



ESCOLA DE FORMAÇÃO

**PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
(ENTENDIMENTO DO STF)**

Autor: HÉLIO BOTELHO PIOVESAN

Orientadora: PATRÍCIA RODRIGUES PESSÔA

São Paulo

2007

ÍNDICE

1. Introdução.....	3
2. Metodologia	
2.1 Pesquisa de Acórdãos pelo site do STF.....	8
2.2.Pesquisa complementar	10
2.3 Metodologia de análise dos casos.....	11
3. ADI 2797	
3.1 Relato do Caso	12
3.11 Acórdãos vinculados à ADI 2797	16
3.2 Foro: uma prerrogativa ou um privilégio?.....	18
3.3 Discricionariedade do Poder Legislativo como intérprete da Constituição.....	23
3.4 Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa	29
3.5 Conclusão parcial	35
4. Reclamação 2138	
4.1 Relato do caso	39
4.2 Natureza jurídica ação de improbidade administrativa	41
4.3 Conclusão parcial	46
5.Conclusões	48
6.Referências bibliográficas	51

1.INTRODUÇÃO

O constituinte de 1988 achou por bem incluir a improbidade administrativa no texto constitucional, a qual está positivada no artigo 37, §4º da Constituição Federal (CF), com a seguinte redação:

“Art.37,§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.”

A Lei 8.429/92, editada em 2 de Junho de 1992, também conhecida por Lei da Improbidade Administrativa, veio regulamentar a norma constitucional acima. Notamos que a edição da Lei está relacionada ao contexto político da época, sobretudo, com os anseios da sociedade brasileira de que fossem criados instrumentos legislativos mais rígidos de responsabilidade dos agentes públicos.¹ O artigo 1º desta Lei definiu quem são os sujeitos passivos atingidos pelas sanções nela referidas, da seguinte forma:

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

¹ A Lei 8.429 foi sancionada pelo ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, o primeiro presidente eleito pelo voto direto após o Regime Militar, meses antes do mesmo ter renunciado ao cargo em razão de um processo de *impeachment*, fundamentado em acusações de corrupção.

Podem ser feitas duas considerações a respeito dos destaques feitos acima.

Primeiramente, a Lei de Improbidade Administrativa é válida para todos os agentes públicos.² Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que agentes públicos são as pessoas que servem ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação, de forma permanente ou ocasional.³ O artigo 2º da Lei 8.429 também conceitua o termo. Confira-se:

“Art. 2º: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, agentes públicos são subdivididos nas categorias de: agentes políticos, servidores estatais e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. Hely Lopes Meirelles ensina que agentes políticos são as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição.⁴ Como se observa, a doutrina diferencia agentes políticos

² Ao nosso ver, o legislador quis dar amplo alcance à Lei 8.429, porquanto o artigo 3º da Lei se refere às penas aplicáveis àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴ “Na categoria de agentes políticos encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários do Estado e do Município), os membros do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público (...) Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase- judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. Em doutrina, os políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.”

de agentes públicos "comuns". Apesar disso, percebemos que a Lei 8.429/92 vige para "qualquer agente público".

Em segundo lugar, a Lei 8.429/92 cumpre o mandamento constitucional de regulamentar a punição aos atos de improbidade administrativa.⁵ No entanto, nota-se que o artigo 12, I da Lei 8.429/92, prevê novas sanções, sendo elas: o pagamento da multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e a de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios. A ampliação do rol constitucional de sanções tem gerado divergências doutrinárias. Cleuton Barrachi, em artigo doutrinário, afirma que a Constituição estipulou apenas um rol mínimo de sanções, portanto, a mudança está revestida de constitucionalidade. Já Toshio Mukai, em seu trabalho doutrinário, apregoa a inconstitucionalidade do artigo 12, I, pois este não se limitou à mera disciplina da forma e da gradação das penas previstas no artigo 37, °4º da Constituição.⁶

A Lei 8.429/92 conferiu ao Ministério Público (MP) poderes de participação no processo judicial de improbidade administrativa. O artigo 17, *caput*, da Lei diz que a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Nesse último caso, o MP não é parte, mas atua obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo, como prevê o § 4º desse mesmo artigo.

No entanto, o que mais tem gerado polêmica na doutrina é o fato da Lei 8.429/92 não ter definido um foro competente para julgar a ação de improbidade administrativa. Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca certificam que o artigo 16 da Lei faz menção ao "juízo competente", quando se

Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵ Entre os atos que configuram improbidade administrativa estão aqueles que importem em enriquecimento ilícito, os que causem prejuízo ao erário e os que atentem contra os princípios da Administração Pública.

⁶ Cf. Toshio Mukai, "A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa – Lei Federal nº 8.429/92", BDA 99, p. 722.

Cf. Cleuton Barrachi Silva, Sanções aos atos de improbidade.

refere à decretação do seqüestro dos bens do agente, mas que, no entanto, a abrangência do termo não serviu para definir com exatidão qual seria esse foro.⁷

Para suprir a lacuna de competência, o Direito Processual brasileiro admite a adoção de alguns critérios a fim de estabelecer um foro competente. No caso da ação de improbidade administrativa, utilizou-se a natureza jurídica da ação. Desde a promulgação da Lei 8.429/92 predominava o entendimento de que a natureza era civil e, por conseguinte, a competência originária para apreciar e julgar a ação de improbidade administrativa era do juiz de 1º grau. Esse posicionamento foi contestado por parte minoritária da doutrina. Já em 1998, em artigo doutrinário, Arnaldo Wald e Gilmar Mendes sustentavam que a ação de improbidade administrativa tinha forte conteúdo penal, o que impedia sua tramitação em juízo de 1º grau.⁸

Ocorreu que, passados dez anos de edição da Lei 8.429/92, o entendimento majoritário atinente ao juízo competente foi superado pelo posicionamento do legislador da Lei 10.628/02. Essa Lei estendeu às ações de improbidade administrativa o foro especial previsto na Constituição para julgamentos de crimes, o que mostra que o legislador ordinário compactuou com a tese de que a natureza da ação de improbidade era penal. Como consequência disso, ocorreu um processo migratório das ações de improbidade administrativa que tramitavam em 1º instância para os tribunais.

Face à discordância que o tema acarretou, duas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797 e 2860) foram interpostas, perquirindo a

⁷ “Com efeito, o artigo 16 se limita a mencionar a possibilidade de ajuizamento da medida cautelar de seqüestro de bens ‘no juízo competente’, sem esclarecer qual juízo seria este”.WALD, Arnaldo, FONSECA, Rodrigo Garcia. *A ação de improbidade administrativa*.

⁸ Cf. Arnaldo Wald; Gilmar Ferreira Mendes. “Competência para julgar improbidade administrativa”. *Correio Brasiliense* (1998). p. 213 e ss.

inconstitucionalidade da Lei 10.628/02. E assim, em Setembro de 2005, o STF retirou a referida Lei do ordenamento jurídico.

O presente trabalho analisará as manifestações do Supremo Tribunal Federal, expressadas em acórdãos, no que tange à prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, com o objetivo de delinear qual é o entendimento do Tribunal sobre assunto tão controverso.

2.METODOLOGIA

2.1 Pesquisa de Acórdãos pelo site do STF

A pesquisa dos acórdãos iniciou-se no site do STF, na seção Jurisprudência, pela ferramenta Pesquisa de Jurisprudência, na qual foram utilizados alguns termos para fazer a busca. As expressões de busca utilizadas foram: “foro, improbidade”, “prerrogativa de função, improbidade”, e “LEI-10628”. As três buscas resultaram em 54 acórdãos. A partir deste primeiro universo iniciou-se um processo seletivo de duas etapas, com o objetivo de selecionar as decisões mais adequadas para os fins deste trabalho. ⁹

Na primeira etapa, fizemos uma pré-seleção a partir da leitura das ementas, pressupondo que estas serviriam como indicadores do conteúdo de todo o acórdão. Isso quer dizer que cada referência expressa aos dois institutos indicaria a possibilidade de os ministros terem recorrido sobre aquele assunto, mesmo que fizessem de passagem ou em breve comentário. Deste modo, analisou-se a ementa dos 54 acórdãos encontrados, e considerou-se que 39 deles poderiam ser pré-selecionados. No entanto, como

⁹ www.stf.gov.br

A necessidade de fazer as combinações entre as palavras, nos dois primeiros casos⁹, decorre do fato que se o termo de busca fosse uma única palavra, como “foro especial”, foro privilegiado”, “foro por prerrogativa de função” ou “improbidade administrativa”, encontrar-se-ia decisões que não discutiriam a questão específica do privilégio do foro nas ações de improbidade, mas apenas um destes dois institutos isoladamente. Portanto, ou as decisões tratariam apenas da regra do foro especial em ações penais comuns e de crime de responsabilidade, ou tratariam sobre a prescrição de uma ação improbidade administrativa, como exemplo.

O termo “LEI-10628” foi utilizado na busca porque a essa altura já se sabia que se tratava de um diploma legal referente ao tema do trabalho, como foi dito na Introdução. Neste caso não foi utilizada a técnica da combinação de palavras porque havia a certeza que esta Lei tratava conjuntamente dos dois institutos pesquisados.

O número de documentos encontrado nesta pesquisa se refere à busca no site do STF feita durante o mês de Agosto de 2007. É possível que esses dados mudem se a pesquisa for realizada em outra data, pois constantemente são publicadas novas decisões no site.

este total era a soma do resultado das três buscas, percebemos que de fato eram 25 acórdãos, pois 14 deles se repetiram em buscas diferentes.¹⁰

Na segunda etapa, lemos os 25 acórdãos. Consideramos que 21 acórdãos eram dispensáveis porque não apresentavam relação com o tema do presente trabalho, ainda que pela mera leitura da ementa tenham sido previamente escolhidos. Os 4 acórdãos restantes puderam ser utilizados neste estudo, sendo eles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797; a Ação Cautelar em Questão de Ordem 244; o Agravo de Regimento no Agravo de Instrumento 538389; e o Agravo Regimental na Reclamação 2381.

