

A PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (1992-2004)

*Isabela Boechat Baptista Bastos de Oliveira**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prerrogativa de foro. 2.1. Evolução histórica nas constituições brasileiras do período republicano. 2.2. Fundamentação teórica. 2.3. A prerrogativa do foro sob a égide da constituição federal de 1988. 2.4. A ampliação da competência originária dos tribunais por norma infraconstitucional. 3. Improbidade administrativa. 3.1. Princípios constitucionais da administração pública. 3.2. Atos de improbidade administrativa. 3.2.1. Sujeitos dos atos de improbidade. 3.2.2. Tipologia legal dos atos de improbidade administrativa. 2.2.3. Sanções. 3.3. Ação de improbidade administrativa. 4. A competência em razão da pessoa nas ações de improbidade administrativa. 4.1. A natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa e a definição de competência por prerrogativa de foro. 4.2. A controvérsia em sede de controle difuso. 4.3. A lei nº 10.628/02 e controle concentrado de constitucionalidade. 4.3.1. A validade das decisões anteriores à lei nº 10.628/02. 4.4. Reflexos sobre a atuação do ministério público. 5. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, dedica especial atenção à moralidade administrativa que erige à categoria de princípio

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos

constitucional. Como manifestação desse princípio, a Carta da República prevê que atos de improbidade administrativa sejam severamente sancionados com a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

O advento da Lei n.º 8.429/92 constituiu um marco no combate à imoralidade no trato da coisa pública, vindo garantir a efetividade da norma veiculada pelo parágrafo 4.º do artigo 37 da Lei Maior. A condenação de agentes políticos, outrora imunes (na prática) à responsabilização, representa contundente prova da evolução institucional experimentada pela República Federativa do Brasil.

Tal avanço no campo da responsabilização dos agentes públicos se encontra sob ameaça. Os detentores dos mais altos cargos da República, sentindo-se ameaçados pela propositura de ações de improbidade administrativa perante os órgãos judiciais de primeira instância, passam a opor sua prerrogativa de foro em decorrência da natureza penal das sanções cominadas para os atos ímprobos.

Trata-se de determinar se a prerrogativa de foro prevista para as ações penais se estende às ações de improbidade administrativa. Apenas, então, será possível definir os órgãos jurisdicionais competentes para processá-las e julgá-las, bem como qual órgão ministerial terá atribuição para movê-las ou nelas atuar como fiscal da lei.

O presente trabalho monográfico está dividido em três capítulos.

No primeiro, intitulado "A Prerrogativa de Foro", demonstrar-se-á a evolução das regras referentes ao foro especial em todas as constituições brasileiras do Período Republicano, buscando também defini-lo conceitualmente e investigar as justificativas de sua concessão. Além disso, tratar-se-á da competência originária dos tribunais, *ratione personae*, e da eventual possibilidade de sua alteração por norma infraconstitucional.

O segundo capítulo, denominado "Improbidade Administrativa", analisará num primeiro momento o princípio

regentes da Administração Pública. Em seguida, procederá ao exame do ato ímprobo sob todos os seus aspectos, culminando no estudo da ação de improbidade administrativa.

Por fim, no terceiro e último capítulo, chamado “A Competência em Razão da Pessoa nas Ações de Improbidade Administrativa”, será examinada a relação existente entre a natureza jurídica das sanções cominadas aos atos ímprobos e a definição da competência por prerrogativa de foro. Cuidar-se-á ainda da controvérsia existente no Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, bom como o controle concentrado da constitucionalidade da Lei n.º 10.628/02.

Justifica-se o presente trabalho pela necessidade contribuir para o estudo do tema a fim de evitar que decisões condenatórias em ações de improbidade venham a ser anuladas por violação ao princípio do juiz natural, perpetuando a sensação cotidiana de impunidade.

2. A prerrogativa de foro

2.1. Evolução histórica nas constituições brasileiras do período republicano

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, a primeira Constituição deste período foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Os relatos da época dão conta de que o anseio por um Estado Federal superava, inclusive, a intenção de se constituir uma República.

Não surpreende, nesse contexto histórico, a instituição Justiça Federal, ao lado da Justiça Estadual, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula daquela.

A Justiça Federal era composta apenas pelos juízes federais (seccionais) e pelo Supremo Tribunal Federal - STF, podendo a lei criar outros tribunais da União.

Em seu artigo 60, a Carta estipulava caber aos tribunais e juízes federais o julgamento de causas fundadas

na Constituição, causas de interesse da União, crimes políticos ou cometidos contra a União, causas entre um Estado e cidadão de outro ou entre cidadãos de Estados diversos quando as leis destes fossem divergentes, os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros, as causas de Direito Marítimo, as ações movidas por estrangeiros fundadas em contrato com a União ou em tratados internacionais, entre outras.

A prerrogativa de foro era tratada pela Constituição Federal de 1891 em seus artigos 57, §2.º e 59, que enumeravam as causas de competência originária do Supremo Tribunal. Dispunham os referidos artigos:

Art. 57. (...)

§ 2.º. O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este, os juízes federais inferiores.

(...)

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

1. Processar e julgar originária e privativamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns e os Ministros de Estado nos casos do artigo 52;

b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.¹

O citado artigo 52, referente aos Ministros de Estado, determinava em seu parágrafo segundo que esses, nos crimes comuns e de responsabilidade, seriam processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, naqueles conexos com crimes do Presidente da República, pela autoridade competente para julgá-lo.

¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Nos crimes de responsabilidade, o Presidente da República seria julgado perante o Senado Federal.

Rompendo com as instituições que caracterizavam o Império, a Constituição Republicana traz no parágrafo segundo do artigo 72, clara explicitação do princípio da igualdade de todos perante a lei:

Art. 72. (...)

§ 2.º. Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho.²

Dessa forma, em seu artigo 72, § 2.º, marcava a distinção entre privilégio e prerrogativa.

Trilhando esse caminho, o artigo 72, § 23 determinava inexistir foro privilegiado, à exceção das causas que, por sua natureza, pertencessem a juízos especiais.

Ressalta-se ainda a previsão de foro especial para os militares de terra e mar nos delitos militares, existente no artigo 77, §§ 1.º e 2.º. Tal foro seria composto de um Supremo Tribunal Militar e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.

A segunda Constituição do período republicano foi promulgada em 16 de julho de 1934.

Não obstante seu curto período de vigência, a Carta de 1934 representa um marco do constitucionalismo republicano, expressando as idéias revolucionárias da época. Quanto ao Poder Judiciário, destaca-se a criação das Justiças Eleitoral e Militar.

A prerrogativa de foro foi novamente abordada pelo constituinte, demonstrando sua preocupação em

² *Ibidem.*

estabelecer foro especial para os ocupantes de determinadas funções públicas.

A Magna Carta de 1934 cuidava do foro privativo em seus artigos 76, I, "a", "b", "c" e 104, "f". Verifica-se grande ampliação do foro privilegiado.

O Supremo Tribunal Federal passava a se chamar Corte Suprema e a julgar o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema nos crimes comuns, bem como os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os juizes dos Tribunais Federais e os juizes das Cortes de Apelação dos Estados, Distrito Federal e Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Quanto aos Ministros de Estados, o artigo 58 ressaltava a competência do Tribunal Especial para o julgamento dos crimes de responsabilidade conexos com aqueles cometidos pelo Presidente da República. Esse tribunal era formado por nove juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três Senadores da República e três Deputados Federais, e tinha competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, conforme visto acima.

Cabia, ainda, à Corte Suprema, processar e julgar os juizes federais e os seus substitutos nos crimes de responsabilidade.

Em seu artigo 104, "f", a Constituição de 1934 previa competência privativa da Corte de Apelação para processo e julgamento dos juizes inferiores, nos crimes e comuns e nos crimes de responsabilidade.

Em 10 de novembro de 1937, após o Golpe de Estado, dado o momento de graves ansiedades e apreensões políticas, foi promulgada a terceira Constituição da República. Inovou em relação ao Poder Judiciário, extinguindo a Justiça Federal. Em seu artigo 90, A Constituição Federal de 1937 determinava serem

órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais e Juízes dos Estados, Distrito Federal e Territórios, bem como os Tribunais e Juízes Militares.

A prerrogativa de foro era tratada pela Carta de 1937 pelos artigos 100, 101, I, “a”, “b” e 103, “e”. Se comparada com a anterior, essa Constituição pouco acrescentou em relação à definição de foro especial por prerrogativa de função.

Não mais sendo previsto o Tribunal Especial, o Presidente da República seria julgado pelo Conselho Federal nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros de Estado, quando os crimes cometidos por estes últimos fossem conexos com os crimes do Presidente da República. Destaca-se a previsão inaugurada em seu artigo 87, redigido nestes termos: “Art. 87. O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.”³

Ressalvado o disposto nesse artigo, manteve-se a previsão de competência do Supremo Tribunal Federal e de competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Em 18 de setembro de 1946, promulgou-se a quarta Constituição do período republicano.

Em seu artigo 94, estabelecia que o Poder Judiciário seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Tribunal Federal de Recursos, pelos juízes e tribunais militares, pelos juízes e tribunais eleitorais e pelos juízes e tribunais da Justiça do Trabalho. Mais adiante, no artigo 124, previa que os Estados organizariam a Justiça Estadual composta pelos juízes de Direito, Tribunais de Justiça e pela Justiça Militar Estadual.

³ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

No que pertine à prerrogativa de foro, a Constituição Federal de 1946 praticamente repetiu o texto da Carta anterior, embora tenha voltado a submeter o Presidente da República à competência do Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, bem como voltado a atribuir ao Senado Federal a competência para julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, assim como os crimes de responsabilidade cometidos por Ministros de Estado quando conexos com delitos de tal natureza praticados pelo Presidente. Outra não era a previsão dos artigos 88, 92 e 100.

Vejamos o que determinava a Constituição Federal outorgada em 24 de janeiro de 1967:

Art 85 - O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

(...)

Art 88 - Os Ministros de Estado, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste.

(...)

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

- a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o

disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente;

(...)

Art 122 - A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

(...)

§ 2º - Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no § 1º.

(...)

Art. 136 - (...)

