



GUILHERME SILVA MELÃO

**O FORO POR PRERROGATIVA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

Brasília – DF
1/2015

GUILHERME SILVA MELÃO

O FORO POR PRERROGATIVA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na pós-graduação em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília – DF
1/2015

GUILHERME SILVA MELÃO

O FORO POR PRERROGATIVA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na pós-graduação em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

APROVADO:

Agradecimentos

Agradeço a todo corpo docente e estrutura oferecida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP por proporcionar o debate jurídico e acadêmico de forma a trazer novas ideias e conhecimento.

Agradeço a minha família, em especial a minha filha Malu Santa Cruz Melão, por toda paciência e compreensão pelo tempo que me dispus a confeccionar esse trabalho.

Agradeço especialmente a Deus por ter me dado saúde e sabedoria para realizar minhas atividades diárias e necessárias a conclusão desse trabalho.

Por fim, e não menos importante, agradeço a Polícia Militar do Distrito Federal, por ter me proporcionado a realização desse curso de pós graduação em Direito Administrativo como aluno bolsista.

RESUMO

O foro por prerrogativa de função esta presente em um rol taxativo na Constituição da República de 1988. As ações de improbidade administrativa não fazem parte de rol descrito pela Carta Magna, até porque as ações de improbidade administrativa têm natureza de ação civil e a própria Constituição assim as definiu. Por tal razão não assiste razão em considerar possível a existência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa independente de que autoridade esteja sendo processada. Ademais, o espírito e essência da lei de improbidade administrativa estariam sendo violado caso essa modalidade de foro seja aceita pela jurisprudência, configurando verdadeiro privilégio a quem a lei impôs rigor nas sanções. O trabalho adota metodologia dogmática instrumental, estudando casos concretos já julgados pelas cortes superiores, em uma pesquisa nos últimos dez anos.

Sumário

Introdução.....	4
1. O Foro por prerrogativa de função e a sua evolução histórica.....	6
1.1 Foro por prerrogativa e sua origem.....	6
1.2 Foro por prerrogativa no Brasil.....	7
2. A Ação de Improbidade Administrativa e a aferição de competência.....	14
3. A Ação de Improbidade Administrativa e o foro por prerrogativa de função conforme jurisprudência das cortes superiores.....	21
3.1 A lei 10.628/2002 e a inconstitucionalidade.....	21
3.2 Os julgados e suas divergências.....	24
4. A Ação de Improbidade Administrativa e a incompatibilidade com o foro por prerrogativa de função.....	31
5. Conclusão.....	38
5. Referências Bibliográficas.....	41

Introdução

A existência de foros por prerrogativa (antigamente foro privilegiado) sempre foi uma constante em nosso ordenamento jurídico, entretanto, em virtude da atual discussão referente à abrangência de sua aplicabilidade, tal instituto merece especial atenção. Com a promulgação da Lei nº 8.429/92, conhecida como a lei de improbidade administrativa, surgiu então novas divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o cabimento ou não do foro por prerrogativa nessas ações.

Visando à delimitação do foro por prerrogativa em nosso ordenamento, enfrenta-se a relação existente entre este e o princípio da igualdade, atentando-se à justificativa do instituto, assentada na ideia de interesse público, bem como sua aplicabilidade em confronto com a essência da chamada Lei de Improbidade Administrativa.

A evolução histórica do Direito Brasileiro dentre inúmeros desafios enfrentou um que exigiu, e exige até hoje, um esforço hercúleo, que é o combate à corrupção. Grandes foram os avanços nas últimas quase três décadas, em especial após a Constituição de 1988. Nesse mesmo contexto e contemporaneamente, o legislador também vem se esforçando para acompanhar a evolução social, em um mundo cada vez mais globalizado.

Dentre esses contextos sociais mais atuais existe um grande desafio para o legislador e também para o aplicador do direito que é aplicação e criação de normas que regulem a má gestão e o desvio de verbas públicas. Não é de hoje que os juristas se debruçam na tentativa de combater esse mal que assola o mundo desde antes de Cristo. Porém, no Brasil surgiu a chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) como uma tentativa de coibir e reprimir os atos de corrupção e má gestão pública.

Essa Lei de Improbidade Administrativa chegou ao ordenamento jurídico e causou enorme celeuma. Alguns de seus dispositivos foram submetidos ao controle de constitucionalidade no Supremo, tendo, em alguns casos concretos, sua inconstitucionalidade declarada e em outros não.

Combater a corrupção e a má gestão pública são metas dessa Lei, que para tanto se utilizou de inúmeras reprimendas e sansões aos condenados em ações de improbidade

administrativa. Porém, dentre as grandes questões polêmicas, a possibilidade ou não de utilização de foro por prerrogativa nesse tipo de ação é uma das maiores discussões em torno da mencionada Lei.

O foro por prerrogativa de função está previsto na Constituição Federal de 1988 que define a competência para julgamento de ações criminais e de responsabilidade de algumas autoridades. Porém não existe amparo constitucional para o foro por prerrogativa nas ações de improbidade, o que tem causado enorme discussão jurídica entorno do tema.

As cortes superiores foram acionadas inúmeras vezes sobre o tema e tiveram posicionamentos diversos em quase todas elas, causando insegurança jurídica e trazendo a baila a inconstitucionalidade, ou não, da utilização de foro por prerrogativa nesse tipo de ação.

Esse trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, visa abordar a possibilidade ou não do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

A principal técnica de abordagem do problema será a análise jurisprudência perante as cortes superiores da justiça brasileira, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no que a doutrina trata sobre o assunto.

O desenvolvimento do trabalho será baseado na dogmática instrumental, pois será analisada a jurisprudência pormenorizada sobre o tema, nos últimos dez anos, trazendo os casos concretos e as interpretações feitas pelos Ministros que compunham a decisão.

O desenvolvimento do trabalho se inicia com uma perspectiva histórica sobre o foro por prerrogativa de função no direito brasileiro, com um capítulo destinado à formação da competência do direito brasileiro; em seguida será feita uma abordagem de como a jurisprudência tem tratado o tema e, por fim, analisando a incompatibilidade do foro por prerrogativa nas ações de improbidade administrativa e a conclusão.

1. O Foro por prerrogativa de função e a sua evolução histórica.

Antes de tratar especificamente sobre a evolução do foro por prerrogativa no Brasil, também chamado antigamente por foro privilegiado, cabem breves considerações da evolução histórica no mundo sobre esse tema.

1.1 Foro por prerrogativa e sua origem.

Na história do direito processual penal, o embrião do foro privilegiado surge como uma manifestação do processo penal romano, sendo assinalada como uma das mais importantes modificações realizadas neste período a criação de “certos privilégios que suspenderam, em favor de determinadas classes de pessoas, as regras ordinárias da instrução criminal.” Conforme José Mendes de Almeida Júnior, não se está referindo à jurisdição especial para julgamento de crimes militares, a qual, para o jurista, não é um privilégio, mas sim “aos senadores, cujos crimes eram julgados por senadores, aos eclesiásticos que não eram julgados senão pelas jurisdições mais altas.”¹

Mais tarde, nas jurisdições eclesiásticas, merece destaque o Alvará de 20 de janeiro de 1580, expedido pelo cardeal rei D. Henrique, que estabelecia foro privilegiado para os oficiais do Santo Ofício, familiares e criados de deputados do Conselho Geral, de inquisidores, de deputados e de secretários.²

¹ ALMEIDA JÚNIOR, José Mendes de. O processo criminal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1. p. 48 e 49.

