



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Agentes Políticos e os  
Foros por Prerrogativa de Função no Estado Democrático de Direito**

Victor de Souza Miceli

Rio de Janeiro  
2015

VICTOR DE SOUZA MICELI

**Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Agentes Políticos e os  
Foros por Prerrogativa de Função no Estado Democrático de Direito**

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

Professores Orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2015

## **Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Agentes Políticos e os Foros por Prerrogativa de Função no Estado Democrático de Direito**

Victor de Souza Miceli

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Oficial de Justiça Avaliador do TJERJ. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O artigo proposto tem por exame o instituto da improbidade administrativa, visto sob os aspectos gerais, com ênfase às categorias relacionadas à natureza da responsabilização por atos de improbidade e a aplicabilidade de suas sanções. No decorrer do trabalho, serão analisados, também, a extensão das prerrogativas de foro às ações de improbidade. Por fim, na temática em apreço, será abordada a existência de um dever geral de transparência, denominada como zona de luminosidade à qual sujeitar-se-ia todo agente público em razão da existência de um direito subjetivo à fiscalização e controle da gestão pública inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito do Constitucional. Direito Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicabilidade. Agentes Políticos. Foros Especiais por Prerrogativa de Função. Superação do Modelo Constitucional Vigente.

**Sumário:** Introdução. 1. Da Natureza da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa e da Aplicabilidade de suas Sanções. 2. Da Inexistência de Foro Por Prerrogativas de Função nas Ações de Improbidade. 3. Fiscalização da Gestão Pública Como Pressuposto da Efetividade Democrática. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objeto a análise do espectro de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A pertinência do estudo extrai-se não apenas da relevância jurídico constitucional do tema, mas também das cada vez mais frequentes notícias de envolvimento de agentes políticos em esquemas institucionalizados de corrupção e desvio de recursos públicos.

O imaginário coletivo está habitado pela sensação de que os atos de improbidade não encontram repreensão adequada no ordenamento jurídico, o que serviria de estímulo para a reiteração das práticas de dilapidação do erário. O exame esmiuçado do principal diploma legal

de tutela da probidade administrativa tem a finalidade, portanto, de esclarecer se há ou não efetivamente lacunas no ordenamento jurídico pátrio na tutela eficaz do erário.

O primeiro capítulo do estudo destinar-se-á a analisar a natureza das sanções de improbidade e, por via de consequência da própria ação de improbidade administrativa como requisito para determinação da competência para processar e julgar tais demandas.

A questão da competência será pormenorizada no segundo capítulo, especialmente a controvérsia sobre a extensão do foro por prerrogativa de funções de agentes políticos para as ações de improbidade, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O terceiro e último capítulo por sua vez, irá adentrar a uma discussão ainda incipiente na doutrina brasileira, mas que, nitidamente traduz significativo anseio social: os foros privilegiados por prerrogativa de função são ainda hoje necessários à estabilização democrática ou tal instituto desvirtuou-se de seu escopo original?

Para tanto, o presente trabalho utilizar-se-á, notadamente, de metodologia expositiva para apresentar os principais pontos de controvérsia sobre a matéria, amparando-se em pesquisa bibliográfica ampla, a fim de embasar representar as teses sobre o tema, deduzindo, por fim aquilo que se propõe como a interpretação que mais se aproxima da concretização dos mandamentos democráticos constitucionais.

## **1 – DA NATUREZA DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DA APLICABILIDADE DE SUAS SANÇÕES**

Desde a sua promulgação a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei nº 8.429/92, é objeto de inúmeros questionamentos acerca de sua constitucionalidade e de sua posição dentro do sistema brasileiro de responsabilização de agente públicos. A natureza jurídica das sanções cominadas em seu artigo 12 até hoje ainda não é pacífica.

Os atos de improbidade dividem-se, em atos que importem em enriquecimento ilícito, atos lesivos ao erário e atos atentatórios contra os princípios constitucionais da administração pública, previstos nos artigos 09, 10 e 11, respectivamente da Lei de Improbidade.

Nesse sentido, a gradação de aplicabilidade das sanções legais denota que cada uma das modalidades de improbidade possui grau próprio de reprovabilidade opção legislativa legítima ante a diversidade de formas consumação do ato de improbidade.

Dentre as sanções comuns, aplicáveis a todas as formas de improbidade, há ainda uma margem de fixação da sanção, variável de acordo com a natureza do ato, sendo, indiscutível o desvalor mais severo ao ato de enriquecimento ilícito e o mais brando aos atos importem em inobservância aos Princípios Constitucionais da Administração Pública.