§ 3º - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais.⁴

A Emenda Constitucional n.º 01/69 promove ampliação sem precedentes nas regras determinantes do foro especial por prerrogativa de função.

A redação dos artigos 85, 122 e § 2.º e 136, § 3.º é mantida, embora os mesmos sejam reenumerados e passem a ser, respectivamente, os artigos 83, 129, § 2.º e 144, § 3.º.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Por outro lado, a competência originária do Supremo Tribunal Federal surge agora prevista no artigo 119 da Lei Maior, com a seguinte redação:

Art 119 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;

b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no item I do artigo 42, os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros dos Tribunais de Contas da União e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente; (...).⁵

A seu turno, o Tribunal Federal de Recursos se tornou foro privativo para uma série de agentes públicos. Eis o que dispunha o artigo 122 da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 01/69:

Art. 122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

I – processar e julgar originariamente:
(...)

b) 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

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.⁶

Observa-se que nenhuma das Constituições da República se furtou a prever foro especial por prerrogativa de função. Observa-se mais: se reagindo aos privilégios imperiais a primeira Carta Republicana impunha foro especial a apenas poucos agentes públicos (Presidente, Ministros de Estado e Ministros Diplomáticos), a Constituição outorgada como fundamento jurídico de validade da Ditadura Militar protegia os ocupantes de nada menos do que cerca de vinte diferentes categorias de cargos e funções públicas.

O quadro delineado pela Constituição Federal de 1988 será abordado adiante, bem como suas modificações ao longo dos anos de sua vigência.

2.2. Fundamentação teórica

A República não admite privilégios.

Ainda assim, determinadas pessoas, em virtude do cargo que ocupam, ao cometerem crimes, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, por um juiz de primeira instância, mas sim, por um órgão colegiado de instância mais elevada.

Com efeito, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais estabelecem o foro especial por prerrogativa de função, em regra em matéria criminal.

Recentemente, a Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou o Código de Processo Penal, ampliou o foro penal especial por prerrogativa de função ao âmbito da ação por improbidade administrativa.

Inicialmente, pode parecer que tal tratamento especial estaria em conflito com o princípio da isonomia, consagrado no artigo 5.º de nossa Magna Carta.

⁶ *Ibidem.*

Entretanto, há de se ter em mente que esse tratamento especial é dispensado, não à pessoa, mas ao cargo ou função por ela ocupado.

É de longa data a preocupação existente em assegurar aos ocupantes de cargos de especial relevância no Estado, um julgamento imparcial e com a observância de plenas garantias, caso seus atos venham a ser julgados.

Nesse contexto, insere-se o foro especial, instrumento utilizado com o fim de garantir o exercício melhor e independente das funções atribuídas àqueles que exercem cargos de elevada posição na estrutura estatal.

A essência da prerrogativa de foro, em primeiro plano, é a garantia do exercício livre e independente do mandato, cargo ou função pública.

A sua instituição não visa resguardar o interesse pessoal do ocupante do cargo, mas sim, o interesse público de seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência resultante da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e absoluta imparcialidade.

Assim, o foro especial por prerrogativa de função é instituído em razão do interesse público ligado ao cargo, por motivo de hierarquia do funcionário, que passa a ser julgado por um tribunal de hierarquia superior.⁷

A idéia de que o julgamento pelos tribunais asseguraria maior imparcialidade reside no fato de que, supostamente, tais julgadores teriam maior isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, seja por estarem mais afastados, não estando sujeitos à influência do próprio acusado, seja por terem maior capacidade de resistir a eventuais pressões.

Importante destacar, nesse ponto, a opinião diversa esposada por Hugo Nigro Mazzilli, para quem a tese de maior imparcialidade dos tribunais, na prática, está longe de ser

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito n.º 687/ SP. Justiça Pública e Jabes Pinto Rabelo. Relator: Ministro Sidney Sanches. 25 ago. 1999. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00044, 09 nov. 2001.

verificada, já que enquanto os juízos singulares são nomeados por concurso público de provas e títulos, os membros dos tribunais superiores, bem como o Procurador da República, são nomeados pelos próprios administradores e políticos cuja impunidade eles podem assegurar.⁸

Daí chegarmos à conclusão de que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenha.⁹

É preciso que esteja bem definida a distinção entre privilégio e prerrogativa, pois enquanto esta se relaciona à função, aquele decorre de benefício à pessoa.

Para esse mister, resta valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo.

(...)

Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n.º 10.628/02. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, 2003, n.º 18, p. 33-37, fev./mar. 2003.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela Prerrogativa de Função. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 809, p. 397-411, mar. 2003.

das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista esse caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.¹⁰

Insta acentuar que o foro especial prevalece apenas enquanto perdurar a função ou cargo que o justifica.

Desse modo, ainda que o crime seja cometido durante o exercício funcional, não prevalece a competência especial por prerrogativa de função se o inquérito policial ou a ação penal vierem a ser iniciados após a cessação daquele exercício.

Tal interpretação está inteiramente ligada à essência da prerrogativa de foro, vez que ela visa assegurar o bom exercício da função pública, e não conceder um benefício ao seu titular.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 62-63.

A sua instituição não se dá, como já exposto, em função do interesse pessoal do titular do cargo, mas para garantir seu bom exercício.

Entretanto, nem sempre foi assim. Durante muito tempo, vigeu em nosso ordenamento jurídico a Súmula n.º 394 do STF, segundo a qual “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial, por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”¹¹

Após um longo período de vigência, tal súmula foi cancelada, consagrando-se o entendimento de que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Muito menos, quem deixou de exercê-lo.

Não há que se falar em prerrogativa de “ex-função”.

2.3. A prerrogativa de foro sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Entre os critérios determinantes da competência estabelecidos em nosso Código de Processo Penal - CPP, está a prerrogativa de função, conforme discriminado em seus artigos 69, VII, 84, 86 e 87. Trata-se do que chamamos competência originária em razão da pessoa ou *ratione personae*.

As disposições contidas no CPP não bastam por si só, devendo ser compatibilizadas com as normas constitucionais (tanto da Constituição Federal, quanto das Constituições Estaduais) e pela jurisprudência, em especial do STF.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Enunciado da Súmula 394. 03 abr. 1964. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 01238, 08 mai. 1964.

Como já assentado, a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (artigo 5º, caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII).

O artigo 69 do CPP preceitua que a prerrogativa de função é uma das causas de fixação da competência penal. Este dispositivo é complementado pelos artigos 84 a 87, também do CPP.

Os artigos 86 e 87 do CPP estabelecem que as pessoas que, em razão do cargo, devem ser julgadas por órgãos superiores da Justiça, disposições estas que precisam ser relidas à luz da Constituição Federal e das Constituições Estaduais.

Adentrando na Constituição Federal de 1988, inicialmente em seu artigo 29, X é estabelecido o julgamento dos prefeitos perante o Tribunal de Justiça. No entanto, se o prefeito cometer um crime sujeito à competência da Justiça Federal, a competência será do respectivo Tribunal Regional Federal. O posicionamento está consolidado na Súmula n.º 208 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, segundo a qual “Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal,”¹² e na Súmula n.º 702 do STF que dispõe que “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.”¹³

O artigo 96, III, por sua vez, estabelece a competência dos Tribunais de Justiça para processar e julgar os Juízes

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula 208. 27 mai. 1998. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00068, 03 jun. 1998.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Enunciado da Súmula 702. 24 set. 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00006, 09 out. 2003.

de Direito e os membros do Ministério Público Estadual, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

No tocante aos Juizes Federais, Juizes do Trabalho, Auditores da Justiça Militar e membros do Ministério Público da União – exceção feita àqueles que oficiam perante os tribunais e que serão julgados pelo STJ e ao Procurador-Geral da República, sujeito à jurisdição do STF – a competência para julgá-los é do Tribunal Regional Federal da área da respectiva jurisdição ou de exercício de atribuições, ressalvada também a competência da Justiça Eleitoral, de acordo com o artigo 108, I “a” da Constituição Federal de 1988.

A competência criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vem estabelecida no artigo 102, I, “b” e “c”, e artigo 105, I, “a”, respectivamente.

Dispõe os referidos artigos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:
(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (...).

(...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:
a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (...).¹⁴

Ao analisarmos a competência originária dos tribunais em razão da pessoa estabelecidas na Carta da República, tornam-se necessárias algumas considerações.

Em primeiro lugar, deve-se definir se os casos de foro especial por prerrogativa de função elencados na Constituição Federal de 1988 são exaustivos ou meramente exemplificativos.

Considerando o posicionamento firmado pelo STF quando da apreciação de suas competências originárias, tem-se que tal rol é taxativo, *numerus clausus*, não permitindo interpretação extensiva.

A competência originária do STF constitui um complexo de atribuições jurisdicionais de natureza essencialmente constitucional, submetido a um regime de direito estrito.

Desse modo, não há que se admitir que tal competência se estenda a situações que não estão expressamente inseridas no texto constitucional, e que

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

extrapolam o rol exaustivo previsto no artigo 102, I da Constituição Federal de 1988.

Destacam-se, nesse assunto, os argumentos utilizados pelo Exmo. Sr. Ministro Relator Sydney Sanches, quando do cancelamento da Súmula n.º 394 do STF:

24. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

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

30. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado.

31. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser

subestimados e, a meu ver, não de ser levados em grande conta, no presente julgamento.¹⁵

Em segundo lugar, indispensável se faz também definir se a competência originária dos tribunais pode ser ampliada por norma infraconstitucional, questão essa a ser abordada no item que se segue.

2.4. A ampliação da competência originária dos tribunais por norma infraconstitucional

A repartição de competência originária para o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade é fixada na Constituição Federal, de forma expressa e exaustiva, não se permitindo sua interpretação extensiva.

Esse entendimento aplica-se ao STF, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Estaduais, cuja competência também deve ser fixada em sede da Constituição Estadual, conforme prevê a Magna Carta em seu artigo 125, § 1.º.

Cabendo à Constituição Federal e às Constituições Estaduais a definição a respeito da competência, bem como as circunstâncias e pessoas que estão sujeitas à prerrogativa de foro, não pode o legislador ordinário ampliar o rol de competência dos tribunais.

