

O foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa - reflexão sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Áurea Maria Brasil Santos Perez*

A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é, sem dúvida alguma, um marco importantíssimo na luta contra a corrupção e o mau uso do dinheiro público. Muito embora nosso País tenha mais de cinco séculos, a Lei de Improbidade Administrativa foi a primeira legislação anticorrupção a ter efetividade em nossa história, uma vez que, até então, existiam legislações esparsas, que nunca apresentaram resultado eficaz.

Há um visível movimento, em nossa sociedade, buscando a moralização dos serviços públicos, assim como a responsabilização daqueles que se utilizam da coisa pública para obter vantagem indevida.

Nesse contexto, inegável a importância da lei de improbidade, que, nos termos da exposição de motivos do projeto que a originou, se destina a dar execução ao disposto no art. 37, § 4º, da Constituição, onde se estabelece 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.

Nos vinte anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, inúmeros questionamentos têm sido suscitados, mas aquele que se refere ao *foro especial por prerrogativa de função*, ou *foro privilegiado* é dos mais polêmicos, e sobre o qual tem havido significativa oscilação jurisprudencial de nossos Tribunais Superiores.

Completo a lei de improbidade seus vinte anos de vigência, sob uma névoa que agora embaça o posicionamento que havia sido firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, em 15.09.2005, em que, por maioria de votos de seu órgão pleno, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24.12.2002.

A Lei 10.628 alterava o art. 84 do Código de Processo Penal (acrescentando os §§ 1º e 2º), estendendo o foro privilegiado, na seara penal, para os “ex-agentes públicos” (§ 1º - após a cessação do exercício da função), e dispondo, ainda, em seu § 2º:

a ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429/92, 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.

Estabeleceu, portanto, em seu §2º, o foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa, estendendo a estas ações a disciplina estatuída na Constituição para os julgamentos criminais dos agentes públicos, assim como também dos os ex-agentes públicos.

Naquela oportunidade, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a lei de 2002 *constituía evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394*, de 1964, daquela Corte, a qual mantinha a competência especial por prerrogativa de função para o crime cometido durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício (cancelamento que se deu em 25.08.1997, por decisão tomada no Inq 687-QO, de relatoria do em. Ministro Sydney Sanches). Declarou, ainda, que se tratava de *inadmissível pretensão de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária, em usurpação da competência do Supremo Tribunal* para interpretar a Constituição.

Quanto à extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal dos agentes públicos às ações de improbidade administrativa, a Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade, uma vez tratar-se de “declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição”.

Consignou, ainda, o julgamento:

Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

* Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

E também pontuou:

De outro lado, *pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, §4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. (Destques meus.)*

Registro que, antes mesmo do julgamento do Pretório Excelso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por seu Órgão Especial, em 26.11.2003, declarou *por unanimidade, incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/2002 (que alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, transferindo a competência originária do Juízo de 1ª Instância para os Tribunais de Justiça Estaduais, para julgar atos de improbidade administrativa atribuídos aos agentes políticos, alterando indevidamente a competência prevista no art. 125, § 1º, da CF, c/c o artigo 106, I, da Constituição Estadual de Minas Gerais - Arguição de Inconstitucionalidade 1.0000.03.401472-0/000) - e vem julgando até então, sem qualquer dissidência jurisprudencial, pela inexistência de foro privilegiado para as ações civis públicas.

A jurisprudência da Corte Especial do STJ era predominante no sentido de negar a existência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, tendo por *leading case* a Reclamação 591, de relatoria do Min. Nilson Naves (*DJ* de 15.05.2000) - na qual, de forma apertada, concluiu-se o julgamento com apenas um voto de desempate.

Com o advento da Lei 10.628/2002, a Corte Especial do STJ alterou seu posicionamento, aplicando as suas disposições (Pet 2588, Min. Franciulli Neto, *DJ* de 09.10.2006; Pet 2639, Min. Luiz Fux, *DJ* de 25.09.2006, AgRg na Pet 2589, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 14.06.2004; RCI 1717, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 09.05.2005).

No entanto, ante o julgamento da ADI nº 2.797/DF, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.628 pelo STF, o STJ retornou à jurisprudência anterior, afastando o foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade.