Como lei ordinária, a Lei de Improbidade busca seus fundamentos de validade e juridicidade diretamente na Constituição da República. Nesse sentido, a doutrina aponta o artigo 37, §4º, da Constituição da República<sup>1</sup>, como fundamento constitucional da Lei n. 8.429/92.

O cotejo da Lei de Improbidade com a sua fonte constitucional de validade traz de plano dois questionamentos: o rol de sanções previstas no texto constitucional seria taxativo? Preservada a responsabilidade penal cabível, por expressa previsão da Constituição da República, qual seria a natureza jurídica das sanções ali previstas?

Quanto ao primeiro questionamento, faz-se mister recorrer à tradicional classificação das normas constitucionais feita por José dos Afonso da Silva<sup>2</sup>. Na esteira da tradicional divisão das normas constitucionais, e, conforme expressamente definem Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia<sup>3</sup> em sua obra conjunta sobre o tema, o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República deve ser entendida como norma constitucional de eficácia limitada.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10 out. 2015

<sup>2</sup> DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 152

<sup>3</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2011, p. 502

As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua essência, contém princípios programáticos, ou seja, objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro para concretização do Estado Democrático de Direito projetado pelo Poder Constituinte Originário.

No que tange à efetividade dessa espécie de norma constitucional, a doutrina tradicional<sup>4</sup> as entendia como proposições, desvinculadas de conteúdo compulsório. Modernamente, contudo, tem-se entendido<sup>5</sup> que, ainda quando não concretizadas no ordenamento infraconstitucional, as normas de eficácia limitada possuem, ao menos conteúdo vinculativo negativo, como parâmetros interpretativos da Constituição, o que, por sua vez, inviabiliza um afastamento do ordenamento infraconstitucional com o delineamento de Estado traçado na Carta Magna.

Frise-se, ainda que, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a admitir, em determinadas hipóteses, a atribuição de efeitos concretos ao mandado de injunção, dando concretude casuística aos princípios constitucionais programáticos quando a omissão legislativa constitua óbice à fruição de direitos fundamentais.

Como instrumento de concretização da norma constitucional programática, as sanções previstas na Lei de Improbidade não ultrapassaram o escopo mandamental da norma constitucional.

Nesse sentido, Emerson Garcia<sup>6</sup> compara o dispositivo constitucional em comento àquele que prevê que a prática de racismo seria considerada crime, sujeitando-a a pena de reclusão. Como saliente o autor, em ambas as hipóteses o conteúdo programático da norma traça níveis punitivos mínimos aquém dos quais o legislador infraconstitucional não poderia quedar-se, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade sob seu aspecto negativo,

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 214

<sup>5</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 275

<sup>6</sup> Garcia, op. cit, p. 503

entendido como uma vedação a proteção insuficiente<sup>7</sup> da probidade administrativa. atos expressamente execrados eleitos pelo legislador constituinte originário.

A previsão no dispositivo constitucional em comento do cabimento da indisponibilidade de bens dos agentes ímprobos, medida de natureza eminentemente cautelar, sem previsão constitucional análoga de sanções pecuniárias nas mesmas hipóteses, evidencia que o constituinte objetivou legar ao legislador ordinário a adequada repreensão aos atos de improbidade.

Em verdade, o rol de sanções mínimas para atos ímprobos funda-se na preocupação fundada do constituinte originário de aqueles que exercem o poder político transitoriamente e que, naturalmente, são os potenciais praticantes de atos de improbidade, penalizassem tais condutas de forma excessivamente branda e insuficiente para a tutela do bem jurídico.

No que concerne à natureza das sanções previstas na lei de improbidade, a melhor forma de classificá-las é efetivamente por exclusão. O próprio dispositivo constitucional que prevê a responsabilização por atos de improbidade, distingue-a da persecução criminal eventualmente cabível se o ato ímprobo for igualmente tipificado em diploma penal. Dessa forma descartada, ainda no plano constitucional a eventual natureza penal das sanções por atos de improbidade administrativa.

Ante a garantia constitucional ao devido processo legal a competência para processar e julgar a imputação de improbidade é exclusiva de órgão investido de jurisdição. Dessa forma, por refugir à lógica da responsabilização fundada na hierarquia<sup>8</sup>, própria do direito administrativo, descarta-se igualmente a possível natureza administrativa da persecução pela prática de ato de improbidade administrativa.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 507

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 592

Portanto, por exclusão, chega-se à conclusão de que a natureza das punições previstas na Lei de Improbidade não é outra que não a cível. Essa definição é, por sua vez, requisito para se enfrentar outro questionamento recorrente, qual seja, a possível superposição de responsabilização pelos mesmos atos, ou seja, um suposto *bis in idem*.

