

O FORO POR PREGORRATIVA DE FUNÇÃO : conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

REFLEXÕES SOBRE ALGUNS ASPECTOS VINCULADOS AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Passamos, após as considerações acima sobre a Lei nº 10.628/2002, a registrar algumas observações que já fizemos, em outros trabalhos jurídicos, sobre o conceito de foro por prerrogativa de função, a sua natureza jurídica, a sua evolução histórica, aspectos de Direito Comparado, os limites impostos para a sua aplicação, a questão do foro por prerrogativa de função e a lei de improbidade administrativa, o comportamento jurisprudencial sobre a matéria.

CONCEITO DE FORO PRIVILEGIADO

O vocábulo foro, no âmbito jurídico, pode ter sentidos variados. O primeiro é o de que significa espaço determinado, por força de divisão territorial, onde impera a jurisdição de juizes e de tribunais. É revelador, nesse aspecto, de extensão territorial, de limites materiais fixados pela lei para que o juiz, de qualquer grau, possa exercer a sua competência jurisdicional.

* Professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil). Professor-Convitado do Curso de Especialização em Processo Civil - CEUB, Brasília. Doutor Honoris Causa da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Professor UFRN (aposentado). Ex-professor da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco. Sócio Honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário. Sócio Benemérito do Instituto Nacional de Direito Público. Conselheiro Consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário. Conselheiro do Instituto de Procedimento e Processo Tributário do Brasil - IPTT Brasil e Sócio Honorário do Instituto dos Advogados de São Paulo.



Um outro entendimento fixado para o referido vocábulo é o de que ele determina o edifício em que os magistrados atuam, quer de forma individual, quer de forma coletiva.

A palavra foro compreende, também, organização da Justiça, quando, por exemplo, afirma-se existir um foro comum, um foro militar, um foro federal ou um foro especial.

É empregado, no campo do Direito Civil, como sendo pensão que o enfiteuta ou foreiro deverá pagar a quem tem o domínio direto do imóvel aforado, em face de gozar da sua utilidade. O ordenamento jurídico brasileiro trabalha com as seguintes espécies de foro: foro civil, foro comum, foro criminal, foro de eleição, foro de prevenção, foro do delito, foro do contrato, foro do domicílio, foro da mulher casada, foro do quase-contrato, foro do inventário, foro geral, foro militar, foro objetivo, foro subjetivo e, por fim, foro especial.

Foro privilegiado, também denominado de foro especial ou foro por prerrogativa de função, objeto do nosso estudo, é considerado como sendo “aquele que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações ou em que são processadas e julgadas certas pessoas”, segundo De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, Forense, 15ª edição. Ele decorre sempre da lei. Tratando-se de foro para processar e julgar determinadas pessoas, em razão da importância das funções do cargo exercidas, só a Constituição é quem pode fixá-lo. É foro determinado em razão da pessoa (*ratione personae*), tendo em vista a nobreza da atividade desempenhada. Por essa razão, é chamado, também, de foro por prerrogativa de função.

SÍNTESE HISTÓRICA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A doutrina identifica a seguinte evolução histórica a respeito do foro privilegiado:



a) A Igreja Católica influenciou, conforme informa João Mendes Almeida Júnior, em sua obra *O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920, p. 47, as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer a idéia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico.

b) Os reis, a partir do século XII, começaram a lutar para que a influência da Igreja Católica fosse afastada nos julgamentos de pessoas que exerciam altas funções públicas. João Mendes de Almeida Júnior, ob. cit, p. 118, leciona que a legislação processual daquela era passou a adotar foros privilegiados “não sobre natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juizes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc, fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais”.

c) Acentua João Mendes, ob. cit., p. 118, que os dirigentes do Estado, séculos depois “...foram restringindo os casos reais e se ampliando os casos privilegiados, ficando estes como correlativos opostos aos casos comuns, sujeitos às justiças ordinárias, a tal ponto que a classificação dos crimes, em relação às jurisdições foi esta: crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns, distinguindo-se estes dos outros, principalmente por constituírem, em regra, os casos de devassa a cargo dos juizes locais, ao passo que os privilegiados estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores e os eclesiásticos a cargo das oficialidades eclesiásticas”.

d) Durante o século XII ao XV, em Portugal, enquanto vigorou as Ordenações Filipinas, “os fidalgos, os desembargadores,



cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que conservando-se em honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Doiro”, conforme informa Joaquim José Caetano Pereira e Souza, em sua obra *Primeiras Linhas do Processo Criminal*, Lisboa, 1800, p. 49, tinham o privilégio do relaxamento da prisão quando pronunciados, embora a lei determinasse que deveria se proceder à captura dos réus em tal situação, tudo em razão da qualidade pessoal que possuíam, ficando, apenas, à disposição do Juízo, sob promessa de cumprir as suas ordens.

e) Vigorou, no Brasil, durante a fase do Império, a Constituição outorgada em 25.03.1824. Esta Carta Magna, em seu art. 47, concedia foro privilegiado aos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, estes durante o mandato, bem como, aos Secretários e Conselheiros de Estado para os crimes de responsabilidade. Essas pessoas, em razão do relacionamento que tinham com o Estado, eram julgadas pelo Senado, conforme o artigo supracitado da referida Constituição.

f) A Constituição de 1834 determinou, ainda, privilégio absoluto para a pessoa do Imperador. Este não estava sujeito a nenhum tipo de responsabilidade (art. 99).

g) Existia, ainda, um privilégio processual especial para os Ministros do Supremo Tribunal, das Relações Exteriores, para os Empregados no Corpo Diplomático e para os Presidentes das Províncias, uma vez que o art. 164, II, determinava que competia ao Supremo Tribunal “conhecer dos delictos e erros de Offício, que cometerem...” as pessoas indicadas.

h) A Constituição de 24.02.1891, a Republicana, previa que competia ao Senado julgar o Presidente da República nos crimes de



responsabilidade e ao Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, cabendo, nos dois casos, à Câmara dos Deputados a acusação (art. 53 em combinação com os arts. 29 e 59, I, a).

i) A Constituição de 1934 não mais deu competência ao Senado para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Em tal caso, o julgamento seria feito por um Tribunal Especial (art. 58). Ela determinou, ainda, que a Corte Suprema, nomeado ao Supremo Tribunal Federal, seria a competente para processar e julgar, pela prática dos crimes comuns: Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juizes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos.

j) A Carta de 10.11.1937 inovou. Deu competência originária a um denominado Conselho Federal, órgão composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República (art. 50), para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (art. 86).

l) A partir da Constituição Federal de 1946, em face do processo de democratização, foram configuradas várias situações de foro privilegiado, as quais permanecem hoje definidas, expressamente, na Constituição Federal de 1988.

m) O foro por prerrogativa de função deu origem à Súmula nº 394 do STF, que o alongava ao ex-agente público, para os casos de fatos ilícitos penais tentados ou consumados durante o exercício do mandato. A referida Súmula resultou de interpretação dada pela jurisprudência aos artigos 59, I, 62, 88, 92, 100, 101, a, b e c, 104, II, 108, 119, VII, 124, IX e XII, da CF de 1946, e, ainda, das Leis nºs 1.079/50 e 3.258/59,



conforme observa o Min. Sidney Sanches, no voto proferido na questão de ordem levantada no Inquérito nº 687-4-SP.

n) O colendo Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para processar e julgar originariamente os Deputados e Senadores, nos crimes comuns, com a Emenda Constitucional nº 1 /59, conforme determinação expressa do art. 119, I, a.

o) Na Constituição de 1967 (EC nº 1 /69), o foro por prerrogativa de função restou disciplinado com pequenas variações do sistema adotado na atualidade.

p) A Carta Magna de 1988 concede o foro privilegiado segundo as regras que passo a citar:

- Art. 53, §§ 1º, 2º, 3º e 4º (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.01*): Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela



representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) ...

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

c) (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02.09.99*): 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;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) ...;



f) ...;

g) ...;

h) ...;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

L) ...;

m) ...;

n) ...;

o) ...;

P) ...;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

.....”

