

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AGENTES POLÍTICOS E FORO PRIVILEGIADO

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR¹

1. Três temas despertam atenção no atual debate da repressão da improbidade administrativa: a inconstitucionalidade de previsão em lei ordinária de foro privilegiado para o processamento e julgamento de agentes políticos por ato de improbidade, a inconsistência de entendimento acerca da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 a agentes políticos e, por último, a necessidade da imposição de uma interpretação restrita da Lei n. 10.628/02.

2. A respeito da inexistência de privilégio de foro, acentua-se que a postura declinada perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação 2.138-6-DF) diverge frontalmente do entendimento pretoriano e doutrinário constantes da respeitável decisão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental em Reclamação 1.110-DF, DJU 07.12.1999, p. 58).

E não bastasse, o próprio Supremo Tribunal Federal, outrora e recentemente, julgou inconstitucional lei estadual (Lei Complementar Paulista n. 734/93, art. 224, parágrafo único, *in fine*) que estendia o foro por prerrogativa de função a membros do Ministério Público aposentados, se o fato ocorreu no exercício da função, e afastados da carreira, assinalando o venerando acórdão que “tendo a Constituição atribuído competência expressa aos Tribunais de Justiça para julgar os Juízes e os membros do Ministério Público do Estado (art. 96, III) e reservado à Constituição estadual a definição da competência das referidas Cortes (art. 125, § 1º), não deixou espaço ao legislador ordinário para legislar sobre o assunto, ainda que mediante iniciativa do Tribunal, que, no caso, nem sequer se verificou”².

1 Mestre e Doutor em Direito do Estado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 4º Promotor de Justiça da Cidadania da Capital (SP), Professor de Direito Administrativo (Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília e na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo) e autor dos livros *Probidade Administrativa*, Editora Saraiva, e *O Controle da Administração Pública pelo Ministério Público* (Editora Juarez de Oliveira).

2 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.084-6-SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, v.u.. 02-08-2001, DJU 14.09.2001.

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto da Lei 6.905/02, cuja proposta de alteração do art. 84 Código de Processo Penal, mais precisamente no parágrafo único acrescido, ressuscita a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal³, que havia sido cancelada pela própria Suprema Corte. Também, o ilustre relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, Deputado Federal André Benassi, apresentou substitutivo ao projeto de lei, acrescentando um § 2º, para estender o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa. O substitutivo foi aprovado, tendo a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Esse projeto de lei foi aprovado e, em consequência, sancionada a Lei n. 10.628/02, objeto de análise na terceira parte deste estudo. A linha de entendimento aí esposada é idêntica a sufragada pela respeitável decisão monocrática da lavra do eminente Ministro Nelson Jobim na reclamação acima referida.

Embora ponderáveis os argumentos expendidos, a interpretação dedicada à Constituição Federal para justificar a reclamação não merece amparo conforme demonstram doutrina e jurisprudência.

Com efeito, a doutrina resume a questão da seguinte maneira:

“71. *Competência jurisdicional.* A competência jurisdicional é a do local do dano (art. 2º da Lei Federal nº 7.347/85), prevenindo todas as outras posteriormente intentadas com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (art. 7º da Medida Provisória 1.984-17/00, que acrescentou o § 5º ao art. 17 da Lei Federal nº 8.429/92 neste sentido). Igualmente ao que ocorre com a ação popular, conforme explica a doutrina e a jurisprudência, não existe foro por prerrogativa de função para deslocamento da competência, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, muito embora haja quem defenda em sentido contrário.

³ “Praticado o ato no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.”

Pela mesma razão, a regra do art. 29, inciso X, da Constituição Federal, amiúde argüida para justificá-lo não procede, pois está restrito ao julgamento de processos criminais. Fábio Medina OSÓRIO assim manifesta e, com razão, porque se tratando de exceção à regra constitucional do juiz natural, não vinga a extensão dada ao art. 29, inc. X, da Constituição Federal, pois toda e qualquer exceção deve ser interpretada restritivamente. Carlos MAXIMILIANO sublinha que as normas que estabelecem foro especial são exceções, influenciadas pela parêmia *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis* e nessa conformidade é a jurisprudência. Entretanto, em se tratando de agentes públicos federais ou de lesão à interesse da União, de autarquias e empresas públicas federais, sobre a norma reguladora da competência no plano infraconstitucional incide a regra do art. 109, inc. I, da Constituição Federal”⁴.

Este entendimento é ainda vigente.

Esta lição amolda-se a iterativa compreensão dedicada pelo Supremo Tribunal Federal, assim expressa:

“O fato de a ação popular envolver o Presidente da República não atrai a competência do Supremo Tribunal Federal. É que no rol do artigo 102 da Constituição Federal não tem enquadramento a espécie. Daí os reiterados pronunciamentos desta Corte no sentido da respectiva incompetência: agravo regimental em petição nº 194, relatado perante o Pleno pelo Ministro Moreira Alves, cujo acórdão, prolatado à unanimidade, foi publicado no Diário da Justiça de 20 de março de 1987 e agravo regimental em petição nº 96, relatado pelo Ministro Firmino Paz em sessão plenária, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 21 de maio de 1982”⁵.

Inclusive, com referência a ação civil pública, a excelsa Suprema Corte já havia assentado que:

“a competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade”⁶

4 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, pp. 318-321, n. 71.

5 Supremo Tribunal Federal, Petição 1.073-6-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, 11.10.1995, *Diário de Justiça da União*, de 24.11.1995.

6 Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Agravo Regimental em Petição 693-4-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, 12.08.1993, DJU 01.03.1996, p. 5.013; com diversos precedentes (*Habeas Corpus* 68.967-1-PR, Revista dos Tribunais nº 704, pp. 421-432. Agravo Regimental em Petição

Alinhado com esses e outros precedentes⁷, o Supremo Tribunal Federal determinou o arquivamento de inquérito policial contra Deputado Federal por prática de improbidade administrativa no exercício do cargo de Prefeito Municipal, tendo explicitado a promoção acolhia da Procuradoria Geral da República que:

“competente para propor a ação de improbidade administrativa é o Representante do Ministério Público Estadual, com atribuição específica, ou a Prefeitura de Acaraú (art. 17 da Lei nº 8.429). Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de Deputado Federal”⁸.

Ponto culminante do reconhecimento da inexistência de foro por prerrogativa de função foi, além dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, afinado com iterativa jurisprudência dos tribunais estaduais⁹, comprimindo a exceção *ratione numeris* no processo penal.

Assim pontificou o Superior Tribunal de Justiça:

“Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nº 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.

240, Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, 10.02.1988, v.u., DJU 25.03.1988, p. 6.370; Petição 194-0-SP, Relator Ministro Moreira Alves, 18.02.1987, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 121, pp. 17-18).

⁷ *Habeas Corpus* 68.967-1-PR, Revista dos Tribunais nº 704, pp. 421-432; Agravo Regimental em Petição 240, Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, 10.02.1988, v.u., DJU 25.03.1988, p. 6370; Petição 194-0-SP, Relator Ministro Moreira Alves, 18.02.1987, *Revista Trimestral de Jurisprudência nº 121*, pp. 17-18.

⁸ Inquérito 1.202-5-CE, Relator Ministro Carlos Velloso, 21.02.1997, DJU 04.03.1997, p. 4800-4.801.