O ordenamento jurídico brasileiro convive desde há muito com a interseção de esferas de responsabilização sem qualquer problemática. Nesse sentido, pode-se citar, além do já mencionado artigo 37, §4º, da CRFB, o disposto no artigo 52, parágrafo único da Constituição que atribui ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República e outras autoridades por crimes de responsabilidade, não excluía as demais sanções judiciais cabíveis.

A Constituição sequer limita a responsabilização subsidiária do Presidente da República e demais autoridades às sanções previstas em estatutos criminais próprios<sup>9</sup>, abrindo as portas, inclusive para a responsabilização de tais agentes públicos na sistemática da lei de improbidade.

Quanto à responsabilização dos agentes públicos sujeitos à aplicação da Lei de Crime de Responsabilidade Lei 1.079/1950, imperioso distinguir a sistemática própria desse diploma legal dos demais. O artigo 4º, inciso V, da Lei n. 1.079/1950, tipifica como crime de responsabilidade os atos atentatórios contra a probidade da administração pública. Numa análise açodada parece óbvio que o bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.249/92 seria o mesmo daquele tutelado pela Lei 1.079/1950, o que numa análise açodada poderia indicar coincidência de objeto e forma de tutela com a Lei Improbidade.

Conforme expressamente consignado no artigo 1º, da Lei 1.079/1950 as condutas nela elencadas são crimes de responsabilidade. Por se referirem a sanções penais, os crimes nela previstos sujeitam-se a todas as limitações e garantias próprias desse ramo do direito,

---

<sup>9</sup> GARCIA, op. cit. p. 356.

notadamente à garantia da anterioridade da lei penal incriminadora, e à função limitadora do tipo penal, que impõe a taxatividade das formas de incriminação.

A Lei 8.249/92, dispensada dos limites estreitos da legalidade penal, adota técnica diametralmente oposta, justamente. Os artigos 9º, 10 e 11 da LIA deixam claro que as ações descritas são apenas modalidades das espécies de improbidade administrativa descritas como enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da administração pública<sup>10</sup>, essas sim suscetíveis de repreensão sob qualquer forma de concretização.

Do mesmo modo, os Prefeitos Municipais sujeitam-se a regime de responsabilização próprio, por força do Decreto Lei 201/1967, cujo preâmbulo faz expressa menção à sua fonte de legitimação, qual seja, o Ato Institucional nº 4, o que por si só já é motivo para questionar sua recepção pela Constituição de 1988, cujo preâmbulo expressamente dispõe que todo poder emana do povo e que, portanto, denota uma impossibilidade da convivência com atos de império oriundos de qualquer forma de poder opressora e despida de legitimação popular.

Admitindo-se, contudo, a vigência do referido Decreto Lei, é inegável seu caráter de norma penal<sup>11</sup>, especialmente quando, após o extenso rol de condutas tipificadoras do dito crime de responsabilidade, o artigo 1º, §1º, do Decreto Lei 201/1967, cominar penas variáveis de três meses de detenção a doze anos de reclusão.

Diante de sua natureza penal, eventual especialidade da normal em tela não há de obstar a aplicação da Lei de Improbidade aos alcaides. O conflito aparente de normas tem ensejo, isso sim, com os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal e que, dada a especialidade do Decreto Lei 201/1967, não seriam aplicáveis aos prefeitos.

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 643

<sup>11</sup> DE FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin e PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Ação Civil Pública e Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa Pelos Órgãos de Advocacia Pública*. In: André da Silva Ordacy; Guilherme José Purvin de Figueiredo. *Advocacia de Estado e Defensoria: Funções Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra de Lei, 2009, p. 209

Dessa forma, assentada a ampla e irrestrita aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a todo e qualquer agente público<sup>12</sup>, e, por expressa disposição dos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.429/92, inclusive àqueles que refogem à tradicional definição de agentes públicos, passar-se-á nos próximos capítulos à análise da competência para processar e julgar as ações de responsabilização por ato de improbidade.

## **2 – Da Aplicabilidade ou Não das Prerrogativas de Função Às Ações de Improbidade**

Fixada a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos, questão de elevado relevo a ser discutida é se tais agentes desfrutariam de qualquer tipo de foro pelas funções públicas que ocupam.

