

O § 2º, acrescido ao art. 84 do diploma processual penal, prescrevia:

A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública [...].

Esse preceito, em 15/09/2005, por maioria, foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, *concessa maxima venia*, ele não malferiu nossa Lei Magna, como se tem propagado; antes, consoa-se e harmoniza-se com o texto. Se a Constituição Federal erigiu determinados tribunais para processar e julgar as pessoas mais representativas do nosso cenário jurídico-político, como o presidente da República, o vice-presidente, seus próprios ministros, deputados federais, senadores, o procurador-geral da República, o advogado-geral da União, os membros dos tribunais superiores da República, do Tribunal de Contas da União, nossos embaixadores, ministros de Estado e comandantes das Três Armas, em toda e qualquer infração penal, ressalvando-se, tão somente, quanto aos crimes de responsabilidade, os seus próprios ministros, o presidente e o vice-presidente da República, o procurador-geral da República, o advogado-geral da União, e bem assim as pessoas elencadas no art. 52, I, da Constituição da República, quando, então, o processo e julgamento são da exclusiva alçada do Senado Federal, governadores, desembargadores, membros dos tribunais regionais federais, eleitorais e do Trabalho, juízes e membros do Ministério Público etc., seria o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo, como dizia Ruy, permitir aos juízes de 1º grau o julgamento da ação “civil” por improbidade administrativa em relação a essas pessoas que têm foro privativo, tendo em vista a natureza das sanções ali cominadas, dentre estas a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, reprimendas eminentemente penais.

Assim, parece-nos claro que o § 2º do art. 84 do CPP se ajustava à Constituição e, por isso mesmo, o art. 102, I, *b* e *c*, da Carta Magna, por interpretação analógica, devia ser estendido àquelas hipóteses da Lei de Improbidade, porquanto as sanções cominadas às condutas ali enunciadas são eminentemente penais e, às vezes, as próprias condutas descritas naquele diploma são uma repetição de outras tipificadas no Código Penal.

Canotilho faz referência a uma antiga jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution...* Trata-se mais de um princípio de integração hierárquico-normativa do que de um simples princípio de conservação de normas (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 1.111-1.112). Alie-se, por último, à velha e revelha presunção de constitucionalidade das leis. E haveria acentuada arritmia institucional pudesse a inferior instância, numa inversão de hierarquia, punir pessoas que a Constituição colocou ao amparo dos tribunais, sob o falso pretexto de estar julgando ações civis, quando se sabe que as condutas descritas na Lei de Improbidade se sujeitam a uma pesada carga penal.

Ensina Carlos Maximiliano:

Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e este, juridicamente nulo [...] (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 210, n. 179).

Não se nega possa ser promovida ação civil pública ou mesmo ação popular, na inferior instância, em relação a quem quer que seja, mesmo porque, na pior das hipóteses, a sanção consistiria na recomposição de eventual dano. Já em se tratando de improbidade administrativa, há sanções nitidamente penais... Não se pode sequer estabelecer um paralelismo entre as consequências de uma decisão proferida em ação popular e as decorrentes da sentença que julga procedente a ação de improbidade, o que confere à lei

*Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara (Uniar).

que a disciplina acentuado caráter híbrido. A propósito, a lição do sempre lembrado Frederico Marques:

No plano formal, a natureza penal ou extrapenal do ilícito se distingue pelo caráter da sanção cominada, o que obriga a verificar-se, primeiro, qual o tipo da medida sancionadora para em seguida determinar-se se contém regra penal ou não penal o preceito primário a que se liga a *sanctio juris* [...] (*Curso de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3, p. 101, n. 2).

Ora, a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, é efeito específico da condenação penal. No mesmo sentido, art. 55, VI, da Constituição da República; art. 16 da Lei 7.716, de 05/01/1989 (preconceito de raça ou de cor praticado por servidor público); art. 83 da Lei 8.666, de 21/06/1993 (crime referente a licitação pública cometido por servidor público); art. 4º do Decreto-Lei 201, de 27/02/1967; art. 2º da Lei 1.079, de 10/04/1950. Assim, se o art. 12, I, II e III, da Lei 8.429, de 02/06/1992, comina, além de outras sanções, a pena de perda do cargo ou função pública, não se pode negar ao referido diploma acentuado colorido penal.