² “Nas causas crimes dos oficiais do Santo Ofício, ou sejam eles autores ou réus, os Inquisidores tenham jurisdição sobre eles e sejam seus juízes; e nas causas cíveis, sendo os ditos oficiais réus somente. Nas causas crimes dos Familiares, ou sejam autores ou réus, serão outrossim os ditos Inquisidores seus juízes, exceto nos casos seguintes: lesa-majestade humana, crime nefando contra *naturam*, crime de alevantamento ou motim de província ou povo, crime de quebrantamento de Cartas ou Seguros, de rebelião ou desobediência a meus Mandados: e em caso de aleive, força de mulher, ou roubo dela, ou roubador público, ou de quebrantamento de casa ou igreja, ou mosteiro, ou queima de campo ou casa com dolo: e em resistência ou desacato qualificado contra minhas justiças e quando tiverem ofícios meus, ou públicos dos povos e Repúblicas, e delinquirem neles, e em coisas tocantes aos ditos seus ofícios, e cargos, nos quais casos conhecerão as Justiças Seculares contra os ditos Familiares e não em outros, por graves que sejam. Nas causas crimes dos criados dos Deputados do Conselho Geral, dos Inquisidores, deputados e secretários, serão os ditos Inquisidores juízes, sendo os ditos criados réus somente. E apelando alguma das partes da sentença, que se der nas sobreditas causas pelos Inquisidores, será para o Conselho Geral, aonde a causa fenecerá sem mais apelação nem agravo. E acontecendo haver diferença entre os Inquisidores, e o Juiz de meus feitos, e quaisquer outros oficiais de justiça, sobre a quem compete o conhecimento da causa, se enviará informação dela com os autos, que forem feitos pelo Inquisidor, ou julgador outro qualquer, ao Conselho Geral, aonde dois do dito Conselho com dois Desembargadores do Paço determinarão a quem pertence. E o que se determinar por esta maneira, isso se guardará. E sendo votos iguais, se

Conforme José Mendes de Almeida Júnior, tais privilégios ainda foram ampliados por Filipe II, com fulcro no Alvará de 31 de dezembro de 1584, autorizando a expedição de alvarás de fiança pelo Conselho Geral aos seus privilegiados. O processo de ampliação, porém, não se deu apenas no tocante aos privilégios, a abrangência da jurisdição e das imunidades eclesiásticas também era destaque, explicitando a influência do clero nesse período.³

Em face de tal conjuntura, iniciou-se o movimento dos reis no sentido de distinguir os crimes sujeitos às justiças seculares daqueles exclusivamente sujeitos às oficialidades eclesiásticas, resultando em grandes lutas. Durante o desenvolvimento desse processo, foram se ampliando os casos privilegiados, os quais estavam “fundados não sobre a natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores, etc., fidalgos e pessoas poderosas”, culminando na classificação dos crimes, relativamente às jurisdições, em crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns.⁴

Vislumbra-se, portanto, que o instituto do foro privilegiado desenvolveu-se sobremaneira durante a Idade Média, sendo corriqueiro entre os nobres e os eclesiásticos.⁵ Mais adiante, as principais ordens constitucionais da Europa Ocidental trouxeram apenas resquícios desse instituto. No entanto, deve ser ressaltado que tal fenômeno não ocorre no ordenamento jurídico norte-americano.

1.2 Foro por prerrogativa no Brasil

No Brasil, com a influência da tradição jurídica da Europa Ocidental, a adoção do foro privilegiado em nossa ordem constitucional foi uma consequência histórica. Como manifestação bastante expressiva desse processo, destaca-se, entre 1808 e 1844, a existência

me dará conta disso para mandar o que me parecer no caso. E enquanto isto se tratar se sobrestará na dita causa em que houver a tal dúvida. E havendo preso, estará na prisão do juiz que o mandar prender, e primeiro conhecer do caso, e será bem tratado com a segurança necessária.” Alvará de 20 de janeiro de 1580, expedido pelo cardeal rei D. Henrique Apud ALMEIDA JÚNIOR, José Mendes de. O processo criminal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1. p. 82 e 83.

³ Ibid., p. 83.

⁴ Ibid., p. 86-88.

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 174.

de “Magistrados Especiais” para os cidadãos ingleses, sendo aqueles escolhidos e nomeados por estes últimos para “obrem em seu favor”. Esse verdadeiro privilégio foi determinada pelo Alvará de 4 de maio de 1808, em que se criou o cargo de juiz conservador da Nação Britânica,⁶ ratificado posteriormente pelo artigo X do Tratado de Comércio e Navegação, de 19 de fevereiro de 1810.⁷

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 concedia foro privilegiado aos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados – estes durante o mandato –⁸ e aos Secretários e Conselheiros de Estado para os crimes de responsabilidade.⁹

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. A cidadania da parte como elemento de fixação da competência. In: ____ . Jurisdição e competência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 210.

⁷ “Artigo X – Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, desejando proteger, e facilitar nos Seus Domínios o Comércio dos Vassallos da Grande Bretanha, assim como as Suas relações, e comunicações com os Seus próprios Vassallos, há por bem conceder-lhes o Privilégio de Nomearem, e terem Magistrados Especiais, para obrarem em seu favor como Juizes Conservadores naqueles Portos e Cidades dos Seus Domínios em que houverem Tribunais de Justiça, ou possam ser estabelecidos para o futuro. Estes Juizes julgarão, e decidirão todas as Causas, que forem levadas perante eles pelos Vassallos Britânicos, do mesmo modo que se praticara antigamente, e a sua Autoridade, e Sentenças, serão respeitadas. E declara-se serem reconhecidas, e renovadas pelo presente Tratado as Leis, Decretos e Costumes de Portugal relativos à Jurisdição do Juiz Conservador. Eles serão escolhidos pela pluralidade de votos dos Vassallos Britânicos que residirem, ou comerciarem no Porto, ou Lugar, em que a Jurisdição do Juiz Conservador for estabelecida; e a Escolha assim feita será transmitida ao Embaixador, ou Ministro de Sua Majestade Britânica Residente na Corte de Portugal; para ser por ele apresentado a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, a fim de obter o Consentimento, e Confirmação de Sua Alteza Real; e no caso de não a obter, as Partes Interessadas procederão a uma nova Eleição, até que se obtenha a Real aprovação do Príncipe Regente. A remoção do Juiz Conservador, nos casos de falta de Dever, ou de Delito, será também efetuada por um Recurso a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal por meio do Embaixador, ou Ministro Britânico Residente na Corte de Sua Alteza Real. Em compensação desta Concessão a favor dos Vassallos Britânicos, Sua Majestade Britânica Se obriga a fazer guardar a mais estrita e escrupulosa observância aquelas Leis, pelas quais as Pessoas, e a Propriedade dos Vassallos Portugueses, residentes nos Seus Domínios, são asseguradas e protegidas; e das quais eles (em comum com todos os outros Estrangeiros) gozam do Benefício pela reconhecida Equidade da Jurisprudência Britânica, e pela Singular Excelência da Sua Constituição.

E demais estipulou-se, que, no caso de Sua Majestade Britânica conceder aos Vassallos de algum outro Estado qualquer favor ou Privilégio que seja análogo ou se assemelhe ao Privilégio de ter juizes Conservadores, concedido por este Artigo aos Vassallos Britânicos residentes nos Domínios Portugueses, o mesmo Favor ou Privilégio será considerado como igualmente concedido aos Vassallos de Portugal residentes nos Domínios Britânicos, do mesmo modo como se fosse expressamente estipulado pelo Presente Tratado.” Tratado de Comércio e Navegação de 1810. Apud CARNEIRO, Athos Gusmão. A cidadania da parte como elemento de fixação da competência. In: ____ . Jurisdição e competência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 211.

⁸ Art. 47, inciso I, Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

⁹ Art. 47, inciso II, Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, havia foro privilegiado para o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade perante o Senado, e, nos crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal, cabendo à Câmara dos Deputados o juízo de procedência ou improcedência da acusação. Também se estabelecia foro privilegiado para os Ministros de Estado, sendo que nos crimes comuns e de responsabilidade seriam processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste. Além desses casos, cabia ainda ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente e privativamente os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.¹⁰

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, definiu-se que um Tribunal Especial, em vez de o Senado, seria competente para o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Além disso, a Corte Suprema – denominação atribuída ao Supremo Tribunal Federal – recebeu a incumbência de processar e julgar, no tocante aos crimes comuns, o Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, e, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros Diplomáticos.¹¹

No texto da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, foi estabelecida a competência originária a um Conselho Federal – composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República – para o processamento e julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos delitos de mesma natureza. Com relação aos Ministros de Estado, foi estabelecido o foro privilegiado, nos crimes comuns e de responsabilidade, perante o Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, perante a autoridade competente para o julgamento deste. Para o Supremo

¹⁰ Art. 53, caput; Art. 29, caput; Art. 52, §2º e Art. 59 59, I, b da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 189.

