

# Algumas reflexões sobre a prerrogativa de foro e ações de improbidade administrativa

*Mauro Luiz Campbell Marques*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**Sumário:** Introdução; A prerrogativa de foro e a defesa da probidade na história constitucional brasileira; O dever-geral de probidade administrativa e a prerrogativa de foro na Constituição de 1988; A prerrogativa de foro em demandas de improbidade administrativa à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; Considerações sobre a inaplicabilidade da prerrogativa de foro às demandas de improbidade administrativa; Notas conclusivas; Referências bibliográficas.

## Introdução

Vivemos em um período em que a atuação de todos aqueles que manejam a coisa pública tem sido colocada em discussão. É cada vez mais crescente na sociedade brasileira o debate sobre a necessidade de eficiência e de moralidade no exercício da função pública.

A população, em geral, tem-se tornado mais consciente sobre como a improbidade administrativa pode efetivamente afetar o cotidiano de cada um, acarretando a diminuição e menor prestação dos serviços públicos prestados pelo Estado. A pesquisa “Retratos da Sociedade Brasileira: Problemas e Prioridades para 2018”, realizada pelo IBOPE Inteligência para a Confederação Nacional da Indústria, mostra que, para 55% da população brasileira, a corrupção (forma mais conhecida de improbidade administrativa) é o principal problema do nosso país<sup>1</sup>.

Nos campos legal, doutrinário e jurisprudencial, a defesa da probidade administrativa também tem ocupado lugar de destaque nos debates da comunidade jurídica. É tema do direito constitucional e do

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/desemprego-corrupcao-e-saude-sao-principais-problemas-do-pais-apontam-brasileiros/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

direito administrativo sancionatório que tem sido tratado pelo legislador constituinte em todos os Textos Constitucionais que estiveram em vigor desde a época do Império. A temática é multifacetada e pode ser abordada sob os mais diversos ângulos.

Cumpre também apontar que a eficiência no julgamento dos processos de improbidade administrativa é objeto da meta nº 4 estipulada pelo Conselho Nacional de Justiça para todo o Poder Judiciário brasileiro. De acordo com as estatísticas do órgão, em 2017<sup>2</sup>, tramitavam 12.053 processos de improbidade na Justiça Federal e 36.419 feitos na Justiça Estadual. No Superior Tribunal de Justiça, tramitavam 761 feitos relacionados à improbidade administrativa. O tema é, portanto, relevante e atual.

Neste trabalho, procuramos abordar, à luz do direito constitucional, a questão específica do juízo natural para tratar das demandas de improbidade administrativa que envolvem autoridades com prerrogativa de foro. Essa discussão, pela sua importância e atualidade, tem-se prolongado ao longo do tempo e ainda está longe de ser consenso na comunidade jurídica brasileira. Os posicionamentos doutrinários são variados a respeito do tema e a jurisprudência também tem sido alterada de tempos em tempos.

Objetiva, ainda, apresentar algumas considerações acerca da evolução do tratamento constitucional desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, a fim de conhecer melhor como esse tema foi tratado nas diversas ordens constitucionais a que fomos submetidos desde a Independência. Apresento também os principais posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema a fim de que, ao final, possamos tecer breves considerações acerca da problemática à luz do direito constitucional.

Veremos que a temática é ampla e complexa, razão pela qual salientamos que os posicionamentos aqui contidos, por óbvio, não tem por fim esgotar toda a problemática. O objetivo do presente estudo é apresentar um panorama acerca da temática a fim de servir como um subsídio para futuras discussões acerca do tema.

### **A prerrogativa de foro e a defesa da probidade na história constitucional brasileira**

A defesa da probidade administrativa e as regras constitucionais de prerrogativa de foro não são novidades do Texto Constitucional de

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metadados/metadados-2017>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

1988. Todas as Constituições vigentes, desde a época do império até os dias atuais, se ocuparam do tema. É importante, portanto, fazer uma breve retrospectiva na história constitucional brasileira para analisar como o direito constitucional brasileiro tem tratado os temas da probidade administrativa e do foro por prerrogativa de função a fim de melhor compreender as discussões atuais sobre o alcance ou não da prerrogativa de foro às demandas de improbidade administrativa.

A Constituição Imperial de 1824, embora tenha sido outorgada no regime jurídico da monarquia, trouxe normas específicas de responsabilização dos Ministros de Estado. Estabeleceu expressamente em seu art. 21 que a probidade era requisito para a participação nos Conselhos Gerais de Província. Por sua vez, o art. 133 do referido Texto Constitucional<sup>3</sup> previu expressamente que estas autoridades seriam responsáveis, entre outras hipóteses, por “por peita, suborno, ou concussão, abuso do Poder, falta de observância da Lei e por qualquer dissipação dos bens públicos”.