⁹ No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *vide*: Mandado de Segurança 234.243-1/4, Guarujá, 3ª Câmara Civil, Relator Desembargador Alfredo Migliore, 07.03.1995, v.u.; Apelação Cível 219.809-1, Lucélia, 2ª Câmara Civil, Relator Desembargador Vasconcellos Pereira, 28.03.1995, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, nº 170/20; Agravo de Instrumento 11.064-5/5, Leme, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Soares Lima, 08.08.1996, v.u.; Agravo de Instrumento 14.237-5/7, Guarujá, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Toledo Silva, 25.09.1996, v.u.; Apelação Cível 278.064-1/9, São Paulo, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Corrêa Viana, m.v., 27.05.1997; Apelação Cível 102.626.5/9, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Aldemar Silva, v.u., 16.03.2000; Agravo de Instrumento 132.528.5/6, São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sérgio Pitombo, m.v., 28.02.2000; Apelação Cível 114.999-5/2, Garça, 3ª Câmara de Direito Público, 30.05.2000, Rel. Des. RUI Stoco, v.u., RT 781:218.

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 aos TJ 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 reclamação¹⁰.

A matéria não pode ser regulada por lei. É da sistemática constitucional que as normas instituidoras de foro por prerrogativa de função devem ter respaldo constitucional, isto é, devem estar contidas na própria Constituição Federal.

Tampouco podem resultar de interpretação judiciária. Em se tratando de privilégio, prevalece a premissa de exegese restritiva, pois só pode resultar de norma constitucional explícita e expressa.

Deste exato teor é respeitável decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja lucidez e excelência de fundamentos impõe a transcrição:

“EMENTA: SENADOR DA REPÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA PROCESSUAL A SER EVENTUALMENTE ADOTADA CONTRA EMPRESAS QUE ESTIVERAM SUJEITAS AO PODER DE CONTROLE E GESTÃO DO PARLAMENTAR, ATÉ A SUA INVESTIDURA NO MANDADO 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.

10 STJ, Recl. 591-SP, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves, m.v., 01.12.1999.

DECISÃO: O ora reclamante, que é Senador da República, sustenta que a resolução do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, consubstanciada na Portaria nº 4/99 (fls. 15/17) — de que resultou a instauração de inquérito civil destinado a ministrar, ao *Parquet*, subsídios que o habilitem a promover, perante magistrado federal de primeira instância, a pertinente ação civil pública — caracterizaria ato de usurpação da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, por efeito de expressa determinação constitucional (CF, art. 102, I, b), processar e julgar, nas infrações penais comuns, membros do Congresso Nacional.

(...)

Com efeito, não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que 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 Carta Política, consoante adverte a doutrina (Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 — RTJ 44/563 — RTJ 50/72 — RTJ 53/776):

“A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

.....
O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade de rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõe de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.”

(Pet 1.738-MG (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que não possui competência originária para processar e julgar determinadas causas — tais como ações populares (RTJ 121/16, Rel. Min. Moreira Alves — RTJ 141/344, Rel. Min. Celso de Mello — Pet 352-DF, Rel. Min. Sydney Sanches — Pet 431-SP, Rel. Min. Néri da Silveira — Pet 487-DF, Rel. Min. Marco Aurélio — Pet 1.641-DF, Rel. Min. Celso de Mello), ações civis públicas (RTJ 159/28, Rel. Min. Ilmar Galvão — Pet 240-DF, Rel. min. Néri da Silveira) ou ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares (RTJ 94/471, Rel. Min. Djaci Falcão — Pet 240-DF, Rel. Min. Néri

da Silveira) — não obstante promovidas contra o Presidente da República, ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou, ainda, contra qualquer dos agentes políticos ou autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante esta Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitos à jurisdição imediata desta Tribunal.

Essa orientação jurisprudencial reflete-se na opinião de autorizados doutrinadores (Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, p. 180, item n. 7.8, 6ª ed., 1999, Atlas; Rodolfo de Camargo Mancuso, “Ação Popular”, p. 129/130, 1994, RT; Hely Lopes Meirelles, “Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’”, p. 122, 19ª ed., atualizada por Arnaldo WALD, 1998, Malheiros; Hugo Nigro Mazzilli, “O Inquérito Civil”, p. 83-84, 1999, Saraiva; Marcelo Figueiredo, “*Probidade Administrativa*”, p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros, v.g.), cujo magistério também assinala não se incluir, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o poder de processar e julgar causas de natureza civil não referidas no texto da Constituição, ainda que promovidas contra agentes estatais a quem se outorgou, *ratione muneris*, prerrogativa de foro em sede de persecução penal, ou ajuizadas contra autoridades públicas, que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal.

A *ratio* subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro Adalício Nogueira (RTJ 39/56-59, 57).

Na verdade, inexistindo — como ocorre no presente caso — qualquer indicação de ato suscetível de definir, para os fins a que se refere a Constituição, e dentro dos limites por esta taxativamente previstos, a competência originária da Suprema Corte, torna-se inviável pretender que se instaure, perante o Supremo Tribunal Federal, inquérito civil destinado a aparelhar futuro ajuizamento de ação civil pública, ainda quando referente a membros do Congresso Nacional ou, até mesmo, ao próprio Presidente da República (RTJ 94/471, Rel. Min. Djaci Falcão — Pet 240-DF (AgRg), Rel. Min. Néri da Silveira, v.g.).

(...)

Vê-se, portanto, que o procedimento administrativo instaurado pelos Procuradores da República em São Paulo, além de não se referir à pessoa do ora reclamante — mas, sim, à necessidade ético-jurídica de apurar o dano ao patrimônio público federal, decorrente de “vultosos repasses de verbas, possivelmente oriundas do TRT, patrocinadas pela INCAL e sua subsidiária IKAL, ao Grupo OK, este participante da licitação que deu origem à contratação da primeira empresa” (fls. 16) — acha-se instrumentalmente vinculado ao ulterior ajuizamento, contra as empresas supostamente envolvidas

nos atos lesivos aos interesses patrimoniais da União, da pertinente ação civil pública.

Mesmo, porém, que a ação civil pública em questão devesse ser ajuizada contra o ora reclamante — o que se alega por mero favor dialético —, ainda assim não vislumbriaria, no caso presente, a alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, eis que — insista-se — não se inclui na esfera de atribuições constitucionais da Suprema Corte o poder de processar e julgar, originariamente, a ação civil pública (é o caso destes autos) que venha a ser ajuizada contra determinados agentes políticos, sujeitos, em sede penal ou em sede de mandado de segurança, à jurisdição imediata deste Tribunal.

Como pude precedentemente enfatizar, esse entendimento, desde o regime constitucional anterior, tem sido proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorreu, por exemplo, quando do julgamento plenário da Pet nº 240-DF (AgRg), Rel. Min. Néri da Silveira (DJU de 25.3.88), cujo acórdão — no ponto que interessa à presente causa — está assim ementado:

“Supremo Tribunal Federal. Competência originária (...). De acordo com o art. 119, I, letra ‘i’, da Constituição Federal, compete, ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, dentre outras autoridades ou órgãos. No âmbito desse dispositivo, quanto ao mandado de segurança, não se compreende, desde logo, competência originária do STF, para processar e julgar, contra as mencionadas autoridades ou órgãos nele referidos, outras medidas, de natureza cível, não previstas, expressamente, na Constituição, como ação popular, ação cautelar preparatória de ação ordinária, ação declaratória, ação civil pública (...).” (grifei)

Cabe lembrar, ainda, o julgamento efetuado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual esta Corte, agora sob a égide da vigente Constituição, enfatizou não lhe assistir competência originária para processar e julgar ação civil pública promovida contra o Presidente da República, sob a alegação de dano ao patrimônio público e de ofensa à probidade, decoro e moralidade na Administração Pública:

“Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública contra Presidente da República. Lei nº 7.347/85.