¹¹ Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade. Art. 76, I, a e b, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Tribunal Federal, foi ainda fixada a competência para processar e julgar originariamente os seus Ministros e os Ministros de Estado, ressalvada a competência do Conselho Federal, e o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.¹²

Com o processo de democratização, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 trouxe novas situações de foro privilegiado. Fixou a competência privativa do Senado Federal para julgar o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os Ministros de Estado, em crimes de mesma natureza, quando conexos com o daquele; bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, também nos crimes de responsabilidade.¹³

Além disso, concedeu foro privilegiado aos Ministros de Estado que, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, seriam processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvada a hipótese do artigo 62, I. Para o Supremo Tribunal Federal determinou a competência de processar e julgar originariamente o Presidente da República nos crimes comuns; os seus Ministros e o Procurador-Geral da República também nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvando-se a hipótese da parte final do art. 92; e os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, da Mesa da Câmara ou do Senado e do Presidente do próprio Supremo Tribunal Federal. Estabeleceu ainda para o novo Tribunal Federal de Recursos a competência para processar e julgar originariamente os mandados de segurança, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente. Por fim, estabeleceu o foro privilegiado para os juízes de inferior instância nos crimes comuns e de responsabilidade perante os Tribunais de Justiça.¹⁴

¹² Art. 50; Art. 86; Art. 100; Art. 89, § 2º; Art. 101, I, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

¹³ Após a declaração de procedência da acusação pela Câmara, prevista nos artigos 59, I e 88, ambos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946; Art. 62, I; Art. 62, II e 100, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

¹⁴ Art. 92, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946; Art. 101, I, a, após a declaração de procedência da acusação pela Câmara, prevista nos artigos 59, I e 88, ambos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de

Essa conjuntura bastante ampla de foros privilegiados manteve-se, com algumas variações, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969. Ressalte-se a inovação do foro privilegiado para deputados e senadores perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁵

À Câmara dos Deputados passou a competir não só o juízo de procedência da acusação contra o Presidente da República, mas também contra os Ministros de Estado.¹⁶ A competência do Senado permaneceu a mesma, já a competência do Supremo Tribunal Federal foi ampliada, estabelecendo-se novas hipóteses de foro privilegiado além das já existentes. Assim, passou a competir ao Supremo Tribunal Federal também o processamento e o julgamento, nos crimes comuns, do Vice-Presidente da República e dos deputados e senadores como referido acima.

Também foi ampliada a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, sendo ao referido órgão cabível processar e julgar os juízes federais, os juízes do trabalho e os membros dos tribunais regionais do trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, e os do Ministério Público, nos crimes comuns e nos de responsabilidade; os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, do Presidente do próprio Tribunal ou das suas câmaras, turmas, grupos ou seções; do diretor-geral da Polícia Federal ou de juiz federal; os habeas corpus, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado ou a responsável pela direção-geral da polícia federal ou juiz federal. Com relação aos Tribunais de Justiça, manteve-se o foro privilegiado para os juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade, estendendo-o aos membros do Tribunal de alçada.

Como visto acima, a origem formal do foro privilegiado no Brasil data da primeira Constituição Republicana em 1891 no seu art. 57, § 2º, que deu competência ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, ao STF, para julgar os juízes federais inferiores (art. 57, § 2º) e o Presidente da República e os Ministros de estado nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, II). A partir de então

1946; Art. 101, I, b; Art. 101, I, c; Art. 101, I, I; Art. 104, I, b; Art. 124, IX, todos da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

¹⁵ Art. 32, §4º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969.

¹⁶ Art. 40, I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969.

ora menos ora mais todas as Constituições mantiveram o foro privilegiado. Já a Constituição de 1988, embora considerada a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, não previu expressamente a vedação de foro privilegiado. Pelo contrário, estabelece até mesmo quem terá direito ao foro. Apesar disso, o seu art. 5º, XXXVII, dispõe que "não haverá juízo ou tribunal de exceção", tornando nossa atual carta magna ambígua, abrindo brechas para políticos e alguns "privilegiados" cometerem crimes sem receber punição alguma.

A abrangência do Foro por prerrogativa na Constituição de 1988 revela que além de não veda-lo, ao contrário, amplia este direito à outros membros dos três poderes. Atualmente estão amparados pelo foro por prerrogativa os cargos da forma elencada abaixo:

No Supremo Tribunal Federal:

- Presidente e vice-presidente da República;
- Deputados federais;
- Senadores;
- Ministros de Estado;
- Procurador-geral da República;
- Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica;
- Membros do Tribunal de Contas da União;
- Membros dos tribunais superiores (STF, STJ, TST, TSE e STM);
- Chefes de missão diplomática de caráter permanente.

No Superior Tribunal de Justiça:

- Governadores;
- Desembargadores dos Tribunais de Justiça;
- Membros dos Tribunais de Contas Estaduais;
- Membros dos Tribunais Regionais Federais,
- dos Tribunais Regionais Eleitorais;
- e dos Tribunais Regionais do Trabalho;
- Membros dos conselhos e Tribunais de Contas dos municípios;
- Membros do Ministério Público da União que atuem nos tribunais.

No Tribunal de Justiça:

- Prefeito;
- Deputado Estadual;
- As Constituições Estaduais podem prever foro privilegiado para outros cargos políticos (secretário de estado, vice-governador, vice-prefeito, vereadores, procuradores do estado, membros da advocacia pública).

A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau (súmula 702, STF).

As competências acima descritas se referem às ações penais comuns e crimes de responsabilidade. Importante esclarecer que crimes comuns são aqueles previstos no Código Penal e Leis Especiais e que crimes de responsabilidade são aqueles praticados por funcionários públicos e agentes políticos em razão de suas funções. Cabe registrar também que recebida pelo Supremo Tribunal Federal a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, os deputados e senadores poderão ter a ação penal sustada, se assim decidir a maioria dos parlamentares da Casa a que pertençam.

Conforme descrito acima a Constituição Brasileira de 1988 não apenas contemplou, como também reafirmou e ampliou o chamado foro por prerrogativa, enumerando, segundo a grande doutrina e jurisprudência, em um rol taxativo os detentores do foro por prerrogativa e em quais ações eles terão esse privilégio. Há grande discussão sobre a constitucionalidade e a manutenção desse tipo de foro.

Toda essa discussão de foro por prerrogativa tem relação direta com a definição de competência no direito brasileiro e seus critérios de aferição. A ação de improbidade administrativa é uma ação civil comum, não tendo caráter penal, administrativo ou político, por tal razão segue os critérios de competência estabelecidos pela legislação processual civil.

2. A Ação de Improbidade Administrativa e a aferição de competência.

A ação de improbidade administrativa, como ação civil comum, segue o rito previsto no Código de Processo civil como regra, e a depender do caso o do Código de Defesa do Consumidor e ainda, excepcionalmente, utiliza dispositivos do Código de Processo Penal. Mas isso não tira a característica de uma ação civil.

Como ação civil que é as regras de competência serão às do Código de Processo Civil, que ressalvada minoria doutrinária, se divide em três tipos de competência, a saber: a competência pelo critério objetivo – em razão da pessoa, da matéria ou do valor da causa – a competência pelo critério funcional e a pelo critério territorial.

O foco do trabalho não é esmiuçar os critérios de competência da ação de improbidade administrativa, mas é importante o tema para que façamos essa relação entre o critério de competência e o foro por prerrogativa, que também é um critério de competência. Resumidamente cabe definir cada critério adotado pelo Código de Processo Civil e depois fazermos essa relação dos critérios adotados pelo código processual e o foro por prerrogativa.

O critério é denominado objetivo quando toma por base as características da demanda para a fixação da competência, isto é, a distribuição da competência se dá com base nos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir).

Esse critério objetivo é o de maior importância para esse trabalho, por nele estar contido o foro em razão da pessoa – *ratione personae* – que também abarca o foro por prerrogativa de função. O critério objetivo é subdividido em competência em razão da pessoa, em razão da matéria e em razão do valor da causa.

