

PRERROGATIVA DE FORO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA LACUNA INTERPRETATIVA A SER PREENCHIDA

Paulo Bernardo Lindoso e Lima *

Resumo: O presente estudo tem por objetivo expor brevemente a problemática relativa ao foro privilegiado e às ações de improbidade administrativa, tendo em vista o debate doutrinário sobre o tema e o inconstante posicionamento jurisprudencial que o toca.

Palavras-Chave: improbidade administrativa – competência – tribunais – prerrogativa de foro.

Abstract: The paper addresses the administrative misconduct issue when confronted with the constitutional guarantees of the Congressmen's privileged forum. In between, Supreme Court's decisions and Federal Superior Court's decisions are expected to be analyzed, amongst the opinion of several legal authors under the on-going debate.

Keywords: administrative misconduct – jurisdiction – Supreme Court – Federal Superior Court, privileged forum.

Sumário: 1. Introdução: o(s) problema(s) das competências jurisdicionais na Lei nº. 8.429/92. 2. A prerrogativa de foro na Constituição de 1988 e o “dogma” da imunidade meramente criminal. 3. A miríade dos “precedentes” judiciais sobre o tema (e o fenômeno da “jurisprudência banana boat”). 4. A interpretação extensiva da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa: uma questão de lógica. 5. Considerações

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

finais. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: O(S) PROBLEMA(S) DAS COMPE- TÊNCIAS JURISDICIONAIS NA LEI nº. 8.429/92.



Desde 1992, quando foi editada a Lei de Improbidade Administrativa (LIA)¹, grande parte da doutrina debate (e *se debate*) incessantemente acerca dos polêmicos “aspectos processuais” do procedimento especial das ações para apuração de atos de improbidade.

As questões são inúmeras, desde a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa (se ação civil pública, ação popular etc.) e a qual microssistema processual ela se submete (se ao microssistema das ações coletivas ou diretamente ao Código de Processo Civil); passando pelas possíveis explicações sobre o incomum regime de duplo chamamento ao processo (notificação prévia e posterior “citação”) e pelos recursos cabíveis nos casos de recebimento ou rejeição da petição inicial, total ou parcialmente; chegando até, por último, mas não menos importante, ao problema da competência para processar e julgar essas ações, entre outros.

No que tange especificamente à competência, no bojo da LIA, abre-se novamente um leque de questões não respondidas. Essas ações podem tramitar na Justiça Militar, Trabalhista ou Eleitoral? A doutrina tem entendido que o processamento de tais ações na Justiça Especializada é, senão inadmissível², pelo menos extremamente difícil³. A Constituição da República, a despeito de todas as normas de competência apresentadas em seu texto, silencia.

¹ Lei nº. 8.429 de, de 2 de junho de 1992.

² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009. 10.4, p. 631.

³ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 248-249.

E na Justiça Comum Federal, em que hipóteses se pode processar uma ação por ato de improbidade administrativa? Variadas são as interpretações dos artigos 108 (competência dos Tribunais Regionais Federais) e 109 (competência dos juízes federais) da Constituição a esse respeito. Para alguns autores⁴, basta que a pessoa jurídica lesionada esteja entre aquelas descritas no artigo 109, inc. I, da CF; Daniel Amorim Assumpção Neves⁵, por outro lado, aponta que a Justiça Federal só será competente para processar ação de improbidade administrativa se a causa estiver fundada em tratado da União com Estado estrangeiro (art. 109, inc. III, da CF), ou quando um dos entes do art. 109, inc. I, da CF fizer parte do polo ativo da ação, ou, ainda, quando a ação for proposta pelo Ministério Público Federal, repudiando as hipóteses em que o ente federal porventura fizer parte do polo passivo da ação, uma vez que a ação de improbidade administrativa é proposta contra pessoas humanas, e não contra pessoas jurídicas eventualmente lesionadas pelo ato de improbidade.