Não obstante, em posicionamento adotado a partir de 2009, *de forma unânime, por sua Corte Especial*, o Superior Tribunal de Justiça novamente alterou seu entendimento, agora *reconhecendo o foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa, nas hipóteses em que o réu possui, em decorrência do cargo que ocupa, a mesma prerrogativa nas ações penais.*

Tal mudança de entendimento do STJ se alicerçou em julgado proferido pelo STF, por seu Órgão Pleno, na Questão de Ordem na Petição 3.211-0-DF, em 13.03.2008. Neste julgamento, a Corte Suprema, reabrindo a discussão sobre a matéria, posicionou-se por ampla maioria - com a divergência apenas do Min. Marco Aurélio - que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros".

Alinhando-se ao entendimento majoritário neste julgamento, o Min. Cezar Peluso pontuou:

Se, pela Constituição, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser processado, nas infrações penais comuns, por esta Corte e, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, não é concebível que ação por ilícito de menor gravidade, entre cujas sanções está a mesma perda do cargo, possa ser atribuída à competência de outros órgãos.

Insisto em que, se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo.

Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República.

Aderindo a esse posicionamento do STF, a Corte Especial do STJ vem julgando, agora de forma pacífica, que "o foro privilegiado também deve ser aplicado às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato" (cf., nesse sentido: Reclamação 2115, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *j.* em 18.11.2009; Reclamação 2.790, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 18.11.2009).

04.03.2010; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 12.05.2010; Reclamação 4.927/DF, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 29.06.2011).

Colhe-se, dos fundamentos exarados nesses novos julgamentos, que, não obstante a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, “a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional”. “Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos”. Assim, “por imposição lógica de coerência interpretativa”, estende-se a prerrogativa de foro em ação penal assegurada aos agentes públicos à ação de improbidade (Ministro Teori Albino Zavascki - AgRg no Aln 1.404.254-RJ).

Deve ser ressaltado que o Supremo Tribunal Federal, diversamente da linha agora trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, e sem embargo do julgamento que proferiu em 2008 (QO na Pet 3.211-0-DF), vem se posicionando, por sua 1ª e 2ª Turmas, de forma unânime, no sentido da inexistência de foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa movidas contra agentes públicos. Nesse sentido: AgReg em AI 556.727, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 20.03.2012; AgReg em AI 678927, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.12.2010; AgReg em AI 506362, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.06.2009. E, ainda, em inúmeras e recentes decisões monocráticas (RE 664.350, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27.06.2012; RE 598.778, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21.08.2012; ARE 700.359, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 06.08.2012; RE 608.885, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 06.06.2012; AI 745.964, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 10.05.2012; RE 581.559, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.03.2012; Pet 4.932, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 10.02.2012; RE 657.233, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24.10.2011; RE 635.302, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 24.03.2011; Pet 3.439, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 18.01.2010; dentre várias outras).

No entanto, merece registro decisão proferida pelo Min. Luiz Fux, em 22.03.2012, no Mandado de Segurança 31234, impetrado pelo Min. Guido Mantega, no qual foi deferida medida liminar determinando “que a representação sobre a suposta improbidade praticada pelo impetrante seja examinada pelo Procurador-Geral da República”, suspendendo o ato que determinara o seu exame pela Procuradoria da República no Distrito Federal, já que a competência seria da Justiça Federal de primeiro grau.

Nesse julgamento, o Min. Fux destacou “o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro”, afirmando, na esteira da nova jurisprudência do STJ, que “não seria coerente com a unidade normativa do texto constitucional [...] que Ministro de Estado respondesse como réu em ação de improbidade em trâmite no primeiro grau de jurisdição, à medida que o referido feito também pode acarretar a perda da função pública”.

Vê-se que a questão do foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa tem apresentado oscilação na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal - ainda que em reduzidíssimo número de julgamentos (um, proferido pelo Órgão Pleno envolvendo membro da Corte, e o outro, prolatado em caráter liminar por um de seus ministros), frente à maioria quase absoluta de julgados que se posiciona pela inexistência do privilégio de foro para essas ações (o que inclusive vem sendo reconhecido posteriormente, como já destacado, em julgamentos monocráticos de recursos extraordinários - inclusive proferidos pelo Min. Luiz Fux - e julgamentos unânimes da 1ª e 2ª Turmas).

É certo que a Corte Suprema, que teve sua composição significativamente alterada desde o julgamento, em 2005, da ADI 2797-2, em breve voltará a discutir a matéria, por seu Órgão Pleno.

