo não descrita no rol legal, importe enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou que atente contra os princípios da Administração Pública, valendo-se no *caput* de cada artigo da técnica do conceito jurídico indeterminado, incompatível com a tipificação das infrações penais, que obedecem ao princípio da tipicidade fechada ou reserva legal, adotado pelo Código Penal Brasileiro, no seu art. 1º. Nesse mesmo sentido, defende Emerson Garcia, que:

As condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, ante o emprego do vocábulo ‘notadamente’, têm caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal (art. 5º, XXXIX, da CR/88), segundo o qual a norma incriminadora deve conter

²¹ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

expressa previsão da conduta criminosa.²²

Além do princípio da reserva legal, aplica-se também no Direito Penal o princípio da personalização, estabelecido na Constituição no art. 5º, XLV, posto que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Tal princípio, contudo, não é adotado na lei de improbidade administrativa, haja vista que prevê expressamente, em seu art. 8º, a possibilidade do sucessor do agente ímprobo, responder por este, quando se tratar de lesão ao patrimônio ou enriquecimento ilícito.²³

Assim, é de todo perceptível, ante a literalidade e clareza do texto constitucional e legal, que as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade não se confundem com as de natureza penal.

Quanto à natureza jurídica civil da ação de improbidade administrativa, não há mais a se ponderar, posto que incontestável. Cabe agora salientar quanto à sua natureza difusa, já que é inegável o interesse público existente na tutela da probidade administrativa, pois, atuando em sua defesa, essa ação judicial proporciona uma melhor prestação do Estado, visando não só à eficiência da função administrativa, mas, primordialmente, ao interesse público primário, ou seja, aos interesses da coletividade. Por isso, é incontestável a afirmação de que se trata de mais um diploma legal integrante da jurisdição civil coletiva, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Disso resulta que, subsidiariamente, poderão ser aplicadas as regras processuais existentes nessas leis, que conjuntamente, formam o processo civil coletivo brasileiro.

Destarte, chega-se à conclusão de que a própria ação de improbidade é uma espécie de ação civil pública, pois, quanto a isso também não nos deixa qualquer dúvida o art. 129, II, da Constituição Federal, que estabelece como função institucional do Ministério Público, dentre outras a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Resta comprovado, então, que foi intento do legislador constituinte prever a ação civil pública como instrumento idôneo, outrossim, para a aplicação das cominações a que dão ensejo à prática do ato ímprobo.

3. 2. Outras formas constitucionais de repressão à improbidade administrativa

²² GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Op cit.*, p. 433.

²³ “Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”.

Cabe salientar aqui, que não cabe somente à Lei n. 8.429/92 o louvável papel de combater a improbidade administrativa. Outros diplomas legais também buscam a sua repressão com sanções diferenciadas e sob natureza jurídica distintas, tanto no âmbito administrativo, penal, civil e eleitoral.

Contudo, deve-se realçar, desde logo, que essas sanções são aplicadas cumulativamente, inclusive com as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, não se podendo alegar a ocorrência de *bis in idem*, pois, como será melhor explicitado adiante, há independência entre as instâncias perante as quais as sanções serão aplicadas. Por isso, em regra, o resultado de cada uma delas não influi no que houver resultado na outra.

A Constituição Federal de 1988, demonstrando haver sido a que primou pela responsabilização dos agentes públicos, introduzindo a expressão “ato de improbidade administrativa”, é a responsável por determinar a maioria das formas de combate à improbidade administrativa.

Em seu art. 85, sujeita o Presidente da República à responsabilidade político-administrativa de determinados atos, os quais denomina de crimes de responsabilidade, com sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por prazo determinado, o que importa no famoso processo de *impeachment*. Em um de seus incisos, a probidade administrativa é um dos aspectos considerados na referida esfera de responsabilização, mas não é o único e nem o principal deles.

Da mesma forma, submeteu à responsabilização política-administrativa outros agentes políticos, tais como Governadores, Ministros de Estado, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, entre outros. Para a sujeição a essa responsabilidade, no parágrafo único do art. 85, determinou que caberia à lei especial regulamentar os nominados crimes de responsabilidade, estabelecendo normas de processo e julgamento, regulamentação essa que foi efetuada com a Lei n. 1.079/50.

Por sua vez, os crimes de responsabilidade cometidos por prefeitos e vice-prefeitos têm regulamentação própria no Decreto-lei Federal n. 201/67, que além de prever infrações político-administrativas em seu art. 4º, responsabiliza-o criminalmente por delitos funcionais no art. 1º, de natureza diversa daquelas, posto que serão apreciadas pelo Tribunal de Justiça, enquanto àquelas caberá o julgamento pela Câmara Municipal, que poderá importar na cassação de seu mandato.

Salutar é o pormenor traçado por Waldo Fazzio Júnior quanto à competência da Câmara Municipal para o julgamento das infrações político-administrativas cometidas por prefeito:

Esta (a Câmara Municipal) é, pois, nesse caso, órgão jurisdicional excepcional. Não se trata de juiz de exceção, como, equivocadamente, se pode entender, mas de jurisdição político-administrativa, a exemplo do que ocorre nas esferas superiores de poder. Guarda simetria com a definição da responsabilidade político-administrativa do Presidente da República e do Governador do Estado-membro.²⁴

Ademais, a Constituição de 1988, como uma forma de prevenção à improbidade administrativa, assinala no art. 14, §9º que outros casos de inelegibilidade devem ser definidos em lei complementar – ordem atendida a partir da com a edição da Lei Complementar n. 64/90 -, não sendo seu objetivo a punição dos atos de improbidade, mas prevenir sua prática para não prejudicar o período eleitoral, conforme de depreende dos seus termos:

Art. 14, § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Ainda em matéria de Direito Eleitoral, cabe destacar que a Magna Carta assegura a vedação da cassação de direitos políticos no art. 15. No entanto, ressalva no inc. V a hipótese de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”, o que corrobora a aplicação da sanção de perda dos direitos políticos, inclusive aos agentes políticos, porque assim como o art. 37, § 4º, não faz nenhuma ressalva quanto a estes.

Uma outra relevante forma de repressão a atos ímprobos consiste na ação popular, também assegurada na Constituição como garantia fundamental em seu artigo 5º, LXXIII e regulamentada pela Lei 4.771/1965. Esta, importante instrumento democrático, é cabível a qualquer cidadão, conforme os termos da própria Constituição:

Art. 5º, LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de Prefeitos**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 44.

Por fim, além desses, outros instrumentos, ainda que indiretamente, podem ser utilizados como forma tutelar a improbidade administrativa. Assim considera-se o processo administrativo disciplinar, que pode importar na perda do cargo, conforme art. 41, II, bem como o controle externo do Tribunal de Contas, que, de acordo com o art. 71, VIII, tem atribuição de aplicar aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas sanções como multa proporcional ao dano causado ao erário, bem como outras previstas em lei.

3. 2. 1. Crimes de responsabilidade, crimes comuns e atos de improbidade administrativa

Para melhor esclarecimento do objeto principal desse estudo, é imprescindível discutir acerca das diferenças existentes entre crimes de responsabilidade, crimes comuns e atos de improbidade administrativa, pois se percebe uma tendência cada vez maior em confundi-los, ou ainda considerar um deles como espécie de outro.

O crime de responsabilidade são aqueles que atentam contra a Constituição Federal, passíveis de serem cometidos por autoridades que ocupam alto escalão no Poder Público, quais sejam autoridades que integram a organização do poder estatal e incumbidas de atribuição políticas constitucionais. Consiste, por isso, em infração político-administrativa, que está sujeita à responsabilização perante órgãos que a própria Constituição também previu. Diferentemente de qualquer outra forma de responsabilização, esta não é apurada perante órgão jurisdicional de primeira instância, pois as previsões constitucionais somente estabeleceram essa competência para os tribunais superiores e para o Poder Legislativo.

O que se tem nos crimes de responsabilidade é a jurisdição política, ainda quando a competência para o julgamento seja atribuída a órgãos do Poder Judiciário. Por sua vez, na ação de improbidade administrativa, disciplinada na Lei nº 8.429/1992, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar, e com nenhuma ressalva constitucional quanto à competência especial de algum órgão julgador.

Assim, inconcebível seria submeter o julgamento de um ato de improbidade administrativa a uma instância política, quando se sabe que a apuração deste ato só se pode dar perante órgão jurisdicional. Mesmo havendo previsão na Lei n. 1.079/50 e da Constituição Federal no art. 85, V de que o crime contra a probidade na administração trata-se de uma das modalidades de crime de responsabilidade, não se pode confundi-lo com o ato de improbidade

administrativa apurado na Lei n. 8.429/92, uma vez que este último tem sentido amplo a ponto de responsabilizar o agente pela prática de qualquer ato que importe enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou que atentam contra os princípios da administração pública.

De outra ponta, aquele, além de possuir sentido mais estrito, somente sujeita os agentes políticos aos quais a Constituição expressamente imputou responsabilização político-administrativa, pois esta promana de outros fundamentos e visa outros fins, essencialmente políticos, a fim de assegurar o cumprimento das relevantes atribuições outorgadas pela Lei Maior. Esta foi consideravelmente clara ao determinar as duas formas diversas de apuração, não sendo, por isso, cabível a argumentação de que a infração política absorveria o ato de improbidade.