	Acórdãos Encontrados	Escolhidos pela ementa	Escolhidos repetidos	Resultado da pré-seleção	Resultado da seleção
Foro, improbidade	8	7	1	6	4
Prerrogativa de função, improbidade	11	9	6	3	0
Lei- 10628	35	23	8	15	0
TOTAL	54	39	15	24	4

11

¹⁰ Este pressuposto não foi entendido de modo absoluto. Sabia-se que as ementas talvez não revelassem o conteúdo do acórdão, de modo que foi realizada a leitura de todos os casos pré-selecionados posteriormente. Um exemplo de acórdão selecionado por este critério foi a ADI nº 2797, que no item 5, IV da sua ementa diz "ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário".

Os acórdãos escolhidos pela ementa e indexação a partir da busca por "foro, improbidade" foram: ADI 2797, RE-AgR 404250, Rcl-AgR 2381, AI-AgR 538389, HC 80112, HC 84875, AC-QO_244 ; aqueles escolhidos a partir da busca por "prerrogativa de função, improbidade" foram: HC_80026, Rcl-AgR_2910, Rcl-AgR_2762 e aqueles escolhidos a partir da busca por "LEI-10628" foram: Inq-QO_718, Rcl-AgR_2431, RHC_86949, MS-MC_25579, Rcl-AgR_3343, RE-AgR_458185, Inq-AgR_2379, Inq-AgR_2263, Inq-AgR_2268, Inq-AgR_1871, Inq-AgR_2233, HC_90914, Inq-AgR_1376, HC_86398, HC_88959.

¹¹ A tabela acima permite uma melhor visualização de todo o processo seletivo descrito. A primeira coluna indica o número total de documentos encontrados, de acordo com as palavras

2.2 Pesquisa complementar

As buscas pela ferramenta Pesquisa de Jurisprudência do site do STF não exauriram a pesquisa deste trabalho. Durante a leitura da ADI 2797, notamos que a Reclamação 2138 foi citada diversas vezes nos votos dos ministros.¹²

Inicialmente, procuramos este acórdão na ferramenta Andamento Processual no site do STF. Nesse sítio tivemos acesso à decisão liminar do Min. Relator Nelson Jobim, publicada no Diário da Justiça da União. Em seguida, tivemos a confirmação da Secretaria do STF de que os demais votos não poderiam ser disponibilizados. Assim, procuramo-los no site "Google", através do termo "Reclamação 2138". Finalmente, acessamos os votos dos ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, no site oficial da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão.¹³

utilizadas na busca, que podem ser lidas nas linhas à esquerda da tabela. A segunda coluna demonstra quantos deles do total de acórdãos encontrados foram pré-selecionados após a leitura da ementa. A terceira coluna quantifica os que embora tenham sido escolhidos pela ementa já tinham sido contabilizados nas buscas anteriores e, por isso foram classificados como repetidos. A quarta coluna aponta o número de acórdãos restantes da subtração dos que foram escolhidos pela ementa pelos escolhidos, mas repetidos. A última coluna aponta o número daqueles que foram selecionados por conta da pertinência do tema.

¹² Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau se referiram à tese que vinha sendo adotada na Reclamação 2138, no sentido de determinar a competência do STF para julgar ações de improbidade administrativa. ADIN nº 2797. M. Eros Grau. p. 41. ADIN nº 2797. M. Gilmar Mendes. p. 136

Apesar do precedente Questão de Ordem no Inquérito n. 687 também ser citado pelos Ministros, decidiu-se não utilizá-lo porque o objeto daquela ação era a súmula 394, que se relaciona com a prerrogativa do foro, mas não com a improbidade administrativa. O fato de não analisar toda aquela ação, não impedirá que sejam analisados os argumentos da ADI 2797 que se basearam em trechos dela.

¹³ Diário da Justiça da União nr.179. 17/09/2002. Ata nr. 134.

Enviamos três e-mails à Seção de Atendimento e Informações processuais da Secretaria Judiciária do STF e uma petição, via fax, à Secretaria do STF e ao Chefe do Gabinete do Ministro Gilmar Mendes, pedindo o envio dos votos da Reclamação nº 2138. No entanto, o pedido foi indeferido.

www.google.com.br

<http://www.ampem.com.br/>

2.3 Metodologia de análise dos casos

A seguir, daremos início à análise qualitativa da ADI 2797 e da Reclamação 2138, nos capítulos 3 e 4, respectivamente. Após um breve relato dos fatos, abordaremos os principais assuntos invocados pelos ministros, quando se trata de um julgamento do STF de prerrogativa de foro nas ações de improbidade. No capítulo 3, trataremos dos contornos do foro por prerrogativa de função, da natureza da ação de improbidade administrativa e da discricionariedade do legislador. E no capítulo 4, apenas do tema concernente à natureza jurídica da ação de improbidade.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2797

3.1 Relato do caso

Julgada em 15 de Setembro de 2005

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2797 foi ajuizada pela Conamp, Associação dos Membros do Ministério Público, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, dos parágrafos 1º e 2º, que foram acrescentados ao artigo 84 do Código de Processo Penal (CPP) pela Lei 10.628/02.¹⁴

O artigo 84 do CPP, modificado pela Lei 10.628/02, ficou assim redigido:

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

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

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

¹⁴ A impugnação da Conamp recaía apenas sobre os novos parágrafos, mas não ao *caput* do artigo 84 do CPP, pois este era apenas uma adaptação dos textos constitucionais que já vigoravam, mas que ainda não haviam sido introduzidos no Código de Processo Penal.

Na mesma época também foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros a ADI 2860, que tinha o mesmo objeto da ADI 2797. Devido à identidade do objeto entre as duas, a primeira foi apensada aos autos da segunda, no que resultou um único julgamento para ambas.

Segundo a Conamp, o Legislador ordinário utilizou-se de Poder Constituinte e intérprete maior da CF para acrescentar novas competências originárias ao rol exaustivo de cada tribunal, e ainda dar interpretação que contraria a orientação do STF. Nesse sentido, a Lei 10.628/02 ofendeu os preceitos constitucionais que estabelecem as competências do Supremo Tribunal Federal, Superior tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e tribunais estaduais (artigos 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º da Constituição Federal) e também a independência e a harmonia dos poderes do Estado (artigo 2º da Constituição Republicana).

Em 8 de Janeiro de 2003, o Ministro Ilmar Galvão, exercendo a função de Presidente do Tribunal, julgou improcedente a medida liminar. No seu entender, a alegação da requerente de que o *periculum in mora* residia no fato de as ações de improbidade serem encaminhadas do juízo de 1º grau para os tribunais, e os seus respectivos processamentos interrompidos, não era razão suficiente para suspender liminarmente a Lei 10.628/02. O Ministro explicou que o deslocamento das ações era a medida recomendada até que fosse julgado o mérito da ADI, visto que a Lei estava vigendo com presunção de constitucionalidade.¹⁵

Passados dois anos do indeferimento da liminar, a ADI 2797 foi levada ao Plenário para julgamento do mérito. Preliminarmente, o Min. Relator Sepúlveda Pertence afastou a ilegitimidade ativa da Conamp e a falta de pertinência temática, no que foi acompanhado por todos os ministros.

O artigo 103, IX da Constituição Federal, diz que só as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional teriam legitimidade ativa para propor Ação Direta de Constitucionalidade. A Conamp era uma associação que admitia a filiação de pessoas físicas (membros do MP), o que a caracterizava como entidade de classe de 2º grau e não como "entidade de

¹⁵ ADIN nº 2797. Decisão Liminar. M. Ilmar Galvão. p. 9

classe de âmbito nacional”. No entanto, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que havia a legitimidade ativa no caso, baseado na construção jurisprudencial do STF (ADI 3153-AgRg), que passou a admitir a propositura da ação por entidades de classe de 2º grau, e nas mudanças no estatuto da Associação, que modificaram o status jurídico dela para entidade de classe.

O Ministro Relator também julgou presente a pertinência temática, pois havia relação entre as normas questionadas e as finalidades institucionais da Associação, visto que o artigo 84 do CPP atingia a distribuição vertical de competência funcional dos órgãos do Poder Judiciário, e entre eles, a do Ministério Público.

No julgamento do mérito, os ministros, por maioria, declararam inconstitucional a Lei 10.628/02 nos termos do voto do Min. Relator Sepúlveda Pertence, sendo este acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Carlos Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso e Marco Aurélio; e sendo vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.¹⁶

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797 é um caso paradigmático no quadro normativo de foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa. A Lei 10.628/02 alterou a matéria das competências dos tribunais de tal modo, que impôs no ordenamento uma situação jurídica diametralmente oposta à que vigia. Isso significa que a vigência e a revogação dessa Lei correspondem a dois momentos jurídicos distintos: um deles anterior ao julgamento da ADI 2797, quando a Lei 10.628 tinha presunção de constitucionalidade; e o outro posterior ao julgamento da Ação, quando a Lei 10.628 foi declarada inconstitucional.

¹⁶ Comparando a composição do STF da época com a atual, notamos algumas mudanças: o ex-Ministro Carlos Velloso foi substituído pelo Min. Ricardo Lewandowski, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence foi substituído pelo Min. Menezes Direito. Apenas dez ministros declararam voto, uma vez que o Ministro Nelson Jobim não estava presente no dia da sessão plenária.

Na pesquisa que realizamos neste trabalho, encontramos dois acórdãos (Agravo Regimental na Reclamação 2381 e Questão de Ordem em Ação Cautelar 244) situados no que denominamos de “primeiro momento” e um outro (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 538.389) no “segundo momento”. A seguir, verificaremos do que se tratam esses casos.