A Lei nº 10.638 de 2002 alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal<sup>13</sup> para acrescentar os parágrafos primeiro e segundo. A referida inovação legislativa dispunha sobre a competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa eventualmente propostas em face de agentes políticas.

Com a redação publicada à época, o legislador tentou criar, por meio alteração no diploma processual penal, hipótese infra constitucional de foro privilegiado em razão do exercício de função pública para os atos de improbidade, além de prolongar o foro especial para crimes cometidos durante o mandato para além deste.

Para os defensores<sup>14</sup> do alargamento das hipóteses de foro especial, as prerrogativas de função seriam parte indispensável do sistema de freios e contra pesos estabelecidos pela Constituição da República de 1988. A garantia de que aqueles que ocupam funções públicas de relevância só poderiam ser julgados por magistrados de determinado grau, seria essencial para que aquelas funções pudessem ser exercidas de forma independente.

---

<sup>12</sup> GARCIA, op. cit. p. 458

<sup>13</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 10 out. 2015

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 483.

Ainda segundo essa visão, a ausência de previsão constitucional expressa sobre prerrogativas de função para ato de improbidade, dever-se-ia apenas pela superveniência Lei de Improbidade à redação originária da Constituição da República.

Contraria a essa fundamentos, a Associação Nacional de Membros do Ministério Público, na tutela do interesse coletivo da classe, potencialmente afetada pela limitação de suas atribuições pelo diploma legislativo, convencida da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628 de 2002, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797<sup>15</sup>, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão de relatoria do Ministro Menezes Direito.

O acórdão proferido na referida ação salientou que a alteração normativa consubstanciou uma reação a uma virada interpretada empreendida pela Suprema Corte em fevereiro de 2000, com o cancelamento do Enunciado Nº 394 de sua Súmula de Jurisprudência Preponderante, que anteriormente entendia estender-se para além do exercício dos mandados o foro para responsabilização por crimes cometidos no exercício funcional.

A tese de que a Lei nº 10.628 de 2002 versaria interpretação legislativa, supostamente autêntica, da Constituição foi explicitamente rechaçada pelo Supremo que classificou a inovação legal como malfada tentativa de positivizar interpretação constitucional divergente daquela conferida pelo seu guardião.

Baseado nas mesmas razões que tinham levado o Tribunal a cancelar sua Súmula nº 394, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a extensão do foro especial por prerrogativa de função além do exercício desta, prevista no parágrafo primeiro do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 10.628 de 2002, transformaria garantia constitucional do cargo público em privilégio pessoal adquirido pelo seu exercício, o que contraria frontalmente os ideais republicanos estampados na Carta Magna.

---

<sup>15</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acessado em 10 out. 2015

Ante a garantia fundamental à isonomia, prevista no artigo 5º, caput, da Constituição da República, a interpretação de toda e qualquer prerrogativa que confira a indivíduo tratamento diferente daquele dispensado à coletividade, somente pode ser considerado constitucional na medida em que tal diferenciação atenda ao interesse público envolvido.

Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797/DF. A declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal, expressamente consignou em seu *obiter dictum* que as hipóteses constitucionalmente previstas de foro privilegiado constituem rol taxativo, insuscetível de ampliação interpretativa.

Dessa forma, inexistindo previsão constitucional em sentido contrário, a competência para apreciação e julgamento de ações de improbidade administrativa, independente do cargo eventualmente ocupado por aquele que figure no polo passivo da demanda, será sempre de um magistrado de primeira instância.

No bojo do julgamento da Petição 3211/DF<sup>16</sup> o Supremo teria reconhecido a existência de exceção à competência do juízo de primeiro grau para julgamento de ações de improbidade quando Ministro do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior figurasse como réu, o que de todo não restou consignado de forma expressa no dispositivo do acórdão.

A referida Petição, cuja Questão de Ordem deu ensejo ao debate, originou-se de ação de improbidade administrativa proposta na Seção Judiciária do Distrito Federal em face do Ministro Gilmar Mendes, então Advogado Geral da União, e outros réus.

Como muito bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator original da ação, em seu voto, a autuação perante o Supremo da ação cível de improbidade administrativa sob o nome de Petição, só demonstra a ausência de previsão dentre o rol taxativo de competências daquele Tribunal, sendo sintomática a sua incompetência.