- 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;

b) (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02.09.99*): os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;”

c) (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02.09.99*): os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”

- art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade:

.....

-art. 29 ...X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.



NATUREZA JURÍDICA DO FORO ESPECIAL

A doutrina tem consagrado o entendimento de que o foro especial garantido para o processamento e julgamento de crimes cometidos por determinados agentes do poder não constitui privilégio. São, acima de qualquer outra reflexão, uma garantia.

Os pronunciamentos de eminentes juristas sobre o tema refletem essa compreensão. Vejamos.

Frederico Marques, ao comentar as regras que dispõem sobre foro especial, afirmou:

“No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui sobretudo uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Professor Beza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça'. É o que também ensina Alcallá-Zamora, para quem não se cuida, na espécie 'de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a justiça e ainda para evitar por esse meio a subversão resultante de que inferiores julgassem seus superiores.”

Convém registrar advertência que o direito constitucional brasileiro não segue as linhas da ordem jurídica implantada na América do Norte, onde inexistente o foro por prerrogativa de função para os crimes comuns, salvo quanto aos embaixadores, conforme será visto adiante.

Um outro elemento que compõe a natureza jurídica do foro privilegiado é o seu caráter imperativo, isto é, não pode ser renunciado pela autoridade que dele goza, nem pode ser afastado pela vontade do Ministério Público ou do próprio Tribunal. Sendo uma garantia de natureza constitucional, os seus efeitos são produzidos com a intensidade da carga que a própria Constituição lhe outorga, dando-lhe plena eficácia e efetividade.



O foro em questão tem origem na Constituição Federal. Válida, a respeito, a observação de Athos Gusmão Carneiro, na sua obra clássica denominada *Jurisdição e Competência*, Saraiva, 5ª ed., p. 46, no sentido de que “A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência”.

É certo que qualquer ampliação ou redução dessa competência por Lei ordinária, ou por Norma Complementar, fere, diretamente, a Carta Magna, o que caracteriza, evidentemente, flagrante inconstitucionalidade material.

O foro por prerrogativa de função visa garantir aos agentes políticos uma segurança nascida do fato de que passam a ser julgados por um órgão colegiado, para cuja composição concorrem magistrados mais experimentados e que atuam de modo coletivo.

A análise dessa exceção processual harmoniza-se com o denominado princípio da razoabilidade, inspirador do aperfeiçoamento das estruturas de um regime democrático. Este, pela sua própria natureza, impõe que os julgamentos transmitam absoluta segurança aos que por eles são atingidos e à própria sociedade.

As regras da Constituição são sempre dotadas de ampla eficácia jurídica e vinculadas a efeitos de imperatividade, pelo que não se admite a sua inobservância. Elas atendem a vontade da cidadania e impõem controle determinador de estabilidade.

Está consagrado na doutrina, por outra análise dessa entidade processual, que o foro por prerrogativa de função não atenta contra o princípio da igualdade. Colha-se, a respeito, a opinião de Tourinho Filho, *in Processo Penal*, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 2, p. 109:



“...poderá parecer, à primeira vista, que esse tratamento especial conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a lei, e, ao mesmo tempo, entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado. (...) O que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe”.

Acrescenta, depois, o referido doutrinador: “O privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função”.

Esse entendimento foi seguido pelo Ministro Sidney Sanches, no voto que proferiu na Questão de Ordem levantada no Inquérito nº 687-SP, julgada em 30 de abril de 1997, quando foi revogada a Súmula nº 394/STF: “...a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo”. Isso porque, conforme afirmou o eminente Ministro citado, “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”.

Doutrinação de fundo consistente fez, também, Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Processo Penal*, 7ª ed., São Paulo, 1997, p. 187, ao afirmar que:

“Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processadas por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores”.



O Ministro Victor Nunes Leal, na Reclamação nº 473, STF, registrou o seu entendimento de que “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 plena garantia 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 as influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido no Inquérito nº 687-4, SP, afirmou que “por conseguinte, mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo do futuro”.

As manifestações analisadas convergem para a afirmação de que o foro por prerrogativa de função tem por finalidade preservar a independência do agente político, em face do alto grau de competência que lhe é outorgado, garantindo, ainda, o princípio da hierarquia sempre presente no trato dos fenômenos que envolvem a atuação do Estado.

O FORO PRIVILEGIADO NO DIREITO COMPARADO

O Ministro Sepúlveda Pertence, no voto-vista proferido no Inquérito nº 687-4, São Paulo, em questão de ordem suscitada pelo Min. Sidney Sanches, apresentou substancial estudo a respeito de como o Direito Comparado enfrenta o foro por prerrogativa de função.

Afirmou o eminente Ministro que “são numerosas as Constituições e leis que o prevêm em hipóteses mais ou menos



numerosas, a começar das velhas cartas constitucionais dos Estados Unidos (art. III, Seção 2) e da Argentina (atual art. 100) -que o limitam ao julgamento dos embaixadores e membros das representações estrangeiras (a título de exemplo, na Espanha, Const., arts. 71, 4 e 101, 1 e Ley Orgânica del Poder Judicial, art. 57, 2º e 3º; na França, Const., art. 67; na Itália, Const., arts. 96 e 134; em Portugal, art. 133, 4 e também o C. Pr. Pen., arts. 11, 1 a e 2 a e 12, 1, a; na Venezuela, art. 215, 1º e 2º".

Mais adiante, explicita que:

"Na Itália, por exemplo, a redação primitiva do art. 134 da Constituição adstringia a competência da Corte Constitucional para julgar os Ministros de Estado aos crimes ministeriais, os reati ministeriali: na expressão de Zagrebelsky, aqueles 'che possono compiersi solo da chi è ministro è perchè é ministro' (em Procedimento e Giudizi d'accusa na Encicl. Del Diritto, XXV/899,907).

E, enquanto durou essa competência por prerrogativa da função, dominou sem reservas a sua extensão ao julgamento dos ex-ministros: é o testemunho de Crisafulli e Paladin (Comentário breve alia Cost., 1990, art. 96, p. 606); *'un Ministro cessto delia carica'* - confirma Enxo Balocchi (Noviss. Digesto, I. 1/179, 187) -potrà esseere accusato e giudicato per i reati commessi durante il periodo di esercizio delle funzioni'.

Aliás, na única vez em que a exerceu, no notório Caso Lockheed - conhecido do STF pela extradição de Ovídio Lefèbre (RTJ Ext. 347, RTJ 86/1) - a Corte Constitucional teve a sua competência firmada em razão da acusação feita a um ex-ministro, Tanassi, afinal condenado (Giurispr. Cost. 79, Suplemento).

Certo, a prerrogativa de foro dos Ministros foi depois abolida, restringindo-se ao Presidente da República (LC 1/89); mas a nova redação do art. 96 explicitou que a subordinação do processo à autorização do



Senado ou da Câmara se aplica aos Ministros, 'anche se cessati dalla carica'.

Na França, a Constituição de 1958 (art. 68, 2) restringiu a competência da Haute Cour de Justice aos crimes funcionais dos Ministros; mas que a prerrogativa se entende compreensiva dos processos contra ex-Ministros, por delitos cometidos em razão da função, se extrai de que por ela, há alguns anos, hajam sido condenados Abel Bonnard, Ministro do Governo de Vichy (Debbesch e outros, Dr. Constitutionnel e Institutions Politiques, Economica, 1990, p. 754) e, faz poucos meses, um ex-Ministro da Saúde, no caso do 'sangue contaminado', amplamente noticiado.

A Constituição da Espanha, é certo, tal como a nossa, não restringe aos delitos *propter officium* a competência da Sala Penal do Tribunal Supremo para os processos criminais contra Deputados e Senadores (art. 71,3) ou contra o Presidente e os demais membros do Parlamento, acusados por fatos ocorridos durante a investidura, independentemente da sua natureza.