3.11 Acórdãos vinculados à ADI 2797

Agravo Regimental na Reclamação 2381

Julgado em 6 de Novembro 2003

O Senador da República Eduardo Azeredo e outros nove envolvidos estavam sendo investigados por improbidade administrativa no juízo de 1º grau. O réu principal pediu, via Reclamação 2138, a suspensão do procedimento investigativo, fundamentando-se na Lei 10.628/02 vigente na época, que lhe conferia a prerrogativa de foro. Os ministros julgaram procedente a Reclamação, defendendo que a competência para julgar Senador da República era do STF e não do juiz ordinário. Diante do resultado, o Ministério Público Federal interpôs agravo regimental na Reclamação.

O Ministério Público pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 e, por consequência, a competência dos Promotores da 1ª instância que haviam iniciado o procedimento investigatório. Mas a decisão inicial do Supremo não foi alterada, sendo o agravo indeferido pela justificativa de que enquanto não fosse julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797, a Lei 10.628/02 teria presunção de constitucionalidade e o juiz de 1º grau seria incompetente.

A única divergência neste caso foi por parte do Ministro Marco Aurélio. Para ele, a competência para julgar as investigações voltadas à propositura de ação seria do juízo ordinário. Em seu voto, o Ministro fez uma série de considerações sobre o mérito da ADI 2797, mesmo sabendo que este não era o objeto do agravo. Manifestou-se pela inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 com os seguintes argumentos: o rol constitucional definidor de competências é exaustivo; as hipóteses de competência originárias do STF não poderiam ser

instituídas por meio de lei ordinária; a ação de improbidade tem natureza civil e, por isso, o juiz natural para apreciá-la é o juiz 1º grau.¹⁷

Questão de Ordem em Ação Cautelar 244

Julgado em 21 de Outubro 2004

O ex-deputado federal Cid Rojas teve seus bens arrestados quando foi pólo passivo de uma ação de improbidade, que tramitava em juízo de 1º grau. Aconteceu que, passados dez anos, a ação ainda não tinha sido julgada, o que fez com que o réu pleiteasse a liberação dos seus bens, pois necessitaria deles para o financiamento de um tratamento de saúde. Atendendo ao pedido do requerente, o STF, por maioria, decidiu afastar o arresto dos bens e sobrestar a ação de improbidade até que a ADI 2797 fosse julgada.

Aproveitando o apelo dramático do réu, o Ministro Gilmar Mendes falou que este processo demonstrava a história de manipulações das ações de improbidade, que por serem mal propostas, acompanhadas e encaminhadas, acabariam se eternizando.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 538.389

Julgado em 29 de Agosto de 2006

O autor deste agravo regimental pleiteou a transferência da ação de improbidade em curso no juízo do 1º grau para órgão jurisdicional superior, sustentando a vigência da Lei 10.628/02. Como o recurso só foi julgado em 2006, quase um ano depois que a Lei foi declarada inconstitucional, os ministros negaram provimento a esta ação, dizendo que o Plenário ao julgar as ADI's 2797 e 2860 firmou o entendimento pela inexistência do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

¹⁷ O Ministro afirma que o art. 37, § 4º, CF, não exclui a responsabilidade penal, e como o Direito Penal não aceita a sobreposição de penas (bis in idem), só poderia concluir que a ação não é penal.

3.2. Foro: uma prerrogativa ou um privilégio?

A finalidade do foro especial é uma questão polêmica na doutrina e na jurisprudência. Há uma corrente que supõe o foro como uma prerrogativa que resguarda o exercício da atividade pública, sendo esta proteção materializada pelo julgamento imparcial em órgão colegiado. Uma segunda corrente, oposta à primeira, define o foro especial como um privilégio que viola os princípios da República e da igualdade (isonomia), e apóia a aplicação do foro comum a qualquer indivíduo.¹⁸

No julgamento da ADI 2797, notamos que os ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Celso de Mello e Eros Grau concordaram que o foro especial não é um privilégio, mas sim uma prerrogativa, baseando-se em argumentos parecidos. Para eles, o privilégio advém de uma condição pessoal, que excepciona o direito comum, e a prerrogativa de uma condição funcional, que busca preservar a dignidade de quem atua em elevadas funções públicas. A função cumprida pelo instituto seria a de proteger a independência, a liberdade política e a autonomia do exercício da atividade pública. O Ministro Carlos Britto ainda acentuou que a prerrogativa está relacionada ao exercício do cargo de forma desembaraçada, ou seja, sem que o agente político necessite de afastamento do cargo para responder a qualquer processo leviano.

Apesar desses ministros citados terem obtido esse consenso, houve ressalvas quanto à aplicação da prerrogativa no sistema constitucional brasileiro. Para os ministros Carlos Britto e Cezar Peluso, a prerrogativa de foro deve ser interpretada restritivamente, pois, em princípio, é um direito subjetivo anti-republicano que trata diferente os cidadãos. Por isso, ela deve ser interpretada a uma categoria restrita de ocupantes de cargos públicos, não

¹⁸ Cf. Sebastião Botto de Barros Tojal; Flávio Croce Caetano. "Panorama constitucional atual e perspectivas sobre as regras de foro por prerrogativa de função pública para agentes políticos", in Pierpaolo Bottini; Sérgio Rabello Renault (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 243-271.

valendo a hipótese de um foro especial para um ex-ocupante de função pública, pois nesse caso, a prerrogativa tornar-se-ia um privilégio. O Ministro Carlos Britto foi enfático quando disse que o ex-titular do cargo, do mandato ou da função não carregaria consigo a prerrogativa como se carregasse consigo seus bens pessoais.¹⁹ Já o Ministro Celso de Mello, observou que o constituinte brasileiro instituiu um número exagerado de hipóteses de prerrogativa de foro. O Ministro comparou a Carta de 1.824, do Império, que previa apenas 5 hipóteses de prerrogativa de foro, com a atual Constituição Federal, que contém 20 hipóteses, e ainda autoriza que os Estados-membros incluam outras previsões nas suas respectivas Constituições estaduais. Na opinião do Ministro, esse fato mitigou o princípio da igualdade e deu uma visão aristocrática à Constituição brasileira, que pretendia ser republicana.

O Ministro Gilmar Mendes também chegou à conclusão de que o referido instituto é uma prerrogativa, mas a partir de uma leitura diferente dos demais ministros. Na opinião dele, a Constituição Federal diferenciou agentes políticos dos demais agentes públicos, sem ferir o princípio da isonomia, mas pelo contrário, de modo contemplativo, seguindo a máxima de que os desiguais devem ser tratados desigualmente. Nesse sentir, a prerrogativa de foro aos agentes políticos destinar-se-ia ao livre exercício da relevante função pública, e tal garantia seria desnecessária aos demais agentes públicos, visto que estes exercem funções meramente técnicas e administrativas. Portanto, a prerrogativa de foro seria uma garantia instituída à luz da distinção entre os agentes políticos e os agentes públicos comuns.

Pela premissa de que o agente político sempre esteve vulnerável a denúncias e perseguições no interior do jogo político institucional, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que o objetivo maior da prerrogativa de agentes

¹⁹ A opinião dos ministros está em consonância com a decisão da Questão de Ordem do Inquérito 687 do Supremo, que cancelou a Súmula 394 do STF.

A Súmula 394 dispunha: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

políticos era compensar o ônus de ser “alvo” e viabilizar uma atuação tranqüila em determinados cargos, para livrar esse agente dos “medos do ostracismo futuro”. Portanto, a compensação prevista pelo sistema seria oferecer ao agente político um julgamento em tribunal de maior categoria, que na opinião do Ministro, é mais isento que o juiz singular.

O Ministro Gilmar Mendes disse que a independência do tribunal não seria interessante apenas ao agente político, como também para todo o ordenamento jurídico, pois esta instância jurisdicional era mais resistente às influências do próprio acusado. Logo, a prerrogativa de foro teria uma perspectiva de estabilidade que interessa não só aos agentes políticos, mas também às instituições públicas. Confira-se:

“Tais absurdos dificilmente seriam chancelados por órgãos judiciais colegiados. Não se afigura crível que um Tribunal admitisse a utilização das ações de improbidade para fins partidários ou a construção de um modelo de responsabilidade civil em que não se exige culpa do agente público ou sequer a existência de dano!”²⁰

Nesse ponto, o Ministro Eros Grau compartilha da mesma opinião e valoriza a prestação jurisdicional dos tribunais. Para ele, os tribunais realizam julgamentos mais céleres, pois na perspectiva da economia processual, impedem que vários recursos sejam interpostos à decisão. Além disso, os magistrados são mais imparciais do que os juízos singulares, pois estes sofrem influências de promotores, enquanto que aqueles estão mais blindados às pressões externas.

Na mesma toada o Ministro Gilmar Mendes teceu longos comentários sobre a atuação partidária do Ministério Público, na propositura de ações de improbidade em juízo comum. Ele disse que no momento posterior ao

²⁰ ADIN 2797. M. Gilmar Mendes. p.180.

impeachment, tornou-se uma praxe do Ministério Público o ingresso de ação de improbidade administrativa motivado apenas por interesses políticos. O Ministro observou que o mau uso da ação de improbidade ocorreria tanto em casos que seriam resolvidos pela mera declaração da ilegalidade ou da inconstitucionalidade do ato, ou da falta de competência da autoridade, como nos casos meramente reparatórios, nos quais caberia o ajuizamento de ação civil pública ou ação popular.