Em nosso sentir, além da hipótese do art. 109, inc. III, da CF, apenas a manutenção de um ente federal no polo ativo da ação de improbidade justifica a competência da Justiça Federal, sendo relevante ponderar que as controvérsias não param por aí: no magistério de Fredie Didier Jr.⁶, por exemplo, não necessariamente a presença do Ministério Público Federal atrai a competência da Justiça Federal, inexistindo previsão legal ou

⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 7.2, p. 695.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. – 2ª Ed. – São Paulo: Método, 2014. 10.5, p. 158-161.

⁶ “Na prática, há um ‘acordo de cavalheiros’ entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos, cada qual ‘cuidando das causas de sua Justiça’. A partir dessa constatação, chegar à conclusão de que há relação de competência entre as suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. – 14ª Ed. – Salvador: JusPodivm, 2012. p. 185-187.

constitucional neste sentido. Entretanto, a (in)competência das Justiças Especializadas e Comum Federal para o processamento de ações de improbidade administrativa é tema para outro momento, e só foi abordado a fim de exemplificar como, em se tratando da Lei de Improbidade Administrativa, encontrar o juízo competente pode se tornar tarefa tormentosa.

Tarefa ainda mais árdua, como se verá, é conciliar a prerrogativa de foro *ratio personae*, garantia institucional concedida pela Constituição da República a parlamentares (executando-se parcialmente os vereadores) e chefes do Poder Executivo, com o processamento da Lei nº. 8.429/92, uma vez que o ordenamento jurídico-constitucional nada diz quanto às competências específicas para o processamento das ações de improbidade administrativa.

Afinal, haveria ou não foro por prerrogativa de função nas lides debatendo Improbidade Administrativa por agentes políticos? A existência do referido foro diferenciado representaria privilégio odioso ou garantia de estabilidade constitucional?

O silêncio da Constituição deixa diversas autoridades⁷ ao bel prazer do gênio indeciso dos hermeneutas e dos tribunais, por vezes pondo em cheque a proteção que o legislador constituinte quis dar, por exemplo, ao mandato parlamentar. O objetivo deste estudo é, destarte, traçar um panorama das discussões acadêmicas e jurisprudenciais acerca dessa polêmica e, através da defesa intransigente de um posicionamento doutrinário e interpretativo em harmonia com a Constituição Federal 1988, tentar contribuir para o desaparecimento dessa *lacuna interpretativa a ser preenchida*.

Para cumprir o desiderato acima apontado, serão perquiridos temas como o dogma da imunidade meramente crimi-

⁷ Em específico, todas as aquelas que gozam de prerrogativa de foro ora em crimes comuns, ora em crimes de responsabilidade, consoante a Constituição Federal (*e.g.* Presidente da República, Senadores da República, Deputados Federais, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Governadores etc.).

nal, a multiplicidade de posicionamentos jurisprudenciais sobre a questão sob análise e, por fim e antes das notas conclusivas, a possibilidade de aplicação e interpretação extensiva da prerrogativa de foro constitucional nas Ações de Improbidade. Embora não esgotando o tema, almeja-se com o presente trabalho, iluminar o caminho para futuros e aprofundados debates sobre relevante questão para ordem democrática e jurídica brasileira.

2. A PRERROGATIVA DE FORO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O “DOGMA” DA IMUNIDADE MERAMENTE CRIMINAL.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 102, inciso I, alínea “b”, que “*o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*” serão processados e julgados originalmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas infrações penais comuns. No mesmo sentido, o artigo 105, inciso I, alínea “a”, traz o rol de autoridades⁸ que devem ser processadas e julgadas originalmente perante o Superior Tribunal de Justiça, caso tenham cometido crimes comuns.

Ao longo de seu texto, a Constituição introduz outros dispositivos que tratam de prerrogativas funcionais, sobretudo no que se refere aos crimes de responsabilidade; ademais, a CF também outorga às Constituições dos Estados a competência para definir as filigranas processuais atinentes às prerrogativas de função⁹ de Secretários de Estado, Prefeitos, Procuradores de

⁸ Artigo. 105, inciso I, alínea “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”.

⁹ A guisa de exemplo, o artigo 72, inciso I, alínea “a”, da Constituição do Estado do

Justiça etc. A abordagem desses casos, todavia, não é essencial à compreensão do tema ora tratado.