A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade.

Agravo improvido.

“(RTJ 159/28, Rel. Min. ILMAR GALVÃO)

Torna-se conveniente rememorar, neste ponto, com apoio no magistério da doutrina (Rodolfo de Camargo Mancuso, “*Ação Civil Pública*”, 1989, RT;

“Edis Milaré, “*A ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*”, 1990, Saraiva; Ada Pellegrini Grinover, “*A Tutela Jurisdicional dos interesses Difusos*”, in *Revista Forense* 268/67), que a natureza da ação civil pública, que constitui instrumento de tutela jurisdicional dos direitos e interesses metaindividuais, não permite venha ela a ser confundida, em seus objetivos (Lei nº 7.347/85, arts. 1º, 3º, 11 e 13), com a ação penal condenatória, que se destina — considerada a finalidade que lhe é exclusivamente peculiar — a promover a responsabilidade criminal do infrator pela prática de fatos delituosos, sendo inquestionável, sob tal aspecto, a absoluta autonomia que existe entre as ações judiciais em causa, razão pela qual cumpre ter presente, ante a evidente incoerência de qualquer situação de litispêndência ou de prejudicialidade, o preciso magistério sobre o tema de Hugo Nigro Mazzilli (“*A Defesa Dos Interesses Difusos em Juízo*”, p. 137/143, 6ª ed., 1994, RT).

Daí a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal a propósito dessa específica questão:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA — INEXISTÊNCIA DE LITISPÊNDÊNCIA — POSSIBILIDADE DE SIMULTÂNEA TRAMITAÇÃO.

A natureza da ação civil pública — que constitui instrumento de tutela jurisdicional dos direitos e interesses metaindividuais — não permite seja ela confundida, em seus objetivos (Lei nº 7.347/85), com a ação penal condenatória, que e destina, considerada a finalidade que lhe é exclusivamente peculiar, a promover a responsabilidade criminal do infrator pela prática de fatos delituosos, inexistindo, sob tal aspecto, qualquer situação de litispêndência ou de prejudicialidade entre as ações judiciais em causa.” (RTJ 167/166-167, Rel. Min. Celso de Mello) Se é certo, portanto que o Supremo Tribunal Federal qualifica-se como juiz natural dos membros do Congresso Nacional nas estritas hipóteses de infrações penais que sejam imputadas aos parlamentares (RTJ 137/570 — RTJ 151/402 — RTJ 166/785-786) — e assim tenho reconhecido em decisões por mim proferidas nesta Corte (Inq 1.504-DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) —, mostra-se irrecusável, ante a existência dos precedentes mencionados, que falece competência originária a este Tribunal para processar e julgar ações civis públicas eventualmente ajuizadas contra agentes públicos, como os Deputados Federais e os Senadores da República, que, em sede penal, possuem prerrogativa de foro perante a Suprema Corte.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, reconsidero a decisão de fls. 36/39, que foi proferida pelo ilustre Presidente, em exercício, do Supremo Tribunal Federal, restaurando, em consequência, até final julgamento desta reclamação, a eficácia da Portaria MPF/PR/SP nº 04/99 (DJU, de 28.6.99, Seção 1, p. 323), em ordem a permitir a apuração, pelos Procuradores da República, em São Paulo/SP, dos atos danosos ao patrimônio público federal, no contexto dos “vultosos repasses de verbas, possivelmente oriundas do TRT, patrocinados pela INCAL e sua subsidiária IKAL, ao Grupo OK, este participante da licitação que deu origem à contratação da primeira empresa” (fls. 16)”¹¹.

Em suma, não há possibilidade de, sob o pálio do vigente texto constitucional: a) dedicar interpretação ampliativa do foro por prerrogativa de função, de maneira a incluir ações civis públicas por improbidade administrativa e ações populares; b) tramitar e aprovar-se projeto de lei com idêntico corolário.

Tampouco de ressuscitar a Súmula 394. De fato, como espelha decisão do colendo Supremo Tribunal Federal da lavra do eminente Ministro Celso de Mello seguida à revogação do verbete (Inquérito — Questão de Ordem 687-4, relatado pelo eminente Ministro Sydney Sanches, em 25 de agosto de 1999), a questão ficou assim equacionada:

“EMENTA: PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, ART. 102, I, “b” e “c”). FATO DELITUOSO SUPOSTAMENTE COMETIDO DURANTE O EXERCÍCIO FUNCIONAL. CESSAÇÃO SUPERVENIENTE DA INVESTIDURA *IN OFFICIO*. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PENAL PARA O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394/STF.

— Não mais subsiste a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, ainda que com fundamento na regra da *perpetuatio jurisdictionis*, se, cometido o crime durante o exercício funcional, sobrevém a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade justificativa a outorga da prerrogativa de foro *ratione muneris*, prevista no texto constitucional (CF, art. 102, I, “b” e “c”).

— A prerrogativa de foro perde a sua razão de ser, deixando de incidir e de prevalecer, se aquele contra quem foi instaurada a persecução penal não mais detém o ofício público cujo exercício representava o único fator de legitimação constitucional da competência penal originária do Supremo Tribunal, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional.

DECISÃO: o Plenário desta Corte — ao julgar questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, Relator, no Inq 687-SP — acolheu proposta de cancelamento da Súmula 394/STF, deixando assentado, em consequência, que não mais prevalece a competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de infrações penais cometidas durante o exercício funcional, se, por qualquer motivo, ocorrer a cessação da investidura do indiciado ou réu no cargo, ofício, mandato ou função, cuja titularidade justifica o reconhecimento da prerrogativa de foro *ratione muneris* (CF, art. 102, I, b e c).

Essa decisão plenária no Supremo Tribunal Federal representa expressiva tendência manifestada pela Corte no sentido de tornar clara a sua opção pelo

11 Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Reclamação 1110-1-DF, Relator Ministro Celso de Mello, 25.11.1999, DJU 07.12.1999, p. 58.

princípio republicano, segundo o qual todos, independentemente da posição funcional que ocupem na hierarquia político-administrativa do Estado, devem submeter-se ao mesmo juiz, nos processos penais instaurados por suposta prática delituosa.

É certo que a supressão de todas as hipóteses de prerrogativa de foro perante os Tribunais da República — quer no âmbito da Justiça da União, quer na esfera da Justiça dos Estados-membros —, embora desejável, depende, necessariamente, “de jure constituendo”, da reformulação da Carta Política, em cujo texto encontra assento a previsão dessa competência penal originária estabelecida *ratione officii*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de que resultou o cancelamento da *Súmula 394*, fez consignar, a propósito da competência penal originária de que dispõe, que esta — precisamente porque definida em razão da “importância ou relevância do cargo ou função” exercidos pelo réu (Fernando da Costa TOURINHO FILHO, “*Código de Processo Penal Comentado*”, vol. 1/215, 4ª ed., 1999, Saraiva; José Frederico MARQUES, “*Elementos de Direito Processual Penal*”, vol. I/194, item n. 109, 1997, Book-seller) — não deve subsistir, se aquele contra quem foi instaurada a *persecutio criminis* já não mais se encontra *in officio*.