---

<sup>16</sup>Id. Suprem Tribunal Federal. Petição 3211/DF. Relator para Acórdão Ministro Menezes Direito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>. Consultado em 10 out. 2015

A questão de ordem, foi suscitada justamente para reconhecer a incompetência do Supremo para processar e julgar a referida ação, ainda que nela constasse outro Ministro da Corte como réu, e remetê-la ao Juízo de origem. Contudo, nos termos do voto do Ministro Menezes Direito, Relator para acórdão, prevaleceu a tese de que, em que pese a inexistência de hierarquia no exercício das funções típicas do Poder Judiciária, a hierarquia administrativa e funcional impediria que um magistrado de instância superior fosse julgado por magistrado de instância inferior por atos de improbidade administrativa.

Em que pese tal tese ter sido ventilada na fundamentação do referido voto, o Tribunal, acompanhando parecer do então Procurador Geral da República, decidiu pela extinção do feito em relação ao Ministro Gilmar Mendes, por entender que no exercício da função de Advogado Geral da União o mesmo sujeitar-se-ia tão somente ao regime de responsabilização por crimes políticos, não tendo consignado no dispositivo da decisão a suposto foro privilegiado para Ministros de Tribunais Superiores em ação de improbidade.

Desde então, a jurisprudência do Supremo no que tange à concorrência dos regimes de responsabilização de agentes políticos se alterou, conforme destacado no capítulo anterior, e o Tribunal hoje encampa o regime da ampla responsabilização de todo e qualquer agente público.

Recentemente, no bojo do julgamento da Reclamação 10037/MT<sup>17</sup>, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça igualmente fixou a jurisprudência daquele E. Tribunal pela inexistência foro especial por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa.

Considerado o histórico de tentativa legislativa de expansão das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função, mostra-se pertinente consignar que eventual Emenda à Constituição com o fito de alargar a incidência de foros privilegiados padeceria de vício de constitucionalidade material, pro violação à garantia à isonomia ao Princípio Republicano.

---

<sup>17</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Reclamação 10037/MT. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/Destaques/Foro-privilegiado-nao-se-estende-as-acoes-de-improbidade-administrativa](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Destaques/Foro-privilegiado-nao-se-estende-as-acoes-de-improbidade-administrativa). Consultado em 26 out. 2015

Conforme salientado pelo Ministro Marco Aurélio Mello em diversos votos, o foro privilegiado não se afiança como evolução do sistema democrático. Pelo contrário, a dispensa de tratamento diferenciado a certos grupos sociais remete a regimes essencialmente discriminatórios e excludentes, nos quais determinados indivíduos, em razão de algum caractere pessoal fruía de privilégios.

Ainda que na visão do Constituinte Originário tal sistemática de foros se afiança-se como mal tolerável em prol da estabilização democrática, impõe-se reconhecer tal ponderação foi feita de forma exaustiva quando da promulgação da atual ordem democrática.

Portanto, qualquer alargamento das hipóteses eleitas pelo constituintes como justificáveis para dispensa de tratamento desigual a ocupantes de cargos públicos violaria a o núcleo essencial do direito fundamental à igualdade e o sistema de responsabilização integral dos agente públicos, nos termos da reação do seu ao prever, em seu artigo 37, §4<sup>o</sup><sup>18</sup>.

A sanção de suspensão dos direitos políticos, eventualmente imposta por decisão que reconheça a prática de atos de improbidade para muitos evidenciaria a imperiosidade de reconhecimento da extensão do foro por prerrogativa de funções para tais ações.

Contudo, mais uma vez, importa destacar que foi a própria Constituição da República, em sua redação original, que expressamente cominou tal sanção aos agentes ímprobos, sem qualquer ressalva quanto a garantias ou prerrogativas de eventuais agentes políticos.

Da análise do texto constitucional originários se apreende que, ao criar a sistemática que passaria a ser conhecida como plena responsabilidade dos agentes estatais o Constituinte Originário, imbuído de um ideal republicano e de legitimação das Instituições, optou por submeter todos os agentes públicos e os indivíduos a eles equiparados ao mesmo regime de responsabilização.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Consultado em 10 de out. 2015

Portanto, a expansão, por meio de Emenda Constitucional, das hipóteses de foro por prerrogativa de função originariamente previstas na Constituição da República implicaria na desconsideração da escolha discricionária feita pelo Poder Constituinte.

Mais do que isso, a expansão dos foros por prerrogativa de função, na esteira da doutrina do Ministro Marco Aurélio Mello, afiançar-se-ia como retrocesso democrático, incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

Em verdade, a sedimentação da democracia e a estabilidade das Instituições Públicas nos impele a ponderar se ainda hoje o regime de foros por prerrogativa de função ainda é necessário à contenção dos Poderes ou, se qualquer sorte, tais prerrogativas hoje afiançar-se-iam como empecilhos ao desenvolvimento pleno da democracia por meio da criação de redes de proteção político judiciais.

