



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O foro por prerrogativa de função nas Ações de Improbidade Administrativa

Katiane Harca Gravino

Rio de Janeiro
2013

KATIANE HARCA GRAVINO

O foro por prerrogativa de função nas Ações de Improbidade Administrativa

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Katiane Harca Gravino

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Assessora de Desembargador do Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A moralidade administrativa foi erigida à categoria de princípio constitucional na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 que, em conjunto com a Lei n.º 8.429/92, constituíram um marco no combate à imoralidade no trato da coisa pública no Brasil. Após rechaçar a aplicação da prerrogativa de foro nas Ações de Improbidade, o próprio Supremo Tribunal Federal admitiu o privilégio para um de seus membros, entendendo que submeter um Ministro daquela Corte à jurisdição de um juiz de Vara subverte a lógica da hierarquia de jurisdição. Diante desse precedente, o Superior Tribunal de Justiça vem proferindo decisões alinhadas com tal entendimento. A essência do trabalho é, portanto, abordar de que forma essa mudança na jurisprudência, mesmo diante da já reconhecida inconstitucionalidade do artigo que conferia a prerrogativa de foro nas ações de improbidade, pode constituir um retrocesso no combate à corrupção e à impunidade.

Palavras-chave: Administração Pública. Improbidade Administrativa. Foro por prerrogativa de função.

Sumário: Introdução. 1. A Administração Pública na Constituição da República Federativa de 1988. 1.1. Princípios. 2. O advento da Lei n.º 8.429/92 e a Ação de Improbidade Administrativa. 2.1. Atos de improbidade administrativa. 2.2. Sujeito passivo. 2.3. Sujeito ativo. 2.4. Sanções. 2.5. A natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa. 3. A competência especial por prerrogativa de função. 3.1. A prerrogativa de foro na Constituição Federal de 1988. 3.2. A previsão da prerrogativa de foro em norma infraconstitucional. 4. A mudança de entendimento dos Tribunais Superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é um marco importantíssimo na luta contra a corrupção e o mau uso do dinheiro público.

Há um visível movimento, na sociedade, buscando a moralização dos serviços públicos, assim como a responsabilização daqueles que se utilizam da coisa pública para obter vantagem indevida. Nesse contexto, inegável a importância da lei de improbidade, que se destina a dar execução ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, onde se estabelece 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.

Nos vinte anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, inúmeros questionamentos têm sido suscitados, mas aquele que se refere ao foro especial por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, é dos mais polêmicos, e sobre o qual tem havido significativa oscilação jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores.

Isso porque os detentores dos mais altos cargos da República, sentindo-se ameaçados pela propositura de ações de improbidade administrativa perante os órgãos judiciais de primeira instância, passam a opor sua prerrogativa de foro em decorrência da natureza penal das sanções cominadas para os atos ímprobos.

No ano de 2002, lei que alterava o art. 84 do Código de Processo Penal, dispunha que a ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429/92, ser deveria ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconheceu, em 2006, o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do dispositivo, entendendo que a competência originária dos Tribunais é derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, que, fixada pela Constituição, só a própria Constituição a poderia excetuar.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, vem reconhecendo o foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, nas hipóteses em que o réu possui, em decorrência do cargo que ocupa, a mesma prerrogativa nas ações penais.

Esse entendimento se alicerçou em julgado proferido pelo STF que, reabrindo a discussão sobre a matéria no ano de 2008, posicionou-se por ampla maioria que compete a ele, Supremo Tribunal Federal, julgar ação de improbidade contra seus membros.

Assim, não havendo consenso nos Tribunais Superiores e a concessão de exceções pontuais, pode-se visualizar uma provável sensação de impunidade pelos atos de improbidade administrativa dos agentes públicos, uma vez que não serão julgados como qualquer do povo.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

Em um primeiro momento, necessário se faz estabelecer um conceito de Administração Pública. A Administração é a atividade concreta do Estado direcionada à satisfação das necessidades coletivas, de forma direta, contínua e permanente. Em sentido formal, consiste no conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.¹

Desse modo, a Administração é todo o aparelho estatal destinado à realização dos serviços visando à satisfação das necessidades de interesse público.