Vale ressaltar nesse sentido, mais uma vez o ensinamento de Emerson Garcia:

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em “atos de improbidade” e em “crimes de responsabilidade” remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem.²⁵

Uma outra característica que acentua a natureza jurídica distinta entre a apuração do crime de responsabilidade e a ação de improbidade é a questão do prazo prescricional, haja vista que enquanto as sanções previstas na lei n. 8.429/92 podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício do mandato, cargo de comissão ou função de confiança, conforme art. 23, I, o processo de apuração do crime de responsabilidade somente pode ser iniciado durante o período em que o acusado permanecer no cargo ou função, conforme art. 42 da Lei n. 1.079/50.²⁶

Quanto à diferenciação entre ato de improbidade administrativa e crime, as principais considerações já foram feitas quando se afirmou a natureza cível da ação de improbidade administrativa, cabendo realçar apenas que quando a Constituição usa a expressão “crimes comuns”, está-se compreendendo todas as infrações penais, sejam crimes ou contravenções, ou ainda delitos comuns ou especiais da justiça militar ou eleitoral.

Por fim, destacam-se aqui as controvérsias quanto à natureza jurídica do crime de

²⁵ GARCIA, Emerson. **O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9417&p=2>>. Acesso em: 08. jun. 2007.

²⁶ “Art. 42. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”

responsabilidade, se de fato é penal ou puramente político-administrativa. Para alguns doutrinadores, dentre eles Eugênio Pacelli de Oliveira²⁷ e o ex-ministro Paulo Brossard,²⁸ tais infrações, embora historicamente tratadas como de natureza penal, não estão submetidas aos ditames do Direito Penal, pois são, na verdade, infrações políticas da alçada do Direito Constitucional. Defendem, por sua vez, que o crime importa ofensas efetivas ou potenciais a bens jurídicos indispensáveis à sociedade e que os crimes de responsabilidade não possuem, quando não tipificados também como crimes comuns, relevância a ponto de sancionar o agente com uma pena privativa.

Ressalte-se que não foi esse o posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu, em mandado de segurança impetrado pelo ex-presidente Fernando Collor de Mello, a natureza criminal do processo de *impeachment*.²⁹

3. 3. A independência entre as instâncias de responsabilização civil, político-administrativa e penal pelos atos de improbidade administrativa

Como explicitado, em virtude de serem diversos os diplomas legais que sancionam a improbidade administrativa, mesmo que com sanções diferenciadas e sob natureza jurídica distintas, eventualmente, uma só conduta poderá caracterizar, ao mesmo tempo, crime comum, ato de improbidade administrativa ou ainda crime de responsabilidade. No entanto, jamais tais sanções poderão ser aplicadas no âmbito de um único julgamento, sendo essa vedação decorrente do sistema brasileiro de separação de instâncias, uma vez que qualquer ação somente será ajuizada perante sua esfera respectiva, seja ela administrativa, penal, civil ou eleitoral.

Assim, quanto à repressão à improbidade administrativa, o que há, na verdade é uma pluralidade ou concorrência de instâncias, o que se infere da leitura do *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/92 - que sujeita o responsável pelo ato de improbidade às suas cominações, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica” -, que, por sua vez, é inspirado na própria Constituição, no dispositivo referente ao

²⁷ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87-88.

²⁸ BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 70.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n. 21.564-0-DF. Relator: Min. Octavio Gallotti, publicado no Diário de Justiça em 27/08/1993, p. 19.

art. 37, § 4º, que prevê que as sanções para os atos de improbidade serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.

A respeito da diversidade de responsabilização que poderá resultar de apenas uma conduta, disserta Waldo Fazzio Júnior:

Há condutas que se aninham apenas na LIA (Lei de Improbidade Administrativa), outras que se subsumem tão-somente ao Decreto-lei nº 201 e outras ainda que só são descritas no CP (Código Penal). Também há as que se amoldam, conforme o caso, a todos ou alguns daqueles diplomas. Por exemplo, o peculato de uso é crime funcional (Decreto-lei nº 201) e ato de improbidade administrativa (LIA), mas é fato atípico no Código Penal.³⁰

O princípio da separação ou independência de instâncias é claramente perceptível na prescrição do art. 935 do Código Civil, a qual determina que “a responsabilidade civil é independente da criminal”. Contudo, deve-se esclarecer que, não obstante a instância deva ser adequada à natureza da ação, pode haver, quando a lei expressamente permitir, uma certa comunicabilidade entre elas, o que se depreende da parte final do art. 935, quando determina que não se poderá “questionar a existência de fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Assim, infere-se que a sentença condenatória criminal faz coisa julgada no cível, sendo tal influência, conforme entende Araken de Assis, decorrente do princípio da primazia da jurisdição repressiva³¹, qual seja, a jurisdição penal.

Assim, em razão da semelhança de sanções aplicáveis em algumas esferas aos atos de improbidade administrativa, não pode haver prejuízo da ação de improbidade administrativa, em detrimento de crime de responsabilidade ou crime comum relativo à conduta. Nessa esteira, é o argumento de Wallace Paiva Martins Júnior:

O que há são instâncias diferentes e autônomas para diversas qualificações jurídicas de um mesmo fato. Embora o efeito prático de algumas sanções seja equivalente, não há reserva ou exclusividade de “jurisdição” ao Poder Legislativo para repressão da improbidade administrativa. O regime republicano é o da responsabilidade sem comportar a abertura de nichos de imunidade do poder, razão pela qual a Lei Federal n. 8.429/92 aplica-se a qualquer ato de improbidade administrativa de qualquer dos Poderes, abrangendo, pois, a improbidade em atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sejam atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais (art. 2º, Lei n. 8.429/92).³²

³⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op cit.* p. 22.

³¹ ASSIS, Araken. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

³² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. *Op. Cit.*, p. 310.

Portanto, é perfeitamente possível a sujeição do agente público a várias instâncias pelo cometimento de determinada conduta ímproba. Explicitando: uma infração aos deveres funcionais pode provocar para o servidor público a perda do cargo, que poderá caracterizar, de acordo com a Constituição, uma sanção de natureza cível (art. 37, § 4º), administrativa (art. 41, § 1º, inc. II e III) ou penal (art. 5º, inc. XLVI); pode ainda a suspensão dos direitos políticos apresentar-se como consequência de uma sanção penal (art. 15, III) ou de uma sanção política (art. 85 e Lei nº 1.079/1950). Não obstante a multiplicidade de sanções, não há o que se falar nesses casos de ofensa ao princípio do *bis in idem*.

Nesse sentido, deve-se trazer ao lume o escólio de Eugênio Pacelli:

É que a ilicitude, enquanto contrariedade do fato à norma de direito, pode se estender a diversos ramos do mesmo ordenamento, podendo um único fato constituir tanto ilicitude penal como civil, administrativa e disciplinar, para citar apenas algumas. Ocorre que, nada obstante, o princípio da proibição do *bis in idem* impede a dupla imposição, pelo mesmo fato, de sanção da mesma natureza, exceto quando se tratar de penas distintas cumulativamente cominadas. Impede-se, assim, a dupla incriminação e apenação fora do regime concursal (art. 69, 70 e 71, do Código Penal), quando presente a violação a bens jurídicos distintos.³³

Corroborando a possibilidade de concorrência de instâncias, a Lei Complementar 101/2000, também denominada de Lei da Responsabilidade Fiscal, que estabelece normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal dispõe, em seu art. 74, que as infrações às disposições dessa lei ficam sujeitas às sanções da Lei 8429/92, do Código Penal, da Lei 1079/50, do Decreto-lei 201/67 e demais normas pertinentes.

Por derradeiro, o próprio art. 52, que trata da atribuição do Senado Federal de julgar o Presidente da República no processo de *impeachment*, em seu parágrafo único também corrobora, de forma incontestável, a aplicação das sanções correspondentes ao crime de responsabilidade juntamente com a de outras sanções na instância judicial, ao estabelecer que a condenação será aplicada “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. Dentre estas, pode-se incluir tanto as sanções penais, bem como as sanções civis da ação de improbidade administrativa.

³³ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p.97.

3. 4. Competência para o julgamento e processamento da ação civil pública de improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/92 não trouxe disposição alguma acerca do órgão jurisdicional competente para julgar a ação de improbidade administrativa. Desse modo, por se tratar, como visto, de ação civil pública ou coletiva, a ela se aplica, de modo subsidiário, a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que, em seu art. 2º enuncia que “as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Denota-se, desse dispositivo, que a determinação do juízo competente para julgar a ação civil pública independe de regra especial fixada na Constituição, uma vez que a ela se aplicam as regras gerais de fixação de competência. Conclui-se, portanto, que compete à Justiça comum – estadual ou federal - o julgamento das ações de improbidade administrativa, devendo merecer atenção “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”, conforme dicção do art. 109, I, da Constituição Federal, porque nesse caso a competência de jurisdição será da Justiça Federal, sendo a competência da Justiça Estadual subsidiária daquela.

Por sua vez, a competência territorial surge quando se fixa o local do dano provocado, material ou potencial, que é determinada a partir de critérios meramente geográficos, sendo de grande relevância por conceder ao julgador, devido à proximidade, mais dinamismo no recolhimento de provas. Por isso, em virtude do interesse público em questão, é que tal competência é considerada de natureza absoluta, não sendo cabível qualquer tentativa de modificação da competência.