Em 1991, contudo, o Tribunal Supremo a restringiu, quando findo o mandato do acusado no curso do processo, 'a los hechos que estuvieran en relación o conexión com el ejercicio de la función inherente al mandato representativo, entendiendo que la protección que la inmunidad entraria se hace a la función e no ai funcionário (*post officium vel in contemplatione officii!*)'".

O estudo apresentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence bem demonstra que o foro privilegiado não é entidade processual existente só no Brasil. Ele, com os mesmos objetivos como implantado em nosso sistema, existe em Nações de cultura mais tradicional do que a nossa,



sempre consagrando a necessidade de fortalecer o exercício da função pública pelo agente por ela responsável.

O Ministro Carlos Mário Velloso, ao votar no Inquérito acima referido (Inq. 687-4-SP - Questão de Ordem), lembrou que "O foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império. Os norte-americanos, que sempre foram república, não conhecem esse tipo de foro. O fato de o art. III, 2, da Constituição da Filadélfia, estabelecer que, nas questões relativas a embaixadores e membros das representações estrangeiras, a Suprema Corte exercerá jurisdição privativa, não infirma a ter-se, tendo em vista o caráter especial dos exercentes de tais funções".

LIMITES DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO –A SÚMULA Nº 394/STF

Com base em jurisprudência até então assentada, em data de 3 de abril de 1964, o colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 394 com o seguinte teor: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

O Professor Roberto Rosas, comentando a referida súmula (*in Direito Sumular*, 10ª edição, Malheiros, p. 165/166), explicita:

A jurisprudência do STF tem esclarecido essa Súmula.

Quando há cassação de mandato, cessa a competência especial (RTJ 76/18). Goza do privilégio de foro quando o fato delituoso ocorreu durante o mandato (RTJ 65/7). Quando o crime é anterior ao exercício e o inquérito inicia-se depois da cessação do mandato, não tem como prevalecer a competência especial (RTJ 73/8).

No RE nº 73.922, afirmou o Relator, Min. Antônio Neder, a não-vigência da Súmula nº 394, pois, *in casu*, a Constituição



paulista, ao dar aos deputados estaduais o foro especial do Tribunal de Justiça, restringiu tal foro especial ao tempo do exercício do mandato. Este extinto, não subsiste o foro especial. A Constituição Federal de 1969 não previa foro especial para os deputados estaduais (art. 32, § 2º). No caso de São Paulo, examinado no RE nº 73.922, a Constituição estadual deu aos deputados o foro especial do Tribunal de Justiça, no limite do exercício do mandato. Sendo o acusado, ao tempo dos fatos, parlamentar federal, aplicou-se a Súmula nº 394, mesmo quando à época da denúncia não mais fosse parlamentar (APN 241, RTJ 87/349).

O foro por prerrogativa de função continua, mesmo após o exercício do cargo, ainda que haja norma constitucional estadual limitando-o ao exercício do cargo, se o crime ocorreu durante o exercício (RE crim. 113.102, DJU 6.11.87, p. 23.443).

Considerou-se a sua validade ainda que extinto o mandato (RE nº 144.823-7), Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 11.1 2.92. Os Governadores passaram a ser julgados pelo STJ, ainda que o crime tenha sido praticado quando Ministros (APN 303, RTJ 144/361; INQ 427, DJU 15.10.93, Rei. Min. Moreira Alves). Quanto aos Prefeitos a competência é do Tribunal de Justiça (CF, art. 29, VIII), quanto a delitos cometidos durante o exercício funcional (HC'nº 67.721, Rei. Min. Celso de Mello, RTJ 130/1.128). Era da competência do TFR o julgamento em relação a crimes contra interesses da União (HC nº 69.649, Rei. Min. Carlos Velloso). Da competência do TRE o crime eleitoral (v., também, Súmulas nº 301, 396 e 451).

Estuda-se a alteração da Súmula nº 394, para excluir aqueles que perdem o foro, já fora do cargo (APN 321). A Súmula nº 394 foi cancelada no Inquérito nº 687 (sessão de 25.8.99), com eficácia ex nunc - válidos dessa forma, os atos praticados com base no texto. Cessa, portanto, a competência por prerrogativa de função, quando termina a investidura funcional.

Por maioria, não foi acolhida a manutenção dessa competência em crime funcional cometido em razão do exercício de função ou a pretexto de exercê-la".

Como anotado por Roberto Rosas, a Súmula nº 394 do STF foi cancelada.



O eminente Ministro Sidney Sanches, relator no STF do Inquérito 687, ementou a questão de ordem que decidiu pelo cancelamento da Súmula em debate, do modo seguinte:

"Ementa: Direito Constitucional e Processual Penal.

Processo Criminal contra ex-deputado federal. Competência originária.

Inexistência de foro privilegiado. Competência de juízo de 1º grau, não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula nº 394.

1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nº 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula nº 394, segundo a qual, 'cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício'.

2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, b, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os "membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns.

Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, b e c).

Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

Dir-se-á que a tese da Súmula nº 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.



Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

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 encontradiço no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

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.

3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo o cancelamento da Súmula nº 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal.

Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário.

Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula nº 394, enquanto vigorou”.

É de anotar que o entendimento da Súmula nº 394 vigorou por quase cem anos, conforme lembra o Ministro Nelson Jobim, no voto proferido no Inquérito suso-apreciado: “Quando cheguei ao Tribunal, havia uma decisão sobre questão de *habeas corpus*. Foi-me dito que a Corte, há oito ou dez anos, estava decidindo de uma forma e, para mudarmos essa interpretação, seria necessária uma alteração constitucional; e eu concordei. Agora vem um exemplo de cem anos atrás, portanto, tem noventa anos mais do que os dez que me foram opostos, e com os quais eu concordei. E viabilizou-se, junto ao Congresso Nacional, uma alteração constitucional, que é a Emenda nº 22, para fixar uma



mudança da orientação do Tribunal. Esta aqui tem cem anos. Estou com uma dificuldade temporal para entender esse problema de mudança de orientação em cima de uma centenária jurisprudência”.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Logo após a publicação da Lei que combate a improbidade administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, surgiram, na doutrina e na jurisprudência, vários questionamentos sobre a sua natureza jurídica, com reflexos na prerrogativa de foro pelo exercício de função pública ou foro privilegiado.

A nossa preocupação voltou-se para debater essas divergências. Assumimos o posicionamento a seguir revelado. Nossas meditações enfrentaram, primeiramente, a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa e, depois, as conseqüências dela advindas.

Observamos que a doutrina e a jurisprudência têm procurado definir, utilizando-se das vias adotadas pela interpretação sistêmica, qual a natureza jurídica assumida pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nos limites estatuídos pelo nosso ordenamento jurídico.

Três correntes estão formadas a respeito:

a) A primeira entende que os seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, isto é, cível no sentido *lato*.

b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de Direito Penal, pelo que assim deve ser considerada.

c) A terceira adota posição eclética. Firma compreensão no sentido de que, dependendo da autoridade que for chamada para integrar



o pólo passivo, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

Destacamos alguns pronunciamentos dos que formam a primeira corrente, isto é, que situa a natureza da Lei nº 8.429/92 como tendo natureza administrativa ou cível em seu sentido maior.

José Armando da Costa, ha obra de sua autoria *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*, Brasília Jurídica, 1ª ed., 2000, p.16/18, ressalta que a improbidade administrativa, como delito disciplinar, antes da Constituição Federal de 1988, só existia no campo do Direito do Trabalho, de conformidade com o preceituado no art. 482, a, da CLT.

Lembramos, a seguir, com base em José Armando da Costa, ob. cit., que o art. 37, § 4º, da Carta Magna de 1988, consagrou, embora com eficácia contida, o instituto da improbidade, ao determinar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Identificamos, ainda, que, após a vigência da CF de 1988, dois diplomas legais cuidaram da improbidade administrativa: a Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, que, no seu art. 132, IV, considerou a prática da improbidade administrativa como causa de demissão do servidor público; e a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ao analisar a natureza do último diploma legal, José Armando da Costa, ob. cit., fl. 18, afirma:



“Agora, sim, a improbidade administrativa adquiriu realmente o feitiço legal de infração jurídica-disciplinar capaz de ensejar a demissão do servidor público que exterioriza desvio de conduta enquadrada no domínio de incidência dos tipos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da mencionada lei”.