Para este estudo basta uma explicação didática sobre a competência em razão da matéria e em razão do valor da causa e um detalhamento melhor sobre o critério em razão da pessoa.

A competência em razão do valor da causa é definido com base no valor da demanda, é com base no valor do pedido, que é um dos elementos da demanda. Um grande exemplo desse critério de competência em razão do valor da causa é dos Juizados Especiais.

A competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para identificação do juízo competente. É com base nesse critério que as varas de família, cível, penal etc. são criadas.

Já a competência em razão da pessoa leva em conta as partes envolvidas, e nesse caso temos como grande exemplo as competências dos tribunais determinadas em razão da pessoa, como prerrogativa do exercício de algumas funções.

Fala-se de competência *ratione personae* quando determinadas pessoas, “em razão da alta relevância da função que desempenham, têm o direito ao julgamento por um órgão de maior graduação” (TAVORA; ANTONNI, 2009, p215).

Voltando aos critérios, será funcional quando o critério básico para determinação da competência relacionar-se com o conjunto de atribuições que as leis conferem aos diversos órgãos judiciários que vão atuar no processo.

Por fim, diz-se territorial quando o critério levar em conta a divisão do poder jurisdicional em razão de foros ou circunscrições judiciárias em que está dividido o país.

O professor Elpídio Donizete assim descreve o critério de aferição de competência:

“O encontro da regra de competência para o caso concreto demanda a formulação de um raciocínio que em algumas hipóteses será mais simples, e noutras, mais complexo. Deste modo, a primeira indagação a ser feita neste “roteiro determinativo da competência”, uma vez fixada a incidência da jurisdição nacional, é sobre se a hipótese seria, ou não, da competência originária dos Tribunais. Depois, se negativa a primeira resposta, se o caso se meteria no rol de competência das chamadas justiças especiais (justiça do trabalho, eleitoral ou militar). Não sendo a hipótese, já definida, por exclusão, a competência da justiça comum, se a competência seria da Justiça Federal, que “... apesar de ser comum, guarda um grau de especialidade em face da Justiça Estadual, que é a mais comum de todas”.¹⁷ Afastada a competência da justiça federal,

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, p. 171.

surge como certa a competência estadual, restando definir-se, então, a competência territorial.¹⁸ Feito isto, e como último passo, será o caso de se estabelecer o juízo competente naquela comarca ou seção judiciária, adotando-se, às vezes conjuntamente, a regra da livre distribuição e os preceitos contidos na lei de organização judiciária.”¹⁹

A Constituição Federal, em diversas passagens, prevê o chamado foro por prerrogativa de função a algumas autoridades que, por sua relevância política e/ou jurídica, são processadas e julgadas, desde o início, por órgãos colegiados, em hipóteses caracterizadoras de competência originária *ratione personae* dos tribunais.

Nestes casos, a jurisdição será de competência dos órgãos colegiados e superiores do Judiciário conforme definidos pela Carta Magna e Constituições Estaduais. A Constituição Federal constitui a competência originária dos Tribunais de Justiça, STF, STJ, TRF e TRE, respectivamente, nos artigos 96, 102, 105, 108,121.

Qualquer outro dispositivo de legislação ordinária que venha dispor contrário a estas regras constitucionais estaria infringindo o princípio do juiz natural, como exposto pelo STF por ocasião do julgamento das ADI 2.797 e 2.860, quando declarou a inconstitucionalidade do art. 84 do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei nº 10.628 de 2002, assunto que mais adiante será debatido.

Vistos alguns exemplos do chamado foro por prerrogativa de função já citados no capítulo 1.3 desse trabalho, cabe desde logo esclarecer que tais hipóteses se restringem ao campo penal. Assim, praticando referidas autoridades condutas ilícitas sob o prisma do direito administrativo ou mesmo do direito privado, não gozarão do foro especial, sendo neste sentido a doutrina e a jurisprudência.

¹⁸ Na verdade, a necessidade de definição da competência territorial também se apresenta no campo das justiças especiais e da própria Justiça Federal. Não obstante, é no campo da Justiça Comum Estadual que as indagações territoriais se apresentarão mais complexas.

¹⁹ DONIZETE, ELPÍDIO. Curso Didático de Direito Processual Civil, 2012, p.262.

No campo da Lei n. 8.429/92, onde não se cogita de aplicação de sanção penal,²⁰ a mesma solução se aplica: “Praticando tais autoridades atos caracterizadores de improbidade, a competência para o seu processo e julgamento será dos magistrados de primeiro grau, juízes naturais de tais causas”, já tendo se orientado neste sentido o STF:

Senador da República. Inquérito civil. Ação civil pública. Medida processual a ser eventualmente adotada contra empresas que estiveram sujeitas ao poder de controle e gestão ao 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 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.²¹

²⁰ § 4º 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** (grifos nossos).

²¹ AGRG em Reclamação n. 1.110-1-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/1999, DJU 7/12/1999, p. 58. No mesmo sentido, Pet. n. 1.073-6-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11/10/1995, DJU 24/11/1995; AGRG em Petição n. 693-4-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12/8/1993, DJU 1/3/1996, p. 5.013; Inquérito n. 1.202-5-CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 21/2/1997, DJU 4/3/1997, p. 4.800-1. Por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 80.112-9-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, impetrado por determinado Deputado Federal contra atos praticados, em inquérito civil, pelo Ministério Público do Paraná, o Ministro Sepúlveda Pertence fez questão de ressaltar que “... é óbvio que do inquérito civil, para apurar improbidade administrativa, pode resultar a colheita de elementos informativos de natureza criminal” demonstrando, não obstante, que mesmo a instauração de inquérito policial, no caso, não fixaria a competência do Supremo Tribunal Federal, salvo para a concretização de medidas constritivas de direito como, por exemplo, a condução coercitiva, a quebra de sigilo constitucionalmente protegido etc. Ver também: AGRAI n. 506323 AgR/PR, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 2/6/2009, DJ 1º/7/2009, RT v. 98, n. 888, 2009, p. 152-154; AGR Rec. n. 3021 AGR/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/12/2008, DJ 6/2/2009; AGRAI n. 637566/SE, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26/8/2008 DJ 12/9/2008; AGRAI n. 653882/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 3/6/2008 DJ 15/8/2008, RT v. 97, n. 877, 2008, p. 121-132; Pet n. 3438/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 18/1/2010, DJ 3/2/2010; RE n. 561389/SC, rel. Min. Carlos Britto, j. em 18/12/2009, DJ 9/2/2010; RE n. 569147/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/12/2009, DJ 3/2/2010; RE n. 476483/MA, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 5/11/2009, DJ 30/11/2009. Não obstante, no julgamento da Pet 3211 QO/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min.

Também já foi a posição do STJ:

“Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º; Cód. Civil, arts. 159 e 1518; Leis 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ. 2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp 28.848, DJ de 2/8/1993). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva. 3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau. 4. De lege ferenda, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais. 5. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação” (Rec. n. 591-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 1º/12/1999, DJU 15/5/2000). Tal entendimento foi reiterado por ocasião do julgamento do REsp n. 161.322/PE, 2ª T., rel. Min. Franciulli Neto, j. 7/3/2002, e em inúmeros julgados posteriores.

Embora esses julgados tenham tomado esse sentido de não reconhecimento do foro por prerrogativa nas corte superiores do país longe estamos de uma uniformização do tema na jurisprudência. Tanto Superior Tribunal de Justiça quanto Supremo Tribunal Federal já decidiram de forma diversa sobre o tema, essas decisões veremos adiante com mais detalhe.

É certo que a competência exercida pelos juízes de primeiro grau, em casos tais, acaba por gerar uma certa assimetria na medida em que, caracterizando-se a improbidade, no mais das vezes, também um ilícito penal, teremos dois órgãos jurisdicionais, de competências funcional e *ratione materiae* absolutamente diversas, a apreciar o mesmo fato, o que vem

Menezes Direito, j. em 13/3/2008, DJ 27/6/2008, decidiu-se que “Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros”.

levando alguns a defenderem a alteração das regras de competência para a hipótese.²² Tal circunstância, não obstante, acaba sendo atenuada em razão da prevalência da jurisdição criminal sobre a cível (arts. 935 do CC;²³ 63/67 do CPP), o que, de modo a evitar decisões contraditórias, recomenda que o juiz de primeiro grau suspenda o curso do processo cível “até que se pronuncie a justiça criminal” (art. 110 do CPC).