O legislador ordinário, ao assim fazê-lo, usurpa função acometida ao Poder Constituinte Derivado, passando a regular matéria que só pode ter sede constitucional.

Nessa seara, surge o questionamento acerca da validade da Lei n.º 10.628/02 que, ao conceder prerrogativa

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito n.º 687/SP. Justiça Pública e Jabes Pinto Rabelo. Relator: Ministro Sidney Sanches. 25 ago. 1999. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00044, 09 nov. 2001.

de foro a agentes e ex-agentes públicos quanto a seus atos administrativos, ampliou a competência originária dos tribunais, o que só poderia ter sido feito pelo poder constituinte derivado, e nunca por lei ordinária.

A constitucionalidade de tal lei vem sendo amplamente discutida, prevalecendo a idéia de que esta não poderia, por simples alteração do Código de Processo Penal, ampliar a competência originária dos tribunais.

Diante disso, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP ajuizou ação direta de inconstitucionalidade para ver declarada a invalidade dos parágrafos acrescidos ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

Nessa ação, o parecer elaborado pelo Procurador-Geral da República concluiu pela inconstitucionalidade da lei. Merece destaque o trecho abaixo:

Contudo, vislumbra-se sério obstáculo que redundaria na inconstitucionalidade formal a macular a norma inserta no § 1.º do artigo 84 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 10.628/02, pois somente o próprio STF é que teria que adotar tal exegese da norma constitucional sobre sua competência originária e não o legislador ordinário. Há, assim, a nosso ver, violação do disposto no art. 2.º da Constituição da República. O § 1.º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do STF enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do artigo 102.¹⁶

Quanto à Lei n.º 10.628/02, essa ainda será objeto de estudo mais aprofundado no curso deste trabalho,

¹⁶ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer n.º 17.965/GB *apud* LIMA, Marcellus Polastri.

principalmente no que concerne à extensão ou não da prerrogativa de foro, prevista para as ações penais, às ações de improbidade administrativa.

3. Improbidade administrativa

3.1. Princípios constitucionais da administração pública

Em um primeiro momento, necessário se faz estabelecer um conceito de Administração Pública.

A Administração é a atividade concreta do Estado direcionada à satisfação das necessidades coletivas, de forma direta, contínua e permanente.

Em sentido formal, consiste no conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.¹⁷

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

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

Dispõe o referido artigo:

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 59-60.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...).¹⁸

Pelo que se observa, o constituinte só reportou à Administração Pública cinco princípios: da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Entretanto, há outros princípios que devem servir de padrão para o atuar do administrador público e que não encontram de forma explícita em normas. São aqueles que defluem no todo do ordenamento jurídico, estando implícitos no sistema. Eros Roberto Grau os aponta da seguinte maneira:

Com efeito, eles não constituem criação jurisprudencial, por um lado, nem preexistem, por outro, externamente ao ordenamento – ou à Constituição. Assim, a autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para decisão de determinada solução normativa, simplesmente comprova sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do Direito que aplica, declarando-os.

(...)

Os princípios gerais do Direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E os são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 114-115.

Dentre eles, podemos destacar os princípios da proporcionalidade da razoabilidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da motivação, da segurança jurídica, do controle judicial dos atos administrativos e da indisponibilidade do interesse público pelo administrador.

- Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no artigo 5.º, II da Constituição Federal, aplica-se à Administração Pública de forma mais rigorosa.

Pode-se dizer que a legalidade do artigo 5.º, II da CF/88 é em sentido amplo. Por ela, o particular só é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Assim, é lícito ao particular atuar no campo da omissão da lei, sendo-lhe permitido realizar tudo o que a lei não proíba.

Diferentemente incide este princípio na Administração Pública. Por ele, o administrador público só irá fazer o que o está expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas.²⁰

Não há na Administração Pública liberdade nem vontade pessoal. O agente público não atua segundo sua vontade subjetiva, mas sim, em conformidade com a lei.

Tal diferença entre a incidência do princípio da legalidade no Direito Privado e no Direito Administrativo se explica pela natureza das normas que compõem cada um.

Enquanto no Direito Privado vigora o princípio da autonomia da vontade, prevalecendo normas dispositivas que podem ser afastadas pela vontade das partes, no Direito Administrativos, as normas são, em sua maioria, de ordem pública, não podendo ser descumpridas ou afastadas nem mesmo por acordo entre os interessados, pois contêm verdadeiros poderes-deveres, irrenunciáveis pelos agentes públicos.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67-68.

-Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade impõe ao administrador público que, ao praticar qualquer ato, vise sempre seu fim legal.

No campo da administração, o fim legal de todo e qualquer ato administrativo é o interesse público, que é o objetivo que a lei indica para que a prática do ato de dê de foram impessoal.

O professor Hely Lopes Meirelles também conceitua o princípio da impessoalidade como princípio da finalidade.²¹

Desse modo, o administrador só pode praticar atos com finalidade pública, sendo-lhe vedado praticá-los movido por interesses pessoais ou de terceiros.

Insta acentuar que o ato praticado sem a observância do interesse público constitui abuso de poder, sob a modalidade de desvio de finalidade.

-Princípio da moralidade

A moral, no âmbito da Administração Pública e diferentemente dos outros ramos do Direito, encontra-se positivado.

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

Em se tratando de ato administrativo, não basta que haja o controle da legalidade, sendo preciso mais: deve ser aferida também a moralidade, através do controle da legitimidade do ato.

A moralidade administrativa está intimamente ligada à idéia de probidade e de bom administrador. Como tal, compreende-se aquele que atua segundo o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, boa-fé, trabalho e ética das instituições,²² e os padrões éticos de decoro e de probidade.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 85-86.

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

Hoje em dia, a moralidade do ato administrativo juntamente a sua finalidade e a sua legalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade da atividade administrativa.

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

Daí concluímos que o princípio da razoabilidade deve ser norteador da moralidade administrativa.

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

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

-Princípio da publicidade

A publicidade, como princípio da Administração Pública, consagra a idéia de ser dever do administrador e demais agentes públicos manter a transparência de seus atos.

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

Exige-se, em decorrência da publicidade, que toda atuação estatal se pautem por tal princípio, não se limitando apenas à divulgação oficial de seus atos, mas também permitindo aos administrados o conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Alguns atos, dada sua importância, só serão aptos a produzir seus efeitos a partir do momento em que se tornarem públicos. Com isso, conclui-se que a publicidade constitui verdadeiro requisito de moralidade e eficácia dos atos administrativos.

Além desse aspecto, o princípio da publicidade se revela como um princípio instrumental, que viabiliza o controle externo, pelos interessados diretos e pelo povo em geral, dos atos e contratos administrativos. Para isso, poderão fazer uso dos meios constitucionais como o mandado de segurança, o habeas data e a ação popular, entre outros.

A regra é que os atos administrativos são públicos. Entretanto, a lei pode, em determinados casos, restringir a publicidade destes, tornando-os sigilosos, a exemplo do que ocorre nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei n.º 8.159/91 e pelo Decreto n.º 2.114/97.

Por fim, o direito à informação, previsto no artigo 5.º, XXIII da CF/88, e o direito à obtenção de certidões, inserto no artigo 5.º, XXXIV, “b” da Carta, têm por fundamento o princípio da publicidade.

-Princípio da eficiência

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.²³

A inserção de tal princípio no texto constitucional teve por escopo garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação de serviços públicos.

O administrador público e seus agentes devem perseguir o bem comum, através do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa e eficaz, priorizando a adoção de critérios legais e morais que possibilitem a realização dos fins que cabe ao Estado alcançar.

A atividade estatal deve ser norteadada por parâmetros de economia e de celeridade na gestão dos recursos públicos, utilizando de forma adequada os meios materiais

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 90.

ao seu dispor e direcionando à busca não apenas de um bom resultado mas do melhor que se possa obter.²⁴

A eficiência, juntamente com a moralidade e a legalidade, exige que o agente sempre busque o melhor resultado, obedecendo sempre a lei e os padrões éticos inerentes ao bom administrador, além de ter que adotar critérios razoáveis, em respeito ao princípio da razoabilidade, para consecução dos objetivos do Estado.

Expostos os princípios da Administração Pública explicitados no caput do artigo 37 da Lei Maior, dois outros merecem destaque em vista de serem fundamentos de validade de toda a atividade administrativa, impondo a todo administrador a observância dos valores neles expressos como legitimadores de seus atos. Cuida-se do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração.

-Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Esse princípio declara a superioridade do interesse da coletividade, fixando sua prevalência sobre o interesse particular.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁵ o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados.

Na verdade, trata-se de um princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, funcionando como sua própria condição de existência.

Uma vez assentado que o interesse geral deve sempre prevalecer sobre o particular, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público.

²⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 57-58.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 60.

Com efeito, nas relações com particulares, o órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo encontra-se em posição privilegiada.

Essa posição confere à Administração Pública uma série de benefícios visando a consecução da finalidade pública inerente à atividade estatal.

Destes benefícios, destacam-se a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, a outorga de poderes para a Administração Pública (poderes de polícia, disciplinar, normativo, discricionário e hierárquico), a previsão de prazos maiores nos processos judiciais e prazos especiais de prescrição, inversão do ônus da prova na maioria dos casos, bem como a possibilidade de inserção de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Além desses, decorrem diretamente do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular a auto-executoriedade e a exigibilidade dos atos administrativos que correspondem, respectivamente, à execução de seus atos de ofício, sem recurso ao Poder Judiciário, e à possibilidade de exigir de terceiro o cumprimento e a observância das obrigações impostas por si e, ainda, a autotutela da Administração, que consiste no poder que essa tem de anular ou revogar seus próprios atos.

Ressalta-se ainda que, nas mesmas relações com os particulares, a Administração se encontra em posição de supremacia.

Daí falarmos que estas relações são verticais, prevalecendo entre as partes um vínculo de subordinação, ao passo que as relações entre particulares se caracterizam pela horizontalidade e pela coordenação que as orienta.

Isso significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando frente aos particulares, de modo a melhor gerir os interesses públicos.