Segundo o seu entender, a Lei referenciada cuida da denominada improbidade civil.

Registre-se que o autor citado marca, no nosso ordenamento jurídico, cinco espécies de improbidade: a) a improbidade trabalhista; b) a improbidade político-administrativa; c) a improbidade disciplinar; d) a improbidade penal; e) a improbidade civil ou administrativa.

Na linha do entendimento acima enfocado, merece lembrar o registro feito por Fábio Medina Osório, Promotor de Justiça no RS, Mestre em Direito Público e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, no corpo do artigo intitulado “As sanções da Lei nº 8.429/92 aos atos de Improbidade Administrativa”, publicado na *Revista Jurídica*, Ano 47, Maio de 1999, nº 259, p. 19 e segs., no sentido de que “muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/92, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte de 1988 (art. 37, § 4º, da CF/88), seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja, finalmente, ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92”.

O autor mencionado está, em face das posições adotadas, alinhado à corrente que afirma não ter natureza penal os efeitos da Lei nº 8.429/92, reconhecendo que “...a ação civil pública tem se revelado, no combate à improbidade administrativa, eficaz, célere, compatível com os direitos fundamentais da pessoa humana acusada da prática de atos



ímprobos e satisfatório aos anseios da comunidade" (p. 19, artigo e revista citados).

Fábio Medina Osório, mais uma vez, na obra de sua autoria *Improbidade Administrativa - Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Editora Síntese, dedica o capítulo 6 ao exame da natureza jurídica da Lei nº 8.429/92, concluindo pelo seu caráter cível *lato sensu*. Afirma:

"Erige-se, vale repetir, deliberação expressa do legislador na criação de figuras típicas penais. Não foi o que ocorreu com a Lei nº 8.429/92, tanto que suas descrições abrangem fatos tipificados como crimes comuns, quanto fatos previstos como crimes de responsabilidade. De um ou outro, de qualquer modo, o legislador buscou, através da Lei nº 8.429/92, extrair conseqüências extra-penais ou cíveis *lato sensu*, vale dizer, no âmbito do direito administrativo dando tratamento autônomo à matéria. Pensar de modo diverso, ou estender caráter criminal às figuras da lei de improbidade além daquilo que foi deliberado pelo legislador, equivaleria a desrespeitar o princípio da legalidade penal" (p. 224).

As razões que conduziram Fábio Medina Osório, na obra referida, a firmar as conclusões acima expostas, podem ser sintetizadas do modo seguinte:

a) A Lei nº 8.429/92, analisada sistematicamente, instituiu norma de direito material e processual com fim específico de punir, na esfera cível *lato sensu*, aqueles que praticam improbidade administrativa, sem afastar os aspectos penais incidentes, de acordo com o princípio da legalidade, sobre ações consideradas ilícitas cometidas pelo mesmo agente.

b) Não é possível "cogitar da idéia de que a Lei nº 8.429/92 necessitasse de processo criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil da improbidade para



imposição das conseqüências jurídicas decorrentes dos atos da improbidade administrativa" (p. 218, autor e obra citadas).

c) Correta a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo ao afirmar que "em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5º)" (Celso Antônio Bandeira de Melo, *Curso de Direito Administrativo*, 6º ed., Malheiros, 1995, p. 135).

d) Defende essa interpretação, de igual modo, "Maria Sylvia Di Pietro quando afirma a incidência das sanções do art. 37, § 4º, da CF, na punição dos atos de improbidade administrativa, 'sem prejuízo da ação penal cabível' (*Direito Administrativo*, Atlas, 4ª ed., 1994, p. 7), não ressaltando a posição dos agentes políticos exercentes de cargos no Poder Executivo".

e) Cabe o reconhecimento de ser difícil o eventual entendimento de que haveria natureza criminal nas condutas dos agentes políticos que tipificassem improbidade administrativa, porque, a seguir esse raciocínio, estar-se-ia "abrindo sério precedente de ampliação das redes do Direito Penal ao arrepio do princípio da legalidade, o que merece pronto repúdio" (p. 219, autor e obra citados).

f) "Os tipos previstos na Lei nº 8.429/92 não se ajustam às exigências do Direito Penal, especialmente porque não possuem natureza criminal, não sendo possível alargar sua incidência para o campo em que a liberdade humana e os próprios efeitos secundários da decisão judicial



possuem perversos reflexos na vida das pessoas" (autor e obra citados, p.219).

É, hoje, minoritária, a corrente que defende ser de natureza criminal a Lei nº 8.429/92. Fábio Medina Osório, na obra já referida, p. 222, em nota de rodapé, cita o *Habeas Corpus* nº 69680355, apreciado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Des. Luiz Uirabaça Machado, julgado em 17.12.96, como tendo adotado essa linha de entendimento.

O referido HC foi conhecido como reclamação, resultando em trancar ação civil pública movida contra Prefeito Municipal, sob a fundamentação de que as sanções da Lei nº 8.429/92 teriam natureza criminal, tudo em face do disposto no art. 5º, inciso XLVI, da Carta de 1988.

Anota Fábio Medina Osório, ob. cit., que a decisão em "apreço não resistiu por muito tempo, pois a matéria, naquele mesmo processo, já havia sido decidida por uma Câmara Cível do mesmo Tribunal, razão pela qual houve Conflito de Competência que se resolveu em favor do órgão jurisdicional cível, reformando-se a decisão do juízo criminal, que era incompetente para apreciar a questão, conforme Conflito de Jurisdição número 597003714, Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. João Aymoré Barros, por maioria, fixando a competência da 1ª C. Cível do mesmo Tribunal, julgado em 22.12.97".

A aceitação de não ter natureza penal a lei comentada é fortalecida com a determinação do seu art. 8ª: "O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança".



Ora, como é sabido, nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Este é um princípio presente na Carta Magna que é dirigido, diretamente, às condenações penais.

Tratando-se da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa tem-se que uma das condenações impostas ao réu é a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens. Esta condenação atingirá o sucessor quanto a esses aspectos patrimoniais, pelo que passará a responder, na falta do réu, até o limite do valor da herança.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado, embora por maioria, a caracterização da Lei de Improbidade Administrativa ter natureza penal.

No julgamento da Reclamação nº 591/SP, relator o Min. Nilson Naves, a Corte Especial do STJ, por voto de desempate, firmou o entendimento constante na ementa que transcrevo:

"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. nº 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 Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa.



Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.

4. De *lege ferenda*, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

5. À minguada de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação. (RCL 591/SP, DJ Data:15.05.00, PG: 112, rei. Min. Nilson Naves, julgamento de 01.1 2.99. CE - Corte Especial").

O resultado do referido julgamento está expresso na seguinte proclamação:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, julgar improcedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Edson Vidigal, Waldemar Zveiter, Sálvio de Figueiredo, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Bueno de Souza. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Milton Luiz Pereira, José Arnaldo da Fonseca, Félix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro (Presidente, voto-desempate) e Costa Leite votaram com o Sr. Ministro-relator."

Essa linha de entendimento jurisprudencial, embora tomada por voto de desempate, é a que tende a ser firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal está, também, adotando essa orientação. Confira-se o decidido na Reclamação nº 1.110, de que foi Relator o Min. Celso de Mello:

"Ementa: Senador da República. Inquérito civil. Ação civil pública. Medida processual a ser eventualmente adotada contra empresas que estiverem sujeitas ao poder de controle e gestão do parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo. Alegada usurpação da competência originária do



Supremo Tribunal Federal. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida liminar cassada.

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns - não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes".

Os efeitos dessa orientação são os de que consolidam a competência absoluta do primeiro grau para processar e julgar ação de improbidade administrativa quando encontrar-se no pólo passivo qualquer agente político ou servidor, desde que o ato praticado atente contra o patrimônio e a moralidade administrativa. Se a ação ilícita, qualquer uma das previstas nos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, for contra a administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos Poderes da União, de empresas por ela incorporadas ao patrimônio público federal ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário federal haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, a competência será da Justiça Federal. Se, do mesmo modo, for contra o Distrito Federal, a competência será da Justiça de 1º grau do Distrito Federal. Se contra os Estados e Municípios, a competência será da Justiça Estadual de 1º grau.