Na hipótese da Lei 8.429/1992, além de condutas que apresentam um misto de ilícito civil e ilícito penal, numa espécie de hermafroditismo jurídico, às vezes o texto repete com outras palavras, e com sanções mais rigorosas, as mesmas disposições do Código Penal, de que são exemplos os incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º, e os incisos I e III do art. 11.

Em relação às ações previstas no art. 9º da Lei 8.429/1992, não haverá necessidade de *un tour de force* para encartá-las na moldura das figuras delituais penais descritas nos arts. 316, 317 e 312 do Código Penal. O inciso IV do art. 9º encontra seu paradigma no inciso II do art. 1º do Decreto-Lei 201, de 27/02/1967; o inciso VIII do art. 9º encontra seu correspondente no art. 89 da Lei 8.666, de 21/06/1993; o inciso IX do art. 9º configura peculato; o inciso I do art. 10 é repetição do art. 2º, c, da Lei 4.717/1965; o inciso II do art. 11 descreve uma conduta mais severa que a descrita no art. 319 do Código Penal; o inciso III do art. 11 é reprodução do art. 325 do Código Penal...

Nesse mesmo sentido, vejam-se as considerações feitas por Marino Pazzagli Filho et al. (*Improbidade administrativa*, São Paulo: Atlas, 1997, em especial pp. 58, 61, 69, 74, 117). Praticamente, ao que tudo indica, na época da elaboração da Lei 8.429/1992, o legislador, inadvertidamente, permitiu que indistintas

condutas delituais penais pudessem ser apreciadas na 1ª instância (e, o que é pior, perante a jurisdição civil), naqueles casos que envolvem competência originária e privativa da Excelsa Corte, do STJ, dos TRFs e dos TJs. Faltou ao referido diploma clareza, limpidez e atenção às regras da competência originária. E, como ensinava Ruy, para bem redigir leis [...] não basta gramaticar proficientemente [...] (*Escritos e discursos seletos*, Rio de Janeiro: Ed. José Aguilar, 1960, p. 933, verbete “gramática e língua”).

Antes da promulgação desse diploma, qualquer daquelas condutas previstas nos incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º se amoldaria ao tipo descrito no art. 317 do Código Penal, tão manifesta sua tipicidade; a descrita no art. 11, III, é praticamente a repetição do art. 325 do estatuto repressivo, e, finalmente, a prevista no art. 11, II, do referido diploma é muito mais rigorosa que a do art. 319 do Código Penal. Vejamos.

Código Penal:

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. *Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.*

Lei de Improbidade:

Art. 11. [...]

[...]

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Art. 12. [...] está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

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.

Vale aqui uma observação: no estatuto penal exige-se mais para a integração do tipo — o elemento subjetivo específico —, qual seja, “satisfazer interesse” ou “sentimento pessoal”. Na Lei de Improbidade, ao invés, basta o indevido retardamento ou a omissão do ato de ofício, pouco importando se há ou não interesse pessoal (material ou moral). Em suma: se o “diploma

civil” exigisse o elemento subjetivo do injusto, tal como o fez o legislador penal, não saberíamos nem mesmo qual a extensão da pena.

Perfeito o temor de Alcalá-Zamora:

[...] *si en manos de cualquiera estuviese las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones [...]* (*Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945, v. 1).

Não se deve deslembrar, e tampouco é ocioso repetir, serem inúmeras as sanções prescritas aos que forem condenados por infringência dos arts. 10 ou 11 da Lei 8.429, de 02/06/1992, inclusive perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 12). Haveria, então, uma subversão de hierarquia, o presidente da República, governadores, senadores, deputados federais, ministros, e outras pessoas da mais alta representatividade dentro da contextura da organização política constitucional da nossa Pátria, perderem o cargo ou o mandato por ato de juízes de 1ª instância.