Em que pese o respeito aos fundamentos tecidos para alicerçar a nova tese unanimemente encampada pelo Superior Tribunal de Justiça, criteriosamente desenhados nos votos proferidos pelo eminente Min. Teori Zavascki, o posicionamento em sentido contrário, que até então prevalece no Supremo Tribunal Federal, assenta-se em consistentes argumentos, sempre considerados pela Corte Suprema, cuja jurisprudência constantemente estabelece nítida distinção entre a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, ar. 37, §4º), e a ação penal contra os agentes públicos.

Conforme é assente na hermenêutica jurídica, *as disposições excepcionais não comportam interpretação ampliativa*.

É inquestionável que os privilégios de foro representam uma exceção ao princípio constitucional da isonomia, ou da igualdade de todos perante a lei, assim como ao princípio do juiz natural.

O princípio da igualdade trata de *princípio constitucional fundamental*, que, conforme a teoria jurídica moderna - notadamente na seara do direito constitucional -, constitui fonte primária do Direito, ao qual deve o intérprete recorrer antes de qualquer outra, e ao qual deve a norma específica subordinar-se. *A norma contrária a um princípio constitucional fundamental não tem validade jurídica.*

Pois bem. Sendo, o privilégio de foro uma exceção ao princípio fundamental da igualdade, e inclusive à própria natureza republicana do regime político adotado em nosso País, *afigura-se inconcebível admitir-se a existência de foro privilegiado em razão da função pública, sem a devida e expressa indicação na Constituição da República.*

No atual regime constitucional brasileiro, na mesma linha adotada por todas as nossas Constituições republicanas, o sistema é de reserva exclusivamente constitucional para a criação de privilégios de foro.

Em seus *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969*, já pontuava Pontes de Miranda: "Não haverá outros foros privilegiados que os instituídos pela própria Constituição" (RT: São Paulo, 1971, t.V, p. 239).

Assim, da mesma forma como não pode a lei ordinária - como bem consignou o Supremo Tribunal Federal em seu julgamento de 2005 - estender a competência especial por prerrogativa de função estabelecida na Constituição para o processo penal às ações de improbidade, não pode o Poder Judiciário fazê-lo, dando interpretação ampliativa a regra de exceção ao princípio constitucional fundamental da isonomia, em manifesta desmoralização à igualdade cidadã.

É sempre bom lembrar que a própria Constituição, em seu art. 37, § 4º, distinguiu e separou a ação condenatória por atos de improbidade administrativa que menciona da ação penal cabível - não havendo como se estender o foro privilegiado, constitucionalmente previsto apenas para a ação penal, às ações de improbidade.

Como já advertiu o eminente Professor Fábio Konder Comparato,

em nenhum país do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou, mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda - o que seria inominável abuso -, ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava (Competência do Juízo de 1º grau. Em: *Improbidade administrativa*. 10 anos da Lei n. 8.429/92. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 124).

Trata-se de questões e conceitos que, por sua própria natureza, devem ser permanentes, não podendo ficar ao alvedrio de elementos circunstanciais.

A par de toda essa digressão jurídico-hermenêutica, é preciso ainda salientar que os tribunais pátrios não dispõem de estrutura para processar e julgar as inúmeras ações civis por ato de improbidade que neles aportariam, caso venha a prevalecer a tese do foro privilegiado para estas demandas.

Salta aos olhos que tal disciplina inviabilizaria de forma absoluta a máquina judiciária existente, hoje já lamentavelmente emperrada pela sobrecarga invencível de processos. Os tribunais são formados para julgar recursos, e não para conduzir instruções, atividade própria dos juízes de primeiro grau.

Constituiria, à evidência, um retrocesso à efetividade da Lei 8.429, que, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, até março deste ano, resultou em 4.893 condenações nos Tribunais de Justiça estaduais e 627 nos Tribunais Regionais Federais.

O cenário que se poderia vislumbrar é o da manifesta impunidade pelos atos de improbidade administrativa dos agentes públicos, pelo menos daqueles que se postam nos mais elevados escalões das diversas esferas de poder, que já se encontram relacionados na inchada lista daqueles que, segundo a Constituição da República, detêm o privilégio de foro para as ações penais.

A realidade que já nos apresenta impõe uma séria reflexão quanto à necessidade de limitação dos cargos e funções que devem merecer a prerrogativa de foro, que, em nosso País, lamentavelmente vem sendo alargada ao longo de nossa história constitucional.

Não é possível conceber que, neste momento de nossa história, quando ainda é sensível a necessidade de melhora dos mecanismos de combate à improbidade na gestão pública, venha agora a se emprestar tratamento ampliativo a norma constitucional de natureza excepcional, inviabilizando-se o julgamento das ações civis por ato de improbidade.