É que — não custa enfatizar — “Foro por prerrogativa de função”, consoante advertiu o Supremo Tribunal Federal, “não é foro privilegiado...” (RTJ 90/950), pois o modelo republicano de governo repele a existência de privilégios cuja outorga constitui inqualificável transgressão ao valor essencial da igualdade. Nesse sentido — cabe referir — orienta-se o magistério da doutrina (Cármem Lúcia Antunes ROCHA, “*República e Federação no Brasil*”, p. 100/101, 1997, Del Rey; Geraldo ATALIBA, “*República e Constituição*”, p. 134, 1977, RT; João BARBALHO, “*Constituição Federal Brasileira — Comentários*”, p. 407/409, 2ª ed., 1924, Briguiet, v.g.).

Com o cancelamento da *Súmula 394*, não mais há que se cogitar do postulado da *perpetuatio jurisdictionis*, cuja aplicação, nos casos de cessação superveniente do exercício funcional, preservava, residualmente, a competência penal originária do Tribunal, desde que o delito imputado aos agentes públicos investidos da prerrogativa de foro houvesse sido praticado durante o desempenho do cargo, função ou mandato referidos no art. 102, I, b e c, da Constituição.

No caso presente, a prática delituosa descrita na peça acusatória teria ocorrido durante o período em que o ora indiciado exerceu o mandato de Deputado Federal. Cessou, no entanto, consoante informa a douta Procuradoria-Geral da República (fls. 1.005), a investidura do indiciado no ofício cuja titularidade, nos termos do estatuto constitucional, legitimava a prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, tendo em consideração o cancelamento da *Súmula 394/STF*, e sem prejuízo da validade de todos os atos até aqui praticados — consoante consignou a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento

da questão de ordem suscitada no Inq 687-SP, Rel. Min. Sydney Sanches —, determino sejam os presentes autos encaminhados, por intermédio do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao Juízo Federal competente de primeira instância, na Seção Judiciária do Amazonas (Manaus/AM)”¹².

Com efeito, se o foro por prerrogativa de função (exemplos: arts. 29, X, 96, III, 102, I, *b*, *c*, 105, I, *a*, 108, I, *a*) é compatível com o princípio do juiz natural previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, pretendendo a proteção especial da função pública¹³, ele é taxativamente estabelecido na Constituição Federal e, por isso mesmo, sua interpretação é restrita como exceção constitucional à regra constitucional do juiz natural.

Prevalece a exegese restritiva dos privilégios, como as que fixam competência excepcional¹⁴, medida que inspira o juiz natural e também o princípio do promotor natural, ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵.

A decisão do Supremo Tribunal Federal tem como sustentáculo o entendimento de que o privilégio contido na Súmula 394 não condiz com o regime democrático porque a prerrogativa de função não é de caráter pessoal, mas sim em razão do cargo exercido. Uma vez cessada a função pública exercida na qual o ato impugnado foi praticado, cessa a competência originária dos Tribunais. Tal construção tem como base o prestígio ao princípio da igualdade que não comporta discriminações odiosas, notadamente as que dispensam tratamento mais vantajoso à pessoa em detrimento de outrem quando a condição ou situação especial que a justificava não mais subsiste, falecendo razoabilidade à permanência do elemento diferencial.

O princípio do juiz natural é caro à democracia.

O direito brasileiro em função dos princípios do juiz natural e do devido processo legal não admite foro privilegiado, “que seria algum juízo instituído para julgamento de processos cuja competência seria definida por razões personalíssimas, como raça, religião, riqueza etc.” anota Vicente GRECO FILHO¹⁶, equiparando o foro privilegiado aos tribunais de exceção.

Mas, José Afonso da SILVA registra que embora a cláusula constasse das Constituições anteriores, elas — e também a atual — “o estabelecesse, em alguns casos, em razão da qualidade dos imputados”¹⁷, dando como exemplos os previstos nos arts. 102, I, *b* (Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Senadores e Depu-

12 Inquérito — Questão de Ordem nº 862-DF, 27.10.1999, DJU 08.11.1999, p. 04.

13 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo; Saraiva, 1989, p. 109.

14 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 225-230, nº 270-275.

15 Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.180-SP, Relator Ministro Moreira Alves.

16 FILHO, Vicente Greco. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 108.

17 *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 194.

tados Federais), 105, I, a (Governadores de Estado, Desembargadores e Ministros dos Tribunais de Justiça, Conselheiros dos Tribunais de Contas), e 29, VIII (Prefeitos dos Municípios), da Constituição Federal, e asseverando que outros, além dos expressamente previstos na Constituição e na situação correspondente nas Constituições Estaduais, serão inconstitucionais.

Tal competência originária por prerrogativa da função é excepcional e restrita às expressas ressalvadas constitucionais ao princípio do juiz natural, sendo defeso à lei estendê-las. E da lista de exemplos constitucionais, percebe-se a razoabilidade da providência, instituindo a prerrogativa em face da responsabilidade civil dos atos do governo, não dos atos de seus governantes.

Tendências dirigidas à ampliação de privilégios instituem nichos de imunidade do poder, uma vez que subverte o princípio do juiz natural além das exceções constitucionais tencionando claramente a impunidade, em razão da excessiva sobrecarga de serviço que será cometida aos tribunais.

Note-se que o regime republicano é o da responsabilidade dos temporários exercentes do poder. Por isso mesmo, soa impossível que a respeitável decisão monocrática lançada na Reclamação 2.138-6-DF, alie como fundamentos hábeis dois argumentos assaz contraditórios: o primeiro — já analisado —, referente a existência de foro por prerrogativa de função; o segundo, atinente à imunidade dos agentes políticos investidos em mandatos populares às sanções da Lei n. 8.429/92.

A impossibilidade dos dois argumentos é cristalina. Pois, se afirmado, que os agentes políticos acima nomeados não se sujeitam ao regime da Lei n. 8.429/92 é totalmente despicienda discussão sobre o foro por prerrogativa de função.

Não obstante, não se furta ao registro nesta oportunidade que se agravam os nocivos efeitos tributados ao foro por prerrogativa de função na propalada inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, pois, de maneira explícita, a tese implanta expressamente nicho de imunidade de poder, como se fosse possível extrair na Constituição essa tendência à impunidade e implantar uma ética diferenciada entre agentes políticos e os demais agentes públicos.

3. Mister, ainda, algumas ponderações sobre a aplicabilidade da Lei n. 8.429/92 a qualquer agente público.

Não bastassem os entendimentos sufragados na respeitável decisão, da lavra do eminente Ministro Nelson Jobim, outros há sustentando a inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos¹⁸.

Mas, as premissas condutoras da decisão do eminente Ministro Nelson Jobim não encontram repouso seguro no ordenamento jurídico brasileiro.