Na clássica lição de José Afonso da Silva¹⁰, o constitucionalista ensina que as prerrogativas “São estabelecidas *menos em favor do congressista que da instituição parlamentar, como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais*”, e, em específico sobre o privilégio de foro, aduz que se trata de: “(...) outra prerrogativa parlamentar *sempre em proteção do mandato*. É caracterizado pelo fato de que os Deputados e Senadores só serão submetidos a julgamento, *em processo penal*, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 53, § 4º)”¹¹.

Ainda sobre o foro especial por prerrogativa de função, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior¹² assim comentam sobre o tema: “*A Constituição Federal consolidou algumas garantias aos parlamentares, que, na verdade, revelam a finalidade do constituinte de preservar a atividade parlamentar de injunções externas, assegurando aos parlamentares a independência nas suas manifestações*”. E, tal como José Afonso da Silva, concluem que “Os Senadores e Deputados Federais possuem ainda prerrogativa de foro em virtude da função, é dizer, somente serão submetidos a julgamento, *por ilícitos penais*, perante o Supremo Tribunal Federal”.

Muitos outros autores, até mesmo mais recentes¹³, en-

Amazonas. “art. 72. Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Prefeitos Municipais, o Procurador-Geral e os Comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 14ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 1997. p. 505-506.

¹¹ Por força da Emenda Constitucional nº. 35/2001, o dispositivo mencionado passou a se localizar no art. 53, § 1º, da CF.

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 249-252.

¹³ Por todos: NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. – 7ª Ed. – São Paulo: Método, 2012. p. 813.

veredam por esse mesmo caminho narrado no parágrafo antecedente, afirmando (i) que as garantias dos agentes políticos, entre elas a prerrogativa de foro, são garantias constitucionais que visam proteger o mandato, e não o mandatário, ou o cargo, e não o seu titular; e (ii) que a prerrogativa de foro conferida pela CF só diz respeito à *responsabilidade criminal* nos ilícitos penais comuns.

Até aí não há nenhum problema: a responsabilização criminal, que poderia levar à perda do mandato, não pode ocorrer senão com a observância do devido processo legal, e, por consequência, assegurado o foro por prerrogativa de função. Isto é, ameaçado o mandato diante de uma denúncia criminal, confere-se à autoridade pública a prerrogativa de ser julgada por um Juízo alegadamente mais qualificado.

Todavia, a Constituição da República, observando-se o art. 15 e o art. 37, § 4º, prevê que os direitos políticos (aí incluída a elegibilidade) não poderão ser suspensos apenas por condenação criminal transitada em julgado (art. 15, inc. III), mas também em virtude de improbidade administrativa (art. 15, inc. V). Nesse caso, assim como na hipótese de responsabilização criminal, há risco de perda do mandato eletivo; no entanto, diferentemente do que ocorre com o julgamento de ações penais, o julgamento de ações de improbidade não pressupõe (em tese) o foro por prerrogativa de função.

Ou seja, há aí um aparente descompasso. Explica-se. A Constituição prevê que um determinado indivíduo possa sofrer a sanção de suspensão dos seus direitos políticos em razão de condenação criminal e por prática de ato de improbidade. Essa é a primeira premissa. A Constituição também prevê que o mandato ou cargo público deva ser protegido, dentre outras formas, pelo foro por prerrogativa de função. Essa é a segunda premissa.

A conclusão, consideradas as duas premissas acima, seria evidentemente de que o foro especial *ratio personae* se da-

ria nas hipóteses de imputação criminal e por improbidade administrativa, igualmente, uma vez que a sua razão de ser (proteção do mandato) está presente em ambas hipóteses. Não é o que ocorre: a Constituição da República, não obstante confira expressamente o foro por prerrogativa aos parlamentares criminalmente imputados, não o faz àqueles titulares de mandatos eletivos acusados de atos de improbidade. Desse modo, mesmo que o mandato esteja ameaçado de igual modo nas duas hipóteses, apenas em uma delas haverá a garantia constitucional do foro por prerrogativa protegido.

Será que isto deve mesmo ser assim?