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a



ação civil de reparação de danos ao erário público, com conseqüências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos prejuízos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.

A mensagem expressa pelo legislador no art. 18 da referida lei não pode ser alterada para concepção diferente da que vem sendo exposta. O mencionado dispositivo dispõe: "A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de danos ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso em favor da pessoa jurídica pelo ilícito". Ora, não é possível ao intérprete, em face da clareza da lei, mesmo empregando interpretação sistêmica, modificar o querer do legislador. Este, de modo muito claro, definiu que a ação apuradora da improbidade administrativa, nos casos dos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, é uma ação civil de reparação de danos e provocadora de outras conseqüências, pelo que assim deve ser concebida pela jurisprudência.

Considere-se, outrossim, que a competência fixada pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça não pode ser alargada.

A doutrina tem outras manifestações na linha acima demonstrada. Ricardo Antônio Andreucci, na obra de sua autoria *O Crime de Improbidade Administrativa na Reforma Penal* - Editora Plenum - Porto Alegre/RS - 1999, entende que:

"A improbidade administrativa, na sistemática jurídica em vigor, instituída pela Lei nº 8.429/92, é tratada apenas no aspecto cível, não tendo o legislador se preocupado, até o momento, com a abordagem criminal do tema, não obstante algumas tentativas mais recentes de se reconhecer caráter penal às sanções fixadas.



Tem se resolvido a questão criminal, com essa lacuna, na análise dos dispositivos já existentes no Código Penal e na legislação complementar, buscando-se a subsunção das condutas em estudo às normas atinentes aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração.

Isso faz com que nem sempre, em atenção ao princípio da reserva legal, se consiga obter a efetiva punição do funcionário ímprobo.

Na reforma penal que se avizinha, entretanto, o crime de improbidade administrativa foi incluído no rol das normas penais incriminadoras, passando essa *novatio legis* a figurar no Título X da Parte Especial do Código Penal (Dos Crimes contra a Administração Pública) - Capítulo I (Dos Crimes Cometidos contra a Administração em Geral), artigo 318, sob a rubrica "improbidade administrativa".

O art. 318 dispõe: 'Praticar o funcionário público ato de improbidade, definido em lei, lesivo ao patrimônio público. Pena - Detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave'.

Esse novo tipo penal tem como objetividade jurídica a tutela da Administração Pública e do patrimônio público, no especial aspecto da garantia da probidade administrativa. A defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a administração pública fundamenta-se na disposição constante do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Trata-se evidentemente de crime próprio, tendo como sujeito ativo somente o funcionário público, assim entendido aquele que se encaixe nas disposições dos artigos 365 e 366 do Projeto. Nada impede, entretanto, que haja a participação de particular, como co-autor ou partícipe, nos moldes do disposto no artigo 30 do Código Penal. Sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o particular eventualmente lesado pelo ato de improbidade."

Flávio Sátiro Fernandes, professor da Universidade Federal da Paraíba e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, em artigo sob o título "Improbidade Administrativa", publicado via Internet, site <http://www.jusnavegandi.com.br>, analisando a natureza da lei em



destaque e considerando as sanções aplicáveis ao agente da improbidade, afirma:

"A Lei nº 8.429/92 não se preocupa em definir crimes. Os atos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 não constituem crimes no âmbito da referida lei. Muitas das condutas ali descritas são de natureza criminal, assim definidas, porém, em outras leis, a exemplo do Código Penal, do Decreto-Lei nº 201, da Lei nº 8.666/93, etc. Não sendo crimes, têm, contudo, uma sanção, de natureza política ou civil, cominada na lei sob comentário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Assim, os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito estão sujeitos às seguintes cominações:

- 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;
- 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.

Na hipótese da prática de atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, as sanções aplicáveis são:

- ressarcimento integral do dano, se houver;
- 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;
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditício, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Finalmente, a prática de atos de improbidade, que atentam contra a moralidade e demais princípios da administração, acarreta como sanção:

- ressarcimento integral do dano;
- 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;
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício 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".

A fundamentação apresentada pela corrente que defende a natureza não penal da Lei de Improbidade Administrativa está sustentada, conforme visto, em premissas sólidas e compatíveis com o nosso ordenamento jurídico. O seu caráter de punir ilícito administrativo, com reparação de danos, é evidente, constitui um novo mecanismo de direito destinado a combater a corrupção.

Fábio Medina Osório, na sua obra *Improbidade Administrativa - Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Síntese, 2ª ed., p. 115/116, embora acolhendo a natureza não penal da Lei comentada, faz judiciosas observações quando os seus efeitos são aplicados a determinadas autoridades integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Afirmo o autor:



“A doutrina admite que os Governadores de Estado, Vice-Presidente da República, Prefeitos, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, ‘se autores de atos de improbidade administrativa’, se sujeitam às sanções da Lei nº 8.429/92 em toda sua extensão, pois nenhuma norma constitucional os excepciona, ‘salvo em relação à legitimação ativa para a ação civil correspondente e ao privilégio de foro’.

Em relação ao Presidente da República, não está ele sujeito à perda da função pública e dos direitos políticos em decorrência de improbidade administrativa, pela via da ação civil pública da Lei nº 8.429/92, pois tais sanções estão diretamente conectadas a uma disciplina constitucional própria (arts. 85 e 86, ambos da Constituição Federal) diante dos crimes de responsabilidade. A improbidade administrativa, em toda sua extensão típica, é crime de responsabilidade do Chefe maior da Nação. Destaco, nesse passo, que o Presidente da República não goza de prerrogativa de foro para as ações populares que podem obrigá-lo a indenizar os cofres públicos.

Senadores, Deputados Federais e Estaduais também estão sujeitos a normas constitucionais que disciplinam expressamente a forma de perda das funções, mas, ao contrário do Presidente da República, podem, em tese, ter cassados seus direitos políticos pela via da Lei nº 8.429/92, em que pese a impossibilidade de cassação direta do mandato através da ação civil pública procedente.

Acrescente-se que Juizes e Promotores de Justiça não estão imunes às sanções da Lei nº 8.429/92, sequer gozando de prerrogativa de foro, pois a demanda cível poderia ser ajuizada perante o primeiro grau jurisdicional.

A Lei nº 8.429/92 não pode ensejar prerrogativa de foro, pois não ostenta caráter criminal. A perda da função pública, para Juizes e Promotores de Justiça, ademais, submete-se ao juízo cível *lato sensu*. Note-se, de fato, que idênticas assertivas se aplicam aos Prefeitos municipais.

O importante é ressaltar que nada impede, de qualquer sorte, ajuizamento de ação civil pública até mesmo contra o Presidente da República, ou contra Governadores e Parlamentares, desde que se observem as restrições materiais relativas a determinadas sanções, podendo ser cobrado o ressarcimento do dano, perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa



civil, independentemente de autorização legislativa para o respectivo processo, eis que se trata de demanda civil.

A Lei nº 8.429/92 não veda, pois, em caráter absoluto, a presença de alguma autoridade pública no pólo passivo de ação civil de improbidade, restringindo, apenas, em relação a algumas autoridades, determinadas sanções”.

O tema não se apresenta pacífico na doutrina, nem na jurisprudência, como acabamos de demonstrar.

O posicionamento acima destacado tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça, pela sua Corte Especial, por maioria de votos, voltamos a advertir.