Respeitável corrente afirma que o § 2º do art. 84 do CPP era inconstitucional, porquanto a ação de improbidade administrativa é de natureza cível e a Constituição dela não cuidou... Rigorosamente, é uma lei penal travestida de civil, pelas sanções que comina... O outro argumento foi e é grosseiro. Dizer, como disseram alguns operadores do Direito, que, se o julgamento ficar afeto aos tribunais, haverá impunidade, equivale a dizer que os órgãos de 1º grau são mais aptos a desempenhar a função jurisdicional... A presunção e a impolidez, aí, chegaram ao extremo. Aliás, a eminente Ministra Ellen Gracie, antes mesmo da promulgação dessa lei, quando se discutia a extensão do foro especial para os agentes políticos nos processos por improbidade administrativa, observou que a não extensão do foro especial para essas pessoas nas hipóteses de improbidade administrativa resultaria “na instauração do foquismo (primado dos neófitos de primeira instância) no Judiciário, criando inquietação no governo” (*A polêmica do foro especial, O Estado de S. Paulo*, 1º/12/2002). E acrescentamos: a “síndrome do holofote” causaria inquietação e desassossego... e, ao mesmo tempo, alentaria o número desses torquemadescos da vida, ávidos de manchetes picantes e escandalosas no afã de sair do anonimato.

Concessa maxima venia, e com todo o respeito àqueles que defendem tese contrária, negar validade constitucional ao § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal é interpretá-lo desatentamente, de maneira vesga. A Suprema Corte, entretanto, por maioria, em 15/09/2005, provendo as ADIns 2.797 e 2.860 da Conamp e da AMB, proclamou a inconstitucionalidade da lei que introduziu esse parágrafo no corpo do art. 84 do CPP. Restará, agora, apenas uma saída: promulgação de eventual emenda constitucional restaurando as regras contidas nos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP. E tal emenda encontra-se na Câmara dos Deputados após ter sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado em dezembro de 2005.

Cumpra observar que a discussão a respeito do tema não cessou. Ainda em setembro de 2011, tendo o Deputado Federal Anthony Garotinho apelado de decisão de primeira instância que o condenara por ato de improbidade administrativa e, denegado o apelo, interposto recurso especial, que foi inadmitido, isso o levou a agravar da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, agravo que, por sua vez, não foi acolhido. Dessa decisão foi interposto o AgRg 1404254/RJ, em 27/09/2011, tendo o eminente Ministro Teori Zavascki suscitado, em questão de ordem, a incompetência da Turma para o julgamento do recurso e a consequente remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, salientando que “a condenação por improbidade é de inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns”. E acrescentou: “o foro privilegiado garantido pela Constituição também deve se estender aos processos por improbidade”, e sustentou a incompetência do STJ para apreciar o agravo de instrumento e a consequente remessa dos autos à Suprema Corte. Em seu voto, além de outras considerações, observou:

Em julgado de 13 de março de 2008, a Suprema Corte reabriu a questão, ao declarar que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros’ (QO na Pet. 3.211-0, relator para o acórdão o Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). No particular, a decisão foi tomada por ampla maioria, com apenas um voto vencido, do relator original, Min. Marco Aurélio. Considerou-se, para tanto, que a prerrogativa de foro decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a possibilidade de juiz de primeira instância processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda mais se a procedência da ação puder

acarretar a sanção de perda do cargo. Ilustra a posição majoritária o voto então proferido pelo Min. Cezar Peluso:

"[...] se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que a ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República".

Esse precedente, como se percebe, afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo infraconstitucional (Lei 10.628, de 2002), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional.

Essa nova orientação do STF acarretou um reexame da matéria também no STJ. Assim, ao julgar a reclamação 2115, de que fui relator - aduziu o E. Ministro Teori Zavascki - (julgamento concluído em 18/11/09), a Corte Especial, por unanimidade, considerou que as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de tribunais de segundo grau e de outros tribunais superiores. Ora, por imposição lógica de coerência na interpretação do sistema e dos princípios constitucionais,

não há como sustentar que, por força de norma infraconstitucional, seja viável submeter à primeira instância do Judiciário ação de improbidade, com sanção de perda do cargo, contra um Governador de Estado, que também tem foro por prerrogativa de função, tanto para crimes comuns (o STJ) como para crimes de responsabilidade (a respectiva Assembleia Legislativa).

Ministro Víctor Nunes Leal, em voto proferido no STF: "a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado" (Recl. 473, rel. Min. Víctor Nunes, j. 31.01.1962, DJ 06.06.1962).

Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa, não teria sentido, concluiu, retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.