Em 1992, com a edição da Lei de Improbidade Administrativa, este aparente descompasso entre dispositivos da Constituição da República ganhou corpo – afinal, regulamentava-se finalmente uma hipótese de perda de mandato eletivo que até então era vagamente mencionada pelo texto constitucional. Naquele momento, efetivamente a instituição do mandato eletivo passou a poder ser vulnerada pela ação de improbidade, além da ação penal em si.

Depois de 10 anos de debate, foi editada a Lei nº. 10.628/02, que – confirmando tendência de se considerar a Ação de Improbidade uma das ações cíveis mais próximas do universo criminal-condenatório¹⁴ –, adicionou ao art. 84 do Código de Processo Penal os §§ 1º e 2º. O § 2º assim dizia: “*A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.*”

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, através da

¹⁴ Vide, por exemplo, os seguintes artigos sobre a Ação de Improbidade como direito sancionador e outro sobre o efeito prodrômico na mesma ação: MAIA, Maurílio Casas. Ação de Improbidade como direito sancionador. *Visão Jurídica*, São Paulo, vol. 88, p. 32-39; _____. O efeito prodrômico no processo civil. *Visão Jurídica*, São Paulo, vol. 79, p. 80-83.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2727, acertadamente julgou inconstitucional o dispositivo supramencionado, uma vez que a legislação infraconstitucional não teria o condão de modificar, ainda que ampliando, as competências constitucionalmente definidas, criando hipótese de foro privilegiado não prevista no texto constitucional.

Apesar da boa intenção da Lei n. 10.628/2002 e do acerto do STF em julgá-la inconstitucional naquele ponto, manteve-se a dúvida: onde processar e julgar, com base na LIA, as autoridades com prerrogativa de foro? É constitucionalmente adequado que uma autoridade com foro por prerrogativa de função tenha seus direitos políticos suspensos por condenação do juízo de primeira instância? Em suma, a prerrogativa de foro de determinadas autoridades se limitaria às ações penais?

Abalizada doutrina¹⁵ considera que a competência para processar e julgar as autoridades com foro privilegiado, por ato de improbidade administrativa, sempre será do primeiro grau de jurisdição. Essa corrente se baseia na interpretação literal dos dispositivos constitucionais que preveem a competência originária dos tribunais superiores, considerando-a tão somente em matéria criminal. Gustavo Senna Miranda¹⁶, por exemplo, entende que as tentativas de se aplicar o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade em desfavor de agentes políticos podem *esvaziar* a Lei 8.429/1992, indicando o risco de julgamentos políticos em decorrência da existência do quinto constitucional, o problema do processo de escolha do procurador-geral, a estrutura dos tribunais, o perigo de manobras políticas e o distanciamento dos tribunais dos locais do fato,

¹⁵ Por todos: PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. – 5ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 206.

¹⁶ MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 398-399.

como argumentos contrários à prerrogativa de foro multicidadada.

Nessa interpretação literal é que reside o *dogma* da imunidade meramente criminal às autoridades que possuem prerrogativa de foro em razão da função. Vejamos. A Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea “b”, atribuiu competência aos tribunais superiores para o julgamento de ações penais em crimes comuns de autoridades com foro privilegiado. A interpretação literal (e desde já, portanto, *restritiva de uma garantia constitucional de proteção do mandato*) desse dispositivo permite, sim, compreender que esses mesmos tribunais superiores não tenham competência para processar e julgar, originariamente, ações de improbidade administrativa contra essas autoridades.

Todavia, subsiste o art. 53, § 1º, da CF, que assim diz: “*Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal*”. Não há, portanto, *nenhuma menção à exclusividade da competência originária criminal*. A interpretação mesmo literal do dispositivo *não permite*, por si só, afastar a eventual competência dos tribunais superiores para processar e julgar autoridades com foro privilegiado quando processadas por improbidade administrativa.

Inexiste na Constituição, ora, dispositivo que atribua às cortes a competência para julgar “exclusivamente” casos de responsabilidade criminal dessas autoridades, bem como inexistente norma constitucional que regule a competência para julgamento da ação de improbidade. Há aí uma lacuna.