Anote-se que no campo doutrinário essa é a corrente seguida pelos autores seguintes: José Arruda da Costa (Entende que ela cuida da improbidade civil, *in Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*, Brasília Jurídica, 2000, 1ª ed.); Fábio Medina Osório (a lei não tem caráter penal, constituindo a ação civil pública com meio eficaz para que ela alcance os seus objetivos, *in Improbidade Administrativa - Observações sobre a Lei nº 8.429/92*, Síntese, 2ª ed., Porto Alegre); Celso Antônio Bandeira de Melo (além de defender a sua natureza não. penal, afirma que a ação é imprescritível (art. 37, § 5º, CF), *in Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Malheiros, 1995, p. 135); Maria Sylvia Di Pietro afirma que incide as sanções do art. 37, § 4º, da CF, sem prejuízo da ação penal cabível, *in Direito Administrativo*, Atlas, 4ª ed., p. 7); Ricardo Antônio Andreucci (a lei trata a improbidade só no aspecto civil, *in O Crime de Improbidade Administrativa na Reforma Penal*, Plena, Porto Alegre, 1999); Flávio Sátiro Fernandes (as sanções da lei são de natureza política ou civil, independentes das sanções penais, *in Improbidade Administrativa*, artigo publicado na Internet, site: <http://www.jusnavegandi.com.br>).



Registramos que merece toda a atenção o assinalado por Marcelo Figueiredo de que "A ação de improbidade é por si só apta a veicular um pedido de reparação de danos pela prática de atos de improbidade. Esse é um primeiro ponto: a ação de improbidade é uma ação de responsabilidade por atos de improbidade que não se confunde com a ação civil pública. São duas ações absolutamente distintas. Aliás, a ação civil de improbidade tem maior proximidade com a ação popular... Textualmente, não vemos na Lei de Improbidade uma norma penal." (*In Ação de Improbidade Administrativa, suas Peculiaridades e Inovações*, trabalho publicado na obra coletiva "Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais", já citada.

Da corrente contrária ao entendimento supra-revelado, merece destaque, pela profundidade dos fundamentos desenvolvidos, o inteiro teor do voto-vista, embora vencido, mas nem por isso destituído da valiosa importância para o debate sobre o tema, proferido pelo eminente e culto Min. César Asfor Rocha, na Reclamação nº 580-GO, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Eis o conteúdo da ilustrada peça citada:

"Constitucional e processual. Improbidade administrativa. Foro por prerrogativa de função.

Na ação judicial fundada em ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), ao acionado que desfruta de foro especial por prerrogativa de função se assegura a garantia que se encarta na prerrogativa outorgada pela Carta Magna (art. 105, I, a).

A experiência jurídica não se esgota na norma e, sem que se lhe vote desprezo algum, pelo contrário, prestigiando-a como deve mesmo ser, a legitimidade de sua inteira compreensão impõe a análise dentro da amplitude (ou dos limites, para quem assim preferir) do sistema de que seja ela integrante.

A Lei nº 8.429/92 é veiculante de efeitos penais, a lógica do sistema imporá que se observe, quanto a quem for



acionado, a garantia consistente no foro especial por prerrogativa de função.

Reclamação julgada procedente.

Voto-Vista

O Exmo Sr. Ministro César Asfor Rocha (Relator):

1. O Ministério Público do Estado de Goiás, pela Portaria nº 1/97, instaurou inquérito civil público para apurar a procedência de fatos que são apontados como tendo sido praticados pelo Conselheiro Milton Alves, do Tribunal de Contas, consistentes na participação de verbas publicitárias por um jornal do Estado, bem como na nomeação fictícia de funcionário para a Chefia de Gabinete.

O Ministério Público entende que, em tese, tais fatos constituem ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/93).

Inicialmente, sem maiores reflexões, apenas em face de precedente desta Corte, dei pela improcedência da reclamação. Posteriormente, contudo, percebendo que aquele precedente foi formado por apertada maioria (apenas pelo voto-desempate do eminente Ministro-Presidente), resolvi, valendo-me de prerrogativa regimental, melhor refletir sobre a questão veiculada.

2. O tema trazido a debate, como bem assinalado na discussão e votação de matéria símile - a Reclamação nº 591 /SP - da qual foi relator o eminente Ministro Nilson Naves, percute matéria que tende a ter desdobramentos e repercussões transcendentais, pois trata de espécie conexa com a definição do juízo competente para processar e julgar, em sede de ação denominada de improbidade administrativa, pessoa que, na jurisdição penal, dispõe de foro privativo.

A Lei nº 8.429/92, que disciplina essa modalidade processual, não traz prescrição que dilucide a dúvida, sendo quicá o caso de assegurar-se a existência de lacuna, quanto a esse aspecto, no contexto do referido diploma legal.

Esse raciocínio poderia levar o julgador à conclusão precipitada da aplicação imediata das normas insertas na Lei nº 8.429/92, conduzindo-o à assertiva de que o foro especial



por prerrogativa de função não tem guarida na ação de imputação de ato de improbidade administrativa e agente que dele dispõe na jurisdição penal.

Não critico esse posicionamento exegético, aliás com amplo apoio doutrinário, mas, ao meu sentir, a análise mais aprofundada da espécie há de ferir este outro ponto estratégico da questão, qual seja o de se definir se a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), mesmo não sendo lei penal, é (ou não) veiculante de efeitos penais.

Sem minimizar - longe de mim essa idéia - a complexidade deste assunto, sobre o qual lúcidos doutores e Magistrados já se expressaram com maior vantagem, penso que ele se tornará essencialmente mais claro se a sua solução for buscada preferencialmente dentro do sistema do Direito e não apenas nas dicções, relevantíssimas, não se nega, da Lei nº 8.429/92.

Abalanço-me a dizer que a análise de qualquer elemento ou dado da realidade e dos objetos que compõem o mundo do conhecimento, aí também incluídos a realidade e o mundo normativos, se praticada de forma isolada do seu sistema (isolamento temático da proposição, nas palavras do Professor Lourival Vilanova (in, Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo, Max Limonad, 1997, p. 40), pode acarretar a desintegração da sua cognição ou posicionar a sua apreensão científica fora do seu quadro natural.

Creio que é assim que se deva compreender a idéia de sistema jurídico: esforço cognitivo que abarque, ao mesmo tempo e com a mesma intensidade, as noções de unidade, coerência e completude, recusando-se a contemplação somente da norma, por mais suficiente que pareça ser a sua proposição, mas vendo-se o ordenamento (ou conjunto normativo) em que se inscreve.

Norberto Bobbio, sempre citado com proveito, registra que "as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de 'ordenamento' (in, Teoria do Ordenamento Jurídico, Polis/UnB, tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, 1989, p. 19).

E ao dizer assim, aquele notável jus-filósofo italiano observa que "os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente



mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende" (op. cit., loc. cit.).

A visão do ordenamento ou a visão sistêmica do Direito significa a sua consideração consecutiva, que não implica a desconsideração da realidade normativa, mas a apreensão de todos os propósitos do sistema, de certo modo presentes ou escondidos na proposição da norma.

Creio que esse posicionamento cognitivo do Direito, visto como sistema, não serve apenas para justificar a sua completude (as lacunas se limitam às normas isoladas), mas também para extrair do seu âmago, do âmago do ordenamento, todas as suas potencialidades, partindo-se da realidade limitada da norma.

Dessas observações extraio a convicção de que a experiência jurídica não se esgota na norma e, sem que se lhe vote desprezo algum, pelo contrário, prestigiando-a como deve mesmo ser, a legitimidade de sua inteira compreensão impõe a análise dentro da amplitude (ou dos limites, para quem assim preferir) do sistema de que seja ela integrante.

3. Escusando-me por essa introdução, que terminou ficando mais longa do que desejei de início, aplicarei as suas diretrizes ao caso concreto, ao qual deve esta Corte Especial dar solução.

É inegável que o foro especial decorrente de prerrogativa de função é indicado para os casos em que o agente responde na jurisdição penal, daí porque se torna essencial definir-se, no plano jurídico, se a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), mesmo não sendo lei penal, assim entendida a que visa à aplicação da tutela penal, veicula (ou não) efeitos penais.

Essa definição mostra-se de suma relevância prática, quando se reflete que a pessoa contra quem se pede a sua aplicação dispõe de foro especial, por prerrogativa de função. Se a conclusão assentar que a Lei nº 8.429/92 é veiculante de efeitos penais, a lógica do sistema imporá que se observe, quanto a quem for acionado, aquela garantia consistente no foro especial por prerrogativa de função e, em caso contrário, se terá de afirmar, com fundamento na mesma



lógica sistêmica, que não tem cabimento esse instituto processual.