Assim, a competência originária para conhecer e julgar as ações de improbidade administrativa, assim como nas ações populares, é dos juízes singulares. Entendimento mais que razoável. Isso porque a omissão da lei não pode ceder a interpretações desvirtuadas e a tentativas de conceder privilégios a determinados agentes públicos, pois ela se aplica indistintamente, conforme art. 2º da Lei de Improbidade.

3. 4. 1. Competência especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa

Em virtude das sanções da Lei 8.429/92 terem natureza cível, é indubitável a competência do juízo de primeiro grau de jurisdição no julgamento da ação, não podendo se cogitar de aplicação do critério de competência especial por prerrogativa de função, uma vez que o poder constituinte originário somente estabeleceu foros especiais em razão da dignidade da função para o processo penal, não incluindo a Constituição de 1988 o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa na esfera de atribuições jurisdicionais originárias dos tribunais.

Não obstante ser evidente o não cabimento de foros especiais no âmbito da ação de improbidade administrativa, são inúmeros os argumentos que defendem a incompetência absoluta do juízo de primeira instância para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra autoridades para as quais foi concedida prerrogativa de foro no âmbito penal.³⁴

A questão, por óbvio, foi submetida à discussão perante os tribunais superiores, em um famoso caso de desvio de verbas para a construção de prédio do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mais conhecido como “Caso Lalau”, em razão do qual responderam por improbidade administrativa o juiz do Tribunal Superior do Trabalho Nicolau dos Santos Neto e o ex-senador Luiz Estevão. Este último ajuizou reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, pretendendo invocar a prerrogativa de foro que possuía no âmbito de crimes comuns para a ação de improbidade administrativa que respondia perante juízo de primeiro grau, bem como alegando a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal por parte do juízo singular. Esta Corte, em decisão do Ministro Celso de Mello, em juízo de reconsideração no agravo regimental, decidiu, nestes termos:

SENADOR DA REPÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA PROCESSUAL A SER EVENTUALMENTE ADOTADA CONTRA EMPRESAS QUE ESTIVEREM SUJEITAS AO PODER DE CONTROLE E GESTÃO DO PARLAMENTAR, ATÉ A SUA INVESTIDURA NO MANDATO LEGISLATIVO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA LIMINAR CASSADA.

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes. 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

³⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce Caetano. **Panorama constitucional atual e perspectivas sobre as regras de foro por prerrogativa de função para agentes políticos.** In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; Bottini, Pierpaolo (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 245-246.

ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.³⁵

Desse modo, com base nesses exatos fundamentos esposados na decisão, não convence a tese defendida pelos agentes públicos que gozam de prerrogativa de foro. Contudo, como se verá adiante, atualmente, os tribunais superiores estão caminhando em sentido oposto, pois, ainda que de forma indireta, estão aceitando tese que implica na concessão de foro por prerrogativa de função aos agentes políticos que responderem por ato de improbidade administrativa.

3. 5. A tese de não-incidência da Lei de Improbidade Administrativa para os agentes políticos

O entendimento da Suprema Corte acerca da responsabilização de agentes políticos por improbidade administrativa perante o juízo de primeiro grau começou a ter nova forma a partir de decisão concessiva de liminar, pelo Ministro Nelson Jobim, na Reclamação 2138, que suspendeu os efeitos da sentença proferida pelo juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, que havia julgado procedente ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal contra o então ministro de Ciência e Tecnologia, Ronaldo Mota Sardemberg, acusado de ter usado para fins particulares um avião da Força Aérea Brasileira, quando era ministro no governo do ex-presidente Fernando Henrique.

A tese exposta na reclamação proposta pela União Federal foi de que houve usurpação de competência da Corte no julgamento de ação de improbidade administrativa, pois defende que os atos de improbidade, em verdade, redundariam em crimes de responsabilidade, pelo fato de que grande parte dos atos de improbidade encontram correspondência nos tipos alçados na Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade.

Em suma, a tese é pela não sujeição dos agentes políticos ao regime da Lei n. 8.429/92. O que se pretende é, de forma indireta, ampliar o foro especial por prerrogativa de função para abranger a responsabilidade dos agentes políticos também quando forem julgados

³⁵ Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Rcl 1.110-DF, relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 07/12/99, p. 58.

por ação de improbidade administrativa. Para melhor compreensão, segue um breve relato do conturbado julgamento da referida reclamação e seu final trágico.

Primeiramente, seu julgamento teve início em novembro de 2002, quando, em sessão plenária, o relator, ministro Nelson Jobim (aposentado), votou pela competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ação e declarou extinto o processo que gerou a Reclamação, assim como os ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa (aposentado), Ilmar Galvão (aposentado) e Cezar Peluso.³⁶ Como voto divergente, o ministro Carlos Velloso (aposentado) votou pela improcedência da Reclamação, que pediu vista dos autos. Em dezembro de 2005, o julgamento voltou a ser interrompido com o pedido vista do ministro Joaquim Barbosa.

Em março de 2007, quando o julgamento deveria ser retomado, o Procurador-Geral da República suscitou questão de ordem no sentido da perda objeto da reclamação em razão de Ronaldo Mota Sardemberg não mais ocupar o cargo de Ministro de Estado. Em razão dessa questão preliminar, foi realizado pedido de vista pelo ministro Eros Grau.

Contudo, tal questão foi afastada, porque, não obstante ser o agente ex-Ministro, atualmente, atua como chefe de missão diplomática de caráter permanente, o que, de igual modo, lhe confere a prerrogativa de foro, no caso de crime de responsabilidade. Além dessa, o Tribunal, também por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o julgamento da reclamação para aguardar-se o pregão de outro processo em que se tivesse a possibilidade de participação do Colegiado atual.

A conclusão do julgamento ocorreu recentemente, em 13 de junho de 2007. Apesar de já estar formado o posicionamento da maioria pela procedência da ação, votaram os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, todos pela improcedência da reclamação, acompanhando o voto divergente do ministro Carlos Velloso. Assim, a tese que prevaleceu, do ministro-relator Nelson Jobim, pela procedência da Reclamação, obteve a maioria de votos do Plenário, vencendo por seis votos a cinco.

Vale ressaltar que deixaram de votar os ministros Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia, por terem substituído ministros aposentados que já proferiram votos, motivo pelo qual se alega que o tribunal, com esta decisão, poderá estar permitindo uma visão ambígua, que pode não corresponder à visão da constituição da corte atual.

³⁶ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Rcl n. 2138-DF, relator Ministro Nelson Jobim. Informativo n. 471, de 11 a 15 de junho de 2007, p. 4-5.

Quanto ao mérito da decisão, merece registro o entendimento apresentado no voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa. Para ele, a tipificação da Lei de Improbidade Administrativa na qual incorre o ex-ministro, qual seja, o delito previsto no art. 9º, IV, não se enquadra como crime de responsabilidade da Lei 1.079/50, a não ser que assim se interprete, por extensão, o “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”, previsto no art. 9º, item 7, da Lei 1.079/50, muito menos como algum dos delitos previstos no título II, art. 13 da mesma lei, que trata de crimes específicos de Ministro de Estado. Entendeu ainda o Ministro que “não há impedimento à coexistência entre os dois sistemas de responsabilização dos agentes do estado”.³⁷

Por último, é necessário destacar que, felizmente, referida decisão somente surtirá efeito *inter partes*, ou seja, no âmbito da reclamação discutida, atingindo apenas o seu autor, sendo todos os outros processos contra políticos acusados de improbidade administrativa mantidos em seu rito normal. Contudo, não há como negar que aberto está um precedente.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica, pois, como visto anteriormente, não há razão em equiparar crimes de responsabilidade às condutas disciplinadas pela Lei de Improbidade, afeitas à seara cível e sujeitas a uma relação processual conduzida por um órgão jurisdicional.

Nesse sentido, também é a posição de Wallace Paiva Martins Júnior:

Se o ordenamento jurídico nacional pretendesse reservar a punição da improbidade administrativa dos agentes políticos à esfera do regime jurídico da responsabilidade política, instituiria a cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de sua censura em diferentes instâncias, animadas por matizes e naturezas jurídicas distintas, como feito nos arts. 14, §9º, 15, V, 37, §4º, e 85 da Constituição Federal, sem qualquer exceção – que aliás pecaria por falta de razoabilidade na adoção da discriminação em face do pilar da responsabilidade ampla que predica o regime republicano-constitucional na melhor tradição do direito brasileiro.³⁸

Assim, é perfeitamente cabível a concorrência da instância que apura o crime de responsabilidade com a instância perante a qual é processada a ação de improbidade administrativa, sem prejuízo do julgamento de uma instância em detrimento de outra.

Para demonstrar tal possibilidade, basta realizar uma comparação entre o processo de *impeachment* e o processo administrativo disciplinar, pelo qual responde o servidor público. Ambos não podem ser apurados em instância puramente jurisdicional, pois é

³⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Rcl n. 2138-DF, relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl2138JB.pdf>> Acesso em: 16 jun. 2007.

³⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, p. 310-311.

interesse direto do órgão ao qual estão vinculados a responsabilização de condutas praticadas em razão do cargo ou função ocupados, tanto do agente administrativo, como do agente político, respondendo este perante instância político-administrativa e aquele perante instância tão-somente administrativa.

Assim, da mesma forma que há possibilidade de aplicação da perda de cargo ou função no âmbito meramente administrativo, sem nenhum prejuízo à proposição da ação de improbidade, obstáculo algum pode haver na sujeição do agente político à ação de improbidade administrativa, quando este também responder por crime de responsabilidade. Isso porque não foi intento da Constituição de 1988 determinar a responsabilização dos servidores públicos perante a esfera administrativa e deixar os agentes políticos, que concentram ainda mais poderes, isentos de qualquer responsabilização.