Assim se posiciona o professor Emerson Garcia sobre o tema:

“A adoção do foro por prerrogativa de função na seara da improbidade, ansiosamente desejada por alguns agentes políticos, pouco diz com o problema da hierarquia – visto que não há, sob o ponto de vista do exercício da judicatura, hierarquia entre o menos graduado magistrado e os Ministros da Excelsa Corte – ou mesmo com a dignidade das autoridades em jogo, cujo resguardo se vê garantido não pelo foro especial mas, antes, pela exigência de uma imputação fundada, não leviana. São razões secundárias, pois o que se busca preservar no estabelecimento da competência originária racione personae dos tribunais é, sobretudo, a imparcialidade do julgamento, evitando-se que uma alta autoridade da República exerça, maleficamente, a sua influência sobre o órgão julgador. Ocorre que a realidade desmente a suposta maior imparcialidade dos tribunais (Estaduais, Regionais Federais e Superiores), surpreendentemente muito mais vulneráveis aos influxos políticos que um magistrado de primeira instância, cuja investidura se dá por intermédio de rigoroso concurso de provas e títulos (e não por indicação do Presidente da República ou pela malsinada regra do “quinto constitucional”) e cuja judicatura se vê amparada pelas garantias previstas nos arts. 93 e 95 da Constituição Federal.

“ (2014, p.903)

²² Neste sentido, o acórdão prolatado na Reclamação n. 591/SP, Corte Especial do STJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 19/12/1999, ementa acima transcrita. Cuidando-se de ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, por tratar-se de matéria especificamente disciplinada, numerus clausus, pela própria Carta Magna, somente através de emenda constitucional federal tal temática poderia ser tratada. Quanto à competência do Tribunal de Justiça, exige-se emenda constitucional estadual, em razão da regra contida no art. 125, § 1º, da Constituição Federal.

²³ Art. 1.525 do Código Civil revogado.

Cabe destaque a passagem do texto do professor Emerson Garcia quando menciona a não existência de hierarquia entre os magistrados de primeiro grau e os das cortes superiores o que nos resta concluir a total constitucionalidade do julgamento das ações de improbidade pelos magistrados de primeiro grau, respeitadas as regras de competência estabelecidas pelo Código de Processo Civil, pois são ações de natureza civil.

3. A Ação de Improbidade Administrativa e o foro por prerrogativa de função conforme jurisprudência das cortes superiores

O tema foro por prerrogativa em ação de improbidade é bastante polêmico e ainda longe de ser pacificado. Juridicamente a doutrina defende em grande maioria a impossibilidade do foro por prerrogativa nas ações de improbidade visto a natureza civil da ação e a não previsão desse tipo de foro para essas ações na Constituição Federal.

Professora Gina Copola ressalta que a ação de improbidade administrativa não é uma ação penal, é uma ação civil, que por tal característica, de ser ação civil, originalmente não comporta qualquer tipo de foro por prerrogativa. O foro por prerrogativa amparado pela Constituição de 1988 é para ações penais e de responsabilidade, o que não engloba ações civis e, portanto, a ação por improbidade também não cabe foro por prerrogativa. (2011, p.48).

Essa é uma primeira análise sobre o tema, e foi o que primeiramente se arguiu logo que surgiram os primeiros questionamentos sobre o foro por prerrogativa neste tipo de ação. Logicamente esse argumento era dos que defendiam que não cabia o foro por prerrogativa.

3.1 A lei 10.628/2002 e a inconstitucionalidade

Diante do impasse surge a Lei 10.628/2002, que alterava artigo 84, §2 do Código de Processo Penal, que permitia a prerrogativa de foro nos casos de ações de improbidade administrativa. Nos seguintes termos:

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.

(...)

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de

foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Com esse novo cenário foi proposta a ADI 2797/DF que culminou com o julgamento de inconstitucionalidade da alteração do referido §2 do artigo 84 do Código de Processo Penal que permitia o foro por prerrogativa nas ações de improbidade. Segue Ementa:

ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP

(...)

2. (...) 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.** (grifo nosso)²⁴

²⁴ 1. O novo § 1º do art. 84 CPRPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses

Os argumentos foram inúmeros, mas cabe destaque ao do Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence;

“no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes. (...) Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.” (ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005).

Um dos argumentos que pesou para a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 10.628/2002 era que uma lei federal ordinária estaria modificando a Constituição Federal. Ou seja, que uma lei federal estaria acrescentando a ação de improbidade ao foro por prerrogativa ao invés de uma Emenda à Constituição, expediente esse que seria o adequado.

O jurista Pedro Lenza reforça a tese de que o foro por prerrogativa de função tem vertente totalmente constitucional e que sua previsão é taxativa, não permitindo ampliação

de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005).

dessa modalidade de foro, salvo se por emenda à Constituição forem incluídas outras autoridades com tal prerrogativa, ou que outro tipo de ação seja inserida. (2014, p. 608, 762, 797)

A lei 10.628/02 pareceu um alento para resolução da questão do foro por prerrogativa em ações de improbidade administrativa, porém, ante a esta inconstitucionalidade retomamos novamente as discursões sobre a possibilidade ou não de foro por prerrogativa em ações de improbidade.

3.2 Os julgados e suas divergências

Logo em seguida ao julgamento da inconstitucionalidade da alteração do artigo 84 do Código de Processo Penal surgiu a Reclamação 2138/DF, onde questionava se agente político nas ações de improbidade administrativa estariam amparados pelo foro por prerrogativa, com base na Lei 1.079/50 que define os crimes de responsabilidade praticados por Ministro de Estado. Segue Ementa:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

(...)

2.(...) II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). **Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de**

responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. (grifo nosso).

3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.

(...)

5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rcl 2138 DF, Relator Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007).

Neste caso o Ministério Público Federal ajuizou uma ação de improbidade administrativa contra um Ministro de Estado, que impetrou uma reclamação junto ao Supremo alegando que Ministro de Estado responde por crime de responsabilidade segundo a Lei 1.079/50 e tem como foro o Supremo Tribunal Federal.

Nessa ocasião o Supremo acolheu a tese de que quando o crime de responsabilidade se assemelha ou é igual às condutas previstas na lei de improbidade, então cabe a prerrogativa de foro. Não se aplicando a lei de improbidade administrativa quando envolverem os agentes amparados pela Lei 1.079/50 e o fato for semelhante ao previsto em crime de responsabilidade. Ainda se extrai da decisão que o Supremo entendeu que dois diplomas legais estariam tratando da mesma conduta, o que não poderia ocorrer.

Vejamos alguns trechos da ementa que tratam exatamente do esclarecido a cima:

(...) Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

(...) A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição.

(...) Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

(...) Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

(...) Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição.

III. Reclamação Julgada Procedente. (Rcl 2138, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007).

Segundo Rômulo Moreira, não cabe respaldo essa interpretação, data *máxima vênia*. Pois a Lei 1.079/50 versa sobre crimes de responsabilidade praticados por agentes políticos e não versa sobre atos de improbidade, que embora sejam de fato semelhantes, tiveram tratamento diferenciado pela legislação, inclusive com sanções diversas para atos iguais. (2012, *on line*)

Completa o professor Alexandre de Moraes, que aliado a esse raciocínio o art. 37, §4º da CF deixa claro *in fine* que: "(...) sem prejuízo da ação penal cabível". Hermenêutica clara desse dispositivo é a diferença entre os atos previstos na ação de improbidade, de características de ação civil, das demais ações. Esse mesmo entendimento é defendido pelo professor Emerson Garcia em sua obra Improbidade Administrativa. (GARCIA, 2013, p. 910).