4. Talvez fosse pertinente, neste ensejo, uma breve palavra a respeito do conteúdo da prerrogativa de foro em razão da função exercida pela pessoa acionada: quase sempre referido como 'foro privilegiado', o instituto do foro especial por prerrogativa de função terminou assimilando o estigma de ser um instituto odioso, privilegiante, criado para acobertar uns em detrimento de todos, ensejando o exercício da jurisdição corporativa.

Essa visão de foro especial por prerrogativa de função não é, porém, ao meu ver, exata, mas representa, antes, um viés tendencioso, como se fosse a verbalização de um sentimento de todo adverso, expedido sem isenção e, assim, sem preocupação analítica.

O foro especial, entendo-o como um resguardo da isenção do julgamento de pessoa que, em razão do encargo que cumpre, pode se tornar alvo dos seus opositos, por razões legítimas ou não, fundadas ou não, superiores ou subalternas, elevadas ou rasteiras. O acionamento judicial de uma pessoa em tal posição pode significar (e não-raramente significa) um trampolim para a notoriedade de alguém, ainda que fugaz, para a aparição sob a imagem e a figura de um paladino, na exata proporção em que pode nodoar para sempre conceitos e virtudes cultuados ao longo da vida por quem for acionado por aquelas motivações menores.

E esse risco se torna ainda mais presente na medida em que se sabe que os veículos que propagam o ingresso da ação se impressionam com o rótulo "improbidade administrativa" e não conseguem distinguir, ainda que movidos pela boa-fé, se as razões são legítimas ou não, fundadas ou não, superiores ou subalternas, elevadas ou rasteiras.

É claro que os recursos processuais, graças ao efeito suspensivo que se lhes pode imprimir, evitam que se concretize a eficácia de medidas judiciais gravosas, sejam liminares ou finais, eventualmente expedidas em juízo primário, contra pessoas que se achem no desempenho de encargo relevante, mas não evitam, em absoluto, o efeito deletério sobre a respeitabilidade funcional.

A alegação de julgamento corporativo, para eliminar o foro especial por prerrogativa de função, não tem o relevo que se



Ihe quer emprestar, pois é certo que o órgão judicial superior, cuja jurisdição se quer evitar, poderá apreciar, em grau de recurso, a inconformação da parte e, nessa hipótese, exerceria, se fosse o caso (que não é) o tal julgamento corporativo.

Só se eliminaria essa possibilidade, ao meu ver, se o pronunciamento da jurisdição primária fosse havido como irrecurável ou que essa jurisdição fosse a única isenta e digna e as demais tendenciosas e corporativas.

5. Mas, enfrentando o núcleo rígido da questão, qual seja saber se a Lei nº 8.429/92, mesmo não sendo lei penal, veicula efeitos dessa qualidade, pode-se afirmar, embora de maneira algo tautológica, que são veiculantes de efeitos penais as normas prescritivas de sanções, sejam, restritivas de liberdade (reclusão, detenção ou proibições deambulatórias), sejam pecuniárias (multa), sejam restritivas de direitos subjetivos (perdas de funções ou interdições de desempenhos), sejam patrimoniais (indisponibilidade de bens).

Acredito que o reconhecimento dessa qualidade sancionaria (efeito punitivo em sentido largo) seja a ratio de se aplicar, em todos os procedimentos de que resulta alguma forma de sanção, a plena garantia processual do devido processo legal.

A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.

Ao meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.

De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na



suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório).

6. Desta sorte, negar o foro especial por prerrogativa de função, ao promovido em ação de improbidade administrativa que dele desfruta na jurisdição penal, será o mesmo que permitir a aplicação de sanção de carga penal (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos) sem o asseguramento de um dos elementos do devido processo legal, qual seja o juízo competente.

Com estes mínimos argumentos, voto pelo reconhecimento de que, na ação judicial fundada em ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), ao acionado que desfruta de foro especial por prerrogativa de função se assegura a garantia que se encarta na prerrogativa outorgada pela Carta Magna (art. 105, I, a).

7. É assim que voto, Senhor Presidente."

A análise da natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, como observado, ainda continua a provocar debates que necessitam ser dirigidos para que qualquer conclusão a ser defendida tenha apoio na vontade da Carta Magna, que é a de combater a imoralidade praticada contra a Administração Pública.

ENUNCIADOS JURISPRUDEN-C1AIS SOBRE O ASSUNTO

É rico o acervo jurisprudencial sobre o foro privilegiado. Passamos a formular alguns enunciados a respeito, a fim de que seja possível uma demonstração mais intensa sobre como os Tribunais têm enfrentado o tema.

Enunciado nº 1 – “Nos termos do artigo 105, inciso I, letra *a*, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, inclusive quanto à apuração de fatos concernentes ao



inquérito policial, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados” (HC nº 17500/AP, Rel. Garcia Vieira, STJ, DJU de 04.02.02, p. 249).

Enunciado nº 2 – “Consoante orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da questão de ordem suscitada no Inquérito nº 687/SP, ensejo em que, cancelando a Súmula nº 394/STF, decidiu que o foro por prerrogativa de função cessa quando o acusado deixa o exercício do cargo” (HC nº 12480/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01.10.02, p. 250).

Enunciado nº 3 - “É nula a decisão de relator que, sumária e monocraticamente, recebe queixa-crime contra Procurador da República, determinando a apresentação de defesa prévia, porquanto, há na espécie, caso de foro privilegiado por prerrogativa de função, cuja competência originária para processar e julgar a causa é do colegiado respectivo (Tribunal Regional Federal), sendo sua a prerrogativa de emitir juízo positivo sobre a instauração e deflagração da *persecutio criminis*, após um preambular contraditório. Aplicação dos arts. 4º e 6º, ambos da Lei nº 8.038/90 e do art. 1º, da Lei nº 8.658/93” (HC nº 16507/ RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 20.08.02, p. 541).

Enunciado nº 4 - Mesmo em se tratando de foro privilegiado, a “existência de decisão favorável ao réu, na esfera administrativa, não determina o trancamento da ação penal, nem, tampouco, idêntica decisão na esfera judiciária” (RHC nº 10342/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, STJ, DJU de 13.08.02, p. 268).

Enunciado nº 5 – “A competência pela prerrogativa de função é observada nos processos por crimes comuns praticados por, e não contra, magistrado” (HC nº 14755/MG, rel. Min. Félix Fischer, STJ, DJU de 13.08.02, p. 183).



Enunciado nº 6 – “São válidos e eficazes os atos praticados no processo criminal pelo Tribunal de 2º grau, no período de vigência da Súmula nº 394/STF, pois o cancelamento da r. Súmula produziu efeitos *ex nunc*” (HC nº 12983-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 04.06.01, p. 194).

Enunciado nº 7 - Em se tratando de exceção da verdade, no crime de difamação, sendo ofendido o Governador de Estado, ela deve ser julgada pelo STJ (art.105, I, *a*, da CF)”. (Agravo Regimental na Exceção de Verdade 1197/0083546-4, rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 30.10.00, p. 118).

Enunciado nº 8 - Aplica-se ao foro privilegiado o entendimento de que “Na determinação da competência por conexão e continência, havendo concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação, estendendo-se tal competência aos demais co-réus, que não gozem de prerrogativa de foro”. (HC nº 8211/RJ, rel. Min. Félix Fischer, DJU de 16.08.99, p. 323).

Enunciado nº 9 - "Ao juiz classista que esteja no exercício pleno à data da prática dos atos delituosos que lhe são imputados, assistem todas as prerrogativas processuais inerentes ao cargo" (CC 21285/PB, rei. Min. Anselmo Santiago, DJU 15.03.99, STJ).

Enunciado nº 10 - "O suplente de Juiz-Classista não goza de foro privilegiado, eis que as prerrogativas do cargo são inerentes ao exercício da função" (CC 20890/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17.02.99, p. 114).