### **3 - FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO DA EFETIVIDADE DEMOCRÁTICA**

A menção reiterada e em circunstâncias diversas ao Estado Democrático de direito acaba por esvaziar a importância inerente a esse conceito que de tal grandeza encontra-se insculpido no artigo inaugural da Constituição da República.

A interrelação entre direito e democracia é tão rica que, a partir da disposto no 1º, parágrafo único, da Constituição da República conclui-se que toda e qualquer forma de exercício do poder só se legitima enquanto representação da vontade popular. Não à toa, o exercício de cargos públicos eletivos recebe a denominação de mandato, instrumento jurídico de representação.

Por outro lado, importante ponderar que, ao lado dos instrumentos de representação popular, a Constituição de 1988 incentiva o exercício direto da democracia, seja através dos mecanismos de consulta popular, seja através da iniciativa legislativa popular e, principalmente, através dos mecanismos diretos de controle da Administração Pública, notadamente a ação popular.

Dessa forma, para a efetivação do Estado democrático não basta a democracia formal, atrelada ao sufrágio. A democracia precisa abranger um aspecto material, atrelado a politização da vida social<sup>19</sup>, entendida como formação de arenas públicas de debate, verdadeiras incubadoras de ideias e do sentimento de pertencimento, pressupostos da compreensão da relevância da atuação de cada indivíduo para o bem estar social.

Retrocedendo á idéia de mandato, como instrumento de representação política, relevante a referência à sua qualificação jurídica, nos termos do artigo 653 do Código Civil<sup>20</sup>:

Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

Em que pese instrumentalizados por meios distintos e com finalidades distintas, são os pontos comuns entre o mandato político e o civil que merecem destaque, especialmente no que concerne aos direitos dos mandantes e à relação de fidúcia entre estes e seus mandatários.

A obrigatoriedade do voto na forma atualmente prevista na Constituição da República mitiga a autonomia da vontade, de sorte que, mesmo aqueles que eventualmente não se sintam satisfatoriamente representados são compelidos a, ao menos, legitimar a instrumentalização do poder político pela presença sufrágio obrigatório e universal.

A relação de fidúcia, real ou ficta, inerentes ao exercício da representação, legítima, por sua vez o exercício permanente de um poder/dever fiscalizatório por parte daquele que se faz representar e se obriga pelos atos do mandatário. Sobre o tema, assim dispõe o Código Civil de 2002<sup>21</sup>:

Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

---

<sup>19</sup> ALVES, Rogério Pacheco. Zona de Luminosidade dos Agentes Públicos. Revista do Ministério Pú do Estado do Rio de Janeiro, n. 38/2010, p. 91

<sup>20</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 26 out. 2015

<sup>21</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 26 out. 2015

O dever de prestar contas do mandatário correlaciona-se a um o direito subjetivo de o mandante exigi-las. Na seara política, contudo, o prazo certo dos mandatos eletivos e o regime diferenciado de responsabilização de alguns agentes políticos, em que pese representarem garantias ao exercício pleno do mandato, não podem implicar em excessiva limitação do controle de seu desempenho.

No atual sistema político constitucional, a perda de mandato jamais se relaciona à insubsistência de representatividade, mas sim a um juízo positivo do cometimento de faltas políticas, civis ou criminais no desempenho do mandato.

O direito à fiscalização efetiva do desempenho de todo e qualquer *múnus* público, como premissa para uma democracia material, ganhou novo impulso com a consagração do direito de acesso à informação, com o advento da Lei de Acesso a Informação<sup>22</sup> (Lei nº 12.547/11), que deu efetividade aos Princípios Constitucionais da Publicidade e Moralidade da Administração Pública, instrumentais do Estado Democrático de Direito.

O amplo e quase irrestrito direito de acesso a informações da atuação administrativa do Estado insere-se no contexto de institucionalização da democracia e superação dos ranços ainda hoje sentidos de longo período de exceção vivenciado pelo Brasil. Nesse contexto, os até hoje subsistentes foros por prerrogativa de função cada dia mais despontam como institutos estranhos ao conceito de democracia hoje em desenvolvimento.

A dispensa de tratamento diferenciado a determinados atores sociais, ainda que eleitos pelo legislador constituinte constitui exceção cada dia mais insustentável em uma sociedade orientada pelo dever de igualdade decorrente do objetivo de construir-se uma sociedade livre de qualquer forma de discriminação, na formas do artigo 3º, IV, da Constituição.