Essa “lacuna”, entretanto, pode ser vencida a partir da interpretação sistemática da Constituição, pela qual, nos termos do art. 53, § 1º, não haveria qualquer problema em aceitar o foro privilegiado no bojo das ações de improbidade administrativa, sobretudo considerando a proteção constitucional dada ao mandato e o fato de que, tanto na responsabilização criminal (art. 15, inc. III, da CF) quanto na responsabilização por ato de

improbidade (art. 15, inc. V, da CF), o mandato eletivo restaria igualmente ameaçado.

Não faz sentido, daí, que em uma hipótese de suspensão de direitos políticos a autoridade possua foto por prerrogativa e na outra não. É necessário integrar o texto, a partir da já mencionada interpretação sistemática. Ignorar essa possibilidade hermenêutica nos parece insistente manutenção de um dogma frágil de que os tribunais superiores só poderiam julgar as autoridades com foro privilegiado em face de matéria criminal – o que se sustentaria, no máximo, apenas da leitura hermética do artigo 102, inciso I, alínea “b”.

Em remate, o que impende é interpretar adequadamente os dispositivos constitucionais que preveem a proteção do mandato e aqueles que preveem a responsabilização criminal e por improbidade, de modo que nem a proteção da probidade administrativa seja ineficaz e, ainda assim, nem a tutela do mandato não perca seu sentido.

Ao longo dos anos, sobretudo a partir da declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, a experiência jurisprudencial se debruçou sobre o tema, não havendo logrado êxito, entretanto, em firmar posicionamento remansoso. Exatamente por essa razão é que é imprescindível, ao abordar o assunto, falar sobre os “precedentes” com os quais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm (des)orientado juristas que lidam com as ações de improbidade.

3. A MIRÍADE DOS “PRECEDENTES” JUDICIAIS SOBRE O TEMA (E O FENÔMENO DA “JURISPRUDÊNCIA BANANA BOAT”).

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁷, quando a questão começou a chegar aos tribunais superiores, logo o STJ

¹⁷ Op. cit. p. 156.

se posicionou no sentido de não admitir a prerrogativa de foro na ação de improbidade administrativa, aduzindo que o juízo competente para tanto era o juízo de primeiro grau. Nessa esteira, pertinente trazer à baila julgado de relatoria do Ministro Nilson Naves, de 1999¹⁸: “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. (...) 2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp-28.848, DJ de 02.08.93). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva. 3. *Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos 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 1998/0074203-4, Rel. Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 01/12/1999, DJ 15/05/2000, p. 112)

Em 13 de junho de 2007, no entanto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou a Reclamação Constitucional nº. 2.138/DF, e nela reconheceu a existência de prerrogativa de foro para o processamento de ações de improbidade administrativa: no caso de um Ministro de Estado (hipótese de compe-

¹⁸ No mesmo sentido, em período próximo: Rcl. 780/AP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Corte Especial, j. 7/11/2001, DJ 7/10/2002, p. 161.

tência do art. 102, inc. I, “c”, da CF) cuja perda da função pública fora decretada por juiz federal, em ação de improbidade administrativa, a Suprema Corte considerou ter havido usurpação de sua competência. À ocasião, o STF decidiu que os atos de improbidade seriam “*tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo*”.

Importante destacar que, particularmente em relação à equiparação do ato de improbidade administrativa ao crime de responsabilidade, discordamos do julgado em análise do Tribunal Constitucional. Primeiramente, porque a ação de improbidade administrativa tem mais cunho de ação civil sancionatória que de ação criminal, ainda que possa ter consequências bem graves, e isso desde já impede sua equiparação à categoria de crime¹⁹. O que se faz (e se pretende fazer), na realidade, é aplicar analogicamente às ações de improbidade administrativa o regime de foro privilegiado previsto para os crimes comuns.

Ainda, em segundo plano, é de extrema relevância recordar que a Constituição por vezes destina competências diferentes para os crimes comuns e para os crimes de responsabilidade²⁰. Portanto, “equiparar” os atos de improbidade administrativa com os crimes de responsabilidade poderia ocasionar tremendas anomalias jurídicas, como o Senado Federal sendo competente para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra o Presidente da República.