O avanço da consolidação democrática no Brasil coloca novos desafios e temas emergentes no contexto contemporâneo. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu novas

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59-60.

perspectivas para a atuação do Estado e em especial, para as formas de relacionamento com a sociedade, a arquitetura federativa e o equilíbrio entre os Poderes. Assim, salienta-se que a nova Constituição introduziu o conceito de atuação sistêmica e integrada entre Poder Público e sociedade, especialmente no campo das políticas sociais e indicou a diretriz da participação social na concepção, execução e controle das políticas públicas.

Com isso, as sucessivas iniciativas de modernização intentadas após 88 com o propósito de renovação da gestão na administração pública brasileira passam também pela implantação de mecanismos que estimulam a transparência e o controle social das atividades desenvolvidas pelo Estado para o cidadão.

1.1. Princípios

A Constituição vigente dedica especial atenção à Administração Pública, destinando um capítulo próprio a regulamentá-la (Capítulo III do Título III). Em seu artigo 37, caput, enuncia de forma expressa os princípios atinentes à Administração Pública, os quais devem ser observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Dispõe o referido artigo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...].²

Esse dispositivo tem por objetivo, fornecer à Administração Pública, orientação na ação do administrador quando na prática dos atos administrativos e a garantir a boa administração na correta gestão dos negócios públicos, como também, no honesto e probó

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

manuseio do erário público, visualizando o atendimento de bens e de serviços somente no interesse de todos. São os chamados princípios expressos:

a) Princípio da legalidade

Não há na Administração Pública liberdade nem vontade pessoal. O agente público não atua segundo sua vontade subjetiva, mas sim, em conformidade com a lei. Ou seja, qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, não o sendo, a atividade será ilícita.

Enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público somente pode atuar no campo que a lei autoriza.

b) Princípio da impessoalidade

Esse princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração Pública deve dispensar aos administrados que se encontrem em situação idêntica, representando, portanto, uma faceta do princípio da isonomia.

Para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para o favorecimento de outros.³

c) Princípio da moralidade

O Administrador Público, no exercício de suas funções, deve respeito não só à estrita legalidade, mas também aos valores éticos e morais.

A moralidade administrativa está intimamente ligada à ideia de probidade e de bom administrador. Como tal, compreende-se aquele que atua segundo o senso comum de

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 17.

honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, boa-fé, trabalho e ética das instituições,⁴ e os padrões éticos de decoro e de probidade.

Em decorrência da moralidade administrativa, exige-se que haja proporcionalidade entre os meios e os fins do ato administrativo, de forma que os sacrifícios impostos à coletividade sejam proporcionais aos benefícios por ela auferidos. Daí concluirmos que o princípio da razoabilidade deve ser norteador da moralidade administrativa.

Ressalta-se que a Constituição Federal, ao elevar a moralidade administrativa à categoria de princípio constitucional, consagrou a necessidade de proteção à moralidade e de responsabilização do agente público por atos contrários a ela.

Nesse sentido, em seu artigo 37, § 4.º prevê que o agente ímprobo será severamente sancionado, tema a ser aprofundado neste trabalho.

d) Princípio da publicidade

Indica que os atos da Administração merecem a mais ampla divulgação possível entre os administrados, isso porque deve lhes ser propiciada a possibilidade de controlar a legitimidade e a legalidade da conduta dos agentes administrativos.

No Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo, não se concebe que sejam ocultados aos administrados os assuntos de interesse de toda a coletividade, mais ainda, que aqueles sujeitos especificamente afetados por alguma medida não venham a ter conhecimentos dos atos que lhe dizem respeito.

e) Princípio da eficiência

Esse princípio foi incluído no caput do Artigo 37 da CRFB, por força da Emenda Constitucional n.º 19/1998, que elevou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado.