Mais do que isso, ao prever que indivíduos que exercem cargos ou funções públicas determinadas se sujeitam a regimes de responsabilização muitas vezes mais complacentes que

---

<sup>22</sup> BRASIL. Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm). Acesso em 26 out. 2015

o regime geral de persecução penal, a Constituição da República contribui para a manutenção do sentimento de existência de grupos sociais bem delimitados cuja origem remonta à Corte portuguesa que colonizou o Brasil.

Correspondente ao direito de acesso a informações, vislumbra-se uma obrigação de transparência imposta a todo e qualquer agente público no desempenho de suas funções, extensível ainda a sua vida pessoa em aspectos de qualquer forma correlacionados à sua função, especialmente no que concerne à sua evolução patrimonial, espectros que se inserem naquilo que se passa a definir como zona de luminosidade dos agentes públicos.

Nesse sentido, a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça reconhecem que os indivíduos que desfrutam de vida pública gozam de menor autonomia para exercer o seus direitos a intimidade do que aqueles cujas atividades habituais refogem ao interesse público.

Uma releitura da ordem constitucional, à luz da mais ampla efetividade do princípio republicano, privilegia a credibilidade e estabilidade das próprias Instituições sedimentadas ao longo de quase três décadas de regimes democráticos, em detrimento de prerrogativas de foro.

O raciocínio que se aplica pressupõe que o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, aliados à independência e autonomia do Poder Judiciário, são garantias suficientes de que todo e qualquer cidadão só sancionado após transito em julgado de decisão proferida por agentes públicos empossados em cargos públicos em virtude de prévia aprovação em concurso público. Propõe-se, em suma, que as Instituições constitucionalmente previstas disfrutem de maior prestígio e credibilidade a fim que se supere a visão personalista do exercício do poder político.

As recentes crises políticas institucionais, tornaram pública a cultura de aparelhamento de cargos públicos como mecanismo de cooptação política e manutenção do poder. Dessa sorte, o poder conquistado por meios ilegítimos não pode servir de fonte de tratamento diferenciado

para aqueles que usam o Estado como base de financiamento de verdadeiras organizações criminosas.

A supressão progressiva dos foros por prerrogativa de funções que ora se defende não pode ser caracterizada como um rompimento com a atual ordem constitucional. O tratamento isonômico de todos já é garantia constitucional encampada no artigo 5º da Constituição da República, devendo-se interpretar os foros privilegiados como instrumentos transitórios de exceção à tal garantia e que, portanto, tendem a ser naturalmente suprimidos pelo enraizamento da cultura democrática.

O fenômeno da mutação constitucional, originalmente introduzido no direito brasileiro através da brilhante obra do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, é a base teórica do que ora se sustenta.

Da mesma forma que em sede da ADPF 132<sup>23</sup> o Supremo Tribunal Federal reinterpretou o artigo 226, caput e §3º da Constituição da República e o artigo 1723 do Código Civil, a fim de dar-lhes interpretação conforme a ordem jurídico social hoje vigente, e, dessa forma, impedir qualquer interpretação discriminatória dos direitos de casais homoafetivos, propõe-se que o mesmo seja feito com relação às prerrogativas de foro em geral.

Não se defenda a declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias que previram no atual sistema jurídico os foros por prerrogativa de função, a uma porque se conhece a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal consagre a impossibilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, a duas porque entende-se que tais normas não possuem qualquer vício de nulidade originária, especialmente por se reconhecer sua relevância para o processo de estabilização política democrática pós ditadura civil-militar.

---

<sup>23</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 26 out. 2015

Em suma, a tese ora defendida consiste no afastamento dos foros por prerrogativas de função sob o fundamento de que, em um regime democrático de direito tais privilégios só poderiam ter efeitos temporários, pelo prazo necessário a estabilização constitucional.

Atingida a maturidade social e institucional, o que se mostra absolutamente irrefutável, ante aos quase trinta anos de ordenamento jurídico democrático nos quais a autonomia e independência dos poderes foram sucessivamente reafirmados em sucessivos episódios de tentativa de subversão da democracia pela influência do poder econômico aliado a projetos autoritários de poder.

O afastamento de todo e qualquer foro especial em razão do exercício de função pública para apuração de atos de improbidade afiança-se, assim, como o primeiro passo de um caminho sem volta para a institucionalização da responsabilização de agentes públicos de qualquer natureza, em regime de igualdade com todo e qualquer cidadão, como representação da máxima eficácia do conceito de República, expressamente eleito como forma de governo pelo legislador constituinte originário.