Por evidente, o raciocínio hermenêutico aqui desenvolvido diz respeito à analogia com os crimes comuns, e não com os crimes de responsabilidade, como concluiu o Supremo Tri-

¹⁹ Sobre o tema e fomentando o debate, faz-se interessante consultar o posicionamento de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. Agentes Políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. In: MARINELA, Fernanda. BOLZAN, Fabrício. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, p. 15-53.

²⁰ Por exemplo, a competência para julgar o Presidente da República em crimes comuns é do Supremo Tribunal Federal; a competência para julgá-lo em crimes de responsabilidade, noutro passo, é do Senado Federal.

bunal Federal. Sem embargo, a relevância do julgado se mantém, uma vez que nele foi reconhecida expressamente a prerrogativa de foro estendida às ações de improbidade administrativa.

Em 2 de dezembro de 2009, nos autos da Reclamação Constitucional 2.790/SC, a Corte Especial do STJ curvou-se (provisoriamente) ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (inclusive fazendo remissão à RCL 2.138/DF), adotando o entendimento da existência de aplicação por analogia, à ação de improbidade administrativa, das normas de competência que atribuíam prerrogativa de foro a certas autoridades.

A questão, entretanto, esteve longe de ser pacificada. Ocorre que ainda há decisões de turmas do STF aparentemente no sentido contrário²¹ àquele decidido na RCL 1.138/DF; bem como também há decisões do STJ em sentido virtualmente oposto àquele da RCL 2.790/SC²². A propósito, conveniente colacionar trecho da ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial 1186083/RS, do STJ, de relatoria do Ministro Humberto Martins, que demonstra perfeitamente como *não há a menor* pacificação quanto ao tema: “Administrativo e Processual Civil. Ausência de Violação do Art. 535 Do CPC. Improbidade Administrativa. Conselheiro do Tribunal de Contas. Ação que pode ensejar a perda do Mandato. Foro Privilegiado. Inexistência. (...) 5. Tanto é assim que, mesmo após o julgamento da Pet 3.211 QO/DF, em 13.3.2008, o STF continua mantendo o entendimento de que o foro por prerrogativa de função não se estende a ações amparadas pela lei de improbidade administrativa. Precedentes: AI 678.927 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 2.12.2010, DJe, 1º.2.2011, AI 554.398 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, 19.10.2010, DJ 16.11.2010. 6. *Atualmente, a*

²¹ Por todas: AI 506.323 AgR/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009, DJe 01.07.2009.

²² Por todas: EDcl no AgRg no REsp 1216168/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 24/09/2013, DJe 04/10/2013.

Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Rcl 2.790/SC, deu uma abrangência maior ao precedente do STF e entendeu que, "por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa)" (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4.3.2010.). 7. *A partir desse precedente, o STJ tem firmado posição que restabelece o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, inclusive para autoridades que não integram o Poder Judiciário. Precedentes: AgRg no Ag 1.404.254/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, 27.9.2011, DJe 17.10.2011, EDcl no AgRg no Ag 1.323.633/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, 25.10.2011, DJe 18.11.2011. 8. No entanto, na sessão do dia 16.9.2013, no julgamento do AgRg na Rcl 12.514/MT, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, a Corte Especial modificou o referido entendimento, assentando a orientação no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das ações de improbidade administrativa. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1186083/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, j. 17/9/2013, DJe 6/11/2013).*

A infinidade de decisões judiciais aparentemente díspares vindas do STJ e do STF, sobre esse mesmo tema e em um curto espaço de tempo, é estonteante; até mesmo contrária ao conceito de "jurisprudência" ("reiteradas decisões judiciais, em um mesmo sentido, sobre um mesmo tema..."). A verdadeira miríade de arestos divergentes faz lembrar o que Ticiano Alves e Silva convencionou chamar de "jurisprudência *banana bo-*

*at*²³, em alusão a uma declaração do Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Agravo no Recurso Especial nº. 383.736. Conta o processualista da Bahia que o Ministro teria dito: “Nas praias de turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. *O jogo só termina quando todos os passageiros estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.*”

Como se vê, a jurisprudência dos tribunais superiores está deveras distante de encontrar consenso em relação ao tema da extensão da prerrogativa de foro aos casos de improbidade administrativa, razão pela qual o debate é necessário.