O Ministro Gilmar Mendes relatou, em sete páginas do voto, notícias de procuradores da República que ajuizavam ações de improbidade administrativa por interesses pessoais. Concluindo suas observações sobre o MP, o Ministro Gilmar Mendes assevera que os procuradores fariam uso de qualquer ato administrativo contestado para imputar a um agente político a pecha de ímprobo, e ainda de execrá-lo publicamente. Confira-se:

“Infelizmente, a história da ação de improbidade – nós sabemos bem e a história vai registrar – é uma história de improbidade e de improbidades!”.²¹

A nosso ver, os exemplos citados pelo Ministro são dispensáveis para os fins de julgamento da ADI 2797, pois a título exemplificativo não são suficientes para dizer que a atividade política do Ministério Público é reiterada. Assim, as notícias tornaram o voto mais desprendido da racionalidade e mais parecido com um desabafo emocionado.²²

²¹ ADIN 2797. M. Gilmar Mendes. p.124.

²² O Ministro Gilmar Mendes mencionou casos envolvendo os procuradores Luís Francisco, Walquíria Quixadá e Guilherme Schelb. Também citou a ação de improbidade movida pelo MP em face dos Ministros da Agricultura, Martus Tavares e Pratini de Moraes, pela simples discordância com a decisão deles de contratar fiscais agropecuários em regime de serviço temporário. Mas, segundo o Ministro Gilmar Mendes, o caso que teria consolidado a prática abusiva do Ministério Público foi o ajuizamento de ação de improbidade contra o próprio Chefe do Ministério Público, em 1999, pois não foi motivada pela defesa da ordem jurídica, mas para retirar-lhe qualquer capacidade de coordenar a instituição e assim desmoralizá-lo.

Houve dissidência de entendimento no que se refere à finalidade do foro. Como já mencionado no seu voto no Agravo Regimental na Reclamação 2381, o Ministro Marco Aurélio considera que todo cidadão deveria sujeitar-se ao respectivo juiz natural, sem a prerrogativa, pouco importando o cargo por ele exercido. Ele deixa implícito que o juiz natural é o de 1º grau e contesta a premissa utilizada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, de que os tribunais seriam mais imparciais do que o juízo singular. Observe-se:

“Não raciocino a partir do excepcional, do extravagante, do teratológico, ou seja, da circunstância de que o Estado-acusador, não atuando em tribunal, o fará a partir de visão distorcida, de paixão condenável, objetivando a retaliação”.²³

O Ministro Carlos Velloso apóia esse posicionamento, inclusive, chamando o foro especial de foro privilegiado. Alegou que o foro tem características do Império, época em que surgiu no direito brasileiro, e que países que sempre foram República, como os Estados Unidos, não teriam conhecimento desse instituto. Por ser um privilégio, o Ministro Carlos Velloso diz que o foro só pode ser interpretado em sentido estrito, caso contrário, há violação dos princípios republicanos e democráticos. O Ministro disse que o foro especial se justificava na época de Victor Nunes, quando o contexto político era o de perseguição política, mas que hoje o Ministério Público é uma instituição independente.

²³ ADIN 2797. M. Gilmar Mendes. p.184.

3.3 Discricionariedade do Poder Legislativo como intérprete da Constituição

A Lei 10.628/02 alterou profundamente a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, acrescentando a ele dois novos parágrafos. Antes da edição da Lei, vigia apenas o "caput" do artigo 84, dispondo a competência por prerrogativa de função dos agentes políticos que respondessem por crimes comuns e de responsabilidade. O acréscimo do parágrafo 1º estendeu aos ex-agentes políticos a hipótese originária de prerrogativa de foro. Observe-se que o conteúdo do parágrafo 1º é semelhante ao da ex-Súmula 394 do STF, cancelada em julgamento pelo próprio Supremo.²⁴

Em relação ao parágrafo 2º, há duas regras implícitas nesse dispositivo. A primeira está no início do parágrafo, sendo ela aquela que instituiu o foro especial para ações de improbidade de agentes políticos por equiparação à prerrogativa para processos penais. E a segunda, no trecho "observado o disposto no § 1º", sendo ela a que estendeu o foro especial por prerrogativa de função aos ex-agentes políticos que respondessem ações de improbidade.

Acerca das mudanças implementadas pela Lei 10.628/02, questionam-se os seguintes pontos:

- a) o rol de competências originárias dos tribunais, disposto na Constituição, poderia ser ampliado?
- b) o legislador ordinário tem legitimidade para alterar a matéria de competências originária dos tribunais via lei ordinária?

²⁴ Questão de Ordem no Inquérito 687. Julgamento realizado em 25 de Agosto de 1997.

Compara-se o § 1º do artigo 84 e a ex-Súmula 394 do STF:

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

Ex-Súmula 394 do STF: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

c) o legislador ordinário poderia editar lei com conteúdo contrário à orientação do STF?

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence entendeu que as competências originárias do STF poderiam ser entendidas de modo não absoluto (“cum grano salis”). Isso significa dizer que tais competências não são apenas as explicitamente dispostas na Carta Constitucional, e que o STF poderia estipular competências implícitas na Constituição por meio de construção pretoriana. O Ministro citou casos em que foram aceitas tais construções.²⁵ No entanto, ele atentou para o fato de que o legislador ordinário não estava autorizado a fazer tal exercício interpretativo da Constituição.

No entender do Relator, as competências dos tribunais federais estão fixadas exclusivamente pela Constituição Federal. E no caso dos Tribunais locais, salvo as hipóteses dos seus artigos 29, X e 96, III, da Constituição, há reserva explícita às Constituições dos Estados-membros para a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. Desta forma, a Lei 10.628/02 incorreu em inconstitucionalidade formal, porque a norma de gradação inferior não pode ditar interpretação da norma de hierarquia superior. Do mesmo modo, votaram os ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Celso de Mello e Carlos Velloso.

²⁵ Confira-se:

“No âmbito do STF, a competência de conhecer originariamente do mandado de segurança também contra os das próximas câmaras e de seus órgãos fracionários, e a de conhecer habeas corpus contra atos de Ministros de Estado, quando relativos a extradições e, mais recentemente, do habeas corpus contra decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais; na esfera do STJ, a de conhecer de habeas corpus quando atribuída a coação a juízes dos Tribunais de Alçada; na órbita dos Tribunais Regionais Federais, a de processar, originariamente, por crimes da competência da Justiça Federal, os dignitários estaduais que, de regra, estejam, por prerrogativa de função, sujeitos à competência originária dos Tribunais de Justiça locais”.

ADIN 2797. Voto M. Sepúlveda Pertence p. 41.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, o legislador extrapolou o rol exaustivo de competências dos tribunais, quando inseriu a hipótese de competência por prerrogativa de função para ações de improbidade (parágrafo 2º do artigo 84 do CPP). Apoiando-se na jurisprudência, o Ministro citou o voto do Ministro Celso de Mello na Reclamação 2657, no qual o Supremo pronunciou a impossibilidade de uma lei ordinária aumentar ou diminuir as atribuições do Tribunal.

O Ministro Cezar Peluso alegou que a Lei 10.628/02, regra inferior, não poderia modificar as competências originárias dos tribunais estabelecidas na Constituição. E mais, o legislador seria detentor do poder de fato para legislar sobre tais competências, mas não do poder de direito. Sendo assim, o legislador ordinário teria cometido abuso do poder de legislar. O Ministro Celso de Mello complementou esse argumento dizendo que o rol de atribuições jurisdicionais originárias dos tribunais só poderia ser modificado, sob qualquer aspecto, por emenda à Constituição, e não por lei simples.²⁶

No entendimento do Ministro Carlos Velloso, o rol constitucional de competências dos tribunais é taxativo e de direito estrito, porque segue o modelo constitucional norte-americano. Ele mencionou o caso *Marbury versus Madison*, para afirmar, por analogia, que é inconstitucional toda lei ordinária que acrescente novas competências originárias para a Corte.

Houve divergência em relação aos votos anteriormente citados. O Ministro Eros Grau afastou a inconstitucionalidade formal da Lei 10.628/02, pois na sua opinião o legislador ordinário também é intérprete autêntico da Constituição. Para ele, o legislador da Lei 10.628/02 apenas deu sua própria interpretação à Constituição, sendo ela passível de controle de

²⁶ O Ministro Celso de Mello adotou o ensinamento doutrinário de Cassio Scarpinella Bueno. Cf. Cassio Scarpinella Bueno. "O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02", in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003,p. 438/459.

constitucionalidade pelo próprio STF, caso seja considerada inadequada, o que não significa que haja inconstitucionalidade formal de pleno direito.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência do Ministro Eros Grau, dizendo que o legislador ordinário é um dos intérpretes legítimos da Constituição e que a edição Lei 10.628/02 foi uma forma de o legislador contemplar as finalidades do instituto da prerrogativa de foro prevista na Constituição, assim como a súmula 394 fazia. Além disso, asseverou que o rol de competências dos tribunais não era fechado, uma vez que a própria jurisprudência do STF admitia a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa, quando houvesse competência implícita disposta na Constituição.²⁷

A Ministra Ellen Gracie adotou as mesmas razões expostas pelo Ministro Gilmar Mendes, só acrescentando que a questão discutida na ADI seria superada depois que fosse aprovado um Projeto de Emenda Constitucional sobre a matéria. Importante destacar o seu único comentário:

“Não posso, porém, deixar de comentar que toda a discussão que tivemos estará em breve superada com a provável edição da emenda constitucional que já se encontra em andamento no Congresso Nacional.”²⁸

Acreditamos que a Ministra se referiu à Proposta de Emenda Constitucional 358/2005, da segunda etapa da Reforma do Judiciário, que altera o artigo 97-A, *caput* e parágrafo único da Constituição, e dispõe de conteúdo similar ao da Lei 10.628/02. De fato, o Projeto de Emenda Constitucional abrange a matéria questionada na ADI, mas isso não significa que o processo legislativo em andamento no Poder Constituinte Derivado

²⁷ Cf. o precedente da relatoria do Ministro Luiz Gallotti, nos autos da Denúncia no 103, julgada em 5 de setembro de 1951.