⁴ 22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78-79.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.⁵

2. O ADVENTO DA LEI N° 8.429/92 E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Até o advento da Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, as leis que visavam a coibir os desmandos administrativos (Lei 3.164/57 e Lei 3.502/58) protegiam apenas o patrimônio público, sendo necessária a comprovação do enriquecimento ilícito do agente público para a imputação de sanção.

A Lei de Improbidade Administrativa (8.429) surgiu, então, como forma de ampliar a abrangência de proteção da Administração Pública como um todo, combatendo não só o enriquecimento ilícito e o dano ao erário, mas também o descumprimento aos princípios administrativos positivados na Constituição Federal de 1988.

Como já visto, tais princípios destinam-se a orientar a atividade administrativa e, em especial, o princípio da moralidade “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”.⁶

Assim, o agente público que deixar de observar tais cuidados, poderá violar o princípio da moralidade e, com isso, praticar ato de improbidade administrativa, sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário público, nos termos do § 4º do Artigo 27 da Constituição Federal.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 24.

⁶ Ibid., p.18.

2.1. Atos de improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) que importem enriquecimento ilícito do autor (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) que atentem contra os princípios norteadores da Administração Pública.

Partindo dessas três condutas genéricas, o legislador arrolou, em cada um desses artigos, condutas específicas, onde descreve situações jurídicas exemplificadoras que acarretem a violação prevista no *caput* do dispositivo. Alguns autores, como José dos Santos Carvalho Filho e Mauro Roberto Gomes de Mattos, entendem que o rol de condutas descritas nos artigos 9º, 10 e 11, é meramente exemplificativo, admitindo-se, portanto, que inúmeras outras condutas sejam subsumidas à cabeça do artigo.

Para se caracterizar o enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º, basta que a conduta praticada gere vantagem patrimonial indevida para o autor, no exercício da função pública em geral. Não é necessário, portanto, que seja causado qualquer dano ao erário.

Trata-se de conduta comissiva, onde não se dispensa, entretanto, a comprovação de dolo do agente. Isso porque “não se pode conceber que algum servidor receba vantagem indevida por imprudência, imperícia e negligência”.⁷

Quando a conduta do agente ensejar “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º”, estará praticando o ato de improbidade previsto no artigo 10 da Lei 9.429. Dispensável, neste caso, que ao causar lesão ao patrimônio público, o agente tenha auferido qualquer tipo de vantagem.

Neste tipo, admite-se que a conduta do autor seja omissiva, bem como seja praticada com dolo ou culpa.

⁷ Ibid., p. 936.

Por fim, a prática de qualquer ato contrário aos princípios da Administração Pública, configurará ato de improbidade. Nesta hipótese, a improbidade estará caracterizada independentemente de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, podendo sua conduta ser do tipo comissiva ou omissiva.

No que tange ao elemento subjetivo, especificamente com relação a este dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que "a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico".

2.2. Sujeito passivo

Os sujeitos passivos são as pessoas jurídicas indicadas pela Lei 8.429/92, em seu artigo 1º, que podem ser vítimas do ato de improbidade administrativa. A lei indicou não só pessoas que integram a Administração Pública, mas também aquelas que, de alguma forma, guardam conexão com ela.

O mesmo dispositivo prevê, em seu parágrafo único, que outras entidades ligadas à Administração também podem ser vítimas dos atos de improbidade, no entanto, a proteção da lei limita-se apenas a seu patrimônio.

2.3. Sujeito ativo

Denomina-se sujeito ativo aquele que pratica ou concorre para a prática do ato ímprobo, ou dele extrai vantagens indevidas. Podem ser agentes públicos (aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou

função nas entidades que podem ser vítimas do ato)⁸; ou terceiros (aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta)⁹.

A noção comum de agente público é aquela que define assim aquele que mantém vínculo jurídico formal com o Estado, abrangendo assim todas as pessoas que, a qualquer título, exerçam uma função como prepostos do Estado. Tal função pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. Certo é que, “quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público”¹⁰.