Enunciado nº11 – “A Lei nº 8.038/1990 não prevê a necessidade de audiência prévia de conciliação e julgamento nos crimes de ação penal privada”, no caso de foro privilegiado (RESp. nº 74984/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, STJ, DJU de 03.03.97, p.4715).



Enunciado nº 12 - É inviável a conexão de processos, quando em um deles já existe sentença condenatória definitiva. Caso em que o réu já estava sendo processado por corrupção ativa na primeira instância, teve contra si denúncia recebida por Tribunal, por ser co-réu de outros com foro privilegiado. (HC 3108-RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, STJ, DJU de 19.06.95, p. 18746).

Enunciado nº 13 – “Em caso de co-autoria em crime doloso contra a vida, o foro privilegiado por prerrogativa de função, a quem tem direito um dos acusados, não atrai competência para o julgamento dos outros envolvidos” (HC nº 1990/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, STJ, DJU de 20.09.93, p. 19184).

Enunciado nº 14 – “A competência especial pela prerrogativa da função, não prevalece quando o fato reputado delituoso é cometido após cessão definitiva do exercício funcional”. (Obs. Caso de Juiz aposentado) (*Habeas Corpus* nº 689/ SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scarterzzini, DJU de 01.07.91, p. 10998, STJ).

Enunciado nº 15 – “Denúncia apontando Conselheiro de Contas e seu filho como autores de homicídio qualificado. Incompetência do STJ alegada e que foi repelida, ante o disposto nos arts. 77 e 78, III, do CPP” (APN 35/GO, rel. Min. Américo Luz, STJ, DJU de 09.03.92, p. 2526).

Enunciado nº 16 – “A quebra do sigilo bancário e fiscal é medida excepcional. Só há de ser concedida quando os fatos demonstrem a absoluta necessidade da sua realização e nos limites da competência do órgão investigador”.

No caso em exame, prepondera para justificar o indeferimento do pedido os seguintes aspectos jurídicos:



a) não há, nos autos, fundamentação convincente da necessidade da medida requerida;

b) as CPIs estaduais não têm competência para investigar autoridades que estão submetidas a foro privilegiado federal.

A autoridade contra quem se pede a quebra do sigilo bancário e fiscal tem foro privilegiado no Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, só há possibilidade de se determinar a medida requerida, desde que preenchidos os pressupostos legais, no âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, ou no curso de notícia-crime, inquérito ou ação penal tramitando perante o Superior Tribunal de Justiça (Obs. Requerimento formulado por Presidente de CPI instaurada por Assembléia Legislativa para que fosse autorizada a quebra do sigilo bancário e fiscal de Conselheiro de Tribunal de Contas - Petição nº 1.611 - RO, julgada em 05.03.2002, rei. Min. José Delgado. Indeferida).

Enunciado nº 17 - Suplente ou substituto de juiz eleitoral, de desembargador ou de Conselheiro de Tribunal de Contas não têm a prerrogativa de foro especial prevista na Constituição.(Obs. Esse é o entendimento da jurisprudência do STJ. Há controvérsias).

Enunciado nº 18 - "A prerrogativa constitucional de foro do Superior Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar nos crimes comuns os Governadores de Estado, não estende aos Vice-Governadores ainda que estejam, interinamente, substituindo o Governador do Estado". (RCL 980, STJ, decisão de 08.03.02).

CRIMES DE RESPONSABILIDADE FISCAL - CONSELHEIROS DOS TRIBUNAIS DECONTAS - FORO PRIVILEGIADO



A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, alterou o Decreto-Lei nº 2.838, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, com a finalidade de definir crimes denominados de responsabilidade fiscal.

No particular, destacamos, em face do presente trabalho ser dirigido intencionalmente para os que gozam de foro privilegiado, entre outros, os possíveis delitos pelos quais referidos agentes públicos podem, diretamente, responder, quando no exercício das suas funções, em face dessa nova legislação.

Sem espaço, no presente trabalho, para comentar cada delito, cito, apenas, a referida Lei, na íntegra:

"LEI Nº 10.028, DE 19 DE OUTUBRO DE 2000.

Altera o Decreto-Lei ns 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei na 201, de 27 de fevereiro de 1967.

O Presidente da República. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 339 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente." (NR)

"Pena"

"§ 1º"

"§ 2º"



Art. 2º O Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte capítulo e artigos:

“CAPÍTULO IV

DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS”

“Contratação de operação de crédito”

“Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:”

“Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

“Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:”

“I - com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;”

“II - quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.”

“Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar”

“Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:”

“Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.”

“Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura”

“Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:”

“Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”



"Ordenação de despesa não autorizada"

"Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:"

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

"Prestação de garantia graciosa"

"Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:"

"Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano."

"Não cancelamento de restos a pagar"

"Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:"

"Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos."

"Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura"

"Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura;"

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

"Oferta pública ou colocação de títulos no mercado"

"Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:"

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

Art. 3º A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar com as seguintes alterações:



"Art. 10"

"5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;" "6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;"

"7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;"

"8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;"

"9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;"

"10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;"!

"11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;"

"12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei."

"Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas."



“Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juizes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.”

“Art. 40-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Procura-dor-Geral da República, ou de seu substituto quando no exercício da chefia do Ministério Público da União, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas.”

“Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se:”

“I - ao Advogado-Geral da União;”

“II - aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.”

“Art. 41-A. Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia.”

Art. 4º O art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

“XVI - deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;”



“XVII - ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;”

“XVIII - deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;”

“XIX - deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;”

“XX - ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;”

“XXI - captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;”

“XXII - ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;”

“XXIII - realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.”

“.....”

Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I - deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II - propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;



III - deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV - deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 19 de outubro de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori"

CONCLUSÕES

Há, portanto, como demonstrado algumas inquietudes jurisprudenciais sobre o tema. Urge que, em homenagem ao princípio da coesão das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça as divergências sejam afastadas.

Os registros que acima foram feitos sobre o foro por prerrogativa de função não esgotaram os variados aspectos que integram o tema.



O que a doutrina demonstra é que o assunto sempre foi motivo de debates e que não é correta a colocação de ser uma espécie de privilégio processual, que vai de encontro ao princípio da igualdade.

A concepção formulada pelos juristas, como visto, concentra a exposição do foro por prerrogativa de função como uma garantia ao agente para o melhor exercício dos encargos decorrentes do cargo público assumido.

Merece, contudo, ser acentuado que a expressão integral de um regime apoiado em princípios democráticos não se coaduna com qualquer espécie de privilégio, qualquer que seja a inspiração filosófico-jurídica a sustentá-lo. Por outro lado, não se pode ignorar os fenômenos que cercam as atividades dos agentes públicos, quando no exercício de suas funções, especialmente, os que caracterizam desvios dos objetivos fixados pela lei e que se relacionam com a tranqüilidade que deva ser ofertada, pelo Estado, para o exercício de suas atribuições.

Essa questão não teria a relevância que hoje lhe é dada pela doutrina e pela jurisprudência se existisse implantado na conduta de todos os dirigentes da coisa pública a cultura obrigatória e imperativa de respeito aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, da eficiência e do respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos da cidadania. Enquanto esses valores não forem sublimados, integralmente, pelos agentes públicos, questionamentos como os que foram agora tratados estarão sempre em evidência.

De qualquer modo, há fenômenos que cercam o foro por prerrogativa de função que devem ser vistos com base nos princípios da igualdade, da valorização da dignidade humana e da cidadania.



A sociedade aguarda uma solução para as diferenciações existentes sobre o assunto, especialmente, sobre a constitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24.12.02.

A contribuição da doutrina tem sido rica em detalhes para a firmação de um entendimento que afaste as dúvidas hoje existentes. Esperamos o pronunciamento da Corte Maior sobre a definição da validade e eficácia das mudanças competenciais instituídas pela norma positiva acima mencionada, para que os julgamentos a serem proferidos ganhem relevo pela segurança que devem exprimir.¹

¹ Publico este trabalho em homenagem ao Des. César Montenegro.