Entretanto, as prerrogativas concedidas à Administração sofrem limitações pelos próprios direitos e

garantias individuais e pelo princípio da legalidade, o qual impõe que estas prerrogativas favoráveis à Administração só são legítimas quando exercitadas nos termos e nos limites da lei.

A Administração Pública, ao fazer uso de tais prerrogativas, não o faz com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercem seus direitos. Isso porque a Administração exerce função e está, por conseguinte, investida no dever de satisfazer os interesses públicos em prol da coletividade.²⁶

Assim, o uso das prerrogativas é legítimo quando e se indispensável ao atendimento do interesse público.

-Princípio da indisponibilidade do interesse público pelo administrador

Inicialmente, a idéia de interesse público pode parecer antagônica com aquela de interesse particular. Entretanto, estes dois tipos de interesse estão intimamente ligados, vez que o interesse público, na verdade, é o interesse individual considerado coletivamente ou, como melhor conceitua o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...)o interesse público, interesse de todo o conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)(...).²⁷

A partir daí, torna-se possível compreender a posição de supremacia do interesse público e sua indisponibilidade pelo administrador.

O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pelo Administrador é decorrência lógica da supremacia do interesse público.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 60-64.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 56-57.

Segundo esse princípio, a Administração Pública não pode dispor dos interesses públicos, nem renunciar aos poderes que a lei lhe concedeu para a gerência de tais interesses.

A razão de tal limitação é que o titular dos interesses públicos é o Estado, só podendo a lei autorizar sua disposição ou renúncia.

À Administração e aos seus agentes, cabe apenas o dever de curá-los em conformidade com as finalidades legais previamente estabelecidas.

Como já dito, os agentes públicos, ao exercerem função administrativa, não o fazem de acordo com sua vontade pessoal e, logo, não possuem a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercem seus direitos, devendo observância restrita da lei. Bens e interesses públicos não são postos à livre disposição da vontade da Administração.

3.2. Atos de improbidade administrativa

3.2.1. Sujeitos dos atos de improbidade

-Sujeitos passivos

É de grande importância determinar o sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, pois somente estará configurada tal improbidade se o ato for praticado em detrimento das pessoas definidas como sujeitos passivos.

O sujeito passivo do ato de improbidade é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e as entidades particulares que recebam verbas públicas.

O artigo 1.º da Lei n.º 8.429/92 e seu parágrafo único elencam os sujeitos passivos de tais atos, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.²⁸

Observa-se que o parágrafo único deste artigo amplia o conceito de vítima do ato ímprobo, incluindo outras entidades cujos patrimônios se acham protegidos pelas disposições da Lei n.º 8.429/92.

Assim, são também puníveis os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público.

Quanto a esses sujeitos, previstos no parágrafo único, destaca-se que a adequação da conduta do agente ao ato de improbidade só estará caracterizada se houver dano efetivo. Portanto, para que o agente esteja sujeito às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, nessas hipóteses, é preciso que o ato tenha sido praticado contra

²⁸ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

o patrimônio e que dele decorra dano cuja sanção patrimonial é limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Tal posicionamento é defendido pelos autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.²⁹

Esses mesmos autores, ao tratarem do tema em questão, destacam ainda como sujeitos passivos dos atos de improbidade os sindicatos, os conselhos de fiscalização do exercício profissional, os partidos políticos e o terceiro setor.

Em relação aos sindicatos e aos conselhos de fiscalização do exercício profissional, a possibilidade de se enquadrarem como vítimas dos atos ímprobos se justifica pelo fato de serem ambos destinatários de contribuições parafiscais, tributos previstos em lei e de imperativo recolhimento, pagos por seus associados e integrantes da categoria representada.

Os partidos políticos, por sua vez, auferem, além dos recursos de origem privada, os recursos públicos do Fundo Partidário, devendo prestar contas à Justiça Eleitoral da destinação dada a esses recursos. Nesse contexto, podem restar configurados atos de improbidade, à medida que os recursos públicos forem empregados para alcançar finalidade diversa de prevista em lei.

Por fim, o terceiro setor, composto pelas organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, pode ser também vítima dos atos de improbidade.

As organizações sociais são entidades de Direito Privado sem fins lucrativos, reconhecida tal condição a partir da verificação pelo Poder Executivo dos requisitos previstos nos artigos 2.º e 4.º da Lei n.º 9.637/98, que desenvolvem atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.³⁰

²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 212-213.

³⁰ BRASIL. Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Tais organizações sociais são declaradas por lei como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, recebendo benefícios e incentivos fiscais e creditícios do Poder Público. Além disso, nos contratos de gestão firmados com o Poder Público poderá haver a previsão de transferência de recursos, bens ou serviços de origem pública, o que deixa claro que essas organizações podem ser lesadas por atos de improbidade.

As organizações da sociedade civil de interesse público são pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, e que recebem essa qualificação do Ministério da Justiça após comprovarem o exercício de determinadas atividades de utilidade pública e cumprirem os requisitos previstos em sua lei autorizativa.³¹ Destaca-se a necessidade de observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da publicidade.

Essas organizações funcionam sob o regime de gestão por colaboração e, à medida que não exercem atividade lucrativa, recebem recursos públicos para implementação de suas atividades finalísticas, estando, então, sujeitas à aplicação das normas da Lei de Improbidade Administrativa.

-Sujeitos Ativos

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa é o agente público, assim qualificado nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 8.429/92, podendo figurar a seu lado particulares colaboradores ou beneficiários dos atos de improbidade.

Dispõe o mencionado artigo:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação,

³¹ BRASIL. Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.³²

A partir desse conceito, constata-se que a definição do sujeito ativo está intimamente ligada à identificação do sujeito passivo do ato de improbidade.

Primeiramente, são abrangidos pelo artigo 2.º aqueles que se relacionam diretamente com a Administração, desempenhando alguma atividade junto à Administração Direta ou Indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados Distrito Federal ou Municípios.

Além desses agentes, os quais recebem denominação de agentes públicos em sentido lato, podem também praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com empresas incorporadas ao patrimônio público, com entidades para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido e, ainda, com entidades que recebam subvenção, incentivo ou benefício fiscal ou creditício do Poder Público.

O conceito de agente público é claramente ampliado ao considerarmos que o exercício das atividades pode ser transitório ou duradouro, não há contraprestação obrigatória, podendo as atividades ser gratuitas ou remuneradas, há várias formas de origem da relação, assim como a natureza que essa pode assumir (mandato, cargo, emprego ou função).

À luz da Lei n.º 8.429/92, a expressão agente público deve ser considerada gênero do qual emanam diversas espécies.

Como agentes públicos devem ser consideradas todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma atividade estatal.³³

³² BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 69.

José Arthur Diniz Borges divide os agentes públicos em agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público.³⁴

Os agentes políticos são os titulares de cargos estruturais na organização do País. O vínculo que mantêm com o Estado é de natureza política e não, profissional. Nessa categoria, encontram-se os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e Secretários Estaduais ou Municipais), membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores). Há alguma divergência sobre integrarem essa categoria os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Conta e das carreiras diplomáticas; contudo, tem-se preferido classificá-los como agentes políticos em virtude da independência funcional e por emitirem atos que concretizam o poder decisório do Estado.

Os servidores públicos mantêm com o Poder Público vínculo de dependência, sem caráter de eventualidade, e relação de trabalho de natureza profissional-técnica. Ligam-se ao Estado em regra por concurso público e se submetem ao regime legal estatutário ou celetista contratual, conforme exerçam cargos públicos (civis ou militares) ou empregos públicos.

Finalmente, os particulares em colaboração com a Administração são aqueles que cumprem função pública ou serviço público por requisição do Estado (conscritos em serviço militar obrigatório, jurados e prestadores de serviços eleitorais), por conta própria (gestores de negócio que assumem a gestão da coisa pública em situação de emergência) ou mediante concordância do Poder Público (agentes delegados, i.e., contratados, permissionários, concessionários, tabeliães, titulares de serventia não oficializada ou delegados de função de ofício ou serviço público).³⁵

³⁴ BORGES, José Arthur Diniz. *Manual de Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional (Incluindo a EC41/03)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 345-346.

³⁵ BORGES, José Arthur Diniz. *Op. cit.*, p. 349.

Não apenas os agentes públicos podem ser sujeitos ativos de improbidade administrativa, senão também os denominados agentes de fato (necessários ou putativos) quando ocupem tais posições por força de ato voluntário do ente lesado, tendo por fim a consecução, ainda que dissimulada, de um objeto lícito.³⁶ Destaque-se que agentes necessários são aqueles que, em colaboração e com aquiescência do Poder Público, executam determinada atividade em situação excepcional (guerra, calamidade pública, comoção social, etc...) e agentes putativos são todos aqueles que, embora não tenham sido investidos com estrita observância do procedimento previsto em lei, desempenham uma atividade pública com presunção de legitimidade como, e.g, aquele admitido em cargo efetivo sem a realização de concurso público.³⁷

Além dos agentes já abordados, o artigo 3.º da Lei de Improbidade Administrativa amplia o rol dos sujeitos ativos passíveis de responsabilização, englobando também, "(...) no que couber, aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."³⁸

3.2.2. Tipologia legal dos atos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) enumera, em seus artigos 9.º, 10 e 11, os atos de

³⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 240-241.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 450-451.

³⁸ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

improbidade administrativa. Estes dispositivos indicam, de forma exemplificativa, as condutas que importam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário público e atentam contra os princípios da Administração Pública.

- Atos que importam enriquecimento ilícito

O artigo 9.º da Lei n.º 8.429/92 prevê, em seus incisos, doze condutas ilícitas específicas que constituem atos de improbidade. Eis a redação do artigo:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer

natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente,

para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;
XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;
XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.³⁹

Entretanto, como mencionado, os incisos do artigo 9.º encerram enumeração exemplificativa, havendo possibilidade de qualificação de outras condutas como atos de improbidade administrativa.

O enriquecimento ilícito administrativo se caracteriza pelo acréscimo patrimonial do agente público, em detrimento do erário, sem que para isso tenha havido motivo determinante justificável.