Assim, estão abrangidos, neste conceito de agente público, todos os servidores públicos em geral, os agentes particulares colaboradores e os agentes políticos. Aqui se inicia a polêmica a ser tratada no presente artigo.

Isso porque parte da doutrina¹¹ defende a tese, acatada pelo Supremo Tribunal Federal¹² e Superior Tribunal de Justiça, de que os agentes políticos não estariam sujeitos à Ação de Improbidade Administrativa porque são regidos pelo regime próprio da Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67, que preveem os crimes de responsabilidade.

O principal argumento deste entendimento é que a Ação de Improbidade administrativa impõe, ao autor da conduta, sanções de forte conteúdo penal, já previstos no próprio Código Penal (art. 92, I) e na Lei dos Crimes de Responsabilidade (art. 5º da Lei 1.079 e art. 1º § 2º do Decreto-lei 201). Desse modo, a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, além dos Crimes de Responsabilidade, poderia acarretar uma dupla punição em razão de uma única conduta.

⁸ Artigo 2º da Lei 8.429/92.

⁹ Artigo 3º da Lei 8.429/92.

¹⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.525.

¹¹ ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, “Competência para julgar a improbidade administrativa”, em *Revista de Informação Legislativa* n° 138/1998, 213-215.

¹² Posição adotada por maioria na Reclamação n° 2.138-DF. Relator Ministro GILMAR MENDES.

Acerca de tal posicionamento vale transcrever, parcialmente, o seguinte julgado do STJ:

[...]

4. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e *pour cause* atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.

5. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial.

[...]

16. Politicamente, a Constituição Federal inadmite o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável *bis in idem*.

17. A submissão dos agentes políticos ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, até mesmo por suas severas punições, torna inequívoca a total ausência de uma suposta "impunidade" deletéria ao Estado Democrático de Direito.

[...] ¹³

No entanto, conforme se verá mais adiante, a tese defendida no julgado acima parte da premissa equivocada ao não realizar a devida distinção entre a responsabilidade civil, prevista na Lei nº 8.429/92, e a responsabilidade penal disciplinada pelo Decreto-Lei nº 201/67 e pela Lei 1.079. Tratam-se de duas esferas de responsabilidade, distintas e independentes, não se podendo falar, portanto, em *bis in idem*.

Isso porque a maioria das hipóteses de transgressão previstas na Lei de Improbidade Administrativa não se adequa às condutas descritas nos crimes de responsabilidade. Portanto, sabendo-se que as esferas criminal e civil não se confundem, e que as penalidades impostas por uma não excluem a da outra, as duas normas poderiam subsistir harmonicamente, aplicando-se a LIA, nos casos não previstos no Decreto-Lei nº 201/67 e na Lei nº 1.079/50.

2.4. Sanções

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 456.649/MG – Min. Luiz Fux, STJ, 1ª Turma, DJ 05/10/2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em 05 de novembro de 2012.

As sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticaram ato de improbidade administrativa estão previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, que relaciona para cada espécie de conduta (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios administrativos), a punição correspondente.

São basicamente sete modalidades, que variam apenas em função de tempo ou de valores. São elas: a) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa; f) proibição de contratar com o Poder Público e; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Na aplicação das sanções previstas, não se deve descuidar-se da observância ao princípio da proporcionalidade, exigindo-se a correlação entre a natureza da conduta praticada o tipo de penalidade a ser imposta ao autor. Ainda no mesmo dispositivo, o parágrafo único indica que o juiz deve valorar, ao aplicar as penas, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Dúvida que surge, neste ponto, seria saber se o juiz está obrigado a aplicar todas as punições previstas para determinada conduta, ou poderia apenas aplicar algumas e excluir outras.