3.6. Ação de improbidade administrativa contra atos do Presidente da República

Embora se defenda a aplicação indistinta da ação de improbidade administrativa a qualquer agente público, vale ressaltar que, em uma interpretação sistemática da Constituição, ou seja, interpretando-se o dispositivo constitucional referente ao art. 37, §4º, conjuntamente com outros, sobressai uma ressalva, pertinente à aplicação da perda de função pública para o Presidente da República. O que está se afirmando pode ser explicado a partir da ponderação entre o dispositivo que trata controle jurisdicional da improbidade administrativa e os arts. 85 e 86 da Constituição - que abordam a responsabilidade do Presidente da República -, em especial o §1º do art. 86, posto que este estabelece que o Chefe do Poder Executivo ficará suspenso de suas funções em dois casos: a) na hipótese de infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; e b) no caso de crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

Assim, ao estabelecer essas hipóteses, o que se infere é que o legislador constituinte, na verdade, disse que em face dos atos de improbidade administrativa não será possível a aplicação da sanção de suspensão das funções do Presidente da República pelo juízo de primeira instância, posto que se entende que, implicitamente, somente naqueles dois casos poderá haver a suspensão da função pública e que somente ao Supremo Tribunal Federal (se a conduta for enquadrada como crime comum) ou o Senado Federal (se for o caso de crime responsabilidade) serão competentes para a aplicação dessa sanção.

Contudo, é necessário esclarecer que não se está aqui impossibilitando a aplicação

dessa sanção ao Presidente da República pelo juízo de primeiro grau em razão da possibilidade de haver correspondência entre o ato de improbidade e o crime de responsabilidade. Jamais. Isso porque tal fato decorre tão somente da regra própria e especial ressalvada na Carta Magna quanto à perda da função pública. Por isso, nenhum obstáculo existe para a imposição das demais sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 ao Presidente da República, por meio de ação de improbidade administrativa perante juiz singular, mas tão somente para a imposição da destituição da função pública, o que é plenamente justificável em razão do risco que a aplicação dessa sanção importaria à democracia.

Por sua vez, quanto aos parlamentares, emana da própria Constituição Federal, nenhuma exceção pode haver, uma vez que, apesar de terem regime próprio de responsabilização na Constituição, a ação de improbidade administrativa é plenamente com esta cumulável. Ademais, a possibilidade de aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos em vista da prática de ato de improbidade administrativa também se justifica em virtude do disposto no art. 15, V, que prevê como hipótese excepcional de perda ou suspensão dos direitos políticos os casos de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º”, o que importa em mais um argumento para aplicação da ação de improbidade administrativa independente do processo especial a que os parlamentares estão submetidos.

4 EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ORDINÁRIA E DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

4. 1. Iniciativas legislativas de ampliação do foro por prerrogativa de função

Esse país tem assistido a um constante movimento no sentido de estender a prerrogativa de foro - concedida pela Constituição a alguns agentes públicos quando estes forem responsabilizados pelo cometimento de crimes - para as ações de improbidade administrativa. Provavelmente, essa iniciativa é decorrente da efetiva aplicação da Lei n. 8.429/92 pelo Ministério Público, haja vista que, ao menos até pouquíssimo tempo – até o recente julgamento da Reclamação 2138-DF -, tal lei era aplicada indistintamente a todo e qualquer agente público. Na verdade, a ação de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público consistiu no instrumento mais capaz, em toda a história brasileira, de reprimir, por parte dos agentes públicos – políticos ou administrativos -, as condutas desmotivadas de interesse público, pois, até então, reinava plenamente a impunidade e não se dava importância no controle do trato com a coisa pública.

Assim, em resposta a essa relevante atuação ministerial advieram diversas iniciativas legislativas objetivando consagrar a prerrogativa de função também em ações de improbidade administrativa, visualizando-se uma verdadeira expressão de arrependimento do legislador, que parece não haver previsto, à época da criação da Lei n. 8.429/92, os efeitos que resultariam da instrumentalização da ação de improbidade administrativa no controle do exercício das funções públicas.

A primeira iniciativa legislativa decorrente da efetiva aplicação da Lei n. 8.429/92 consistiu no Projeto de Lei n. 2.691/97, que atualmente tramita no Senado Federal, como Projeto de Lei Nº 65/1999, vulgarmente conhecido como “Lei da Mordaza”, que propôs, além da alteração na Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), que cerceava a divulgação de informações relativas a procedimentos e processos envolvendo agentes políticos, a extensão do foro especial por prerrogativa de função para a ação de improbidade administrativa, por meio da introdução no art. 17 da Lei n. 8.429/92 do §5º, que teria a seguinte redação: “A ação de improbidade 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”.

Pretendeu-se também realizar essa extensão por meio de emenda à Constituição, consoante se percebe pela tramitação da PEC 96/1992, na Câmara dos Deputados, que inseria no art. 96 da Constituição Federal o §3º, determinando que “as ações de improbidade intentadas contra autoridades que gozem de privilégio de foro previsto nesta Constituição serão apreciadas pelos órgãos judiciais competentes para julgar essas mesmas autoridades nos crimes comuns”. Contudo, a própria Câmara dos Deputados, no segundo turno de votação, suprimiu referido dispositivo.

Mesmo depois da decisão histórica de cancelamento da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, em agosto de 1999 - que extinguiu o foro especial por prerrogativa de função a ex-detentores de mandatos ou cargos públicos, por crimes cometidos durante o exercício funcional - ao argumento de que essa prerrogativa somente se justificaria se fosse para resguardar o exercício do cargo, nunca o interesse pessoal do seu ocupante, o Congresso Nacional editou, como reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394, em 24 de dezembro de 2002, a Lei 10.628/2002, que acrescentou dois parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal. Esta lei, além de estabelecer a prerrogativa de função para ex-autoridades, ampliou essa exceção também para as ações de improbidade administrativa.

Felizmente, o Plenário do Supremo, em 15 de setembro de 2005, declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 2.797/2002, ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público – Conamp, em decisão fundamentada basicamente, como se verá adiante, na impossibilidade de ampliação de prerrogativa de função por meio de lei ordinária, por se tratar de matéria reservada à Constituição.

Paralelamente, o propósito de estender o foro especial por meio de emenda constitucional ressurgiu no Senado Federal, quando da apreciação do projeto de Reforma do Poder Judiciário. As matérias modificadas nesse projeto inicial de reforma - dentre as quais se encontra a extensão da prerrogativa de função para abranger as ações de improbidade administrativa -, passaram a compor a PEC 358/2005, denominada Substitutivo da PEC 96/1992. Por sua vez, o projeto inicial resultou na famosa Emenda Constitucional n. 45/2004. O texto da PEC 358/1992 já foi aprovado no Senado e retornou à Câmara dos Deputados para apreciação das modificações, onde atualmente se encontra.

Assim, atualmente, parece ser intenção do legislador, a todo custo, aprovar referida emenda, uma vez que, desse modo, ao menos estaria atendida a exigência de que

matéria de competência originária dos tribunais somente está reservada à Constituição. Contudo, como será visto adiante, deve-se visualizar que a reforma constitucional tem limitações estabelecidas originalmente na própria Constituição, cabendo análise quanto à competência do legislador constituinte derivado para ampliar essa prerrogativa.

4. 2. Elementos principiológicos que desautorizam a ampliação do foro privativo às ações de improbidade administrativa

4. 2. 1. Princípio da isonomia

A competência especial por prerrogativa de função, por configurar derrogação extraordinária do postulado da igualdade, deve ser aplicada estritamente, não podendo ser estendida, injustificadamente e sem previsão constitucional, sob pena de malferição do princípio da isonomia. Assim, pelo simples fato de a aplicação da prerrogativa de foro na ação de improbidade administrativa não ser encontrada na Constituição Federal, não se deve adotar interpretação com o fito de exprimir vontade que não foi expressamente declarada pela Carta Magna.

Dessa maneira, é desarazada a criação de hipóteses de competência por prerrogativa de função, concedendo a determinados agentes públicos verdadeiros privilégios que jamais se justificam como critério de desigualação para obtenção de uma igualdade material, pois, ao estender esses privilégios a determinado grupo de pessoas a fim de serem julgadas por juízo diverso do comum estar-se-á concretizando uma igualdade puramente formal, que não é tolerável na vigência de um Estado que se diz Democrático de Direito. Para amparar determinadas autoridades públicas, permitindo-se submetê-las, no julgamento de ações de improbidade administrativa, a órgão colegiado, é imprescindível a apresentação de justificativa plausível e suficiente a demonstrar a real necessidade de desigualação para esses julgamentos, não devendo aqui se estender por analogia a mesma razão pela qual tal competência é adotada nas hipóteses de cometimento de crime comum, porque em matéria reservada à Constituição jamais se pode utilizar interpretação analógica ou extensiva.

Por não ser justificável frente ao princípio da isonomia, a concessão de competência especial por prerrogativa de função aos agentes públicos que responderem por ação de improbidade administrativa deixa de ser uma prerrogativa para ser considerada,

incontestadamente, um privilégio, uma vez que não se coaduna com o julgamento de ações de caráter eminentemente civil, que deve ser realizado perante o juiz natural dos cidadãos.