²⁸ ADIN nº 2797. M. Ellen Gracie. p. 224

esvaziaria a função do STF de julgar o caso e nem enfraqueceria a decisão do STF.²⁹

Em relação à semelhança entre o parágrafo 1º do artigo 84 do CPP e a ex-Súmula 394, os ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Cezar Peluso entenderam que a Lei não poderia retomar o conteúdo da Súmula, porque esta foi cancelada pelo Supremo por interpretação direta e exclusiva da CF, fundamentos estes que faltaram para o legislador editar a Lei 10.628/02.

Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF tem a missão de intérprete final da Lei Fundamental e se fosse admitido que a lei ordinária invertesse a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição, a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador. O Ministro Cezar Peluso foi além, e interpretou a edição da Lei 10.628/02, como uma tentativa de o legislador impor o recuo da Corte, logo após a virada jurisprudencial do Supremo que cancelou a Súmula 394.

Nesse ponto, houve divergências por parte dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que votaram a favor da liberdade do legislador ordinário. O Ministro Joaquim Barbosa reconheceu a semelhança do parágrafo 1º com o texto da ex-súmula 394 do STF, mas distinguiu um do outro. Ele disse que o parágrafo aperfeiçoou o conteúdo antes sumulado, sendo ele uma restauração parcial da súmula, e não total. A diferença seria o fato de o parágrafo trazer a circunstância objetiva do ato estar relacionado ao exercício do cargo, sendo esta uma restrição que não havia na súmula, o que faz com que o parágrafo estivesse em harmonia com a Constituição, e a súmula não.

Já o Ministro Gilmar Mendes observou a questão da vinculação do legislador sobre outra óptica. Sua posição é de que o debate institucional entre o Judiciário e o Legislativo não admite a vinculação do legislador às decisões do Supremo. Observou que seu voto estava de acordo com a jurisprudência do

²⁹ Cf. Walter Nunes da Silva Júnior. "Privilegiar pra quê?"

STF (Agravo Regimental na Reclamação 2617), na qual o Tribunal não admitiu que o legislador estava obrigatoriamente atingido pelas decisões do STF. O Ministro Gilmar Mendes diz que, contraditoriamente, o Ministro Sepúlveda Pertence tomou esse posicionamento naquele caso, apesar de ter votado em sentido contrário na presente ADI.³⁰

³⁰ Ementa Rcl 2617: "A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão"

3.4 Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa

Como já exposto na Introdução, a natureza da ação de improbidade foi o critério escolhido para definir o foro competente para julgar e apreciar a ação de espécie. Portanto, trata-se de um tema de suma importância, que influencia diretamente na definição da competência para julgar ações de improbidade administrativa, e indiretamente na existência ou não do foro por prerrogativa de função.

Parte majoritária da doutrina entende que o artigo 37, §4º da Constituição preconiza que a sanção da Lei de Improbidade pode ser aplicada independentemente de um processo criminal, o que conduz ao reconhecimento de que as sanções de improbidade administrativa não têm caráter penal, mas sim civil. Assim, estaria afastada a hipótese de competência por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa.³¹

Enquanto que parte minoritária da doutrina entende que as sanções de suspensão de direitos políticos e a perda da função pública, isoladamente consideradas, seriam suficientes para demonstrar que se trata de uma ação "civil", mas de forte conteúdo penal. Arnoldo Wald e Gilmar Mendes concordam com Ives Gandra no que se refere ao fato do legislador ter elencado, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade, sob a roupagem da "ação civil de improbidade".³² A seguir,

³¹ O professor Fábio Konder Comparato leciona que o estabelecimento de privilégio de foro para o julgamento de autoridades processadas por ato de improbidade administrativa significaria verdadeira usurpação de competência das atribuições do juiz de primeiro grau para julgar ações civis.

Cf. Fábio Konder Comparato. "Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais", in José Adércio Leite Sampaio (org.), *Improbidade administrativa, comemoração pelos 10 anos da Lei n.º 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 119 e ss.

³² Cf. Ives Gandra da Silva Martins. "Aspectos procedimentais do instituto jurídico do impeachment e conformação da figura da improbidade administrativa". *Revista dos Tribunais* 685 (1992), p. 286-287.

Cf. Arnoldo Wald; Gilmar Ferreira Mendes. "Competência para julgar improbidade administrativa" p. 213 e ss.

analisaremos as duas tese da natureza jurídica da ação de improbidade nos votos do julgamento da ADI 2797.

No juízo do Ministro Relator, o artigo 37, §4º da CF deixou claro que a ação de improbidade é civil. Isso porque este dispositivo diz que os atos de improbidade administrativa serão punidos na forma da Lei 8.429/92, independentemente de ação penal, do que se depreende que as sanções de improbidade são desprovidas de caráter penal, e por isso, são civis.³³

O Ministro Sepúlveda Pertence acrescentou que o Supremo Tribunal Federal nunca deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República a de conhecer de ações civis, ainda que delas pudesse decorrer a condenação da autoridade a diferentes sanções civis, como a ação popular. Desse modo, seria insustentável a interpretação dada pelo legislador ordinário à primeira regra do parágrafo 2º do artigo 84 do CPP, uma vez que a jurisprudência (Petição 1282, de Relatoria do Min. Sydney Sanches) já tinha assentado a impossibilidade de definir a competência para julgar a ação civil de improbidade administrativa a partir da competência para julgar processos penais.³⁴

No entanto, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu que em relação às sanções de suspensão dos direitos políticos e da perda de função pública, haveria certa semelhança entre a ação de improbidade e a ação correspondente aos crimes de responsabilidade. Ele comentou que esta tese foi desenvolvida no trabalho de Gilmar Mendes e Arnoldo Wald, e apesar de ter sido rejeitada em um julgamento no STJ, já foi aceita por cinco ministros do

³³ Art. 37, §4º; CF: 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.

³⁴ Trata-se de um caso que assentou a incompetência do Supremo para julgar ações populares, pois estas são ações civis que devem ser apreciadas pelo juiz singular. Ementa 1. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, processar e julgar Ação Popular, mesmo quando eventualmente dirigida contra ato do Presidente da República (v. art. 102, I, da Constituição Federal).

STF no julgamento da Reclamação 2138, que ainda está em curso. Entendemos que o Ministro Sepúlveda Pertence deveria justificar se tal semelhança modificava ou não o caráter civil da ação de improbidade, visto que sua conclusão de que o parágrafo 2º era inconstitucional só prevaleceria com a premissa do caráter civil da ação.

Compartilharam da opinião do Relator em relação à natureza civil da ação de improbidade, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Carlos Velloso. Esses três ministros entenderam que pela leitura do preceito constitucional (artigo 37, §4º da Constituição) não havia dúvidas de que a ação de improbidade administrativa era independente da ação penal, o que os levou a conclusão de que a natureza da ação de improbidade não era penal, mas sim civil.³⁵

Apesar de o Ministro Carlos Britto estar de acordo quanto à distinção feita na Constituição entre atos de improbidade e delitos penais, ele acentuou que a Carta Constitucional não fez uma diferenciação nítida entre ilícitos administrativos e os crimes de responsabilidade. Diante da existência de duas correntes antagônicas, uma que verifica a semelhança entre ato de improbidade e crime de responsabilidade e outra que a rejeita, o Ministro buscou verificar qual homenagearia mais o princípio da probidade administrativa. Assim, o Ministro concluiu que deveria ser aplicada uma interpretação restritiva ao foro, em apreço ao princípio da probidade, e por isso, a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa é civil e não penal. Consideramos que o Ministro Carlos Britto deveria ter desenvolvido melhor sua análise principiológica, pois ele sequer justificou o porquê da interpretação restritiva sempre contemplar mais o princípio da probidade administrativa.

O Ministro Joaquim Barbosa tem posição diametralmente oposta à do Ministro Carlos Britto. Para ele, a Constituição distinguiu claramente os crimes

³⁵ O Ministro Cezar Peluso diz, com ênfase, que a ação é “nítida e escancaradamente de caráter civil”.ADIN nº 2797. M. Cezar Peluso. p. 106

de responsabilidade dos atos de improbidade. Os processos por crime de responsabilidade seriam um misto de controle político e jurídico da atuação de altos funcionários do Estado; e as ações de improbidade, um mecanismo de controle da Administração que se destina a todos agentes públicos e que confere efetividade ao princípio da moralidade. Assim, para ele, as sanções de improbidade não possuem caráter penal, como quis impor o parágrafo 2º do artigo 84 do CPP.

O Ministro Eros Grau novamente abriu divergência aos votos anteriores. Para ele, a natureza jurídica da ação de improbidade seria penal ou punitiva; e a das ações popular e civil pública seria civil. Isso porque a legislação brasileira permitiria a apuração dos atos de improbidade em três diferentes sistemas: no Juízo Criminal, no Juízo Civil e no âmbito administrativo. No Juízo Criminal deveria ser feita a apuração dos atos ímprobos, em sede de ação de improbidade; no Civil, a apuração do caráter reparatório, em sede de ação popular e ação civil pública; e no âmbito administrativo, a conduta do agente público em face do seu estatuto funcional como ilícito administrativo.

Mas a questão principal para o Ministro Eros Grau é que os atos tipificados como crime de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores, Secretários do Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, podem enquadrar-se como ato de improbidade. Nesse caso, seria inconcebível que duas ações de nítidos efeitos penais fossem ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Logo, o crime de responsabilidade decorrente de ato de improbidade atrai a competência atinente ao exame da ação prevista na Lei 8.429/92 para o tribunal competente por prerrogativa de função.