Quanto à prerrogativa de foro, o art. 179, XVI, da carta imperial de 1824, estabeleceu que “ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública”<sup>4</sup>. Já nessa época, ao menos formalmente, a prerrogativa de foro era vista como um instrumento de proteção do cargo e não como um privilégio pessoal daquele que o ocupa.

Por sua vez, já no período republicano, a Constituição de 1891 estabeleceu em seu art. 72, § 26, do referido Texto Constitucional que “à exceção das causas, que por sua natureza, pertencem a *juizos espeziaes*, não haverá *fóro* privilegiado”. Além disso, como decorrência do princípio da legalidade, estabeleceu expressamente que

[...] Todos são *iguales* perante a lei. A Republica não *admitte privilegios* de nascimento, desconhece *fóros* de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os titulos *nobiliarchicos* e de conselho.[...]

<sup>3</sup> Dispunha o art. 133 da Constituição de 1824: “Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.”

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Ainda, deve-se notar que o Texto Constitucional de 1891 trouxe também previsões que denotam a preocupação à época com a defesa da probidade. O seu art. 54, § 6º, previu que o atentado à probidade administrativa é hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República<sup>5</sup>. Por sua vez, dispôs também o art. 82 que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

Por fim, estabeleceu também que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originária e privativamente “o Presidente da *Republica*, nos crimes *communs*, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52<sup>6</sup> e os Ministros *diplomaticos*, nos crimes *communs* e nos de responsabilidade<sup>7</sup>”.

Sendo assim, nos termos em que concluiu Belém (2008, p. 126), “[...] a Constituição Brasileira de 1891 adaptou o impeachment, definiu foro por prerrogativa de função especificamente para a matéria criminal, em termos absolutamente corretos [...]”. O autor ainda acrescenta que “[...] o significado deste ato pela Constituição de 1891 foi que a delimitação do foro por prerrogativa de função apenas para as autoridades públicas essenciais à vida republicana do país, portanto, a lição mais importante que se extrai do assunto debatido [...]”.

Os Textos Constitucionais de 1934 e 1937 também previram o atentado à probidade administrativa como hipótese de crime de responsabilidade que poderia ser imputado ao Presidente da República. Por sua vez, ampliaram o rol de autoridades que estavam submetidas ao foro por prerrogativa diretamente no Supremo Tribunal Federal. Com a redação do Texto Constitucional, a Corte Suprema (denominação conferida ao atual STF à época), era competente para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns, o Presidente da República e seus próprios Ministros<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>6</sup> Disponha o art. 52, da Constituição de 1891: Art. 52 - Os Ministros de Estado não serão responsáveis perante o Congresso, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República. § 1º - Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes em lei. § 2º - Nos crimes, comuns e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

<sup>7</sup> Escrita na forma do original.

<sup>8</sup> Como exceção, dispôs o art. 61, § 1º da Constituição de 1934, que “nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Ministros serão processados e julgados pela Corte Suprema, e, nos crimes conexos com os do Presidente da República, pelo Tribunal Especial”. Por sua vez, o art. 89, § 2º, da

A competência originária também se estendia para os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais Federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade. Por fim, os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade<sup>9</sup>.

Quanto à defesa da probidade, podemos perceber que o legislador constituinte na Constituição de 1946 foi mais longe. Além de manter o atentado à probidade e à “guarda e o emprego legal dos dinheiros públicos” como hipótese de crime de responsabilidade que pode ser imputado ao Presidente da República (art. 89, V e VII), estabeleceu em seu art. 141, § 31, segunda parte que “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

A Constituição de 1946, em seu artigo 101 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/65), dispôs que, na sua vigência, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o Presidente da República nos crimes comuns; os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade.<sup>10</sup>

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, as Cartas Estaduais “[...] estavam autorizadas, *ex vi* do artigo 124 a estabelecerem as suas competências originárias, o que ocorreu com a parcimônia recomendada

---

Constituição de 1937 estabeleceu que “nos crimes comuns e de responsabilidade, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste”. Ainda, o art. 100 do mesmo Texto Constitucional estipulou que “nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão processados e julgados pelo Conselho Federal”.