Em 2008 chegou ao Supremo a PET 3211/DF, nesta Questão de Ordem, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Corte Máxima decidiu que ações de improbidade administrativa contra seus membros seriam julgadas pelo Pleno do Supremo, seguindo, assim o foro por prerrogativa. Segue Ementa:

EMENTA Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns.

1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros.

2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (PET 3211/DF, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008

Com essa decisão novamente restou a discussão sobre o foro por prerrogativa em ações de improbidade administrativa. No caso em questão foi uma ação movida pelo Ministério Público Federal contra o Ministro Gilmar Mendes, quando da sua gestão como Advogado Geral da União.

Par e passo chegou ao Superior Tribunal de Justiça a Reclamação 2.790/SC que trouxe entendimento polemico sobre o tema. O STJ decidiu que os Agentes Políticos respondem por ações de improbidade administrativa e que existe foro por prerrogativa nessas ações. Segue Ementa:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO.

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

Não restou qualquer dúvida nesse julgado do STJ. Decidiu a Corte superior que ressalvado o Presidente da República qualquer outro agente político seria sujeito a ação de improbidade administrativa.

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

3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos

crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

4. Reclamação procedente, em parte. (Recl 2.790/SC, Relator Ministro Teori Savascki, Corte Especial, julgado em 02/12/2009)

Porém, nessa mesma decisão o STJ confere a possibilidade de foro por prerrogativa de função aos que a possuem na esfera penal também a possuindo nas ações de improbidade, em uma interpretação analógica ampliou o rol de ações permitidas ao foro por prerrogativa.

Ainda sobre essa decisão, o STJ discordou do entendimento da reclamação 2138/DF onde o Supremo julgou que agentes políticos se submetem as ações de improbidade, salvo o Presidente da República. Vejamos o trecho que trata dessa questão:

(...) Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (...) (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/12/2009) .

Outro ponto polêmico foi que o STJ, nessa mesma decisão, confirmou a existência do foro por prerrogativa nas ações de improbidade, usando como parâmetro o foro por prerrogativa nas ações criminais, isto é, no caso do agente possuir foro por prerrogativa em ações criminais a mesma casa competente para julgar e processar seria também para o caso de ações de improbidade. Vejamos trecho da decisão que trata do assunto:

(...) norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. (...) (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/12/2009) .

O STJ no caso específico utilizou-se da teoria da competência implícita visto que a condenação na ação de improbidade administrativa culmina com a perda do cargo e por tanto

de caráter penal, o que levaria a competência para a do foro por prerrogativa. Uma decisão um tanto fora da linha que vinha sendo traçada sobre o tema, mas que logo em seguida foi superada como veremos.

Em decisão posterior, na Reclamação 12.514/MT o STJ volta atrás e retoma o posicionamento de que não existe foro por prerrogativa em ações de improbidade mesmo proposta contra agentes políticos, vejamos a Ementa:

PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. Reclamação improcedente. (AgRg na Rcl 12514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/09/2013)

A grande questão é saber que rumo esse tema terá se novamente proposto junto às cortes superiores e que outra solução poderia ser adotada para por fim a este tema tão polêmico que já teve tantas decisões divergentes.

Hoje o cenário é de insegurança e incerteza quanto ao tema, a jurisprudência já tomou diversos rumos e com diversas fundamentações, sendo, portanto, leviano definir uma posição majoritária sobre o tema. Tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal, certamente serão chamados a se manifestarem novamente sobre o tema, e nada tem de definido nessas cortes.

Essa incerteza fica mais clara visto inúmeras outras decisões que aparentam mais decisões casuísticas e definidas à dedo do que propriamente decisões voltadas a cumprir o espírito da Lei de Improbidade. São inúmeros os casos de mudança de posicionamento em virtude do relacionamento político do réu, dado o exemplo atual o julgamento do chamado “mensalão”, que os especialistas apontam como decisão motivada por caráter político e muito pouco jurídico. Por essa razão não há como prever o que acontecerá caso as cortes superiores sejam invocadas a se manifestarem sobre o tema. A questão política e a qualidade do réu têm sido fatores determinantes para tomada de decisões, mesmo que sacrificando a interpretação mais adequada do Direito.

4. A Ação de Improbidade Administrativa e a incompatibilidade com o foro por prerrogativa de função

A improbidade administrativa, tida como um mal social que envolve a máquina gerencial administrativa do nosso país implica no desvirtuamento da Administração Pública, atingindo o interesse público e infringindo os princípios regentes do Estado Democrático de Direito. As consequências trazidas pelo cometimento de atos dessa espécie são danosas para toda a sociedade, impedindo que o Brasil tenha melhoria na qualidade de vida dos seus cidadãos e um desenvolvimento mais uniforme.

Em regra geral, quando não atendido o dever de probidade, está configurada a improbidade administrativa, comportando a imposição de determinadas sanções, regulamentadas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

A palavra probidade é originária do latim *probitas* e do radical *probus*, tendo como significado aquilo que brota bem, denotando o que tem boa qualidade. Essa concepção era, primariamente, aplicada às plantas, passando a ser usada em sentido moral, caracterizando o indivíduo honrado, íntegro, possuidor de bons costumes. Significa, atualmente, atitude de respeito aos bens e direitos alheios, constituindo ponto essencial para a integridade do caráter.

A improbidade, tanto a casual quanto a administrativa, nunca foi esquecida pelo processo histórico-filosófico. Garcia e Alves trazem um apanhado de vários autores renomados discorrendo acerca desse assunto. Entre eles, podemos enfatizar o pensamento de John Locke que, na sua famosa obra “Dois tratados de governo civil”, alude à sociedade para a prevenção de qualquer atentado que fosse leviano ou maldoso e que se dirigissem contra a liberdade e a propriedade das pessoas. Já Montesquieu, em “Os espíritos da lei”, acaba por dedicar vários capítulos à corrupção nas diversas formas de governo. (2014, p.49)

Conforme os ensinamentos de Garcia e Alves, a corrupção é um fenômeno social composto por desvios de comportamento que infringem a normatividade estatal ou os seus valores morais em troca de uma vantagem correlata. É uma forma de degradação dos padrões ético-jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada.

Etimologicamente, o termo corrupção deriva do lato *rumpere*, equivalente a romper, dividir, vindo a gerar o termo *corrumpere*, significando deterioração, alteração. Os povos civilizados utilizam bastante esse vocábulo, já que reprimem as ações compostas por desonestidade e por deslealdade dos seus agentes públicos no desempenho das atividades funcionais. Pode-se dizer que a corrupção é uma das formas de manifestação da improbidade. (2014, p.49)

A improbidade sempre foi presença constante nas esferas do governo brasileiro. A corrupção teve, na colonização, o ponto inicial de sua implantação no Brasil. O elo existente entre o Monarca e os Administradores era marcado por interesses pessoais e paternalistas, somado com o objetivo comum de lucro desenfreado, descomprometido com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. A coisa pública era considerada como “coisas de ninguém”, atendendo, apenas, aos desejos das classes dominantes na época.

A responsabilidade do agente público pelos ilícitos que venha a praticar é consequência lógica da inobservância do dever jurídico de atuar em busca da conservação do interesse público. Tal responsabilização envolve a esfera administrativa, política, penal, cível ou até mesmo a moral. Esses ramos acompanharão a natureza do ato e sua potencialidade lesiva no contexto social, permitindo a aplicação de sanções extremamente variáveis, seja em grau ou essência.

Porém, é inútil a cominação de severas sanções se os mecanismos de controle e execução são ineficazes. O temor inibitório só incidirá no agente público se este perceber que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Quanto maior o prejuízo patrimonial passível ao agente ímprobo e mais eficaz o meio de controle dos atos, menores serão os estímulos à corrupção.

A partir dessa concepção, entra em cena uma incessante busca por efetiva justiça, já que o povo, cansado da prática reiterada de atos corruptos, opta por utilizar a lei como mecanismo de defesa, procurando combater, a qualquer custo, esses atos.