Todavia, logo em seguida, o próprio Ministro Eros Grau percebeu que havia um ponto falho na sua linha de raciocínio. Ele percebeu que nem sempre seria possível que uma ação de improbidade fosse julgada na mesma instância do crime de responsabilidade. A título de exemplo, ele citou os casos do Presidente da República, do Procurador-Geral da República e do Advogado-

Geral da União, que respondem por crime de responsabilidade no Senado Federal, para deixar claro que essa possibilidade estava descartada. Para evitar tal excentricidade, o Ministro propôs que as ações de improbidade desses agentes políticos fossem julgadas pelo juiz de primeira instância. Mas, novamente, o Ministro contestou sua própria sugestão, dizendo que essa situação hipotética inverteria a teleologia do foro por prerrogativa de função.

Finalmente, com o intuito de evitar as distorções mencionadas e contemplar a natureza penal da ação, o Ministro Eros Grau disse ter encontrado uma "solução" para a questão. Dado que o artigo 9º da Lei 1.079/50 pune atos que violam a probidade administrativa, o jeito mais adequado seria interpretar que esses atos são na verdade crimes de responsabilidade. Dessa forma, existiriam duas normas penais para punir os mesmos atos de improbidade, sendo elas a Lei 1.079/50 e a Lei 8.429/92. Levando-se em conta a inadmissibilidade do "bis in idem" no sistema penal, o Ministro alegou a necessidade de afastar alguma dessas normas. Para tanto, ele utilizou o critério da especialidade das normas.

Para o Ministro, a Lei 1.079/50 era norma especial porque ela se destina apenas aos agentes políticos nela referida; e em contraposição, a Lei 8.429/92, era normal geral, pois atingia a todos agentes públicos. Pela máxima de que a Lei específica afasta a incidência da geral, o Ministro disse que os agentes políticos cuja conduta de improbidade administrativa estivesse prevista na Lei 1.079/50, não estariam sujeitos à Lei 8.429/92. Cumpre observarmos que o Ministro utilizou o critério da especialidade por mera conveniência, pois se fosse adotado o critério da anterioridade, entender-se-ia o oposto, ou seja, a Lei 8.429/92 afastaria a aplicação da Lei 1.079/50.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto divergente do Ministro Eros Grau. Da mesma forma, identificou a semelhança entre a ação de improbidade administrativa e a ação penal correspondente ao crime de responsabilidade. Para ele, se a Constituição estabeleceu que os agentes

políticos respondem por crime de responsabilidade no Supremo, seria esdrúxulo que as mesmas pessoas respondessem por improbidade administrativa perante o juiz de primeiro grau. Logo, para o Ministro Gilmar Mendes, o cerne da questão é que os atos de improbidade administrativa são os crimes de responsabilidade referidos na Lei 1.079/50. Desta forma, os atos contra a probidade administrativa já seriam punidos por esta Lei, não deixando espaço para a aplicação da Lei 8429/92.³⁶

³⁶ ADIN nº 2797. M. Gilmar Mendes. p. 136

3.5 Conclusão parcial

A assertiva de que a o foro especial é um privilégio é falsa. Apoiamos os ministros que classificaram o foro como uma prerrogativa de ordem estritamente funcional, que tem por finalidade assegurar a independência do exercício do cargo público. No entanto, reconhecemos que a prerrogativa de foro desnivela o tratamento dos agentes políticos em relação aos demais agentes públicos, como disse o Ministro Marco Aurélio. Por isso, entendemos ser necessário que este instituto seja interpretado restritivamente, para não incorrer em violação ao princípio da igualdade o republicano, como bem observou o Ministro Celso de Mello. Em hipótese contrária, a prerrogativa de foro torna-se um privilégio, a exemplo da emenda à Constituição Estadual de Minas Gerais, que estendeu a prerrogativa de foro à cerca de 2.000 autoridades estaduais e municipais.³⁷

Ao nosso ver, o instituto de foro é análogo à imunidade parlamentar, sendo que o denominador comum entre eles é a garantia de maior liberdade ao parlamentar no desempenho de suas atividades. Ao passo que a diferença entre ambos está no fato do foro prever o julgamento do agente político em órgão jurisdicional colegiado, enquanto que a imunidade parlamentar isenta-os de responsabilidade penal e civil nos crimes de opinião e de palavra por eles cometidos. O foro especial do parlamentar existe em razão do seu mandato eletivo, sendo este instituído pelo povo. Tanto é assim que se o político abandonar o cargo, por qualquer hipótese, ele automaticamente perde a garantia da prerrogativa de foro, conforme a recente jurisprudência do STF que cancelou a Súmula 394, a Questão de Ordem no Inquérito 687.

Sobre essa decisão do Supremo, entendemos que ela foi acertada, na medida em que os agentes políticos não podem se beneficiar da prerrogativa quando não estão exercendo atividade pública, ou seja, quando não há um

³⁷ Consultor Jurídico. "Questão de prerrogativa. Assembléia derruba veto e amplia foro privilegiado".

propósito funcional. Deste modo, a ex-Súmula 394 do STF prescrevia um privilégio que não se harmonizava com a Constituição.

Apesar do cancelamento da Súmula 394 ter sido a atitude correta, não consideramos a Lei 10.628/02 inconstitucional pelo simples fato dela ter recuperado o teor sumulado. O Poder Legislativo não está preso às decisões do Supremo, até porque, as divergências que surgem, enriquecem o debate institucional entre os Poderes. Para defender essa idéia, o Ministro Gilmar Mendes invocou o Agravo Regimental na Reclamação 2617, que é um precedente do STF contrário à submissão do legislador às decisões do Supremo.

Avaliamos que a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02 se deve a atribuição da competência originária dos tribunais superiores e locais às ações de improbidade administrativa. Inicialmente, pressupomos que a ação de improbidade administrativa tem caráter civil, uma vez que o constituinte teve o cuidado de deixar implícito que essa ação não pretende responsabilizar criminalmente os agentes ímprobos. Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, a jurisprudência do STF (Petição 1282) não admite a subtração da competência por prerrogativa de foro das ações penais para as ações civis, o que demonstra que a Lei 10.628/02 é inconstitucional.

Mas há outro motivo determinante para declará-la inconstitucional. O legislador ordinário não poderia alterar o rol taxativo de competências originárias e recursais dos tribunais, dispostas nos artigos 102, I; 105, I; 108, I e 125, parágrafo 1º da Constituição Federal.³⁸ Essa matéria só é alterada por norma com estatura constitucional, ou seja, por emenda constitucional, como lembrou o Ministro Celso de Mello. Desta forma, pode-se dizer que o Projeto de Emenda Constitucional que possui teor semelhante à Lei 10.628/02, o PEC 358/2005 da Reforma do Judiciário, citado pela Ministra Ellen Gracie, é válido

³⁸ Cf. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1507.

sob o aspecto formal. No entanto, avaliamos que esse PEC não está de acordo com a jurisprudência citada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a Petição 1282. Portanto, caso seja aprovado, ele também estará sujeito a controle de constitucionalidade.

O critério da natureza civil da ação de improbidade administrativa confere aos Promotores de Justiça e aos Juizes de Direito de 1ª Instância as atribuições para investigar, processar e julgar todo agente público que cometa atos de improbidade. Pensamos que essas autoridades têm melhores condições para fiscalizar, investigar e processar as faltas cometidas pelos agentes públicos, do que Desembargadores, Ministros, e Procuradores Geral de Justiça. As grandes extensões territoriais nacionais exigem promotores e juízes em quantidade suficiente para atender a demanda judicial. A falta destas autoridades acarreta a violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por outro lado, há o argumento dos que valorizam a independência e o pluralismo dos tribunais, como os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. No nosso entender, em tese, os órgãos colegiados possuem decisões menos arbitrárias do que o juiz monocrático. Mas, temos que levar em consideração que a sentença do juiz de 1º grau poderá ser contestada pela interposição de recurso, de acordo com o princípio do duplo grau da jurisdição, ao contrário do que ocorre com as decisões nos Tribunais Superiores.

Do ponto de vista da celeridade processual, os tribunais também não estão à frente do juízo comum. Uma pesquisa feita pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) revela que das 130 ações penais contra autoridades públicas recebidas pelo STF desde 1998, apenas 6 foram julgadas, 13 prescreveram e 46 foram remetidas para instâncias inferiores.³⁹ Sabe-se que os tribunais estão sobrecarregados de processos e não possuem estrutura para receber milhares de ações de improbidade administrativa. Um julgado que

³⁹ G1 Política. "AMB: desde 88, STF não puniu autoridades".

ilustrou bem as deficiências de um tribunal, foi o julgamento da denúncia do “mensalão”, pelo STF.⁴⁰

Apesar de defendermos que o juiz natural das ações de improbidade é o juiz de 1º grau, não deixamos de considerar as alegações Ministro Gilmar Mendes, no que se refere à politização do Ministério Público. Adilson de Abreu Dalari revela, em artigo doutrinária, que essa instituição tem questionado atos administrativos, através da proposição de ações de improbidade administrativa, antes mesmo de ter tentado comunicar-se com a Administração Pública. Como se sabe, os processos levianos desgastam a imagem dos agentes públicos, gerando constrangimentos e desestimulando muitas pessoas a trabalharem na Administração Pública. Portanto, defendemos que a imputação da ação de improbidade seja feita, via de regra, apenas ao administrador desonesto, e não ao inábil.⁴¹

⁴⁰ Em Agosto de 2007, os onze ministros despenderam 5 dias úteis de trabalhos da Corte só para declarar se a denúncia do caso “mensalão” poderia ser aceita. Mais impressionante ainda foi o fato que alguns dos quarenta denunciados (empresários, publicitários, banqueiros e até servidores públicos) sequer tinham direito ao foro especial, no entanto, acabaram sendo beneficiados pelo princípio da conexão.

Consultor Jurídico. “Julgamento histórico. Caso do mensalão foi o mais longo da história”.