4. A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA PRERROGATIVA DE FORO ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA QUESTÃO DE LÓGICA.

Além dos argumentos técnico-jurídicos empregados para defender a tese de que a interpretação do artigo 102, inciso I, alínea “b” deva se estender às ações de improbidade administrativa, há muito que considerável doutrina²⁴ apela para a *pura e simples* lógica: “Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências. Deveras, a Lei nº 8.429/92, incrustada no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser enten-

²³ ALVES E SILVA, Ticiano. *Jurisprudência banana boat*. Revista de Processo – RePro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 37, nº. 209, julho/2012. p. 289-291.

²⁴ WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 35n. 138abr./jun. 1998.

dida como seguindo as regras constitucionais de competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade prevista na mencionada lei, contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição que, por sua vez, seria competente para impor-lhe a sanção de perda do cargo. *O absurdo é tão palmar que nem mereceria outras considerações.*”

De fato, não só a interpretação da Lei nº. 8.429/92 deve ser feita de acordo com as normas de competência hierárquica instituídas pela Constituição Federal de 1988, mas, sobretudo, em consonância com a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Diz-se isso porque o mero argumento de respeito à hierarquia inculpada na Constituição pode gerar certas defasagens: ora, um desembargador processado por improbidade administrativa deveria ter foro privilegiado, uma vez que não pode ser julgado por um juiz de direito, que está, por natureza, em grau jurisdicional inferior ao seu. Todavia, este argumento de hierarquia não impediria o Governador do Estado de ser julgado por esse mesmo juiz de direito.

Há aí, claramente, uma anomalia gerada por uma falha interpretativa. Como visto, o fundamento do foro privilegiado é a proteção do mandato (ou do cargo, da função etc.), e não a proteção do “regime de hierarquia” contido na CF; tal não fosse, situações temerárias à isonomia seriam corriqueiras, como a narrada acima. Afinal, é possível dizer que um Desembargador é “mais autoridade” que um Senador da República, e por isso possui foro privilegiado “alargado”, enquanto o segundo não? Não seria razoável a resposta afirmativa.

Parece-nos lógico que todas as vias interpretativas da Constituição acerca desse tema desemboquem num mesmo resultado: a ampliação da prerrogativa de foro face às ações de improbidade administrativa. Essa obviedade (que desde já precisa ser desvelada, lembrando o magistério de Lenio Streck)

advém do fato de que o foro privilegiado é uma garantia constitucional criada para proteger o *mandato* (entre outras funções de igual importância), e, diante dos casos concretos, essa garantia só pode ser ampliada, não diminuída. Descabida, portanto, a interpretação restritiva dessa garantia constitucional protetora.

É o caso das ações de improbidade administrativa. Caso se rejeite o foro privilegiado, diminui-se uma prerrogativa instituída pela CF e que dela se pode extrair até mesmo com facilidade; do contrário, caso se aceite que o privilégio de foro se estende às ações de improbidade administrativa, atende-se ao *múnus* constitucional de proteção do mandato, sem que com isso surja qualquer prejuízo.

Por fim, afronta o bom senso a ideia de que uma ameaça à garantia institucional e constitucional (o risco de perda de mandato e do cargo) possa ser afastada somente por força de uma interpretação literal e restritiva do artigo 102, inciso I, alínea “b”, sem que se considere o arcabouço principiológico e garantista da Carta Política de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Conquanto de natureza *eminente* cível, a ação de improbidade administrativa em muito se assemelha à ação penal. Nela, o Estado também busca reprimir punitivamente uma conduta socialmente reprovável; não se trata do crime, contudo, mas da deliberada má gestão da coisa pública com relevante repercussão social, seja através do enriquecimento ilícito, dano ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública.