Prevalece, no direito brasileiro, a concorrência de instâncias para repressão da improbidade administrativa, viabilizada não só pela Constituição Federal, bem como pela expressa previsão do art. 21, II, da Lei n. 8.429/92, sem que se possa, à míngua de determinação legal explícita, suscitar comunicação obrigatória de efeitos.

18 A respeito, vide Sérgio Sérvulo da Cunha (*Responsabilidade do Administrador Público*, in Revista Trimestral de Direito Público 31, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 88-89) e Marino Pazzagliani Filho Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior excluindo algumas sanções (*Improbidade Administrativa*, São Paulo: Atlas, 1998, pp. 134-135).

Tal sistema de concorrência de instâncias não é novidade, e já existe no ordenamento jurídico, mesmo envolvendo agentes políticos, porque a responsabilidade é apurada por diferentes naturezas jurídicas. Como exemplo, a repressão penal de prefeitos e ação popular contra atos dos mesmos. Neste sentido, expressa a doutrina:

“62. *Outras vias de repressão da improbidade administrativa.* A regra inserida no art. 12, *caput*, é a independência da instância da improbidade administrativa, perfilhando a orientação centrada no art. 1.525 do Código Civil, alimentada pela diversidade da natureza jurídica da improbidade administrativa, que se irradia sobre suas sanções¹⁹. Outros diplomas legais também reprimem a improbidade administrativa com sanções diferenciadas e sob natureza jurídica distinta no âmbito administrativo, civil, eleitoral e penal. As sanções de cada uma dessas instâncias podem ser aplicadas também cumulativamente às sanções da Lei Federal nº 8.429/92, sem receio de *bis in idem*, face à diversidade da natureza jurídica e à independência da instância da improbidade administrativa regulada pela Lei Federal nº 8.429/92. De regra, não há comunicabilidade entre elas, pois são construídas sobre requisitos diferenciados, de modo que o resultado em cada uma delas não influi ordinariamente na outra. Da mesma maneira, deflui do art. 12 da lei comentada, a inexistência de via exclusiva ou privativa de sanções da improbidade administrativa, mesmo considerada a natureza do cargo ocupado pelo agente público. Ainda que algumas sanções sejam equivalentes, porém com natureza jurídica diferenciada, nos vários âmbitos de repressão à improbidade administrativa, todas podem ser aplicadas na via jurisdicional-civil prevista na Lei Federal nº 8.429/92, qualquer que seja o agente público²⁰.

O art. 85 da Constituição Federal sujeita o Presidente da República à responsabilidade político-administrativa, inclusive por improbidade administrativa (inc. V), regulada na Lei Federal nº 1.079/90, aplicável a outros agentes políticos ali discriminados (Governadores de Estado, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República), com as sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por prazo determinado²¹, punições bem asseme-

19 “Os atos de improbidade administrativa nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92 acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 150.329-RS, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, v.u.. 02-02-1999, DJU 05.04.1999, p. 156).

20 O Supremo Tribunal Federal reconheceu a independência das instâncias infirmado a existência de *bis in idem* em razão de ter sido aplicada pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e pena de cassação de aposentadoria pela Administração Pública em face do mesmo fato, considerado de improbidade administrativa (Mandado de Segurança 22728-PR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, v.u., 22.01.1998, DJU 13.11.1998, p. 05).

21 A lei considera crimes de responsabilidade atentados contra a probidade administrativa, a lei orçamentária, a guarda e o legal empenho dos dinheiros públicos, e o cumprimento das decisões

lhadas às previstas no art. 12 da Lei Federal nº 8.429/92 (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos). Da mesma forma, os Prefeitos e Vice-Prefeitos estão sujeitos à responsabilidade por infração político-administrativa (art. 4º, Decreto Lei Federal nº 201/67), que implica a cassação do mandato pela Câmara Municipal, sem prejuízo da responsabilidade criminal específica (art. 1º), bem como os Vereadores pelo uso do cargo para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa (art. 7º, inc. I). Quanto aos membros do Congresso Nacional, estão sujeitos à perda do mandato, dentre outras situações cogitadas no texto constitucional, quando mantiverem procedimento incompatível com o decoro parlamentar, como na hipótese de recebimento de vantagens indevidas (art. 55, inc. II, § 1º da Constituição Federal).

A aplicação das penalidades da Lei Federal nº 8.429/92 não é consumida pela aplicação das sanções político-administrativas, em razão da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas. Na suspensão dos direitos políticos, em razão da diversidade de prazos unitariamente adotados nas infrações político-administrativas (com variações individualizadas de cada diploma legal) e diferencialmente previstos para cada uma das espécies de improbidade administrativa, a cumulação é lícita não só pela natureza jurídica distinta, mas também em razão da eficácia inicial das sanções.

A extinção do mandato (renúncia, término etc.) não tolhe a possibilidade da aplicação das demais sanções radicadas na Lei Federal nº 8.429/92, nem mesmo a rejeição do processo político-administrativo, como deflui do art. 21, inc. II, da Lei Federal nº 8.429/92. Por fim, não há se cogitar, em razão da natureza jurídica diferenciada, da subordinação entre uma ou outra instância. Nem mesmo a aposentadoria ou desligamento do servidor público inibe a aplicação da Lei Federal nº 8.429/92²².

Os atos de improbidade administrativa de todas as espécies guardam estreita relação com os crimes contra a Administração Pública, não sendo ocioso recordar que a tutela repressiva da improbidade administrativa começou na legislação penal e, atualmente, concorre com a delineada na Lei Federal nº 8.429/92, embora cada uma tenha requisitos próprios e, geralmente, incommunicáveis. Sujeitam seus autores às penas privativas de liberdade previstas e a perda do cargo, nos termos do art. 92 do Código Penal. No caso dos crimes regulados pelo Decreto Lei Federal nº 201/67 (art. 1º), típicos dos Prefeitos, cuja prática implica imposição de pena privativa de liberdade e, como efeitos secundários da sentença condenatória, a perda do cargo, a

judiciais (art. 4º, incs. V a VIII). Os crimes que atentam contra a probidade na administração (art. 9º), a lei orçamentária (art. 10), a guarda e o legal empenho dos dinheiros públicos (art. 11), e o cumprimento das decisões judiciais (art. 12) são, evidentemente, atos de improbidade administrativa para os efeitos da Lei Federal nº 8.429/92, se amoldando nas espécies dos arts. 9º a 11.

22 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ruyter Oliva, v.u., 25.08.1998, RT 759/215.

inabilitação para o exercício de função pública por prazo determinado e a reparação do dano (art. 1º, § 2º)²³. Outras leis penas extravagantes também tipificam figuras que caracterizam ato de improbidade administrativa²⁴.