Neste ponto, ressalte-se o pensamento do professor José dos Santos de Carvalho Filho, colacionando trecho elucidativo de sua obra:

As condutas de improbidade são de tal modo amplas e variam numa dimensão tão extensa entre os marcos de grande e pequena gravidade, que não se poderia engessar o juiz, obrigando-o a aplicar as sanções de modo cumulativo. Tal entendimento, a nosso ver, ofende o princípio da razoabilidade, pois que permitiria a aplicação de sanção gravíssima (como a suspensão de direitos políticos) para condutas sem maior gravidade (por exemplo, a de negar publicidade aos atos oficiais). Ao juiz, portanto, deve caber proceder à limitação sancionatória em cada caso.

2.5. A natureza jurídica das sanções

A doutrina se divide ao tentar definir a natureza jurídica das sanções aplicáveis aos atos de Improbidade administrativa. Uma parte sustenta que têm natureza cível, outra que têm natureza penal, havendo, ainda, uma terceira, que sustenta que uma parte das sanções tem natureza civil e outra, penal.

Apesar de parecer uma discussão de cunho apenas teórico, essa diferenciação tem papel muito importante na propositura da ação de improbidade, pois é a natureza da sanção que vai determinar a competência para julgamento de tais ilícitos.

Calcada na redação do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, a doutrina amplamente majoritária sustenta que as punições previstas na Lei 8.429/92 têm natureza civil, porque o citado dispositivo previu a aplicação das sanções “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Nesse sentido, as lições de Alexandre de Moraes:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "sem prejuízo da ação penal cabível".

Portanto, o agente público que, utilizando-se de seu cargo, praticar ato de improbidade, responderá, nos termos do art. 9º da Lei nº 8429/92, “por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial”.¹⁴

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 322.

Para não deixar dúvidas, nos seus ensinamentos, Emerson Garcia diz expressamente que "a utilização do vocábulo 'pena' no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude é meramente semântica".¹⁵

A corrente minoritária sustenta que ação penal tem como escopo a apenação de um determinado sujeito, impondo-lhe algum tipo de restrição. Nesse sentido, as sanções previstas na Lei 8.429 teriam natureza penal por restringirem direitos – constitucionalmente garantidos – dos agentes públicos.

Podemos enxergar como restrição de direitos as penas de perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; proibição de contratar com a administração e vedação ao recebimento de incentivos fiscais.

Veja-se, nas palavras de Aníbal Júnior¹⁶, *in verbis*:

Afora as penas de cunho patrimonial, temos que a maioria das sanções adotadas para o ilícito em voga restringem direitos dos cidadãos. Direitos do mais amplo grau de proteção constitucional.

Não obstante tal entendimento, a tese que atualmente prevalece nos Tribunais Superiores é no sentido de que, dependendo da sanção, ela pode ter natureza civil ou penal.

Veja-se trecho do voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no ano de 2000:

A ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais.¹⁷

¹⁵ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 42.

¹⁶ JÚNIOR, Vanderlei Aníbal e FONSECA, Sérgio Roxo. *Natureza penal da sanção por improbidade administrativa*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34430,31047-Natureza+penal+da+sancao+por+improbidade+administrativa>>. Acesso em 23 mar. 2013.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 591/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ 18/12/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

Aqui se mostra a importância de tal distinção, na medida em que modifica a competência para o conhecimento e julgamento da ação de improbidade. Ou seja, se a sanção a ser aplicada for obrigações de fazer ou não fazer, ou condenação em dinheiro, será tratada como ação de natureza civil e poderá ser processada e julgada por juízes de primeiro grau. No entanto, se acarretar a perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos, terá natureza penal e, dependendo da qualidade do agente, deverá ser observado o foro por prerrogativa de função.

3. A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Foro por prerrogativa de função significa que a competência do juízo para conhecer e julgar determinada causa, será determinada em razão da função ocupada pelo agente ativo.

Nas lições de Mirabete¹⁸:

Entre as imunidades relativas, em seu sentido amplo, estão as referentes ao foro por prerrogativa de função, consistentes no direito de determinadas pessoas de serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pela Constituição Federal ou constituições estaduais.