⁴¹ Cf. Adilson de Abreu Dalari. “Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública”, in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 438/459.

4. RECLAMAÇÃO 2138

4.1 Relato do caso

Julgada em 13 de Junho de 2007

Este caso iniciou-se quando o Ministério Público ajuizou ação de improbidade administrativa, na 14ª Vara da Seção do Distrito Federal, contra Ronaldo Mota Sardenberg, ex-Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos. Os fatos que motivaram a ação de improbidade foram: o uso particular de aeronaves da Força Aérea Brasileira, e a hospedagem no Hotel de Trânsito da Aeronáutica, em período que o Ministro de Estado não estava exercendo atividades no Ministério. A ação foi julgada procedente em 1ª instância, e pelos fundamentos do artigo 12 da Lei 8.429/92, foram suspensos os direitos políticos do Ministro Sardenberg por oito anos e, por conseguinte, foi decretada a perda do seu cargo.

A União e a Advocacia Geral da União ingressaram com a Reclamação 2138 para que o STF reconhecesse que o processamento de agente político, com base na Lei de Improbidade nas instâncias ordinárias, era usurpação da competência originária de o Supremo Tribunal Federal julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade, de acordo com o artigo 102, I, b e c da Constituição. E ainda requereram, por medida liminar, que o Tribunal suspendesse a eficácia da sentença.

O Ministro Relator Nelson Jobim acolheu a tese apresentada das requerentes, e julgou procedente a liminar da Reclamação 2138, em 11 de Setembro de 2002. Em Julho de 2007, o Supremo finalmente concluiu o julgamento da ação, dando provimento à Reclamação os ministros Relator Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Cezar Peluso e

Gilmar Mendes; sendo vencidos os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.⁴²

⁴² Não votaram nesse julgamento os ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, por substituírem os ministros aposentados que já haviam proferido seus votos. Comparando a composição do STF da época com a atual, notamos algumas mudanças: o ex-Ministro Nelson Jobim foi substituído pela Min. Carmen Lúcia, o ex-Ministro Maurício Corrêa foi substituído pelo Min. Eros Grau, o ex-ministro Ilmar Galvão foi substituído pelo Min. Carlos Ayres Britto e o ex-Ministro Sepúlveda Pertence foi substituído pelo Min. Menezes Direito.

4.2 Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa

O tema da natureza jurídica da ação de improbidade, na Reclamação 2138, foi enfrentado em dois aspectos distintos: o primeiro, discutindo se a ação de improbidade administrativa teria natureza penal ou civil; e o segundo, se os atos de improbidade administrativa seriam crimes de responsabilidade ou não.

No voto da medida liminar da Reclamação, o Ministro Relator Nelson Jobim, inicialmente, observou que o tema posto em pauta dividiria os intérpretes da Constituição em duas correntes: a primeira dos que limitam a prerrogativa de foro e apóiam a imputação das ações de improbidade a todos os agentes públicos, e a segunda dos que acreditam que o sistema constitucional vigente estabelece um regime próprio de responsabilidade aos agentes políticos. Citando o artigo acadêmico de Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, disse que a ação de improbidade administrativa é “civil”, mas de forte conteúdo penal, sendo o teor penal da ação proveniente dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade, que também estão previstos no Código Penal.

Todavia, para o Ministro, é certo que os atos de improbidade não são qualquer crime, mas sim crimes de responsabilidade. A partir deste pressuposto, o Ministro Nelson Jobim considerou que o texto constitucional só admitiria um regime de responsabilidade político-administrativa, que no caso é o regido pela Lei 1.079/50. Apesar de ter opinado pelo afastamento da Lei 8.429/92, o Ministro chamou a atenção para o fato de que o agente político não estaria impune, pois a Lei 1.079/50 já prevê sanções severas, como a perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos.

Além disso, o Ministro Nelson Jobim reparou que a ação de improbidade tem também aspectos políticos, pois suas condenações implicam na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, o que raramente ocorre

em esfera penal. As sanções da Lei de Improbidade seriam graves, a ponto de pôr em risco o equilíbrio jurídico-institucional, pois o nosso sistema não permite a destituição indireta das autoridades investidas de mandato eletivo, sem o consentimento expresso do representante do povo. Nesse sentir o Ministro mencionou o precedente do Supremo (HC 80.511-6), que em homenagem ao caráter eminentemente político da função, não permitiu a instauração de processo-crime contra um Governador de Estado sem a prévia autorização de dois terços da Assembléia Legislativa.⁴³

No julgamento do mérito da Reclamação 2138, a tese vencedora do Min. Relator, apresentada já na medida liminar, foi contestada pelo Ministro Carlos Velloso.

Segundo o Ministro Carlos Velloso, a improbidade seria o campo específico de punição de todos aqueles que violassem a moralidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa seria instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa, presente no artigo 37, *caput* da Constituição Federal e sua interpretação teria que ser a mais larga possível, para dar o máximo de efetividade a tal princípio.

Segundo o Ministro Carlos Velloso, no rol de autoridades sujeitas a cometer o crime de responsabilidade estão incluídos: o Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Governadores e Secretários de estado-membro e dos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios e seus respectivos Secretários, e os prefeitos, com base no parágrafo único do artigo 85 da Constituição, na Lei 1.079/50, na Lei 7.106/83 e no artigo 4º do Decreto-lei 201/67. O Ministro excepcionou os parlamentares, que não estão incluídos nesta relação.

⁴³ Destaco trecho da Ementa do HC 80.511-6:

“A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário (...).”

De acordo com o Ministro Carlos Velloso, os agentes políticos mencionados acima responderiam por crime de responsabilidade só no que estivesse tipificado na Lei 1.079/50, o que não impediria que fossem julgados por improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, no que não fosse tipificado como crime de responsabilidade. Para ele, não há dispositivos expressos na Lei de Crime de Responsabilidade capazes de afastar a incidência da Lei de Improbidade Administrativa. Inclusive, a leitura do artigo 13, I da Lei 1.079/50 mostra que só são crimes de responsabilidade os atos definidos na própria Lei, como se observa:

*"Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado:
1 – os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados;*

Sendo assim, os delitos de improbidade não se enquadrariam como crime de responsabilidade, definido na Lei 1.079/50, salvo se fosse fornecida interpretação extensiva ao crime de responsabilidade. Mas como a tipificação de crimes de responsabilidade é cerrada, não há qualquer possibilidade de estabelecer tipos análogos a eles, quando não mencionados na Lei de Crime de Responsabilidade.

Ainda que fosse possível o afastamento da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, para o Ministro Carlos Velloso, essa hipótese seria um desastre para a Administração Pública, pois haveria um estímulo à corrupção devido à suspensão de quatro mil ações de improbidade em curso no juízo de 1º grau. O Ministro observou que o Brasil era um país onde havia corrupção de longa data e que o meio mais eficiente para combatê-la seria dando o máximo de eficácia à Lei de Improbidade Administrativa.

Para o Ministro Carlos Velloso, os promotores de justiça e os Juizes de 1º grau teriam certamente mais condição de avaliar atos de improbidade, pois estão mais próximos do enriquecimento ilícito, ou o prejuízo ao erário

municipal, ou a licitude dos atos editados pelos prefeitos. A retirada da competência investigatória de ambos mitigaria a ação de improbidade administrativa, do inquérito civil, e de todas as demais diligências da Lei 8.429/92.

Todavia, o Ministro Carlos Velloso admitiu que a Lei 8.429/92 deveria ser aplicada com certas restrições, devido à gravidade das suas sanções. As sanções da suspensão dos direitos políticos e da perda do cargo não seriam aplicadas ao Presidente da República, respeitando-se o disposto no artigo 86 da Constituição. A perda do cargo também não seria imputada a Deputado Federal e Estadual e Senador da República, em respeito aos artigos 27, §1º e 55 da Constituição Federal. Por último, o Ministro também excepcionou a aplicação do parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, pois a perda de cargo deles só ocorreria com a sentença transitada em julgado, e não por medida cautelar.

O Ministro Joaquim Barbosa concordou com o posicionamento divergente do ministro Carlos Velloso. Em primeiro lugar disse que os delitos pelos quais o ex-ministro Ronaldo Sardemberg foi condenado não são abrangidos pela tipificação da Lei 1.079/50, nem mesmo naquelas que tratam dos crimes de responsabilidade de Ministro de Estado, no artigo 13º desta Lei. Assim, não há que se falar na competência do Supremo Tribunal Federal para julgar crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado, presente no artigo 102, inciso I, alínea "c" da Constituição.

De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa, há uma dupla normatividade em matéria de improbidade no Brasil, sendo que ambas visam contemplar a moralidade administrativa, mas possuem objetivos constitucionais diversos. A Lei 8.429/92 é de tipificação cerrada e incidência sobre um vasto rol de acusados, incluindo até os que não são agentes públicos.⁴⁴ A outra norma, a

⁴⁴ O Ministro Joaquim Barbosa deve ter se referido ao artigo 3º da Lei 8.429/92, que aplica penas para aqueles que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Lei 1.079/50, se dirige especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado. Ele explicou que ao agente condenado por crime de responsabilidade são aplicadas apenas duas sanções, porque o objetivo da punição é lançar no ostracismo político o agente que cometa falta administrativa, em especial o Chefe de Estado, cujas ações configurem um risco para o Estado de Direito, a estabilidade das instituições e, em suma a confiança da Nação.

Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa declarou que não há impedimento à coexistência entre os dois sistemas de responsabilização dos agentes do estado. Por essa razão, a ação de improbidade administrativa poderia seguir curso normal perante as instâncias ordinárias. No entanto, o Ministro faz exceção à pena da perda do cargo público, pois esta ocasionaria a desestabilização político-institucional.