Nenhum problema existe na aplicação concomitante das sanções penais e das sanções da improbidade administrativa, manifestadas por juízos distintos, uma vez que têm natureza jurídica diversa, não havendo subordinação entre uma e outra instância. A multa pela prática dos crimes aqui referidos é de caráter penal, enquanto a Lei Federal nº 8.429/92 cogita de multa civil, revertida em favor da entidade lesada e cuja quantificação econômica é superior à multa penal. A perda da função pública é efeito secundário da condenação criminal. Na improbidade administrativa, diferentemente, ela é sanção principal e não efeito secundário da condenação. A sentença penal condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano (art. 91, inc. I, Código Penal) e acarreta a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso, em favor da União (art. 91, inc. II, alínea *b* do Código Penal). Quanto ao primeiro efeito, possibilita a execução da sentença penal condenatória, mas a Lei Federal nº 8.429/92 cogita de outras sanções cumulativamente aplicáveis, de modo que esse efeito permitirá a execução apartada do ressarcimento do dano, sem obstar a promoção da ação civil pública visando às outras sanções ou a todos os provimentos previstos. Quanto ao segundo, entende-se que prevalece a lei especial (a Lei Federal nº 8.429/92) no tocante à perda do acréscimo patrimonial, legitimando a esfera civil, porque indica a pessoa jurídica em cujo favor reverterá o proveito, especificamente a pessoa jurídica lesada que, nem sempre, pode ser a União Federal. A suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal estabelece-se pelo prazo da condenação, enquanto que por ato de improbidade administrativa tem prazo que segue o prescrito no art. 12 e que, não raro, é maior.

23 Os crimes previstos no art. 1º, incs. I e II, caracterizam enriquecimento ilícito, os do art. 1º, incs. III a V, VIII a XI, atos lesivos ao patrimônio público, e os do art. 1º, incs. VI, VI, XII a XV, atentados contra os princípios da administração pública.

24 A Lei Federal nº 4.898/65 no art. 4º, alínea "f", o abuso de autoridade previsto é evidente enriquecimento ilícito, sujeitando o infrator a sanções administrativas, penais e civis, inclusive perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por prazo determinado (art. 6º, §§ 1º a 4º). Para os fins da Lei Federal nº 8.080/90 o emprego irregular de recursos do SUS é considerado crime (art. 52), em figura assemelhada a do art. 315 do Código Penal. A Lei Federal nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, inclusive os praticados por funcionário público, estabelece duas condutas no art. 3º, inc. II, que caracterizam enriquecimento ilícito, e outra no mesmo art. 3º, inc. III, que consubstancia atentado contra os princípios da administração pública. Na Lei Federal nº 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, a prática dos crimes especiais nela previstos, sujeita os infratores, quando servidores públicos, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo (art. 83), consistindo enriquecimento ilícito os crimes previstos nos arts. 90, 92, parágrafo único, e art. 95, prejuízo ao erário os previstos nos arts. 89, 92 a 94, 96 a 98, e atentado aos princípios da administração pública o crime do art. 91.

A absolvição na instância criminal, de regra, não projeta efeitos na esfera civil da improbidade administrativa, em razão da incomunicabilidade das instâncias, conforme se infere do art. 12 do art. 1.525 do Código Civil, salvo as exceções dos art. 65 a art. 67 do Código de Processo Penal, ou seja, quando há prova da inexistência do fato ou da autoria²⁵. A jurisprudência observa que “*não importa o fato de o agravante não haver sido condenado, quando da decretação da medida de indisponibilidade civil. Não há na lei nada que condicione esta à condenação criminal transitada em julgado*”²⁶, infirmo a existência de litispendência ou prejudicialidade²⁷.

No âmbito civil, exsurge como principal via concomitante de defesa da moralidade administrativa (aí incluída a espécie proibida administrativa) a ação popular, em cuja sede pode redundar a anulação do ato administrativo e o ressarcimento do dano (Lei Federal nº 4.717/65). Evidentemente, por coerência temática, as hipóteses de nulidade e lesividade de atos administrativos previstas na Lei Federal nº 4.717/65 caracterizam improbidade administrativa e, assim sendo, podem tramitar concomitantemente ou não²⁸. Em razão da independência jurisdicional da repressão da improbidade administrativa, a improcedência da ação popular (por falta de provas) ou a sua extinção sem exame do mérito não provocará nenhum efeito nesta instância.

25 Decisão do Supremo Tribunal Federal fixa os limites da comunicabilidade das instâncias, cujos fundamentos servem para a hipótese em razão da identidade de situações:

“*RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA E PENAL — INDEPENDÊNCIA. A jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal é no sentido da independência das responsabilidades administrativas e penal. A exceção corre à conta de situação concreta em que, no campo penal, hajam ficado patenteadas a inexistência da materialidade ou a negativa de autoria*”. (Mandado de Segurança 22.476-2 — AL, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, 20.08.1997, v.u., *Diário de Justiça da União*, de 03.10.1997, p. 49.230).

26 Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, Agravo de Instrumento 123.192-5/0, São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sidnei Beneti, v.u., 10.11.1999.

27 “*AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA — INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA — POSSIBILIDADE DE SIMULTÂNEA TRAMITAÇÃO.*”

A natureza da ação civil pública — que constitui instrumento de tutela jurisdicional dos direitos e interesses metaindividuais — não permite seja ela confundida, em seus objetivos (Lei nº 7.347/85), com a ação penal condenatória, que se destina, considerada a finalidade que lhe é exclusivamente peculiar, promover a responsabilidade criminal do infrator pela prática de fatos delituosos, inexistindo, sob tal aspecto, qualquer situação de litispendência ou de prejudicialidade entre as ações judiciais em causa.” (Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ 167/166-167).

28 “*A Lei Federal nº 8.429/92 in exige que a improbidade administrativa tipificada em seu art. 10º advenha de sentença transitada em julgado, nem tampouco o dispositivo em seu art. 17º, torna obrigatória precedente ação cautelar, impondo-se reconhecer que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação pelo rito ordinário de perda de função pública contra o prefeito acusado de contratação irregular de servidores*” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança 6.208-SP, 6ª Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, v.u., 10.11.1998, DJU 15.03.1999, p. 287).

Por outro lado, a ação civil para perda de cargo vitalício não inibe o exercício do direito de ação visando a incidência da Lei Federal nº 8.429/92”²⁹.

Até porque a responsabilidade político-administrativa tem como sanções a perda do cargo e a inabilitação temporária para o exercício de qualquer função pública e as sanções decorrentes da Lei n. 8.429/92 abrangem a perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos, o ressarcimento do dano, a proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e o pagamento de multa civil, além da perda da função pública e a suspensão temporária dos direitos políticos (art. 37, § 4º, da Constituição Federal; art. 12, Lei n. 8.429/92). A fixação da tese de uma imunidade, portanto, corre o risco de preservar no patrimônio privado do agente político bens adquiridos ilicitamente por enriquecimento ilícito e alforriar esse mesmo patrimônio de responder pelo ressarcimento de dano causado ao erário, por exemplo.

Por isso, a doutrina adverte:

“Não se confunde a perda da função pública com a cassação de mandato, da competência do processo por infração político-administrativa reservado ao Poder Legislativo. Aquela, qualquer que seja o cargo ou função desempenhada, é da competência jurisdicional, mas os pressupostos e requisitos de ambas são diferentes (...) Ainda sobre o tema, devota parcela da doutrina a tese da impossibilidade de sua aplicação ao Presidente da República, argumentando que essa sanção é da competência exclusiva da instância político-administrativa. A exceção obrada, entretanto, não tem sustentáculo, pois a Constituição Federal não atribui exclusividade ou privatividade à instância político-administrativa, nem excepciona aquele das sanções da improbidade administrativa, nem mesmo os parlamentares dotados de imunidade, conforme acenado pela jurisprudência ao negar foro por prerrogativa de função.”³⁰

Como o regime republicano é o da responsabilidade sem comportar a abertura de nichos de imunidade do poder. Neste sentido:

“Com o conceito amplo do art. 2º, a lei atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitória, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), inde-

29 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 292-297, n. 62.