No processo penal, o voraz exercício do *jus puniendi* estatal precisa ser contido em respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito no qual hoje se vive, e nesse contexto é que surgem as diversas garantias existentes em favor do réu: *in*

dubio pro reo, proibição do desarquivamento do inquérito policial sem provas novas, a vedação à autoincriminação etc. Não se defende aqui a aplicação de todo o arcabouço de garantias processuais penais aos réus em ações de improbidade administrativa, mas não há dúvidas de que nesses casos *também o voraz exercício do jus puniendi estatal precisa ser refreado*. Nesse contexto da ação de improbidade enquanto direito sancionador, faz-se imprescindível garantir ao demandado todo núcleo central de um modelo constitucional de processo civil.

E como é possível fazê-lo? Respeitando, pura e simplesmente, as garantias institucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988, sem que seja necessário dar nenhum “salto” hermenêutico ousado para além da boa e velha analogia. As eventuais lacunas textuais da CF, como a não previsão de foro privilegiado para autoridades denunciadas por ato de improbidade administrativa, não constituem falhas do texto constitucional; antes, são oportunidades para que o intérprete crie (afinal, o hermenauta cria a norma a partir do texto) normas jurídicas em harmonia com o rol de direitos e garantias insculpidas na Lei Maior.

É irônico, para dizer o mínimo, que um agente político seja bem protegido contra as “aventuras” do processo penal por meio de seu foro por prerrogativa de função junto aos Tribunais, mas que perca a sua função pública por força da decisão de um juiz de direito em Ação de Improbidade. De que adiantou, então, a prerrogativa? A solução ideal, defendida por respeitosa doutrina e à qual, provavelmente, os tribunais chegarão em breve, é prorrogar o foro privilegiado do art. 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição às ações de improbidade administrativa; igualmente, é seguro afirmar que não é ideal (para não dizer que seja ilógico) permitir que o cargo público, *o qual a Constituição tentou proteger*, fique tão vulnerável – isso porque para governar, legislar e julgar é preciso, antes de tudo, ter garantias de independência em prol da legítima democracia.

Com a crescente onda de escândalos políticos ocorridos no Brasil nos últimos anos, a sanha de punir através da Lei nº. 8.429/92 cresceu demasiadamente, e o fenômeno obviamente não é estranho ou incompreensível. Há até mesmo doutrina²⁵ que defende que não existir foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa porque os tribunais superiores costumam “falhar” no julgamento de ações de sua competência originária. Veja-se bem: defende-se fixar uma competência (seríssima, por sinal) ao arrepio de garantias constitucionais, sob a (falsa) premissa de que um juiz (o de primeiro grau) seria mais eficiente que outro (o tribunal). Aliás, ponha-se de outra forma: defende-se aí fixar uma competência a partir da ideia de que os tribunais superiores sejam incapazes de julgamentos isentos. Evidentemente que não é esse o caminho.

Por mais que se deseje punir “mais e melhor” o agente público ímprobo, não se pode vilipendiar a norma constitucional com interpretações mais motivadas pela ira sancionatória do que pelo Direito. Nessa esteira, e tomando por diretriz principal sempre a exegese teleológica da Constituição, pouca alternativa há ao problema senão a extensão das prerrogativas de foro privilegiado para as autoridades acusadas em ações de improbidade administrativa. Aliás, é preciso recordar que não se trata, *in casu*, de mera ação civil sancionatória, mas sim de uma ação com eventual repercussão no equilíbrio político da democracia e seus entes federativos.



6. BIBLIOGRAFIA.

ALVES E SILVA, Ticiano. *Jurisprudência banana boat*. Revista de Processo – RePro. São Paulo: Editora Revista dos

²⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 730.

- Tribunais, ano 37, nº. 209, julho/2012.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BIACHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. Agentes Políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa. In: MARINELA, Fernanda. BOLZAN, Fabrício. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, p. 15-53.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. – 14ª Ed. – Salvador: JusPodivm, 2012
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAIA, Maurilio Casas. Ação de Improbidade como direito sancionador. *Visão Jurídica*, São Paulo, vol. 88, p. 32-39.
- _____. O efeito prodrômico no processo civil. *Visão Jurídica*, São Paulo, vol. 79, p. 80-83.
- MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. – 2ª Ed. – São Paulo: Método, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. – 7ª Ed. – São Paulo: Método, 2012.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*

e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. – 5ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. – 14ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 1997.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 35n. 138abr./jun. 1998.