Alexandre de Moraes ressalta a necessidade de quatro requisitos para a configuração de uma das condutas tipificadas no artigo 9.º, a saber: dolo do agente, obtenção de vantagem patrimonial pelo agente, ilicitude da vantagem obtida e existência do nexos causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida.⁴⁰

Assim, é imprescindível que o sujeito ativo atue com vontade livre e consciente de realizar alguma das condutas descritas nesse artigo.

Ademais, é preciso que o agente aufera vantagem patrimonial. Não se exige, para tanto, enriquecimento de

³⁹ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2620-2621.

grande porte econômico; basta que os acréscimos obtidos sejam ilícitos, não devidos ao agente.

Por fim, impõe-se que haja nexo de causalidade entre a função pública ou atividade estatal exercida e a vantagem indevida auferida.

Ressalte-se que não há necessidade de resultado danoso à Administração Pública para restar configurado o enriquecimento ilícito, vez que se considera ilícito todo enriquecimento relacionado ao exercício de atividade pública e que não seja resultado da contraprestação paga ao agente. Ainda que não haja dano econômico ao erário, com tais condutas, é incontestável que ocorre dano à moralidade administrativa.

- Atos que causam prejuízo ao erário

A tipologia dos atos lesivos ao patrimônio público está prevista no artigo 10 da Lei n.º 8.492/92, dispositivo assim redigido:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das

formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.⁴¹

Ao vocábulo “erário”, constante do caput do artigo 10, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no artigo 1.º da Lei de Improbidade, sujeitos passivos dos atos correspondentes.⁴²

Acresce que a ratio do artigo 10 da Lei n.º 8.429/92 é proteger não apenas a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, mas também o patrimônio artístico, cultural, histórico, ambiental e turístico do Poder Público, oferecendo uma proteção ampla e irrestrita.

Assim como no artigo 9.º, o presente artigo não apresenta um rol taxativo das condutas que possam caracterizar atos de improbidade lesivos ao patrimônio público.

Para configurar uma das condutas descritas no artigo no artigo 10, são exigidos como requisitos: conduta ilícita dolosa ou culposa do agente, existência de prejuízo ao Poder Público (não se exigindo a obtenção de vantagem patrimonial pelo agente) e existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.

Diferentemente dos demais atos de improbidade, nos atos que causam prejuízo ao erário, o agente pode realizar

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁴² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 283-284.

as condutas não apenas mediante vontade livre e consciente, mas também por imprudência, imperícia ou negligência.

A conduta deve ser ilícita e acarretar prejuízo concreto aos cofres públicos, sendo indispensável a caracterização denexo de causalidade entre a conduta ilícita e o prejuízo acarretado.

Quanto à obtenção de vantagem patrimonial pelo agente, a lei não exige necessariamente sua ocorrência.

- Atos que atentam contra princípios da administração pública

O artigo 37 da Carta da República elencou de modo expresso cinco princípios inerentes à Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No entanto, outros princípios encontramos inseridos na Lei Maior apesar de ali não mencionados. Outros, ainda, são implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, conseqüentemente, do sistema constitucional como um todo.

Ante a natureza e a importância dos interesses passivos de serem lesados pelos atos ímprobos, a Lei de Improbidade estruturou-se de forma a garantir que a violação dos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário ou enriquecimento ilícito, consubstancie ato de improbidade.

Em seu artigo 11, instituiu a tipologia legal dos atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da Administração Pública, in verbis:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele

previsto, na regra de competência;
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV - negar publicidade aos atos oficiais;
V - frustrar a licitude de concurso público;
VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.⁴³

Igualmente aos artigos 9.º e 10, a enumeração feita pelo legislador no transcrito artigo é meramente exemplificativa.

O sujeito ativo dos atos de improbidade previstos no artigo 11 deve agir dolosamente ao praticá-lo. A sua conduta ilícita pode ser omissiva ou comissiva e, em regra, não gera enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público. Tal característica ressalta a natureza subsidiária desse artigo, ensejando a responsabilização do agente que realizou conduta ilícita e violou os princípios da Administração Pública.

Quando assim age, o agente o faz em violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Por fim, é necessário que haja nexos causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios regentes da Administração Pública.

⁴³ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Destaca-se, ainda, que o artigo 4.º da Lei n.º 8.429/92 impõe aos agentes públicos o dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal, nestes termos: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”⁴⁴

3.2.3. Sanções

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 37, § 4.º que:

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁴⁵

O artigo 12 da Lei n.º 8.429/92 veio regulamentar e completar o artigo acima citado. Com efeito, após enunciar a tipologia legal dos atos ímprobos, a Lei de Improbidade Administrativa elenca, nos incisos de seu artigo 12, as sanções passíveis de aplicação ao agente, as quais apresentam diversidade e intensidade suficiente para recompor a ordem jurídica lesada. Eis a redação respectiva:

Art.12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas,

⁴⁴ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

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

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.⁴⁶

Observa-se que o legislador, atento à necessidade de haver proporção entre a conduta praticada e a sanção imposta, orientou-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, os atos que atentam contra princípios da Administração Pública tiveram sanções mais brandas, apresentando-se como ilícitos de menor potencialidade lesiva previstos na Lei n.º 8.429/92, ao passo que àqueles que importam enriquecimento ilícito foram cominadas as sanções mais graves, assumindo posição intermediária os atos que causam dano ao erário.

Essa regra de proporção deve ser utilizada na atividade legislativa (com a cominação de sanções que se mostrem adequadas à natureza do ilícito que se busca coibir), na verificação da compatibilidade entre a conduta e os efeitos que advirão com a aplicação da Lei n.º 8.429/92 e, por último, na atividade jurisdicional, com a aplicação das sanções que, no caso concreto, se afigurem mais justas.⁴⁷

Note-se que a concretização das sanções de perda do cargo ou da função pública e de suspensão dos direitos políticos depende do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, nada obsta que a Administração Pública demita o servidor pela prática de falta funcional, a

⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁴⁷ GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 449-451.

qual corresponda a um ato de improbidade, após processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa.

Segundo Alexandre de Moraes, o rol de sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade não deverá ser obrigatoriamente aplicado de forma cumulativa, não estando o Poder Judiciário vinculado abstratamente à aplicação de todas as sanções em todas as hipóteses de improbidade.⁴⁸

A desnecessidade de aplicação cumulativa das sanções decorre da consagração, no artigo 5.º, XLVI da Carta da República, do princípio da individualização da pena. Dessa forma, exige-se uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, a fim de que a pena atinja as suas finalidades de prevenção e repressão.

A Lei de Improbidade, em seus artigos 5.º e 6.º prevê sanções patrimoniais aos agentes ímprobos.

O artigo 5.º determina que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Por sua vez, fixa o artigo 6.º que, no caso de enriquecimento ilícito, o agente público ou terceiro beneficiado perderá os bens e valores acrescidos a seu patrimônio.

Em relação à natureza jurídica das sanções por atos de improbidade administrativa, sua definição é de extrema importância para este trabalho, constituindo assunto a ser abordado adiante.

3.3. Ação de improbidade administrativa

Para garantir a efetividade das normas que impõem sanções por ato de improbidade administrativa, a Lei n.º

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2.629-2.631.

8.492/92 define regras específicas aplicáveis à ação de improbidade administrativa que, ressalvadas estas, segue o rito ordinário.

Conforme preleciona Nelson Nery Júnior, a Carta da República, em seu artigo 129, III:

(...) conferiu legitimidade ao Ministério Público para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública na defesa do patrimônio público e social melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso.⁴⁹

Alguns autores enxergam aí a possibilidade de, por intermédio da ação civil pública, buscar-se não só o ressarcimento do dano causado ao erário, mas também a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade. Nesse sentido, já se posicionou o STJ, verbis:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 127 E 129, III. LEI 7.347/85 (ARTS. 1º, IV, 3º, II, E 13). LEI 8.429/92 (ART. 17). LEI 8.625/93 (ARTS. 25 E 26). 1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação

⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.018.

Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso não provido.⁵⁰

Como visto, é cabível o manejo da ação civil pública, no campo da improbidade administrativa, incidindo as regras processuais previstas na Lei n.º 7.347/85, por ser a tutela do patrimônio público um interesse difuso. Ressalte-se que isso ocorre sem que haja prejuízo à aplicação das regras processuais contidas na própria Lei n.º 8.429/92 que, em momento algum, contradizem a normatividade da Lei da Ação Civil Pública.

Ademais, considerando que a ação popular também se volta à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa (art. 5.º, LXXIII da Constituição Federal de 1988), tornam-se aplicáveis, por conseguinte, as regras processuais contidas na Lei n.º 4.717/65, conclusão que se encontra reforçada pelo próprio artigo 17, § 3.º da Lei de Improbidade Administrativa, a qual determina que “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3.º do art. 6.º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.”⁵¹ Por sua vez, o citado artigo reza que:

A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 154.128-SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Geovane de Godoi. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Relator para acórdão: Ministro Milton Luiz Pereira. 11 mai. 98. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00294, 18 dez. 1998.

⁵¹ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.⁵²

A primeira particularidade desta ação concerne à legitimidade ativa. Segundo o artigo 17 da Lei n.º 8.429/92, podem propô-la, com exclusividade, o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, devendo o “parquet”, nesta última hipótese, atuar obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Dispõe o caput do referido artigo:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.⁵³

Tal regra deve ser complementada pela previsão contida no parágrafo 2.º desse artigo, que autoriza a Fazenda Pública a promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

Voltando à questão da legitimidade ativa *ad causam*, é preciso definir quais seriam as pessoas jurídicas interessadas.

Primeiramente, fazendo-se remissão ao artigo 1.º da Lei n.º 8.429/92, as pessoas legitimadas a propor a ação de improbidade são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por suas Administrações Diretas, Indiretas ou Fundacionais.

⁵² BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁵³ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Assim, as pessoas jurídicas de Direito Público estão legitimadas a agir relativamente a condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, considerado material ou moralmente.

Nesse caso, Vicente Greco Filho⁵⁴ defende que se trata de uma substituição processual *sui generis*, pois, embora o autor pleiteie em nome próprio um direito patrimonial próprio, atua ao mesmo tempo na defesa de um interesse público primário: a tutela do erário enquanto direito difuso titularizado por toda a coletividade.