Ademais, apesar de o Supremo Tribunal Federal haver defendido em recente julgamento a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos passíveis de responderem por crime de responsabilidade - tese que, de forma indireta, concede a esses agentes foro especial - , esse é de longe o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência dos tribunais de segunda instância.

Da mesma forma, o entendimento aqui esposado é o de que a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se realmente a todos os agentes públicos, portanto, indistintamente, a agentes administrativos ou agentes políticos, pois ressalva alguma estabeleceu o art. 37, §4º da Constituição Federal. Ademais, é o que se sobressai também da própria Lei de Improbidade Administrativa, que em seu art. 1º prevê a sua aplicação a todo e qualquer agente público.³⁹ Portanto, qualquer tentativa no sentido de discriminar a aplicação do sancionamento previsto na Lei n. 8.429/92 em relação a determinados agentes públicos, importa em ofensa direta ao princípio da isonomia.

Nessa esteira também é o posicionamento de Marino Pazzaglini Filho, para quem “o conceito de agente público, para efeitos da LIA (Lei de Improbidade Administrativa), é mais abrangente do que o comumente adotado em outros institutos do Direito Público”,⁴⁰ classificando-os em quatro categorias, quais sejam: agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público.

Não enxergando também nenhum critério desigualação que justifique a não responsabilização dos agentes políticos por meio de ação de improbidade administrativa, o jurista Rogério Pacheco Alves, de enorme envergadura, faz a seguinte observação:

Aliás, a tese de que os agentes políticos, pela proeminência de suas funções, são merecedores de um campo próprio e exclusivo de responsabilização, o campo político, subverte a concepção, de índole moral e jurídica, na linha de que quanto maiores e mais relevantes as atribuições cometidas, maiores também serão as possibilidades e meios de responsabilização do agente público, marca indelével de

³⁹ “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”.

⁴⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. Atlas: São Paulo, 2002, p. 23.

uma democracia que se pretende perene.⁴¹

Destarte, essa tese de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a determinados agentes pode criar a absurda desigualdade, uma vez que, enquanto os agentes políticos, quando condenados, sofreriam apenas as penas de perda da função pública e inabilitação para cargo público por oito anos, um funcionário público comum que cometesse o mesmo ilícito estaria sujeito à perda do cargo, suspensão dos direitos políticos, reparação do dano, multa civil e impossibilidade de contratar com o poder público por determinado período.

Ademais, a não incidência da Lei de Improbidade Administrativa atinge também esse princípio republicano em razão de criar situação extremamente injusta, pois, se os agentes políticos somente são passíveis de cometerem crimes de responsabilidade, a ele nenhuma forma de responsabilização poderá ser aplicada, quando a conduta não estiver prevista na lei n. 1.079/50 ou Decreto-lei n. 201/2000, ficando, por isso, imunes. Contudo, praticado o ato por servidor público, jamais haverá impedimento algum a que esse ato seja considerado improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92, devendo, por isso, serem-lhe aplicáveis todas as suas sanções. Além disso, se o agente somente responder por crime de responsabilidade, nenhum instrumento caberá na repressão da conduta ímproba quando aquele por qualquer motivo deixar o cargo, posto que, como visto, a denúncia somente pode ser oferecida no período em que se exerce o cargo ou mandato, o que de forma direta também contribui para a impunidade desses agentes.

Vale ressaltar que, afrontando-se da forma como se pretende o princípio da igualdade, por consequência, atingir-se-á também o princípio do juiz natural, do qual decorre a garantia de um julgamento imparcial que preserve a igualdade entre as partes.

Não se pode deixar de colacionar importante lição de Emerson Garcia, quanto à aplicação indistinta dos mandamentos constitucionais aos agentes públicos:

Afigura-se indubioso, no entanto, que os detentores de mandato político (Parlamentar, Governador, Prefeito etc.) devem observar os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição, pois não seria razoável sustentar que esse preceito, o que inclui o seu parágrafo quarto, somente seria aplicável aos demais servidores públicos. Estes possuem disciplina autônoma nos arts. 39 e ss da Constituição da República, não sendo demais lembrar que muitos dos detentores de mandato político ocupam o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, qualquer que seja o ente

⁴¹ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 688.

da Federação, o que os erige à condição de principais destinatários das normas que disciplinam a administração pública e que definem os atos de improbidade.⁴²

Por fim, curioso destacar que, apesar do sistema de organização dos poderes adotado na Constituição brasileira ser quase que um espelho da Constituição americana, a adoção da competência especial por prerrogativa de função não foi reflexo dessa última, uma vez que nos Estados Unidos, nenhuma autoridade é julgada por júízo diverso do júízo do cidadão comum. Para comprovação, basta ser lembrado o caso do julgamento do ex-presidente Bill Clinton, que se sentou no banco dos réus como um cidadão comum, quando sofreu acusação do delito de perjúrio, por um promotor independente.

4. 2. 2. Princípio da razoável duração do processo

Indubitavelmente, a previsão de competência especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa também compromete o direito à razoável duração do processo, consagrado no inciso LXXVIII. do art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, e elevado, por isso, a direito fundamental da pessoa humana, uma vez que o julgamento pela prática de atos ímprobos, em razão dos efeitos deletérios provoca à coletividade, deve merecer resposta rápida e efetiva do Poder Judiciário, o que somente seria possibilitado pelo julgamento em júízo de primeira instância.

Assim, a pretendida ampliação da competência especial não será, de forma alguma, insensível aos tribunais, pois serão inúmeras as ações de improbidade administrativa que terão como sujeitos agentes políticos - em razão do excessivo número de autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função -, sem, no entanto, haver mudança na estrutura desses órgãos colegiados, insuficiente para absorver toda essa demanda, uma vez que ela é preparada apenas para receber recursos, o que resultará num enorme impacto a esses órgãos e, o que é pior, à tutela do patrimônio público. Deve-se destacar, portanto, que ministros e desembargadores não estão habituados a interrogar réus, ouvir testemunhas e conduzir a prova. Além disso, o relator, na colheita de prova, certamente terá dificuldades em razão da maioria delas se encontrarem em local distante do tribunal, tendo que optar, por isso, pela expedição de cartas de ordem, dirigidas ao júízo do local do dano.

⁴² GARCIA, Emerson. Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912&p=2>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

Para demonstrar essa incapacidade dos tribunais para o julgamento originário de ações, pode-se aqui colacionar informação do Jornal O Estado de São Paulo, de 18 de fevereiro de 2007, que trazia a seguinte manchete: “Em 10 anos, o STF não condenou nenhum político: desde 1996, o tribunal responsável por julgar parlamentares e ministros concluiu 29 processos penais”.⁴³ Informa a reportagem que dentre os vinte e nove processos criminais, treze haviam sido extintos por estarem prescritos, dez foram encaminhados para instâncias inferiores, e os outros seis, importaram absolvição dos acusados. Acrescenta ainda que o último caso conhecido de condenação no Supremo Tribunal Federal é de 1994, quando o ex-tesoureiro de campanha do ex-presidente Fernando Collor, Paulo César Farias, o PC Farias, foi condenado a sete anos de prisão.

Ressaltando também essa circunstância dominante nos tribunais, *Walter Nunes da Silva Júnior*, atual presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, é incisivo quanto à previsão de prerrogativa de foro para as autoridades públicas:

Equívoco histórico, o foro por prerrogativa de função, além de estabelecer, por linhas transversas, hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, tem se mostrado ineficiente. Os tribunais apresentam dificuldades estruturais e operacionais para instruir processos de sua competência originária, o que gera a morosidade e a conseqüente sensação de impunidade, até porque, não raro, ocorre a prescrição. Aliás, não há registro de que qualquer tribunal brasileiro, no exercício de sua competência por prerrogativa de função, tenha condenado um político.⁴⁴

Portanto, é inconteste que a estrutura dos tribunais, no que tange ao julgamento de ações originárias, gera a morosidade e conseqüente sensação de impunidade, não sendo raro, a ocorrência de prescrição. Essa reação foi claramente demonstrada durante o período a partir da promulgação da Lei 10.628/02, que instituiu a prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa para os agentes públicos já a detinham na responsabilização criminal, até, pelo menos, a declaração de sua inconstitucionalidade, em 2005.

Desse modo, qualquer iniciativa do legislador que venha a estender a competência por prerrogativa de função à hipótese não prevista na Constituição, é flagrantemente inconstitucional, uma vez que compromete diretamente o direito

⁴³ BRANDT, Ricardo. Jornal O Estado de São Paulo, de 18 de fevereiro de 2007. São Paulo: O Estado de São Paulo, p. A8 - Nacional, 1802-2007

⁴⁴ NUNES DA SILVA JÚNIOR, Walter. **Privilegiar para quê?**. Revista Consultor Jurídico, de 29 de maio de 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/56077,1>>. Acesso em: 17 jun. 2007

fundamental à celeridade processual, violando também, por consequência, o princípio do devido processo legal.

4. 2. 3. Princípio da imparcialidade dos juízes e membros do Ministério Público

Afirma-se que a ampliação da competência especial por prerrogativa de função resguardaria a independência do órgão julgador e impediria a subversão de hierarquia, alegando-se que a aplicação ação de improbidade pelo juízo de primeira instância aos agentes públicos que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns poderia propiciar situações extremantes como a cassação de seus direitos políticos ou a perda do cargo, inclusive daqueles dotados de cargos de primeiro escalão. No entanto, com o fito de garantir a estes agentes públicos segurança jurídica, a Lei n. 8.429/92 criou um procedimento judicial para apuração de atos de improbidade que somente permite a perda do cargo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme art. 20 da referida lei.⁴⁵

Assim, em última análise, todos os agentes públicos, de qualquer hierarquia, sempre poderão recorrer até o Supremo Tribunal Federal antes de perderem o cargo ou terem seus direitos políticos suspensos.