30 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probabilidade Administrativa*. São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 322-323, n. 56.

pendentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF e das Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99 etc.)”³¹.

E com maior ênfase foi dito:

“42. *Agentes públicos parlamentares e judiciais*. A Lei Federal nº 8.429/92 aplica-se contra qualquer ato de improbidade administrativa de qualquer dos Poderes, abrangendo, pois, a improbidade em atos não somente do Executivo, mas também do Legislativo e do Judiciário, sejam atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais³². Nesse mesmo sentido, dispunha o art. 1º, § 1º da Lei Federal nº 3.502/58. José Celso de MELLO FILHO observa que “o conceito de função pública é amplo, abrangendo, também, os próprios membros dos três Poderes do Estado”³³, apontando Fábio Medina OSÓRIO o equívoco de excluir de seu âmbito de incidência os atos jurisdicionais e parlamentares³⁴, pois os atos jurisdicionais, legislativos e ministeriais atípicos são atos administrativos e os atos jurisdicionais, legislativos e ministeriais típicos, praticados com dolo, para fins ilícitos, traduz o uso indevido da função. Assim, por culpa grave, causando lesão ao erário, o ato implicará improbidade administrativa³⁵.

No conceito de improbidade administrativa está inserido qualquer desvio ético de conduta do agente público, qualquer que seja a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República (como estabelece o art. 1º) e que envolve enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da administração pública. Assim sendo, o juiz que recebe quantia para julgar lide em favor de uma pessoa ou o deputado que recebe bem imóvel para votar favoravelmente a um certo projeto de lei de interesse de um determinado grupo de interesse, cometem improbidade administrativa, da modalidade enriquecimento ilícito, no exercício de suas funções constitucionais típicas e, portanto, estão sujeitos às sanções legais, tal e qual estivessem como agentes públicos, exercendo função atípica (administrativa), como, por exemplo, a contratação

31 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242, n. 41.

32 Cláudio Ari Mello manifesta que *a lei atinge apenas os atos de natureza administrativa, pelo que não estão sob a sua incidência os atos legislativos e jurisdicionais típicos (Improbidade Administrativa — Considerações sobre a Lei 8.429/92 in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 53)*.

33 Cf. *Constituição Federal Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 445.

34 Cf. *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1997, pp. 67-69.

35 Cf. *Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa in Revista dos Tribunais, nº 750, pp. 71-74.*

da empreiteira para realização de obra com preço superfaturado ou com licitação indevidamente dispensada (improbidade administrativa da modalidade prejuízo ao erário). A doutrina destaca o desvio de poder nos atos legislativos (inconstitucionais, inclusive os desvinculados da observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar) e jurisdicionais (deferimento imoderado de decisões liminares para alcance de alvo diverso do conteúdo da competência; mudança proposital de voto em órgão colegiado para impedir a interposição de embargos infringentes)³⁶. Todavia, é o móvel do agente que deve ser avaliado para revelar a grave falta de ética no uso do poder, que denote a inabilitação moral do agente no exercício da função pública. Se é fácil caracterizar atos improbos do art. 9º da Lei Federal nº 8.429/92 nos atos legislativos e parlamentares típicos (e dos membros do ministério Público) e do art. 10 nos atos atípicos, na modalidade do art. 11 a falta de ética deve sobressair, restringindo-se sua incidência em homenagem à independência constitucional do parlamentar, do magistrado ou do membro do ministério Público e exemplos neste sentido não faltam: edição de lei para burla de específica decisão judicial, benefício ou prejuízo de certo grupo social ou interesses determinados; uso indevido pelo membro do Ministério Público das informações e documentos requisitados inclusive nas hipóteses de sigilo legal (art. 26, § 2º, Lei Federal nº 8.625/93); prevaricação; prática pelo magistrado de atos geradores de sua responsabilidade civil pessoal (art. 133, Código de Processo Civil); enfim, hipóteses especiais de manifesto desvio de poder, examinadas caso a caso, para permitir inserção no art. 11 e seus incs. I, II e III.

43. *A questão da imunidade parlamentar.* É de importância, nesta quadra, focalizar o instituto da imunidade parlamentar material no confronto da improbidade administrativa. Segundo Alexandre de MORAES, “*a imunidade material significa subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos*”, constituindo cláusula de irresponsabilidade geral, incluindo “*qualquer responsabilização por perdas e danos*”³⁷. Entretanto, deve-se ponderar que nem mesmo o instituto salutar da imunidade parlamentar pode extrair os parlamentares da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa. Desta forma, admite mitigação a cláusula diante de atos de enriquecimento ilícito no exercício da função pública, de desvio de finalidade no cumprimento do mandato e, principalmente, na edição das denominadas leis de efeitos concretos (em verdade, atos administrativos com forma de lei), onde a responsabilidade é inafastável e coerente com a interpretação constitucional sistemática.

36 TÁCITO, Caio. *Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais* in Revista Trimestral de Direito Público nº 04, pp. 33-39.

37 Cf. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 1997, p. 296-297.

A lei visa ao resgate da moralidade no exercício de toda e qualquer função pública, de qualquer poder exercido, não fazendo nenhuma restrição em sua aplicabilidade, sem prejuízo das sanções disciplinares específicas dispostas no estatuto próprio dessas carreiras”³⁸.

Ora, claro parece que o ordenamento jurídico nacional pretendesse reservar à punição da improbidade administrativa dos agentes políticos à esfera do regime jurídico da responsabilidade político, instituiria a cláusula de exceção expressamente e não conferiria a possibilidade de sua censura em diferentes instâncias, animadas por matizes e naturezas jurídicas distintas, como feito nos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º e 85, da Constituição Federal, sem qualquer exceção — que, aliás, pecaria por falta de razoabilidade na adoção da discriminação face ao pilar da responsabilidade ampla que predica o regime republicano-constitucional na melhor tradição do direito brasileiro.

Por isso, contundente até o questionamento de uma tendência contrária, para justificar não somente o foro privilegiado, mas para excluir de responsabilidade judicial por improbidade administrativa agentes políticos. Não foi esse o tratamento dispensado nos quase quarenta anos de vigência da Lei n. 4.717/65, convivente com a Lei n. 1.079/50 recepcionada pelo art. 85 da Carta Magna. Neste aspecto, o regime jurídico diferenciado não derogou a jurisdição originária e nem suprimiu a responsabilidade.

Poder-se-ia argumentar que a potencialidade mais contundente das sanções da Lei n. 8.429/92 a incompatibilizam com o regime jurídico dos agentes políticos. Todavia, a assertiva não é verdadeira, já que normas outras cumpriam igual função, sob natureza jurídica distinta, sancionando com a perda da função pública, por exemplo, como no julgamento dos alcaides com base no Decreto-lei n. 201/67. De qualquer modo, da Constituição Federal não se extrai que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só podem ser impostas por determinada via exclusiva; ao contrário, dos citados arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º e 85, essas sanções podem ser aplicadas em diferentes instâncias, sem imunidades.