O parágrafo único do artigo 1.º ainda estabelece que:

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.⁵⁵

Entretanto, na hipótese de uma das pessoas elencadas no artigo acima figurar como sujeito passivo do ato ímprobo, a legitimidade para a propositura da ação será do Ministério Público ou da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional que haja incorporado, criado, custeado ou incentivado a entidade privada.⁵⁶

Essa restrição se fundamenta no fato de que a lei não visa proteger o patrimônio privado da entidade, mas sim o uso irregular de recursos nela investidos.

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 123.

⁵⁵ BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁵⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 311.

As associações, por força do artigo 5.º da Lei n.º 7.437/85, possuem legitimidade para propor ação civil pública desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam dentre suas finalidades a tutela dos interesses difusos de que trata a lei referida. Em relação a elas, na órbita da improbidade administrativa, a maioria da doutrina nega sua legitimidade para o ajuizamento da ação voltada à reparação do dano causado ao patrimônio público e à responsabilização do agente.

Como justificativa para semelhante negativa, invoca a doutrina a omissão do artigo 17 da Lei n.º 8.429/92, regra mais específica do que aquela do artigo 5.º da Lei n.º 7.437/85.

Contudo, diversamente entendem Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ao reconhecerem legitimidade ativa a tais associações. Para tanto, ressaltam o importante papel desempenhado pelas associações na democracia participativa, além de sua legitimação corrigir o erro representado pela legitimidade exclusiva atribuída aos entes estatais para proteção dos interesses difusos.⁵⁷

Os legitimados passivos, a seu turno, são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba, agentes públicos ou não, como abordado acima no tópico relativo aos sujeitos ativos dos atos de improbidade.

Como se constata, a Lei n.º 8.429/92 amplia significativamente o conceito de sujeito ativo do ato ímprobo. Sendo assim, o legislador buscou responsabilizar todos aqueles que tenham praticado ou concorrido de alguma forma à concretização da improbidade.

Desse modo, a pluralidade desses agentes públicos e/ou terceiros leva à formação de litisconsórcio passivo necessário previsto no artigo 47 do Código de Processo Civil. Tal litisconsórcio decorre da indisponibilidade dos interesses em jogo, o que demonstra a necessidade de

⁵⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 698-702.

serem chamados judicialmente todos aqueles que tenham causado lesão ao patrimônio público.⁵⁸

Questão alvo de grandes discussões diz respeito à competência para processamento e julgamento da ação de improbidade.

O primeiro aspecto se refere à prevalência ou não da prerrogativa de foro no âmbito da improbidade administrativa, sobretudo diante das inovações trazidas pela Lei n.º 10.628/02. A divergência, objeto central deste trabalho, será tratada em detalhes no capítulo seguinte.

O segundo aspecto diz respeito à definição de competência de foro. Quanto a ela, tendo em vista a falta de regra específica na Lei n.º 8.429/92 e o regime de mútua complementariedade entre as ações exercitáveis no âmbito da jurisdição coletiva, a competência territorial se resolve com a aplicação do artigo 2.º da Lei n.º 7.437/85. Determina o artigo que as ações previstas naquela lei "(...) serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa."⁵⁹

Conquanto o critério adotado pela lei seja eminentemente territorial (local do dano), o próprio texto legal o trata como absoluto ao definir que o juízo terá competência funcional para a ação civil pública; ficam afastadas as regras de prorrogação de competência ou a necessidade de oposição de exceção de incompetência para vê-la reconhecida.

O local do dano compreende a sede da pessoa jurídica lesada pela improbidade, sobretudo em se tratando de dano patrimonial, ou o local onde se verificar a ação ou a omissão ilícita, que pode não coincidir com a sede do lesado.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 714-715.

⁵⁹ BRASIL. Lei n.º 7.437, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Porém, a incidência da norma transcrita apenas ocorrerá na hipótese de fixação de competência da Justiça Estadual.

Em se cuidando de competência *ratione loci* da Justiça Federal, existem algumas particularidades.

A Lei Maior, em seu artigo 109, §§ 1.º e 2.º, estabelece que:

Art. 109 (...)

§1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.⁶⁰

Portanto, sendo a ação de improbidade proposta pela União, será competente o Juízo Federal da Seção Judiciária do domicílio do réu. Caso o domicílio do réu não seja sede de Vara Federal, a competência será do Juízo Federal da respectiva região.

Diversamente será se a ação for proposta em face da União,⁶¹ como previsto no artigo 17, § 3.º da Lei n.º 8.429/92, hipótese em que a ação poderá ser proposta na seção judiciária do autor, da ocorrência do fato (critério que se amolda ao artigo 2.º da Lei n.º 7.437/85), onde esteja situada a coisa ou no Distrito Federal.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004. BRASIL.

⁶¹ Resulta falsa a impressão de que a União figurará sempre no pólo ativo da ação de improbidade, não lhe sendo vedado defender a legalidade do ato inquinado de ímprobo. O artigo 6.º da Lei n.º 4.717/65 admite que a pessoa jurídica de direito público se abstenha de contestar ou atue ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público; por certo, não lhe amputa o direito de defender os atos de seus órgãos na hipótese contrária.

Alerta-se que, figurando autarquias ou empresas públicas federais como autoras ou rés, serão inaplicáveis os §§ 1.º e 2.º do artigo 109 da Constituição, incidindo a regra específica do artigo 2.º da Lei n.º 7.437/85.

O procedimento da ação de improbidade encontra-se descrito na Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17 e respectivos parágrafos, verbis:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 16.12.1996.)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Parágrafo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-34, de 24.8.2001.)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou

com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001.)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos

regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal. (Redação da pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001).⁶²

4. A competência em razão da pessoa nas ações de improbidade administrativa

4.1. A natureza jurídica das sanções por improbidade administrativa e a definição de competência por prerrogativa de foro

Ontologicamente, não há distinção entre as sanções cominadas nos diversos ramos do Direito, quer tenham natureza penal, cível ou administrativa; em essência, todas visam coibir ou prevenir a prática de atos ilícitos ou recompor a ordem lesada, em homenagem à manutenção do equilíbrio nas relações sociais.⁶³

Não obstante, sob o aspecto axiológico, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar tendo em vista a natureza da norma violada.

No campo da improbidade administrativa, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível.

A definição da natureza jurídica das sanções cominadas aos atos ímprobos possui importância fundamental, sendo indispensável para fixação da competência para processar e julgar a ação de improbidade.

⁶² BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁶³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 87.

Parte da doutrina defende a natureza cível dessas sanções apresentando argumentos diversos. Considera, em primeiro lugar, que o caráter penal ou extra-penal das sanções é determinado por opção política do legislador, não propriamente por sua severidade.

Mais ainda, a própria redação do artigo 37, § 4.º da Constituição Federal embasa-lhes a opinião, ao prever a aplicação das sanções para os atos de improbidade administrativa na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Segundo esses mesmos doutrinadores, o artigo 12 da Lei n.º 8.429/92 segue na mesma trilha e dispõe que as sanções ali previstas serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal.

Em terceiro lugar, as condutas ímprobas descritas nos artigos 9.º, 10 e 11 da Lei de Improbidade são marcadas pela imprecisão e pelo caráter enunciativo, o que se conclui com o emprego da expressão “notadamente”. Esse vocábulo se mostra incompatível com o princípio da estrita legalidade que rege o ordenamento penal.⁶⁴ A norma incriminadora deve ser estrita e certa, atendendo assim a função de garantia do tipo penal.

Além disso, a aplicação das sanções elencadas no artigo 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil, para a qual possuem legitimidade ativa o Ministério Público e a pessoa jurídica de Direito Público interessada. Já as sanções penais são aplicadas em ações de mesma natureza, cuja legitimidade, salvo exceções previstas em lei, é exclusiva do órgão ministerial.

Ao mesmo tempo em que a natureza cível das sanções para atos de improbidade administrativa é defendida, sustenta-se que a sua aplicação deve ser pautada pelos princípios norteadores do Direito Penal. Esse ramo do Direito assume papel subsidiário no exercício do poder sancionador do Estado, vez que outorga garantias mais amplas aos acusados.

⁶⁴ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 456-457.

De fato, identificando-se como cível a natureza das sanções a serem aplicadas, conseqüentemente serão utilizadas as regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa. Nesse diapasão, o juízo monocrático seria competente para processar e julgar a ação de improbidade administrativa, não se reconhecendo aqui o foro especial por prerrogativa de função concedido a determinadas pessoas na esfera criminal.

Contrastando com o posicionamento acima, há quem sustente a natureza penal dessas sanções.

Argumenta-se que a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública, isoladamente considerados, seria suficiente para demonstrar que não se trata de uma ação civil qualquer, mas de uma ação civil de forte conteúdo penal. A sentença condenatória ali proferida tem efeitos que chegam a superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória. Sendo comum a colocação do Direito Penal como regra de ultima ratio, não se poderia conceber sanções civis mais graves do que sanções penais.

Ademais, muitos atos elencados como atos de improbidade administrativa correspondem a tipos penais que podem dar ensejo à perda do cargo ou função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pela simples comparação entre o artigo 9.º da Lei de Improbidade e os delitos praticados por funcionário público contra a Administração Pública.

Ives Gandra da Silva Martins sumariza esse pensamento ao afirmar que, “sob a roupagem de ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar na Lei n.º 8.429/92 uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade.”⁶⁵

Atribuindo-se caráter penal às sanções impostas pela Lei de Improbidade, resulta a incompetência dos juízes

⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos Procedimentais do Instituto Jurídico do “Impeachment” e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa *apud* GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco, p. 457.

de primeira instância para processar e julgar ações de improbidade administrativa em que figurem como réus pessoas detentoras de foro penal especial por prerrogativa de função. Essas pessoas, por seus eventuais atos ímprobos, seriam julgadas pelo mesmo órgão competente para julgá-las por crimes; evitar-se-iam decisões conflitantes, por juízos de diferentes instâncias, acerca de fatos idênticos.

4.2. A controvérsia em sede de controle difuso

Desde antes do advento da Lei n.º 10.628/92, o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes vêm enfrentando questionamentos a respeito da prevalência do foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

Questiona-se a natureza jurídica das sanções cominadas aos atos ímprobos e busca-se, a partir daí, a fixação do órgão competente para seu julgamento, quando praticados por autoridades detentoras de foro privilegiado.