Os Tribunais pátrios, compostos por experientes magistrados nem sempre acertam mais do que o juiz de início de carreira – que inegavelmente possui mais dinamismo no levantamento de provas e tem mais condições buscar a verdade - , assim como, a ascensão profissional de um magistrado a um tribunal nem sempre é sinônimo de idoneidade e de isenção nos julgamentos.

Na composição de qualquer tribunal, não existem somente magistrados de carreira, uma vez que a Constituição Federal reservou um quinto de sua formação para a nomeação de membros do Ministério Público e advogados, pelo Chefe do Poder Executivo. Ora, trabalhando com hipóteses eventuais, esse mesmo Chefe do Poder Executivo é passível de responsabilização em ação de improbidade administrativa, e, acaso a ele seja estendido foro especial por prerrogativa de função, conseqüentemente, seu julgamento seria realizado perante o mesmo tribunal, com cuja composição ele colaborou. Assim, poderá participar do julgamento de ação de improbidade administrativa o desembargador ou ministro nomeado pelo Chefe do Poder Executivo (presidente ou governador), quando este for réu, bem como

⁴⁵ “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

quando o réu for político (Ministro de Estado, secretários estaduais, prefeitos, entre outros) intimamente relacionado com aquele. Isso resulta em enorme o risco de julgamentos políticos e inegável comprometimento da parcialidade do julgador, que não teria como proferir uma decisão isenta, devendo-se também destacar a possibilidade do julgador nomeado pelo Chefe do Executivo influenciar no julgamento de seus pares.

Da mesma forma, comprometida encontra-se a imparcialidade dos titulares das ações de improbidade administrativa - caso venha a prevalecer o foro por prerrogativa de função -, quais sejam, os procuradores-gerais, haja vista também estes são indicados pelos governadores dos Estados (se for o Procurador-Geral de Justiça) ou pelo Presidente da República (se for o Procurador-Geral da República). Assim, tal forma de nomeação representa outro risco ao princípio da independência funcional, e, por ser atingido diretamente ao processo de julgamento de ações de improbidade administrativa, representa também um risco na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa.

Portanto, a competência dos tribunais para o julgamento e a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral da República para a propositura, sem dúvida, são um forte obstáculo para a consagração do foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. Ademais, a função pública dos agentes políticos não precisa ser protegida mais do que precisa ser protegida a probidade administrativa.

4.3. Impossibilidade de ampliação da competência especial por prerrogativa de função por via legislativa ordinária

Conforme visto à exaustão, está claro que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e dos demais tribunais previstos na Constituição, na responsabilização de determinados agentes públicos, somente foi estabelecida no tocante a crimes comuns e de responsabilidade, constituindo um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional. Sabe-se que, em razão disso, ao legislador é inadmitido realizar interpretação extensiva das normas que trazem as hipóteses em que haverá o foro especial por prerrogativa de função, uma vez que se tratam de exceções às regras gerais de competência.

A Constituição Federal, utilizando-se do “silêncio eloqüente”, deixou de se referir às ações de natureza civil. Portanto, não é demais lembrar que o art. 37, § 4º, 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, deixando claro, como já observado acima, que a ação por improbidade administrativa tem caráter precisamente extrapenal.

Não obstante a clareza do texto constitucional, o legislador ordinário se utilizou do argumento de que a ação de improbidade administrativa, por aplicar sanções tão severas quanto às de caráter penal, teriam da mesma forma natureza penal, valendo-se dessa absurda conclusão para conceder aos agentes públicos prerrogativa de foro também para serem julgados por atos de improbidade administrativa. Portanto, 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 o legislador a se utilizar de sua competência ordinária de editar lei infraconstitucional para ampliar as hipóteses de cabimento da prerrogativa de foro e estendê-la ao julgamento das ações de improbidade administrativa.

Inexplicável do ponto de vista jurídico essa atitude do Poder Legislativo. Isso porque a Lei de Improbidade Administrativa nasceu, no ano de 1992, da iniciativa e pelas mãos dos próprios parlamentares e teve anuência do Chefe do Poder Executivo, todos estes detentores de foro por prerrogativa por função. É óbvio que tais agentes tinham plena ciência do processo judicial civil que estavam criando e de que, a partir da vigência da nova lei, todo ato de improbidade seria apurado, em relação a todos, perante júízo comum de primeiro grau, independentemente de apurações diversas por crimes de responsabilidade e crimes comuns.

Contudo, os parlamentares, legislando em causa própria, faculdade da qual eles têm o prazer imenso em utilizar, se autoconcederam um verdadeiro presente de Natal, uma vez que foi publicada, em regime de urgência, na véspera de natalina e no final do mandato do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei n. 10.628/2002, que estendeu o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa e o garantiu a ex-ocupantes de cargos públicos, como ex-presidentes da República, ex-ministros e ex-governadores.

Referida fonte normativa é claramente um absurdo do ponto de vista constitucional, haja vista que a Constituição Federal, consagrando o princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. Assim é que pensamos assistir razão a Fábio Konder Comparato quando diz que:

A livre instituição de privilégios jurisdicionais, se levada às suas últimas e naturais conseqüências, acabaria por revogar todo o ordenamento da competência judiciária e

por eliminar, em conseqüência, juntamente com a submissão de todos, sem discriminações, aos mesmos juízes e tribunais, a regra de que os órgãos de Poder Judiciário devem ser, pela sua própria natureza, permanentes e não circunstanciais.

46

4. 3.1. A Lei nº 10.628/2002

A alteração trazida pela Lei n. 10.628/2002, originada do Projeto de Lei n. 6.295/2002, foi dirigida ao art. 84, do Código de Processo Penal, que, a partir de sua publicação ficou assim redigido:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

No exame do *caput* desse art. 84, verifica-se que a disposição é mera redundância dos dispositivos constitucionais que tratam da competência especial por prerrogativa de função. Portanto, é apenas uma adaptação, haja vista que retirou a expressão ultrapassada de “Tribunais de Apelação”, não existentes mais na organização judiciária e citou os tribunais que atualmente exercem competência originária em razão da função pública do agente (esquecendo-se apenas dos Tribunais Regionais Eleitorais, que também julgam matéria criminal). Pretendeu, com isso, dar uma aparência de coerência e validade às disposições previstas em seus parágrafos frente à Constituição.

Contudo, esse intento não foi concretizado, tendo em vista que a partir da leitura dos parágrafos, denota-se, de pronto, que tratam de disposições acerca de ampliação da competência originária dos tribunais, matéria, como já observado, de índole exclusivamente constitucional.

O §1º, estendendo a prerrogativa de foro mesmo após a cessação da investidura ou

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Op cit.*, p. 126.

do exercício do cargo, claramente pretendeu reprimir, com força normativa, o enunciado da súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, já cancelada por esta Corte em 1999, contrariando, por isso, os fundamentos esposados na decisão tomada, em unanimidade, por seus membros.

Por sua vez, o §2º tratou de ampliar a competência especial não somente nos casos de cometimento de crime por parte de ex-autoridades, mas a estendeu à ação de improbidade administrativa. Portanto, de acordo com o referido parágrafo, sempre que o agente tivesse prerrogativa de função em matéria criminal, doravante também teria igual prerrogativa em sede de improbidade administrativa, retirando-se, assim, a competência dos juízes de primeiro grau, e, por consequência, a atribuição de todos os membros do Ministério Público Federal ou Estadual que atuam em primeira instância.

Assim, sem nenhuma razão lógica ou técnica, o §2º tratou de matéria que não tem forma nem conteúdo penal, no corpo do Código de Processo Penal, não podendo tal dispositivo ser acolhido, pois, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, seria o mesmo que “transformar à força o que é cível em matéria criminal, somente para justificar o foro privilegiado”⁴⁷, tendo em vista que, como já discutido, é insustentável o argumento de que a ação de improbidade teria natureza civil. Ademais, tanto o §1º como o §2º trouxeram regras atinentes ao princípio do juiz natural, isto é, disciplinaram matéria de competência que somente à Constituição Federal cabe fixar, porque, como já analisado no início, competência *ratione personae* é matéria de reserva constitucional e jamais destinada à lei ordinária.

Em razão dessa evidência, vale concordar aqui com o pertinente pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira, que, abismado com esta inovação e referindo-se aos congressistas, disse: “Que não se duvide: os autores da lei sabiam exatamente o que queriam, e, mais ainda, sabiam exatamente o que faziam.”⁴⁸

Também é salutar o pormenor traçado pelo renomado autor Fábio Konder Comparato, quando nega a existência de foro especial para responsabilização por atos de improbidade administrativa, afirmando que

a criação de foros privilegiados, em razão da função ou cargo público exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio da reserva, de natureza constitucional ou legal. Em nenhum país do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou, mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 212-213.