Trata-se de garantia constitucional, intimamente ligada ao princípio do juiz natural, instituído para melhor permitir o livre desempenho de certas atividades públicas. Não deve traduzir favorecimento pessoal, mas sim proteção que nasce com o exercício do cargo ou função, visando à segurança e à isenção na distribuição da justiça.

Para a melhor compreensão, vale colacionar citação do ilustre Hely Lopes Meirelles, que descreve a situação dos que governam e decidem (agentes políticos), em comparação àqueles que apenas executam as diretrizes administrativas:

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.¹⁹

3.1. A prerrogativa de foro na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 ampliou o rol de autoridades que possuem prerrogativa de foro, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal.

O ministro Celso de Mello, na ocasião do julgamento da Questão de Ordem n. 2245, em que se discutia um possível desmembramento do “Processo do “Mensalão”, para que permanecesse no STF somente as ações contra os réus acusados ocupantes de cargos com foro privilegiado, sintetizou essa nova previsão quando disse que a Constituição de 1988 “pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática”.

Do texto constitucional, podemos extrair a previsão expressa dos Artigos 29, X (conjugado com a Súmula n. 702 do STF); 96, III; 102, I, “b” e “c”; 105, I, “a”, em que se garante a prerrogativa de foro a várias autoridades: do Presidente da República ao Comandante da Marinha, de chefes de missão diplomática a Desembargadores, dentre muitos outros.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, trata-se de rol exaustivo, *numerus clausus*, e não permite interpretação extensiva.

3.2. A previsão da prerrogativa de foro em norma infraconstitucional

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 78.

Como já dito, a previsão de competência originária para o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade é fixada na Constituição Federal, de forma expressa e taxativa, por consequência, não poderia o legislador ordinário ampliar este rol.

Foi exatamente este o entendimento firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797/DF, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Artigo 84 do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002, que previam a extensão da prerrogativa de foro para aqueles que não mais exerciam função pública e para aqueles que respondiam por atos de improbidade administrativa.

A primeira hipótese (§ 1º) resgatava o posicionamento antigo do STF, que constava na Súmula n. 394, em que se entendia pela prevalência da competência especial por prerrogativa de função, ainda que cessado seu exercício, se o crime tivesse sido cometido durante o exercício funcional. Entendimento expressamente superado com o cancelamento da citada Súmula, em 1999, quando do julgamento da questão de ordem no Inquérito 687 QO / SP.

Vale destacar importantes trechos da ementa:

[...] Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. [...]

Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.²⁰

A segunda inovação (§ 2º) trazida pela Lei 10.628 foi estender a aplicação do foro especial, previsto na Constituição para julgamento de crimes, comuns ou de responsabilidade,

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 687 QO / SP - SÃO PAULO - Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 25/08/1999 - Tribunal Pleno. DJ 09-11-2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

cometidos por autoridades, às Ações de Improbidade Administrativa. Tal disposição também foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2797. Mire-se:

[...] 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.

[...] Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

4. A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, em 2005, reviu seu próprio posicionamento em nome da isonomia e dos princípios republicanos, percebendo que para se construir uma sociedade justa, e uma nação evoluída, não se podem conceder certos “privilégios” a indivíduos determinados, em detrimento dos demais, e declarou inconstitucional a lei que estendia o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade.

No entanto, ao se deparar com Ação de Improbidade Administrativa proposta em face de um de seus membros, aquela Corte se declarou, por maioria, competente para o

juízo, vencido o Ministro Marco Aurélio que, apesar de isolado, brilhantemente expressou seu posicionamento:

[...] Entendo a extensão da prerrogativa de foro como um retrocesso e não como um avanço no campo do estado Democrático de Direito, no campo republicano. (...) A ação de improbidade, como está definido na própria Constituição Federal, na Lei de Regência, é uma ação cível e, então, não cabe levar em conta a circunstância de ter-se sanções idênticas, quer considerada a ação penal por crime de responsabilidade, quer a cível pela improbidade. Não posso, simplesmente, dizer – por entender que as sanções estão próximas ou são idênticas – quanto à perda do cargo público que, se o agente está sujeito à ação penal por crime de responsabilidade e haveria, no caso, atuação do Senado da República, ele não responde à ação cível de improbidade perante a primeira instância.²¹

Diante do reconhecimento da competência do STF, o Superior Tribunal de Justiça também reviu seu entendimento e, no julgamento da Reclamação n. 2790, em 2010, reconheceu o foro por prerrogativa de função a Governador de Estado em Ação de Improbidade.