Diante disso, várias ações foram propostas por autoridades a fim de fazer prevalecer no âmbito da improbidade administrativa a prerrogativa de foro existente na esfera penal.

Alegavam os autores que as sanções previstas na Lei n.º 8.429/92 possuíam caráter penal, para assim fazerem jus a foro especial. Desse modo, a competência dos juízes de primeira instância estaria afastada para julgamento daquelas ações de improbidade administrativas.

Outro argumento apresentado era que os agentes políticos não estariam sujeitos ao regime sancionador estabelecido pela Lei de Improbidade. Com isso, os atos ímprobos praticados por tais agentes adequar-se-iam exclusivamente aos crimes de responsabilidade, com base no artigo 85 da Constituição Federal de 1988.

Os defensores da corrente oposta sustentam que tal argumento não deva ser acolhido, sob pena de se estar concedendo um privilégio aos agentes político. Logo, deverá prevalecer o entendimento de que todos os agentes políticos estão sujeitos à Lei de Improbidade.

A tese de que esses agentes, pela importância de suas funções, são merecedores de um campo próprio e exclusivo de responsabilização (o campo político) não condiz com o Estado Democrático de Direito ou com o regime republicano em que os exercentes de funções políticas representam o povo e decidem em seu nome, devendo fazê-lo com responsabilidade. O mais coerente seria, quanto maiores e mais relevantes as atribuições cometidas, maiores considerar as possibilidades e meios de responsabilização do agente político, o que justificaria a submissão deles ao regime sancionador da Lei n.º 8.492/92 e aos ideais democráticos.

Não obstante esse posicionamento, algumas decisões monocráticas proferidas no seio do Supremo Tribunal Federal têm reconhecido aos agentes políticos um campo de responsabilização própria, afastando-os da incidência da Lei n.º 8.429/92.

Cite-se como exemplo a decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação n.º 2.138-6/DF pelo Exmo. Sr. Nelson Jobim, ora parcialmente transcrita de maneira literal:

O que se indaga é se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade política-administrativa para os agentes políticos: (a) o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei n. 8.429, de 1992, e (b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, "c" da Constituição e disciplinado pela Lei n. 1.079, de 1950. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da L. 1.079, de 10.04.1950. Ela disciplina os crimes

de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração - art. 9º). A pena prevista também é severa (art. 2º - perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos). Por outro lado, a teor do art. 3º da L. 1079/1950, a imposição da pena referida no art. 2º não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais penais. Assim, em análise preliminar, não parece haver dúvida de que os delitos previstos da L. 1.079/1950, tais como os arrolados na L. 8.429/92, são delitos político-administrativos. É certo que se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4º) abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-á uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição.⁶⁶

No mérito, várias decisões foram proferidas, apresentando teses diversas.

Algumas reconheceram a natureza penal das sanções e, por conseguinte, a prerrogativa de foro no âmbito da improbidade administrativa aos agentes que a detinham na esfera penal, a exemplo daquela acima mencionada que, a par de decidir pela não aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos, decidiu pela natureza penal das sanções. Vejamos:

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento liminar de reclamação. Reclamação n.º 2.138-6/DF. União e Juiz Federal Substituto da 14.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 set. 2002. *Diário de Justiça*, Brasília, 17 set. 2002.

Considerado o caráter eminente penal das sanções impostas pela Lei nº 8.429, resta evidente a ilegitimidade dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429/92, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de cortes superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal.⁶⁷

Outras decisões resolveram pela natureza civil das sanções impostas aos atos ímprobos, a exemplo da seguinte:

Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação.

1. Segundo disposições 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 02.08.93). 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

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida cautelar em reclamação. Reclamação n.º 2.186-MC/DF. Pedro Sampaio Malan e outros e Juízos Federais da 20.ª e 22.ª Varas da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 03 out. 2002. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00075, 28 out. 2002.

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 [sic], 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.⁶⁸

Atualmente, com a nova redação dada ao artigo 84 do Código de Processo Penal e com a negativa de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP tendo por objeto a Lei n.º 10.628/02, várias reclamações têm sido propostas perante o STF a fim de garantir àquelas pessoas que possuem prerrogativa de foro no âmbito penal, o foro especial para propositura da ação de improbidade. O STF vem reconhecendo sua competência enquanto pendentes de julgamento as ações diretas de inconstitucionalidade que têm por objeto a nova redação do artigo 84 do CPP. Destaque-se a ementa do “leading case” representado pelo agravo regimental na Reclamação n.º 2.381-8/MG em que, a exemplo das decisões que se seguiram, decidiu-se que:

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 591-0/SP. Délvio Buffulin e Juízo Federal da 12.ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Nilson Naves. 01 dez. 1999. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00112, 15 mai. 2000.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO CONCESSIVA DE MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, VISANDO À APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ALEGADAMENTE PRATICADOS POR EX-GOVERNADOR DE ESTADO, HOJE SENADOR DA REPÚBLICA. Enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ADI 2.797, é desta colenda Corte, nos termos do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 10.628/2002), a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa a ser ajuizada em face de Senador da República. Agravo regimental desprovido.⁶⁹

4.3. A Lei n.º 10.628/02 e o controle concentrado de constitucionalidade

Ao final de dezembro de 2002, entrou em vigor a Lei n.º 10.628/02 que deu nova redação ao artigo 84 do CPP, estabelecendo o que segue.

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

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de agravo regimental em reclamação. Reclamação n.º 2.381-8/MG. Clésio Soares de Andrade e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Carlos Britto. 06 nov. 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00010, 02 abr. 2004.

peças que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002.)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002.)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002.)⁷⁰

Em relação ao caput do dispositivo acima, não houve substancial modificação. Ocorreu apenas o aperfeiçoamento da redação, já que o texto se encontrava desatualizado.

Nos parágrafos desse artigo, foram acrescentadas duas regras relevantes para o presente trabalho: a primeira, conferindo foro especial mesmo após a cessação do exercício da função pública para condutas relacionadas com atos administrativos do agente; a outra, estendendo o foro a acusados de atos de improbidade administrativa definidos na Lei n.º 8.429/92, inclusive após o término da função pública, no tocante a fatos ocorridos durante seu exercício.

⁷⁰ BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

Ante a nova redação do artigo 84 do CPP, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e a Associação dos Magistrados do Brasil - AMB ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade que receberam respectivamente os números 2.797/DF e 2.860/DF, tendo como objeto os parágrafos primeiro e segundo desse artigo, acrescentados pela Lei n.º 10.628/02.

O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, exercendo interinamente a presidência do STF, negou o pedido de concessão liminar da medida cautelar requerida nessas ações, sob o argumento de não estar configurado periculum in mora. O julgamento do mérito das referidas ações já foi iniciado, porém, não concluído.

Em setembro de 2004, o Exmo. Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, relator dessas ações diretas, proferiu seu voto no sentido de declarar inconstitucional a Lei n.º 10.628/02, julgando procedente os pedidos formulados em ambas as ações.

Inicialmente, ressaltou que o parágrafo 1.º do artigo 84 do CPP representa tentativa de repriminção da Súmula n.º 394 do STF, cancelada no julgamento da questão de ordem levantada no Inquérito n.º 687/SP. Não se acolheu também o argumento de que essa súmula teria sido cancelada por não haver, à época, previsão legal que a consagrasse, já que tanto a súmula quanto a decisão no inquérito referido derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

Com efeito, votou-se pela declaração de inconstitucionalidade dessa norma, vez que teria feito interpretação autêntica da Constituição, o que é reservado apenas a normas de hierarquia constitucional. Assim, o legislador, por meio de atividade legislativa ordinária, teria usurpado competência do STF enquanto guardião da Carta e invertido leitura já feita por aquela Corte de norma constitucional.

Em relação ao parágrafo 2.º do artigo 84 do CPP, igualmente votou o Exmo. Sr. Ministro Relator pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Quanto à primeira regra por ele trazida, qual seja a extensão da competência especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, seria incompatível com a Lei Maior por se cuidar de lei infraconstitucional tendente a ampliar a competência originária dos tribunais, prevista em rol taxativo da Constituição Federal.

Como ressaltado freqüentemente pelo STF, sua competência originária constitui um complexo de atribuições jurisdicionais de natureza essencialmente constitucional, submetido a um regime de direito estrito, não lhe cabendo ampliação pelo legislador ordinário.

Aplica-se o mesmo entendimento aos tribunais estaduais, pois a Constituição Federal apenas permitiu ao poder constituinte decorrente a definição de suas competências; não será possível assim sua alteração por lei ordinária federal.

Quanto à segunda regra contida no parágrafo 2.º do artigo 84 do CPP, aquela determina a aplicação do parágrafo imediatamente anterior às ações de improbidade, as ações diretas perderiam seus objetos diante da declaração da inconstitucionalidade do próprio parágrafo 1.º do artigo 84 do CPP.

Após os votos então proferidos, o Exmo. Sr. Ministro Eros Roberto Grau pediu vista dos autos. Aguarda-se seja dado seguimento ao julgamento das ações diretas, o que não ocorreu até a elaboração do presente trabalho.

4.3.1. A validade das decisões anteriores à Lei n.º 10.628/02.

Questão pertinente à presente monografia diz respeito à validade das decisões monocráticas proferidas antes da Lei n.º 10.628/02.

As regras que estabelecem foro especial por prerrogativa de função constituem critério de fixação de

competência em razão da pessoa, absoluto, portanto; incidem imediatamente sobre os processos em curso, não se havendo de falar em *perpetuatio jurisdictionis*.⁷¹

Por questão de segurança jurídica, a incidência imediata da nova regra de competência não acarretará a nulidade dos atos judiciais praticados antes da vigência da Lei n.º 10.628/02. Pela mesma razão não será cabível o ajuizamento de ação rescisória com o objetivo de desconstituir sentença cujo trânsito em julgado tenha ocorrido antes da vigência das novas regras por ela introduzidas, em posicionamento coerente com o disposto no artigo 5.º, XXXVI da Constituição que garante que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”⁷²

Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno ressalta a hipótese de a sentença já ter sido prolatada e publicada pelo magistrado de primeiro grau, estando pendente de apreciação do tribunal recurso contra ela interposto, concluindo pela validade dos atos praticados até aquele momento. Porém, confirmado o julgamento pelo tribunal, o juízo monocrático não mais terá competência para sua execução.⁷³

Diferente será se o STF, em sede de controle concentrado, vier a decidir pela natureza penal das sanções por ato de improbidade administrativa. Com isso, os agentes que já possuíam o foro penal especial por prerrogativa de função e passaram a possuí-lo para ações de improbidade administrativa com o advento da Lei n.º 10.628/02, já lhe faziam jus ainda antes do advento dessa nova lei que, a rigor, revelar-se-ia supérflua nesse particular.