⁴⁸ PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Op cit*, p. 188.

de foro; pior ainda – o que seria inominável abuso – ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava.⁴⁹

Assim, respeitando, pois, a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico pátrio, vê-se que a Lei 10.628/2002 denota, desde o seu nascedouro, estar eivada de uma inconstitucionalidade flagrante, tendo em vista que desrespeita e contraria a imposição implícita da Carta Magna, a qual estipulou foro especial apenas para os crimes de responsabilidade e delitos penais. Ademais, historicamente, as hipóteses de foro especial sempre foram objeto de previsão constitucional, nunca se deixando a regulamentação da matéria para a legislação de menor envergadura.

Como não poderia deixar de ser, a Lei n. 10.628/2002 teve incidência imediata sobre todas as ações de improbidade, inclusive aquelas iniciadas antes de sua promulgação e mesmo que iniciadas depois de o beneficiário do foro especial haver deixado seu cargo. Pode-se de pronto perceber o tamanho caos resultante do enorme número de processos que tiveram que ser transportados dos juízos singulares para os tribunais, que, muitas vezes, ficaram durante mais de dois anos sem a realização de qualquer tipo de ato processual.

Como já sabido, a Lei n. 10.628/2002 foi objeto de ação direta de constitucionalidade (ADIn n. 2.797/2002), ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público – Conamp, no dia 27 de dezembro de 2002. Contudo, o então relator da ação, Ministro Ilmar Galvão, em 30 de dezembro de 2002, ao examinar o pedido de liminar, a este deu indeferimento, ao argumento de que haveria perigo em se permitir o julgamento precipitado de ações civis de improbidade administrativa por juízes que poderão vir a ser declarados incompetentes, sendo referida decisão monocrática extremamente criticada pela doutrina á época.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, em 15 de agosto de 2005, julgou procedentes, por maioria dos votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/2002, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.860/2002, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil, que, em razão da identidade dos objetos teve seus autos apensados àquela para julgamento conjunto. Referido julgamento, teve decisão fundamentada essencialmente na ilegitimidade do Congresso Nacional para ampliar a competência originária dos tribunais, por ser esta fixada de forma exaustiva e exclusiva na Constituição, na impossibilidade de equiparação da ação de improbidade administrativa com

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op Cit.*, p. 124.

o delito penal e na prevalência em sede foro por prerrogativa de função do princípio da atualidade do exercício do cargo, mandato ou função.

Ademais, referida decisão foi digna de elogios também quando expressamente declarou a inconstitucionalidade formal da lei ordinária em virtude de esta haver pretendido impor inteligência da Constituição, ou seja, uma interpretação autêntica desta. Merece, por isso, descrição referida passagem do acórdão:

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.⁵⁰

No entanto, apesar de o tema aparentemente haver perdido a importância em razão da referida decisão, a discussão acerca da ampliação do foro especial pro prerrogativa de função parece ter sido ressuscitada, ou nem menos haver sido extinta. Ao menos a decisão deve servir como exemplo, como lembra Gustavo Senna Miranda:

A abordagem ainda é importante não só a título histórico, mas, também, para dissipar qualquer dúvida de que o foro por prerrogativa de função não pode ser disciplinado por lei infraconstitucional, servindo a decisão do STF como julgamento paradigmático para se evitar que futuras investidas do legislador venham a comprometer a efetividade das ações de improbidade administrativa, ou, ainda, das demais ações coletivas.⁵¹

4. 4. Impossibilidade de ampliação da competência originária dos tribunais pelo Poder Constituinte Derivado

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 2797-DF, *Op Cit.*, p. 218.

⁵¹ MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007, p. 314.

A discussão realmente não teve fim com a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 pelo Supremo Tribunal Federal. Como relatado em tópico acima, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Emenda Constitucional n. 358/2005 (PEC 358/2005), que já foi aprovado no Senado e está prestes a ser apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Quanto ao objeto deste estudo, tem relevância o art. 97-A, inserido na PEC de origem, de autoria do Senador Romeu Tuma, uma vez que este dispositivo visa, do mesmo modo que a lei declarada inconstitucional, ampliar o foro por prerrogativa de função para ex-autoridades e às ações de improbidade administrativa, conforme se depreende da sua dicção:

Art. 97-A. A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.

Parágrafo único. A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo.

Assim, da mesma forma, além de estender o foro por prerrogativa de função para ex-agentes públicos, pretende o dispositivo abranger também as ações de improbidade administrativa. Desta vez, contudo, a extensão somente ocorrerá quando o ato de improbidade administrativa também for previsto como crime de responsabilidade, e não em todas as hipóteses em que as autoridades tiverem prerrogativa de foro para crimes comuns. Portanto, de acordo com essa pretensa regra, o direito de foro especial seria mais restritivo, porque cabível somente para aqueles agentes passíveis de responderem por crime de responsabilidade nos termos da Lei n. 1.079/50 e do Decreto-lei Federal n. 201/67.

Observa-se que tal pretensão é bastante semelhante à demonstrada na tese esposada na recente decisão do Supremo Tribunal Federal da Reclamação 2.138-DF, pois, igualmente, limita a prerrogativa aos casos em que os agentes respondam por crime de responsabilidade.

Demonstra-se que, na prática, buscou-se corrigir o vício de inconstitucionalidade do art. 84, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 10.628/2002, pois, um dos fundamentos desse vício, de acordo com o acórdão prolatado na ADIn 2797, estava relacionado, essencialmente, à inadequação da lei ordinária para o tratamento de matéria

reservada à Constituição. Em virtude disso, explica-se o enorme empenho em aprovar, a qualquer custo, desta vez por via constitucional, as normas que ampliem a competência especial por prerrogativa de função.

Contudo, o intento de estender essa competência, por meio de emenda à Constituição, para a ação civil pública de improbidade administrativa não assegurará a validade constitucional da iniciativa.

O Poder Constituinte originário, ao conferir a cada um dos tribunais previstos na Constituição atribuições precípuas e excepcionais, ao mesmo tempo, garantiu uma estrutura e organização compatível com esse conjunto de competências. Assim, dentre as atribuições precípuas, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de atuar como intérprete e guardião da Constituição, ao Supremo Tribunal de Justiça, como intérprete e garantidor da lei federal, e aos demais tribunais, como órgãos revisores das decisões de primeiro grau. Por sua vez, de forma excepcional, também foram atribuídas a esses órgãos uma função “secundária”, qual seja, a de competência originária para o julgamento de ações, sendo exemplo dessa atribuição o próprio julgamento derivado do foro especial por prerrogativa de função.

Cabe observar que, tendo em consideração todo o conjunto de atribuições desses tribunais, uma vez ampliada, pelo Poder Constituinte Derivado, sua competência originária por prerrogativa de função - prevista somente para os casos de crimes comuns e de responsabilidade -, para julgar também essas autoridades em ações de improbidade administrativa, enorme encargo seria trazido a esses órgãos, a ponto de inviabilizar o trabalho, haja vista que são inúmeras as ações de improbidade que tramitam em face de agentes públicos beneficiários, no processo penal, da referida prerrogativa. O dado concreto é incontestável e o número de ações de improbidade que chegam aos foros judiciais, no âmbito da Justiça Federal e da Estadual, em face de autoridades que teriam, pela PEC 358/05, prerrogativa de foro, é evidentemente imenso, e cresce a cada dia.

Isso apenas justifica a afirmação de que os tribunais brasileiros não são, atualmente, e, provavelmente, não serão, num futuro próximo, devidamente aparelhados para enfrentar essa onda de demandas judiciais, em face de pessoas que, com a nova solução constitucional, seriam detentoras de foro especial por prerrogativa da função para o julgamento por atos de improbidade.

O próprio Ministro Sidney Sanches, no julgamento que cancelou a súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, confessou a incapacidade de ampliação da competência desse tribunal:

E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora?⁵²

Ora, estender o foro especial para o julgamento dessa infinidade de ações significaria, na prática, uma interferência indevida no Poder Judiciário, ou seja, no seu funcionamento e no exercício das atribuições pretendidas na Constituição aos tribunais, principalmente das atribuições precípuas por estes conferidas, qual seja, a de uniformização na interpretação do direito positivo, quando se tratarem de tribunais superiores, e a de revisão de decisões, no caso dos tribunais de segunda instância. Desse modo, interferência que importe nessas conseqüências, inegavelmente, é uma violação ao princípio da separação dos Poderes do Estado, previsto no art. 2º da Constituição Federal 1988.

Portanto, em razão da excessiva ampliação da competência originária, os tribunais perderiam sua destinação principal de órgãos revisores para se transformarem em verdadeiros órgãos decisórios, a ponto de descaracterizar a dimensão para a qual foram concebidos primordialmente pelo Poder Constituinte Originário. Tendo em vista que referido resultado teria sido provocado por iniciativa de Poder Legislativo, em roupagem de Poder Constituinte Reformador, prejudicada estaria a independência e harmonia entre este e o Poder Judiciário, que, frente a uma situação como essa, se vê completamente impotente.

Nesse sentido, merecem ser colacionadas as célebres palavras de Fernando Grella Vieira, quando afirma que

O acervo de feitos e medidas deslocadas para a competência originária será expressivo e certamente conflitará com a destinação precípua de tais Cortes, criando sério risco a que o STF, por exemplo, possa atuar com regularidade e presteza na sua suprema missão de intérprete e garantidor da Constituição Federal, sobretudo pela enorme responsabilidade, que emerge do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de dizer a última palavra em relevantes questões de Governo e do próprio Estado.⁵³

⁵² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Inquérito 687-4-SP. *Op cit.*, p. 44.

⁵³ VIEIRA, Fernando Grella. **Ação civil pública de improbidade – Foro privilegiado e crime de responsabilidade.** in: MILARÉ, Édís (Coord.) A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005, p. 181.