Neste sentido, esclarece a doutrina que, em torno do art. 52, I e II, parágrafo único e 102, I, *b e c*, da Constituição Federal, que na instância político-administrativa (crime de responsabilidade) a previsão da sanção de perda do cargo com inabilitação temporária para o exercício de função pública:

“ não quer dizer, entretanto, nem que outras sanções não possam ser aplicadas, desde que o sejam em outras esferas, e nem que a imposição dessa sanção de perda do cargo com inabilitação para o exercício de função pública só possa se dar nessa esfera de responsabilização político-administrativa. Repita-se: a única conclusão autorizada pelo texto constitucional é a de que por crime de responsabilidade o agente político só pode ser condenado à

38 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 249-251, ns. 42-43.

perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. Nada mais.

Não se pretenda introduzir no texto constitucional disposição que ele não contém. Está dito que o crime de responsabilidade só implicará na perda do cargo e na inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. Não está dito que só o crime de responsabilidade implicará na perda do cargo e na inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. O local da colocação do advérbio, no caso, é absolutamente decisivo e revelador da vontade do legislador constitucional. Não está dito, por outro lado, que agente político só responde por crime de responsabilidade. Se assim fosse, e considerando a ordem de raciocínio até agora exposta, a única sanção que poderia sofrer um agente político, seria a perda do cargo, livrando-se, assim, de uma eventual condenação criminal e de uma condenação ao ressarcimento dos danos que eventualmente tiver causado (relembre-se que por crime de responsabilidade o agente político não pode ser condenado a recompor os cofres públicos, por exemplo). Mas assim não é.

O agente político poderá ser condenado a outras sanções, em outras esferas, se o mesmo ato, caracterizador de crime de responsabilidade, constituir outro ilícito — crime comum ou ato de improbidade. Tanto assim que o próprio parágrafo único do artigo 52 deixa expresso que não haverá prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”³⁹.

Ora, está bem clara a ressalva do parágrafo único do art. 52 da Carta Magna, fulminando vigorosamente qualquer tentativa de instituição de privatividade da instância político-administrativa (crime de responsabilidade) para o sancionamento dos agentes políticos. Pois, as sanções ali previstas são aplicadas privativamente para os fins de instância político-administrativa “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”, indicando que essa instância só pode impor tais sanções e não outras e que nas instâncias judiciais (civis ou penais) outras sanções podem ser aplicadas — conduzindo ou não ao mesmo resultado.

Essas razões demonstram a inconsistência das tentativas de instituição de foro privilegiado e de exclusão ou imunidades em relação à Lei n. 8.429/92 para os agentes políticos.

Além disso, é preciso atentar para a nocividade das conseqüências da afirmação das teses propaladas na reclamação em curso. Com efeito, alguns de seus efeitos são adiante arrolados: inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para Presidente da República, Ministros de Estado, Deputados Federais e Estaduais, Governadores de Estado, Secretários de Estado, Senadores da República, Magistrados, Membros do Ministério Público, Prefeitos Municipais e Vereadores; possível surgimento de precedente que determine a extinção em massa de ações de improbidade

39 GARCIA, Mônica Nicida. *Agente Político, Crime de Responsabilidade e Ato de Improbidade*. in Boletim dos Procuradores da República n. 56, ano V, dez./2002, pp. 15-18.

em trâmite nos Tribunais e Varas Federais e Estaduais, quando envolverem os agentes políticos acima citados; contrariedades aos conceitos fixados no Decreto Legislativo que aprovou os termos da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410 de 07 de outubro de 2002); contrariedade ao artigo 52 do Estatuto da Cidade, tornando improvável a eficácia desta lei; contrariedade ao artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, tornando improvável a eficácia desta lei; reconhecimento da natureza penal das sanções de improbidade administrativa, contrariando anteriores precedentes de julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça; os atos de improbidade cometidos por agentes políticos somente poderão ser investigados quando correlacionados a crimes contra a administração pública ou de responsabilidade, através de investigação criminal, retornando à situação anterior à da aprovação da lei de improbidade; os Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça, caso seja reconhecido o foro privilegiado, não têm estrutura para processar e julgar as ações de improbidade existentes; paralisação dos inquéritos civis, em matéria de improbidade administrativa, que envolva os agentes políticos mencionados, que estão em trâmite perante o Ministério Público; contrariedade às mais recentes mudanças legislativas com vistas ao combate à corrupção, dentre elas, o fim da imunidade formal, aplicação da lei de improbidade administrativa em várias áreas de direitos sociais, convenções internacionais onde o Brasil é signatário; retorno a velhas práticas políticas de corrupção que não poderão ser inibidos pelas investigações e ações de improbidade; institucionalização de um tribunal de exceção para os agentes políticos etc.

4. Por fim, compete a análise da Lei n. 10.628/02, a qual se devota interpretação restritiva.

Obviamente, essa lei (fruto da proposta legislativa acima indicada) é inconstitucional, pelos motivos já expostos e aos quais se reporta para evitar ociosas repetições⁴⁰. Mas, sendo uma lei que institui privilégio, como tal merece aplicação e interpretação restritiva, como, aliás, também, já assinalado.

O § 1º implantado ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei n. 10.628/02 preceitua que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”, enquanto o § 2º reza que “a ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429/92, de 02 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”.

A inovação legislativa pode assim ser resumida: continuidade do foro por prerrogativa de função após a cessação da investidura em função pública os inquéritos policiais e processos criminais de agentes públicos que, na atividade, têm o foro por prerrogativa de função (restaurando a Súmula 394); extensão do foro por prerrogativa de função dos inquéritos policiais e processos criminais (e inclusive sua prorrogação

40 Não obstante, o Ministro Ilmar Galvão negou pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.787-2-DF, 07.01.2003).

após a cessação da função pública) às ações civis públicas de responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

No que interessa à responsabilidade por atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), é de bom grado observar que o § 1º tem uma condicionante na sua parte final ao aludir ao “observado nos § 1º”. O § 1º, de sua parte, subordina a competência especial por prerrogativa de função, “relativa a atos administrativos do agente”.

Daí é possível apontar que não sendo a imputação de ato de improbidade administrativa conectada a prática de “atos administrativos do agente”, não prevalece o “foro ajustado”. Com efeito, o agente público é também responsabilizado na Lei n. 8.429/92 por omissão (arts. 10 e 11) e nesta situação não há, obviamente, prática de ato administrativo.

Por outra, pela mesma Lei n. 8.429/92, o agente público pode ser responsabilizado por enriquecimento ilícito no exercício da função pública (art. 9º) e em algumas das situações exemplificadas na lei ele não pratica nenhum ato administrativo (art. 9º, I, V, VII, VIII, X) — em especial, a do inciso VII do art. 9º (desproporção na evolução do patrimônio ou renda, que não se vincula a qualquer ação ou omissão do agente público e não tem nexos com ato de sua atribuição).

Também o agente público pode ser beneficiário do ato de improbidade administrativa (aliás, como qualquer pessoa, *ex vi do art. 3º da Lei n. 8.429/92*) — *ou ter sido beneficiário antes da investidura em função pública (vide Lei n. 9.504/97, art. 73) — praticado por outro agente público não detentor do privilégio (vide art. 10, XIII, Lei n. 8.429/92) e, nestes casos, não se aplicam os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal na redação dada pela Lei n. 10.628/02.*