O sistema jurídico brasileiro, diante da convivência direta com essa situação, foi dando uma configuração à improbidade administrativa de tal forma, que passou a deixar claro que esses comportamentos seriam passíveis de sanções. A Constituição Federal de 1988 foi a pioneira responsável por estabelecer princípios e normas pertinentes à moralidade e à

improbidade administrativa. O art. 37 consignou a moralidade como princípio expresso da Administração Pública no seu caput, e tem, em seu §4º, a declaração de que a improbidade produziria efeitos sancionatórios, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

É nítida a vontade do Constituinte, exausto da prática de condutas reveladoras de desvio de poder, em adotar uma postura de maior dignidade, tentando extirpar a degeneração de caráter que assola a gestão do interesse público. Com base nas normas constitucionais, aparece a Lei nº 8.429/1992, buscando regular os casos de improbidade, identificar os sujeitos, as sanções, as providências processuais, o ressarcimento ao erário, entre outros.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001), em artigo intitulado “Corrupção e Democracia”, a corrupção é um mal gravíssimo, que prejudica as bases de sustentação do Estado e ameaça a sociedade como um todo, sendo fonte de descrédito das instituições regentes de um governo democrático.

Atentando, assim, contra o próprio sistema democrático, acaba por contribuir para a proliferação da ideia de que os mandatários do povo são desonestos. Soma-se a esta singela consideração, a constatação de que os regimes democráticos, por serem conduzidos sem uma efetiva participação popular, mostram-se como ambiente adequado à aparição de alto índice de corrupção.

É de extrema importância trazer à baila o conceito de probidade, sua origem e sua fundamentação constitucional, para que fique claro qual o espírito do combate à corrupção, qual a essência da lei de improbidade administrativa. Como dito pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a corrupção é um mal gravíssimo, que ameaça toda a sociedade.

O amparo da lei de improbidade administrativa e suas sanções esta no art. 37 da Constituição da República, sendo mandamento constitucional não há que se falar em “privilégio” para o improprio, visto a gravidade da sua atitude e a grande ameaça que sofre a sociedade.

O foro por prerrogativa de função tem seu fundamento na proteção do legislador, do administrador ou do político para possíveis arbitrariedades dos magistrados, e tem como principal característica a proteção do cargo e não da pessoa, porém a cultura brasileira e de

grande parte do mundo foi de usar esse argumento para conseguir favorecimentos e privilégios, em uma tentativa de escapar do rigor da lei.

Em defesa do foro por prerrogativa o Excelentíssimo Doutor Ministro Gilmar Mendes se manifestou nos seguintes termos:

“A maldição -ou o mal-entendido- começa pelo nome. Poderia ter sido "foro de reserva", "foro único" ou "de instância única". Mas "foro privilegiado", além da ambiguidade, induz a equívoco quando invoca "preferência", "apadrinhamento" ou a uma "proteção" que, de fato, não existe. Qualquer senador julgado pelo Supremo, por exemplo, não terá direito a outro julgamento, como têm os demais cidadãos, que chegam a obter três ou até quatro revisões da primeira decisão. A falácia de que a extinção desse instituto diminuiria a impunidade dos "figurões" não resiste ao óbvio confronto com a duração média dos processos no país, incluindo toda a longa caminhada recursal de praxe. Ou seria razoável admitir que, transferindo-se a competência originária desses julgamentos para a primeira instância, de melhor qualidade seria a atuação da Polícia Federal? Quem sabe mais ágeis seriam os promotores - decerto mais resistentes a pressões que a Procuradoria-Geral da República! - e mais célere se tornaria a produção de provas? Ora, quem argumenta com o uso de chicanas para protelar, nos tribunais, atos essenciais não pode imaginar que na primeira instância deixariam de acontecer embustes. Contudo, perigo maior do que a procrastinação seria a rede de intrigas, da pequena política enveredar comarcas, adensar o jogo eleitoral e conspurcar de vez nossa jovem democracia. Em suma, o debate sobre a extinção desse foro é maniqueísta e hipócrita porque nega o óbvio: o problema é conjuntural. Se a Justiça precisa melhorar, também é certo que vem se aperfeiçoando a olhos vistos.

Mas tudo leva tempo, e pouca parece ser a paciência da sociedade para esperar a maturação desses frutos, o que é temerário. Basta pensar na federalização dos crimes contra direitos humanos, endossada pela emenda constitucional 45/2004 para assegurar a proteção desses direitos e tida pela comunidade jurídica como prova da robustez do Estado de Direito brasileiro - para ter certeza de quão equivocadas podem ser a

desconfiança populista e a pressa desinformada. (GILMAR MENDES, 2012).

Data máxima vênia, e salvo melhor juízo, não há que se considerar esse tipo de foro para as ações de improbidade administrativa, a justificativa é fraca e pouco razoável, parecendo mais um manto para favorecer privilégios e conluios de inúmeras naturezas.

De fato as autoridades que detém o foro por prerrogativa em sua grande maioria têm apenas uma instância de julgamento, sendo que se houvesse julgamento pelas instâncias primárias poderia protelar a condenação com uso de recursos. Mas o argumento da morosidade e protelação dos processos não pode ser manto para justificar um possível prejuízo, e não privilégio, ao detentor do foro por prerrogativa. A morosidade da justiça é que não deveria ocorrer.

Ademais a preocupação com o foro por prerrogativa sempre tem como fundamento o fato de que o colegiado competente para o julgamento muitas vezes foi composto por indicação dos agentes políticos que detém o foro, o que no mínimo pode gerar um constrangimento à quem foi nomeado para corte julgar quem o indicou ou até mesmo julgar um dos seus pares.

A grande questão desse trabalho não é rechaçar o foro por prerrogativa de função de forma absoluta, a defesa do tema é no sentido de afastar o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, pelos argumentos legais e morais da essência da lei de improbidade. A falta de previsão legal e constitucional para esse tipo de foro privilegiado nas ações de improbidade é indubitável e como argumento retórico e teleológico não há qualquer dúvida que a previsão do foro por prerrogativa nessas ações vai na contra mão da essência, do espírito, da lei de improbidade.

Não há qualquer compatibilidade entre o foro por prerrogativa e a essência da lei de improbidade administrativa, que visa combater a corrupção, o desvio de verba pública, a má gestão e o uso de dinheiro público. Esse argumento é apenas o argumento teleológico e idealista, afora esse, existem argumentos jurídicos e legais que sustentam a não incidência do foro por prerrogativa nas ações de improbidade administrativa.

Juridicamente e legalmente o amparo da lei de improbidade administrativa está na Constituição de 1988, o foro por prerrogativa também tem previsão na carta magna. O rol dos que possuem foro por prerrogativa é taxativo, segundo a maioria da doutrina e jurisprudência, e também claro quanto a sua possibilidade em ações penais e de responsabilidade, não mencionando a possibilidade de ocorrer em ações civis.

A ação de improbidade administrativa é uma ação civil, isso não tem qualquer discussão na doutrina nem na jurisprudência, o que nos leva a concluir que não cabe o foro por prerrogativa de função nessas ações, já que a Constituição mencionou apenas as ações penais e de responsabilidade, não podendo ser feita uma interpretação extensiva para ações civis de improbidade administrativa sob pena de estar legislando sobre um tema amparado constitucionalmente e ampliando um rol taxativo nela previsto.

Outro ponto questionado é quanto às sanções previstas, muitos que defendem a possibilidade do foro por prerrogativa alegam que as sanções tem caráter penal, e por tal razão possibilitaria o foro por prerrogativa, o que não tem qualquer cabimento, *data máxima vênia*, pois perda do cargo, ressarcimento e demais sanções são tipicamente sanções administrativas e de caráter civil. A própria lei de improbidade as trata como sanções e não como pena.

É preciso um esforço hercúleo para conseguir trazer a cultura de probidade na administração pública brasileira, reconhecer o uso de foro por prerrogativa de função é um retrocesso no combate à corrupção e vai totalmente na contra mão do espírito da lei, contra a sua essência, que é de endurecer as sanções e não de garantir privilégios.

Professor Emerson Garcia ensina que a vedação do foro por prerrogativa nesse tipo de ação atende ao espírito da Lei de Improbidade Administrativa, que teve como grande foco aplicar sanções severas para os gestores públicos que agiram de forma equivocada ou omissa com relação aos bens e verbas públicas. Aceitar o foro por prerrogativa de função nesse tipo de ação é incoerente com a intenção legislativa. Seria como dar um privilégio ao acusado. (2013, p. 637).