## **CONCLUSÃO**

O pensamento construído ao longo da presente obra, a partir da interpretação da Lei de Improbidade à luz da Constituição da República, nos leva a conclusão de que o ordenamento jurídico democrático em vigor prima pela gestão profissional e responsável dos interesses públicos e pela responsabilização pessoal e integral de todos que atuam na personificação de tais interesses, tese essa encampada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A ampla extensão do rol de incidência da Lei de Improbidade Administrativa, previsto no artigo 1º, caput e parágrafo único, da Lei 8.429/92, densifica normativamente o mandamento contido no artigo 37, §4º da Constituição da República, sem qualquer exclusão daqueles que exercem função pública em razão de mandato eletivo transitório.

No que concerne aos Prefeitos municipais, o Decreto Lei 201/67, instrumento normativo elaborado pelo regime ditatorial civil-militar para limitar e intimidar o legítimo

exercício do Poder Local, disciplina de forma constitucionalmente duvidosa a responsabilização penal de Chefes do Poder Executivo Municipal.

Já o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República sujeitam-se às sanções políticas encampadas pela Lei 1.079/50.

A natureza civil da ação de improbidade administrativa, que legitima sua incidência simultânea aos regimes próprios de responsabilização penal e política, igualmente afasta, na esteira da declaração de inconstitucionalidade, no bojo da ADI 2797, do artigo 84, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei 10.628/02, a aplicabilidade dos foros especiais por prerrogativa de função previstos na Constituição da República em sua redação originária.

Desde há muito as perseguições penais, políticas e disciplinares como forma de desestabilização de mandatos deixaram de ser a tônica do espaço público brasileiro. Nota-se, nas últimas décadas, que as prerrogativas funcionais tomaram a forma de privilégios pessoais de que gozam agentes políticos que delas se valem como meio de defesa ilegítima com o nítido intuito de furtar-se à apuração legítima de suas condutas desviantes

Permite-se, pois, concluir que os foros por prerrogativa de função e, o consequente condicionamento da responsabilização dos agentes políticos, representam hoje ameaça maior ao Estado Democrático de Direito do instauração de processos persecutórios abusivos, desvio esse facilmente constatado e rechaçado pelas garantias ao devido processo legal substancial e à ampla defesa, a todos inerentes.

As origens da República remontam à luta pelo fim de privilégios sectários e pela superação do regime de castas. Dessa forma, caracterizado o desvirtuamento do instituto dos foros privilegiados, chega-se a inevitável conclusão de que hoje a maior ameaça a estabilidade democrática reside na disseminada sensação de que as Instituições Públicas são incapazes de responsabilizar satisfatoriamente os ocupantes do Poder Político.

As linhas finais do presente estudo destinam-se a propor a reflexão além do que hoje está posto. Qual sistema de responsabilização goza de maior legitimidade democrática, na linha do que enuncia o artigo 1º da Constituição da República: o atual, no qual agentes políticos sujeitam-se ao julgamento por magistrados por eles nomeados com base em critérios políticos; ou a sujeição de todo e qualquer cidadão ao devido processo legal, com a amplitude de defesa a ele inerente, conduzido por julgadores previamente aprovados em certames públicos impessoais?

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 05 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em 10 out. 2015

\_\_\_\_\_. Lei n. 1.079 de 10 de abril de 1950. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei n. 201 de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.249 de 02 de junho de 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 12.527 de 18 de novembro 2011. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm). Acesso em 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2138/DF. Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Consultado em 05 de março de 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 26 out. 2015

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição 3211/DF. Relator para Acórdão Ministro Menezes Direito. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535803>. Consultado em 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 2790/SC. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7530819&num\\_registro=200800768899&data=20100304&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7530819&num_registro=200800768899&data=20100304&tipo=5&formato=PDF). Acessado em 05 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 10037/MT. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=53780318&formato=PDF&formato=undefined>. Consultado em 26 out. 2015.

ALVES, Rogério Pacheco. Zona de Luminosidade dos Agentes Públicos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 38/2010. P. 91.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DE FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Ação Civil Pública e Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa pelos Órgãos de Advocacia Pública. In: André da Silva Ordacgy; Guilherme José Purvin de Figueiredo (organizadores). *Advocacia de Estado e Defensoria: Funções Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra de Lei, 2009.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel, *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013.