4.3 Conclusão parcial

A equiparação da ação de improbidade com a ação correspondente por crime de responsabilidade, proposta pelo Min. Relator Nelson Jobim, nos parece insustentável. Os artigos 37, parágrafo 4º da Constituição e 12, *caput*, da Lei 8.429/92 deixam claro que a natureza da ação de improbidade administrativa é civil, portanto, possui caráter extrapenal.⁴⁵ Tanto é assim que os delitos de improbidade foram elencados em rol não taxativo, visto que a Lei 8.429/92 ampliou a relação de penas da Constituição, o que significa que a matéria de improbidade administrativa não seguiu o princípio da estrita legalidade do Direito Penal. Outro indício de que os delitos de improbidade não têm natureza penal é fato do artigo 8º da Lei 8.429/92 prever a transferência da pena ao sucessor do cargo, o que se opõe aos princípios da pessoalidade e da individualização da pena do Direito Penal.⁴⁶

Por essas razões, somos adeptos à corrente que apóia a imputação das ações de improbidade a todos os agentes públicos. Ao lado do Ministro Carlos Velloso, consideramos que a Lei 1.079/50 não impede a aplicação da Lei 8.429/92. Assim, as autoridades citadas na Lei 1.079/50 responderiam por crime de responsabilidade só no que estivesse tipificado na Lei, e por improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, no que não fosse tipificado como crime de responsabilidade. No caso em análise, a conduta do Ministro Sardenberg deveria ser julgada pela Lei de Improbidade Administrativa, porque ela não está tipificada nem mesmo no artigo 13 da Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade de Ministro de Estado.

⁴⁵ Art. 12, *caput*; Lei 8.429: Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações.

Art. 37, §4º; CF: 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.

⁴⁶ Art.8º da Lei 8.429/92: O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

Todavia, notamos que a Lei 8.429/92 deve ser aplicada com certas restrições, devido à gravidade das suas sanções. Nesse sentir, acompanhamos o Ministro Carlos Velloso no que se refere ao reconhecimento de que o Presidente da República está imune às sanções da perda do mandato e da suspensão dos direitos políticos, em respeito ao artigo 86 da Constituição Federal. Concordamos também com as idéias de que Deputados Federais e Estaduais e Senadores da República não perdem o mandato eletivo, em respeito aos artigos 27, §1º e 55 da Constituição Federal. Por fim, supomos que a suspensão dos direitos políticos dos agentes políticos investidos de mandato só ocorre após o trânsito em julgado da decisão judicial, de acordo com o artigo 216 do Código Eleitoral e a Lei Complementar 64/90.⁴⁷

Em relação à perda do cargo, é importante dizer que ela não se confunde com a perda do mandato eletivo. O parágrafo único do artigo 20º da Lei 8.429/92 preceitua que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem mencionar o afastamento do exercício do mandato. Na medida que o exercício da nossa democracia se dá pela representação, a cassação do mandato do político significaria a cassação dos milhares ou milhões de votos de eleitores. Portanto, a perda do mandato só é democrática caso quando é decretada pelos representantes do povo.⁴⁸

⁴⁷ Cf. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. "Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por improbidade administrativa" in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

⁴⁸ Cf. Adilson de Abreu Dalari. "Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública", p. 438/459.

5. CONCLUSÕES

Inicialmente, com base nas pesquisas realizadas, podemos concluir que poucas foram as ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir acerca do tema. Dos 54 julgados identificados no site do STF, 5 deles faziam menção ao assunto. No entanto, só a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797 e a Reclamação 2138 discutiram, de fato, as regras do foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa.

No nosso entender, a ADI 2797 não foi uma decisão em sentido unívoco. Pela pesquisa realizada, notamos que os votos prós e contras basearam-se em razões muito díspares. O mecanismo binário de votação do Supremo, que realiza a contagem de votos, sem exigir um consenso suportado por uma mesma linha de raciocínio e conceitos, contribuiu para que esse acórdão obtivesse dois resultados possíveis. Um deles é o dos votos vencedores que declararam a Lei 10.628/02 inconstitucional em razão do vício formal no ato legislativo, ou seja, no defeito da lei ordinária, de hierarquia inferior às normas constitucionais, regular matéria taxativamente disposta na Constituição. Outro resultado foi o dos votos vencedores que julgaram a Lei 10.628/02 inconstitucional por ser inconcebível a equiparação entre ações de caráter penal e ação civil de improbidade, para fins de extrair a competência por prerrogativa de função de uma para outra.

O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator da ADI 2797, não admitiu a instauração do foro especial às ações de improbidade, em virtude da jurisprudência restritiva do Supremo, quanto à competência para apreciar ação de natureza civil. Já o Ministro Celso de Mello salienta, na mesma ADI, que o foro em ações de improbidade administrativa era inconstitucional por ter sido criado por lei ordinária, e não por emenda constitucional. Como se observa, os votos deram provimento à ADI. Em termos práticos, ambos contribuíram da mesma forma para retirar a Lei 10.628/02 do ordenamento jurídico. No entanto, percebe-se que esses ministros votariam em sentidos opostos, caso

fosse questionada a constitucionalidade de uma emenda constitucional. O Ministro Sepúlveda Pertence provavelmente manteria seu voto, e o Ministro Celso de Mello mudaria seu voto, sendo favorável à constitucionalidade da emenda.

Em decorrência da ADI 2797, julgada em 2005, não ter obtido um entendimento único, notamos que esta não serviu como precedente à Reclamação 2138, que teve a conclusão do julgamento em 2007. Se a ADI 2797 tivesse uma *ratio decidendi* que refletisse um consenso mínimo entre os ministros, teríamos uma previsão do resultado da Reclamação 2138, dado que o Supremo já teria assentado um posicionamento referente ao julgamento dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa em foro especial. Mas como isto não ocorreu, os ministros vencedores na Reclamação adotaram a tese diametralmente oposta àquela adotada na ADI.

Isto significa que, se na ADI venceu a argumento da inconstitucionalidade do foro especial em razão de vício formal e pela natureza jurídica da ação de improbidade ser civil, na Reclamação, não obstante a decisão anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da regra de prerrogativa de foro para agentes políticos, adotando a tese do caráter penal da ação de improbidade administrativa e considerando que os atos de improbidade eram, na verdade, crimes de responsabilidade.

Do exposto, concluímos que, embora o STF tenha tido, pelo menos, duas oportunidades de apreciar o assunto, ainda não há um posicionamento uniforme e vinculante da Corte. Cumpre mencionar que a Ministra Ellen Gracie já anunciou que a Reclamação 2138 não tem efeito vinculante e nem eficácia erga omnes.⁴⁹ Desse modo, a matéria poderá sofrer nova interpretação do

⁴⁹ Reclamações 5389, 5391 e 5393 .

Cf. Instituto Brasiliense de Direito Público. "Decisão sobre improbidade administrativa no caso Sardenberg não tem efeito vinculante".

STF, até porque, sabe-se que as constantes mudanças na composição do Tribunal favorecem a renovação da jurisprudência.⁵⁰

⁵⁰ Comparando a composição do STF que participou do julgamento da ADI 2797 e da Reclamação 2138, notamos as seguintes diferenças: os ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão não votaram na ADI, e, os ministros Carlos Britto e Eros Grau não votaram na Reclamação. Os ministros, do quadro atual do STF, que não votaram em nenhuma das duas ações são: Ministro Carlos Direito, Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros 2007.

Martins, Ives Gandra da Silva. "Aspectos procedimentais do instituto jurídico do impeachment e conformação da figura da improbidade administrativa". *Revista dos Tribunais* 685 (1992), 286-287.

Wald, Arnaldo, Fonseca, Rodrigo Garcia. "A ação de improbidade administrativa".

Wald, Arnaldo; Mendes, Gilmar Ferreira. "Competência para julgar improbidade administrativa. *Correio Brasiliense* (1998), 213 e ss.

Tojal, Sebastião Botto de Barros, Crocche, Flávio Caetano. "Panorama constitucional atual e perspectivas sobre as regras de foro por prerrogativa de função pública para agentes políticos", in Pierpaolo Bottini; Sérgio Rabello Renault (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005: 243-271.

Dalari, Adilson Abreu. "Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública", in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003: 44

Dal Pozzo, Araldo Ferraz; Dal Pozzo, Augusto Neves. "Afastamento de prefeito municipal no curso de processo instaurado por improbidade administrativa" in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003: 81.

Scarpinella Bueno, Cassio. "O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02", in *Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais*, São Paulo: Malheiros, 2003: 438/459

Comparato, Fabio Konder. "Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais", in José Adercio Leite Sampaio (org.), *Improbidade administrativa, comemoração pelos 10 anos da Lei n.º 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002: 119 e ss.

Mukai, Toshio. "A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa – Lei Federal nº 8.429/92", *BDA* (1999), 722.

Cleuton Barrachi Silva. "Sanções aos atos de improbidade administrativa".
<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/cleutonbarrachisilva/atosdeimprobidadeadministrativa.htm>

Instituto Brasiliense de Direito Público. "Decisão sobre improbidade administrativa no caso Sardenberg não tem efeito vinculante".
www.idp.org.br/index.php?op=1&n_id=533

Walter Nunes da Silva Júnior. "Privilegiar pra quê?"
<http://www.sonoticias.com.br/mostra.php?id=46645>

Consultor Jurídico. "Questão de prerrogativa. Assembléia derruba veto e amplia foro privilegiado".
<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58400,1>

Consultor Jurídico. "Julgamento histórico. Caso do mensalão foi o mais longo da história".
<http://conjur.estadao.com.br/static/text/59012,1>

G1 Política. "AMB: desde 88, STF não puniu autoridades".
<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL64311-5601,00.html>

Sites jurídicos:

www.stf.gov.br

www.google.com.br

www.ampem.com.br

http://www.ampem.com.br/noticias_pub/emails/voto%20Velloso.Doc