A sociedade clama por responsabilização por gestão fraudulenta ou omissa nos casos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, e considerar tal prerrogativa é favorecer um gestor quando a lei teve a intensão de agravar as sanções para os casos previstos. É preciso fazer uma interpretação conforme a finalidade da norma, onde a Constituição da República

trata com rigor o ato de improbidade administrativa, onde a lei de improbidade segue a mesma linha rigorosa não cabe qualquer interpretação que tente privilegiar os sujeitos passivos dessas ações. Qualquer interpretação que favoreça o sujeito passivo que praticou ato de improbidade é ir contra a finalidade da Constituição e da Lei de Improbidade Administrativa.

5. Conclusão

O instituto do foro por prerrogativa é antigo e sua utilização é remota à Idade Média. No Brasil esse expediente é antigo e em praticamente todas as Constituições ele apareceu, o que não foi diferente na Constituição de 1988, que trouxe um rol taxativo de foro por prerrogativa nas ações penais e nos crimes de responsabilidade.

As ações de improbidade administrativas têm amparo constitucional no art. 37 e tem natureza civil, por tal razão não estão alcançadas pelas ações previstas na própria Carta Magna para o foro por prerrogativa de função, seguindo os critérios de competência estabelecidos pelo Código de Processo Civil.

A jurisprudência das cortes superiores, todavia, decidiram sobre o tema de várias formas, ora aceitando o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa e ora não. Essa indecisão persiste até os dias atuais, sem qualquer direcionamento que indique uma posição. As decisões tomaram rumos totalmente opostos em um intervalo de dez anos, o que deixa o cenário atual em uma total insegurança jurídica sobre o tema.

Considerar o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa é ir contra o rol taxativo previsto na Constituição Federal, é ampliar um rol fixado pelo legislador ordinário por uma interpretação analógica. Ademais, fere de forma fatal a finalidade da norma, a essência da lei de improbidade administrativa.

Custa acreditar que o STF dê amparo a essa tese, muito embora já tenha aceitado a possibilidade do foro por prerrogativa nesse tipo de ação. A competência do foro por prerrogativa é determinada em rol exaustivo pela CF, e não contempla as ações populares e civis públicas, que devem ser julgadas pelo 1º grau de jurisdição.

No regime republicano, aliás, não há lugar para foro privilegiado, em razão da pessoa, e sim foro de prerrogativa, em razão do cargo público, que não é propriedade do ocupante da hora, mas do povo. Tanto que, no entendimento do próprio STF, o foro de prerrogativa, nos casos instituídos expressamente pela CF, só vale durante o mandato ou o exercício do cargo.

Além disso, numa democracia, não se pode admitir que qualquer dos Poderes crie benefícios em causa própria, cabendo só ao Poder Constituinte atribuir a autoridades o foro de prerrogativa que, de acordo com a vigente CF, fica restrito à competência originária dos Tribunais para processos criminais e os de responsabilidade pelo Senado. E as sanções previstas na Lei de Improbidade são de natureza civil, como se deduz da própria CF (art.37, §4º).

É do conhecimento geral que o STF e o STJ não dispõem de estrutura suficiente para julgar o grande número de recursos que já estão sob a sua responsabilidade, não podendo assumir acréscimo de competência que só lhes afetaria por indevida analogia, o mesmo se podendo dizer dos Tribunais de Justiça estaduais, que não podem se entulhar dos milhares de processos civis contra prefeitos sem grande prejuízo para a já demorada prestação jurisdicional de sua incumbência. A imposição desse entendimento representará na prática verdadeira imunidade a agentes públicos.

Não é o foro especial que preserva a dignidade do cargo, mas o seu exercício com honestidade e o foro de prerrogativa nas ações de improbidade não asseguraria a dignidade do cargo, mas a indignidade no cargo.

Ademais, há milhares de ações dessa natureza já julgadas em 1ª Instância e, a prevalecer a pretensão e reconhecida a incompetência dos Juízos locais, os julgamentos serão todos anulados, com dano irreparável à sociedade brasileira que, na atualidade, anote-se, vem sendo acusada, por organismos internacionais, de propiciar a impunidade.

Exige a democracia observância ao princípio do "juiz natural". A criação de cortes especiais para proteger amigos de governantes é o primeiro passo para a criação de tribunais de exceção para reprimir seus inimigos. Não se pode, com a desmoralização do sistema, estimular a política segundo a qual quem tem alçada não quer fazer e quem quer fazer não tem alçada.

Além disso, a concentração de processos contra agentes públicos em tribunais distantes do povo, instrumento em geral a serviço de ditaduras, em nada ajudará a cruzada contra a corrupção, que exige o trabalho de todos.

Reconhecer-se o foro de prerrogativa para os casos de dano ao erário implicaria restringir o exercício do direito de ação popular, impondo ao cidadão de longe o ônus de se dirigir ao STF para demandar os que se julgam mais dignos do que os comuns, quando o ideal seria que os agentes públicos não só fossem processados no local da prática do ato de improbidade, como em praça pública, por júri popular, visto que as paredes dos tribunais locais é que ressoam o clamor social.

Não pode o STF que, em todos os pleitos em que se alega simplesmente o amparo da Justiça, afirma não ser Corte de aplicação da justiça, mas guardiã do cumprimento do texto da Constituição, desconsidere agora a literalidade constitucional para distinguir agente político (espécie) de agente público (gênero), para o efeito de privilegiar o primeiro com foro especial não previsto pelo Estatuto superior.

A prevalecer esse entendimento, só responderá por improbidade o funcionário público comum, ou seja aquele que cumpre ordens dos agentes políticos. É dispensável qualquer esforço de raciocínio para concluir que isto corresponderá a verdadeiras anistias e imunidades e estimulará o recrudescimento da corrupção.

Nem se argumente com o fato de que já há legislação específica para a responsabilização criminal de agentes políticos. É que, se é verdade que, desde a primeira Constituição republicana, há previsão de crime de responsabilidade de agentes políticos, também não é menos verdade que só a Lei de Improbidade revelou-se instrumento eficaz no sentido de, por meio de sanções de natureza civil, atingir efetivamente a consciência e o ilícito padrão de vida dos agentes públicos ímprobos. Tanto que só a partir da aplicação da Lei de Improbidade é que se viu tamanho *lobby* agindo nos corredores de todos os Poderes e Instituições públicas, na tentativa quase vencedora de engessar o sistema de combate à corrupção e ao desvio de dinheiro público.

A Lei de Improbidade é de clareza meridiana ao definir agente público para os fins de responsabilização civil por dano ao erário, como qualquer agente, inclusive os ocupantes de cargo público eletivo, abrangendo, por consequência os chamados agentes políticos. Não se pode restringir, pois, o campo de aplicação dessa lei, incontestavelmente compatível com a imposição constitucional pertinente (art.37 e §4º, CF).

5. Referências Bibliográficas

COPOLA, Gina. A improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. Editora Forum, 2011.

DONIZETE, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. Editora Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa - 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil - 38ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 18ª ed. Editora Saraiva, 2014.

NESTOR, Távora. Curso de Direito Processual Penal - 9ª Ed. São Paulo: Juspodivm 2014.

MOREIRA, Rômulo. *O STF, a Lei de Improbidade Administrativa e os agentes políticos*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24803/o-stf-a-lei-de-improbidade-administrativa-e-os-agentes-politicos#ixzz2ukEZ0vOn>. Acesso em: 27/01/14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797/DF, Tribunal Pleno, Julgamento em 15/09/2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736569/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2797-df>. Acesso em: 20/01/14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138/DF, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/06/2007. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>. Acesso em: 22/01/14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1171335 AL 2010/0183698-5, S1 Primeira Seção, Julgamento em 11/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24226394/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1171335-al-2010-0183698-5-stj>. Acesso em: 24/01/14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Rcl 12514 MT 2013/0134663-0, CE Corte Especial, Julgamento em 16/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24254527/agravo-regimental-na-reclamacao-agrg-na-rcl-12514-mt-2013-0134663-0-stj>. Acesso em: 25/01/14.