Esse Acórdão levou em consideração o argumento utilizado pelo Min. Cezar Peluso no julgamento da QO na Pet. 3.211-0, de que "seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência", para afirmar que "norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo".

Assim, a Corte Especial do STJ, após alteração da jurisprudência que até então prevalecia naquele Tribunal, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Petição 3.211-0 – Relator Designado: Min. Menezes Direito – Julgamento: 13/03/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

CONCLUSÃO

Historicamente, as hipóteses de foro privilegiado sempre foram objeto de previsão constitucional, não se deixando a regulamentação da matéria para a legislação de menor envergadura. Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal federal, em 2005, declarou inconstitucional a Lei n. 10.628/2002, que estendeu, no artigo 84 do Código de Processo Penal, a prerrogativa de foro para o julgamento das ações por Improbidade Administrativa, prevista na Lei n. 8.429/92, por ferir o princípio da taxatividade constitucional das competências.

Todavia, ao julgar a questão de ordem suscitada na Petição n. 3.211-0/DF, o STF fez uma importante “mitigação” ao entendimento já consagrado na citada ADI (2.797), e reconheceu sua competência para processar e julgar Ação de Improbidade Administrativa em face de um de seus membros.

Após este precedente do Supremo, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça modificou sua jurisprudência e passou a admitir o foro por prerrogativa de função nas ações de Improbidade Administrativa, nos casos em que a sanção a ser aplicada seja de perda do cargo ou função pública, por ter natureza eminentemente penal.

Tal decisão viola, de plano, o Princípio da Isonomia, ao tratar de forma diferenciada indivíduos que respondem pelos mesmos atos ilícitos, e representa um retrocesso em matéria de fiscalização das contas públicas e de zelo aos Princípios da Moralidade, da Probidade e da Legalidade.

Por certo que as sanções, previstas na Lei n. 8.429, cominadas aos atos de improbidade administrativa, possuem natureza civil, já que o Artigo 37, § 4º da Constituição Federal

dispõe, expressamente, que serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, não podendo ser estendida prerrogativa de foro àqueles que o detém na esfera penal.

A definição da natureza jurídica das sanções é uma opção do legislador, não sendo determinada em função de sua severidade, e sua interpretação de forma diversa pelo Poder Judiciário só faz aumentar a sensação de impunidade e exaltação ao corporativismo, que não se alinha aos princípios republicanos, e constitucionais, muito menos com os anseios de um país que, almejando sair da condição de Terceiro Mundo, precisa combater, com seriedade, a má administração do erário público e a corrupção.

REFERÊNCIAS

ARNOLD WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, “Competência para julgar a improbidade administrativa”, em *Revista de Informação Legislativa* n. 138/1998.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 687 QO / SP - SÃO PAULO - Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 25/08/1999 - Tribunal Pleno. DJ 09-11-2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 456.649/MG – Min. Luiz Fux, STJ, 1ª Turma, DJ 05/10/2006. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em 05 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 591/SP, Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ 18/12/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 05 de novembro de 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coordenadores). *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JÚNIOR, Vanderlei Aníbal e FONSECA, Sérgio Roxo. *Natureza Penal da sanção por improbidade administrativa*. Disponível em: <http://migalhas.com.br/dePeso/16,MI34430,31047-Natureza+penal+da+sanção+por+improbidade+administrativa>. Acesso em: 23 mar. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2001.