Além disso, no caso dos Estados, em virtude de a Constituição haver, originalmente, conforme o §1º do art. 125, reconhecido sua autonomia para definir, através de suas respectivas Constituições, a competência de seus tribunais, importaria também violação ao princípio federativo a ampliação posterior de sua competência por meio de emenda constitucional, pois haveria comprometimento dessa atribuição outorgada exclusivamente às Constituições Estaduais pelo Poder Constituinte Originário. Na realidade, os Tribunais de Justiça seriam os mais prejudicados com essa alteração, já que passariam a ter responsabilidade para julgar todas as ações de improbidade administrativa contra todos os prefeitos municipais do respectivo Estado.

Vale ressaltar ainda que a PEC 358/2005 consagra o instituto da prerrogativa de foro também para o julgamento de ações populares e das demais ações civis públicas, não se restringindo aos casos de ações de improbidade administrativa, em razão das alterações nos dispositivos do art. 102, inc. I, alínea *d*⁵⁴ e do art. 105, inc. I, alínea *b*⁵⁵.

Portanto, irrefutável que tal iniciativa se opõe aos valores e ideais da Constituição, que por ser rígida, impõe limites ao Poder Constituinte Derivado, limitações essas que poderão ser temporais, circunstanciais ou materiais. Essas últimas, as famigeradas cláusulas pétreas, previstas em seu art. 60, §4º, são as limitações que proíbem ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Com relação às limitações materiais ao poder de reforma constitucional, importante a lição doutrinária de Paulo Bonavides:

É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional; o constituinte que

⁵⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:

.....
d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas a, b e c; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e a ação popular e a ação civil pública contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal;

⁵⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente:

.....
b) os mandados de segurança, os habeas data, as ações populares e as ações civis públicas contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional.⁵⁶

A respeito das cláusulas pétreas como forma de limitação material explícita na Constituição, disserta com muita propriedade o mestre José Afonso da Silva:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...”, ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual de Federação, ou voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.⁵⁷

Desse modo, basta somente que a norma pretendida na reforma constitucional venha acarretar, conforme descreve Fernando Grella Vieira, “o inchaço das atribuições dos órgãos de cúpula, transformando aquilo que seria extraordinário em ordinário, constituindo-se em entrave à normalidade do exercício da competência constitucional principal”⁵⁸, para estar frontalmente violado o princípio da separação dos poderes. Logo, conclui-se, que a proposta de emenda constitucional acima referida, por ampliar excessivamente o foro especial por prerrogativa de função, no intuito de favorecer, inegavelmente, o agente ou o ex-agente ímprobo demonstra clara violação à limitação material do Poder Constituinte Reformador, haja vista que indica tendência a abolir o princípio da separação dos poderes e a forma federativa de Estado.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 178.

⁵⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 67.

⁵⁸ VIEIRA, Fernando Grella. *Op Cit.*, p. 183.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos perversos da corrupção e de todas as condutas ímprobas cometidas pelos agentes públicos acabam comprometendo seriamente as várias prestações sociais assumidas pelo Estado e causando descrédito e revolta em toda a sociedade. A ação de improbidade administrativa trouxe, no entanto, uma esperança, pois buscou, de forma esplendorosa, combater os atos atentatórios à probidade administrativa, instrumentalizando-se como uma forma de tutelar mais esse relevante interesse coletivo. Portanto, qualquer empecilho que dificulte a apuração ou punição de atos de improbidade representa um retrocesso injustificável em um Estado Democrático de Direito.

Em razão do interesse coletivo objetivado, a ação de improbidade deve ter resposta rápida e eficaz perante a sociedade. Assim, impõe-se que a competência para o processo e julgamento da ação de improbidade seja, assim como no processo civil coletivo, do juiz singular do local do dano, conferindo, dessa forma, ao magistrado maior dinamismo na coleta de provas e proximidade dos fatos.

Portanto, não podem ser toleradas iniciativas tendentes a conceder a autoridades públicas de alto escalão a competência especial por prerrogativa de função no âmbito da ação de improbidade administrativa, haja vista que é inconteste que a estrutura dos tribunais, no que tange ao julgamento de ações originárias, gera a morosidade e conseqüente sensação de impunidade, não sendo raro a ocorrência de prescrição das referidas ações.

Ademais, diversos fundamentos de direito podem contrapor tal pretensão. Isso porque o foro especial por prerrogativa de função é estabelecido exclusivamente pela Constituição Federal ou dos Estados, e, nas hipóteses em que esta o permite, os agentes públicos somente terão a prerrogativa quando se tratar de julgamento de crimes comuns ou de responsabilidade, jamais cabendo nos casos em que forem julgados por ação de improbidade administrativa.

Destarte, é patente a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002 e de qualquer outra que fonte normativa que venha a conferir referida prerrogativa a determinados agentes públicos nas ações de improbidade administrativa. Como se vê, a Constituição Federal ressaltou a distinção entre os âmbitos de incidência da improbidade administrativa e do direito penal, não podendo o intérprete, e tampouco o legislador, confundi-los impunemente, não restando outra solução à lei que não observa limites de reserva constitucional e que interpreta

autenticamente a Constituição a não ser a expurgação do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade.

Como destacado, 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 o legislador a se utilizar de sua competência ordinária de editar lei infraconstitucional para ampliar as hipóteses de cabimento da prerrogativa de foro e estendê-la ao julgamento das ações de improbidade administrativa. Assim, sem dúvida, iniciativa como esta é motivada por interesses políticos espúrios.

Por sua vez, a aprovação de possível emenda constitucional, com a previsão de prerrogativa do foro em matéria civil, não sanaria o vício existente na referida pretensão, uma vez que os efeitos deletérios da extensão da competência originária dos tribunais seriam de tão grande monta, que comprometeriam, visivelmente, os tribunais no exercício das atribuições concedidas primordialmente pelo Poder Constituinte originário, impedindo a atuação destes na uniformização e segurança do direito positivo brasileiro e na revisão de decisões jurisdicionais, atribuições precípuas destes órgãos.

Assim, estaria representada verdadeira intromissão indevida na esfera de competência do Poder Judiciário, uma vez que a atribuição em excesso de funções nitidamente excepcionais comprometeria a normalidade do funcionamento dos tribunais, caracterizando-se incontestemente violação ao princípio da separação dos poderes e, no que tange aos Estados, ofensa ao princípio federativo, limitações materiais que, na verdade, são verdadeiro empecilho imposto pelo Poder Constituinte originário a qualquer reforma constitucional.

Além disso e, por fim, deve-se ressaltar que, mais do que intromissão de competência de Poderes, tal iniciativa significaria a contribuição decisiva para reinar a impunidade dos agentes políticos praticantes de atos de improbidade administrativa.

6 REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000
- BRANDT, Ricarco. **Jornal O Estado de São Paulo**, de 18 de fevereiro de 2007. São Paulo: O Estado de São Paulo, p. A8 - Nacional, 1802-2007
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, de 02 de junho de 1992.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, de 13 de novembro de 1941.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 2797-DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça em 19/12/2006
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Inquérito 687-4-SP, relator Ministro Sidney Sanches, publicado no Diário de Justiça em 09/11/2001
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n. 21.564-0-DF. Relator: Min. Octavio Gallotti, publicado no Diário de Justiça em 27/08/1993
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI n. 3140-CE, relatora Ministra Cármen Lúcia, Informativo n. 466, de 7 a 11 de maio de 2007
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Rcl 1.110-DF, relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 07/12/99
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Rcl n. 2138-DF, relator Ministro Nelson Jobim. Informativo n. 471, de 11 a 15 de junho de 2007
- _____ Rcl n. 2138-DF, relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl2138JB.pdf>> Acesso em: 16 jun. 2007
- BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992

BUENO, Cassio Scarpinella, PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende Porto Filho. **Improbidade Administrativa: Questões polêmicas e atuais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005

COMPARATO, Fábio Konder. **A competência do juízo de 1º grau**. *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

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de Prefeitos**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2001

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNADES, Antonio Scarance Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006

_____. **O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9417&p=2>>. Acesso em: 08. jun. 2007.

_____. **Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912&p=2>>. Acesso em: 08 jun. 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 7. ed. Atlas. São Paulo 1997

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do juiz natural na Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003

NUNES DA SILVA JÚNIOR, Walter. **Privilegiar para quê?**. Revista Consultor Jurídico, de 29 de maio de 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/56077,1>>. Acesso em: 17 jun. 2007

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

PAÇO, André Medeiros do. **Foro prerrogativa de função. Prefeitos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. Atlas: São Paulo, 2002

PETRY, André. **Revista Veja**. Edição 206, ano 40, n. 17, São Paulo: Abril, de 02 de maio de 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

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce Caetano. **Panorama constitucional atual e perspectivas sobre as regras de foro por prerrogativa de função para agentes políticos**. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; Bottini, Pierpaolo (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

VIEIRA, Fernando Grella. **Ação civil pública de improbidade – Foro privilegiado e crime de responsabilidade**. in: MILARÉ, Édis (Coord.) A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005

WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Revista de Informação Legislativa. Competência para julgar improbidade administrativa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_138/r138-17.pdf> Acesso em: 03.06.2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES

LESLIE ANNE MAIA CAMPOS

**DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA COMPETÊNCIA ESPECIAL POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

FORTALEZA

2007