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02. *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 454.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁷³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 454.

Nessa hipótese, as decisões proferidas por juízes monocráticos antes da vigência da Lei n.º 10.628/02 deveriam ser declaradas nulas em virtude da incompetência absoluta assim verificada. O julgamento pela autoridade competente se constitui em garantia constitucional prevista no artigo 5.º, LIII da Constituição Federal, segundo a qual “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”⁷⁴

Ada Pellegrini Grinover lembra que os “(...) preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.”⁷⁵

A consideração dessas normas como garantia do processo atende à imprescindibilidade de um processo justo, por meio do qual se obterá uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

Desse modo, a norma constitucional-processual sendo uma verdadeira norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual praticado em infringência a norma ou princípio constitucional de garantia será inexistente ou, quando menos, absolutamente nulo. A decisão proferida por juiz absolutamente incompetente conduz à nulidade absoluta.

Entretanto, os votos proferidos pelo Exmo. Sr. Ministro Relator das ações diretas de inconstitucionalidade relativas ao tema sob análise o foram no sentido de reconhecer a natureza civil das sanções por atos de improbidade administrativa.

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

4.4. Reflexos sobre a Atuação do Ministério Público

O Ministério Público, como já tratado no capítulo anterior, é um dos legitimados ativos para a propositura da ação de improbidade administrativa. Além disso, quando não figurar como autor da ação, deverá, obrigatoriamente e sob pena de atuar como fiscal da lei.

Em se tratando do órgão ministerial, o correto é falar em atribuição, como bem ressaltado por Sérgio Demoro Hamilton no trecho abaixo:

(...) pode-se dizer, para bom entendimento, que *mutatis mutandis*, a atribuição representa para o órgão de atuação do Ministério Público aquilo que a competência significa para os juízes. Há semelhança entre os dois conceitos muito embora não se possa, de forma alguma, falar em identidade.⁷⁶

A atribuição do “parquet” seguirá, em regra, os mesmos critérios fixadores da competência do órgão jurisdicional.

No âmbito do Ministério Público de cada Estado da Federação, a atribuição é fixada pela respectiva lei complementar estadual, como determina o artigo 128, § 5.º da Constituição Federal, devendo sempre ser observado o parâmetro fixado na Lei n.º 8.625/93.

No Ministério Público Federal, por sua vez, essa matéria é regulada pela Lei Complementar n.º 75/93, mantida a consonância com o disposto no artigo 109, § 2.º da Constituição.

No que diz respeito à ação de improbidade administrativa, terá atribuição órgão ministerial do local do

⁷⁶ HAMILTON, Sérgio Demoro. Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 56.

dano que compreende a sede da pessoa jurídica lesada, sobretudo nos casos de lesão patrimonial, ou do lugar em que se verificar a ação ou omissão ilícita.

Reconhecido o foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, o membro do Ministério Público que atuar perante os tribunais originariamente competentes será quem terá atribuição para as propor ou nelas prosseguir.

5. Conclusão

A República não admite privilégios.

Ainda assim, determinadas pessoas, em virtude do cargo que ocupam, ao cometerem crimes, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, por um juiz de primeira instância, mas sim, por um órgão colegiado de instância mais elevada.

Esse tratamento especial não se encontra em conflito com o princípio da isonomia por ser dispensado, não à pessoa, mas ao cargo ou função por ela ocupado.

Nesse contexto, o foro especial representa um instrumento efetivo a ser utilizado com o fim de garantir o exercício melhor e independente das funções atribuídas àqueles que exercem cargos de elevada posição na estrutura estatal.

A sua instituição não visa resguardar o interesse pessoal do ocupante do cargo, mas sim, o interesse público a ele ligado. Assim, estará assegurada a possibilidade de seu bom exercício, consistente no desempenho das funções atribuídas com alto grau de independência, pela certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e absoluta imparcialidade.

Vale ressaltar que o foro especial prevalece enquanto perdurar exercício do cargo ou da função que o justifica. Tal restrição encontra-se em consonância com os valores

constitucionais, entre os quais se insere o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Desse modo, justifica-se o fato de que a prerrogativa de foro não concede privilégio ou benefício pessoal ao detentor de cargo ou função pública.

Com efeito, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais estabelecem o foro especial por prerrogativa de função como casos de competência originária dos tribunais.

Não obstante essa regra, a Lei n.º 10.628/02 alterou o artigo 84 do CPP, ampliando o foro penal especial por prerrogativa de função ao âmbito da ação de improbidade administrativa.

Cabendo à Constituição Federal e às Constituições Estaduais a definição a respeito da competência, bem como as circunstâncias e pessoas que estão sujeitas à prerrogativa de foro, não pode o legislador ordinário ampliar o rol de competência dos tribunais.

Ao assim fazê-lo, usurpa função acometida ao Poder Constituinte Derivado, passando a regular matéria que só pode ter sede constitucional.

Mais ainda, as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa possuem natureza civil, não se às ações de improbidade o foro especial por prerrogativa de função àqueles que o detêm na esfera penal.

A definição da natureza jurídica das sanções é uma opção política do legislador, não sendo determinada em função de sua severidade ou da gravidade da conduta apenada.

Parece ter sido essa a intenção do legislador constituinte originário que, após enumerar no artigo 37 da Lei Maior as sanções cominadas aos atos de improbidade, prevê que a sua aplicação se dê na forma da lei, porém sem prejuízo da ação penal eventualmente cabível.

Ressalte-se, ainda, que a Lei de Improbidade Administrativa, ao elencar as condutas ímprobas em seus artigos 9.º, 10 e 11, o faz de forma vaga e imprecisa, servindo-se com freqüência da expressão “notadamente”.

Semelhante técnica legislativa não poderia ser empregada para definição de condutas criminosas, eis que o Direito Penal se revela avesso a ela. Isso porque nele vige o princípio da estrita legalidade; a norma incriminadora deve ser estrita e certa de forma a atender a função garantidora do tipo. Não é o caso das definições contidas na Lei n.º 8.429/92, afastando-se a natureza penal das sanções nela cominadas.

Ante a essas considerações, a Lei n.º 10.628/02 encontra-se eivada de inconstitucionalidade, devendo ser expurgada de nosso ordenamento jurídico. É o que do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade relativas ao tema, em tramitação no STF.

Com isso, deve ser mantida a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar as ações de improbidade administrativa, não importando o grau hierárquico do agente que figure como réu, eis que as sanções correspondentes têm natureza jurídica cível e a competência originária dos tribunais não pode ser alterada por norma infraconstitucional.

Somente assim evitar-se-á que perpetue na sociedade a sensação cotidiana de impunidade.

Referências:

BORGES, José Arthur Diniz. Manual de Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional (Incluindo a EC 41/03). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 7.437, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 16 de dezembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 591-0/SP. Délvio Buffulin e Juízo Federal da 12.ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Nilson Naves. 01 dez. 1999. Diário de Justiça, Brasília, p. 00112, 15 mai. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 154.128-SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Geovane de Godoi. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Relator para acórdão: Ministro Milton Luiz Pereira. 11 mai. 98. Diário de Justiça, Brasília, p. 00294, 18 dez. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula 208. 27 mai. 1998. Diário de Justiça, Brasília, p. 00068, 03 jun. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida cautelar em reclamação. Reclamação n.º 2.186-MC/DF. Pedro Sampaio Malan e outros e Juízos Federais da 20.ª e 22.ª Varas da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 03 out. 2002. Diário de Justiça, Brasília, p. 00075, 28 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento liminar de reclamação. Reclamação n.º 2.138-6/DF. União e Juiz Federal Substituto da 14.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da AC n.º 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 set. 2002. Diário de Justiça, Brasília, 17 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de agravo regimental em reclamação. Reclamação n.º 2.381-8/MG. Clésio Soares de Andrade e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Carlos Britto. 06 nov. 2003. Diário de Justiça, Brasília, p. 00010, 02 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito n.º 687/SP. Justiça Pública e Jabes Pinto Rabelo. Relator: Ministro Sidney Sanches. 25 ago. 1999. Diário de Justiça, Brasília, p. 00044, 09 nov. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Enunciado da Súmula 394. 03 abr. 1964. Diário de Justiça, Brasília, p. 01238, 08 mai. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Enunciado da Súmula 702. 24 set. 2003. Diário de Justiça, Brasília, p. 00006, 09 out. 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02. Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal. Temas de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Marcellus Polastri. Foro por Prerrogativa de Função e a Nova Lei n.º 10.628/02. Disponível em: <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos>

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n.º 10.628/02. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Síntese, 2003, n.º 18, p. 33-37, fev./mar. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Da competência pela Prerrogativa de Função*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 809, p. 397-411, mar. 2003.

RESUMO

A Lei de Responsabilidade Administrativa prevê as sanções para os atos de improbidade administrativa, que por causa de sua gravidade levou ao questionamento do órgão judicial competente para efetuar tal julgamento. Da solução do problema, se na área civil ou na criminal, com todas as conseqüências daí advindas, resultará a definição do órgão ministerial competente para propor ações e, principalmente, tem efeitos sobre a validade das decisões ali proferidas.

ABSTRACT

The Administrative Responsibility Law prescribe sanctions for the acts of administrative improbity, that due to its extension brought up the question of under which jurisdiction should such cases be judged. From a solution to this problem, if in the civil or criminal areas, with all the consequences it implies, will result the definition of the prosecutor responsible to propose law suits, and, mainly, it will effect the validity of the court's decisions.