<sup>9</sup> De acordo com Di Pietro (2017, p. 826), “o Decreto-lei no 3.240, de 8-5-41, sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública. O sequestro pode atingir bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso de o prejuízo não ser coberto por essa forma, deve ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo. Por essa lei, a perda dos bens constitui efeito da condenação criminal, não podendo manter-se em caso de extinção da ação ou de absolvição”.

<sup>10</sup> Como ressalva, estabeleceu em seu art. 92 que “os Ministros de Estado serão, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste”.

e dentro dos limites da competência de auto-organização, dos Estados-Membros” (Belém, 2008, p. 131). O art. 124, X, do referido Texto Constitucional estabeleceu, ainda, que competia “privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os Juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais (art. 119, nº VII)”.

Nota-se, portanto, um avanço da Constituição de 1946 quanto à defesa da probidade, pois, nos textos constitucionais anteriores, a temática estava explicitamente relacionada somente ao Presidente e aos Ministros de Estado. A novidade trazida pelo art. 141, § 31, do Texto Constitucional foi a possibilidade de que “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”. Na verdade, a norma, apesar de trazer um mandamento constitucional quanto ao tema, era de eficácia limitada por demandar a edição de lei específica para tratar das medidas ali enunciadas.

Somente 11 anos depois, o mandamento constitucional ganhou efetividade com a entrada em vigor da Lei nº 3.164/57. A lei, em três artigos, regulamentou o sequestro de bens “adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de *emprego* em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha *aquele* incorrido”. Estabeleceu, ainda, que o sequestro é medida de natureza cível que poderia ser “promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo”<sup>11</sup>.

No ano seguinte, foi promulgada a Lei nº 3502/58. Ao regulamentar o procedimento de sequestro de bens nos casos de enriquecimento ilícito, influência ou abuso do cargo ou função, expandiu o alcance dos dispositivos contidos na Lei nº 3164/67. No entanto, previu apenas que “na ação principal poderá ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte”. Não houve a previsão de outro tipo de sanção.

Foi também na vigência da Constituição de 1946 que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 394, segundo a qual “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

<sup>11</sup> Ainda, estabeleceu a independência das instâncias cível e criminal e trouxe as primeiras medidas que visavam maior controle sobre o patrimônio dos servidores públicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2018.

O fundamento que levou à edição do referido enunciado sumular foi exposto pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, cujo essencial, dada a importância histórica do argumento, transcrevo a seguir<sup>12</sup>:

Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recluir que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes, o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o Tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade, para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, freqüentemente, à condição de adversário da situação dominante. E, pois, em razão do interesse público do bom exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante, que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, como prerrogativa de função mesmo depois de cessado o exercício.

A súmula teve vigência até 2001, quando foi cancelada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de questão de ordem na ação penal nº 315, da relatoria de Sua Excelência o Ministro Moreira Alves. A partir de então, passou-se a entender que depois de cessado o exercício da função, não deve se manter o foro por prerrogativa de função, porque “cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição.” (AP 315 QO, rel. min. Moreira Alves, j. 25-8-1999, DJ 31/10/01)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1121>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

<sup>13</sup> Conforme ata do julgamento ocorrido em 25/8/99, o cancelamento da súmula foi unânime pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, houve divergência e, por maioria, foi rejeitada a proposta de sua Excelência o Ministro Sepúlveda Pertence de edição de nova súmula nos seguintes termos: “cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, foi promulgada a Lei de Ação Popular (Lei no 4.717/65). Estabeleceu que a via pode ser manejada por qualquer cidadão com o objetivo de anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, entre outros. Contudo, embora seja um poderoso instrumento de defesa do patrimônio público, a Lei nº 4.717/65 não estabeleceu sanção ao agente causador do dano (somente foi prevista a obrigação de ressarcimento).

Foi também promulgada a Lei nº 1079/50, que especifica os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Aponta em seu art. 4º que o atentado contra a probidade da administração é hipótese de crime de responsabilidade<sup>14</sup>. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.

Por fim, cumpre apontar que a Constituição de 1967 previu em seu art. 150, § 11, que a lei “disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”.

A Emenda Constitucional nº 1/69, ao mesmo tempo em que manteve tal dispositivo, acrescentou, no artigo 154, que

[...] abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Conforme se viu, a análise do tratamento constitucional dado à defesa da probidade e à prerrogativa de foro revela que o legislador

---

<sup>14</sup> O art. 9º do mesmo diploma normativo estipula que: “São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1 – omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 – não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 – não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 – expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5 – infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 – Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para *coagi-lo* a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7 – proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o *decôro* do cargo”.

constituente, desde 1824 até a Emenda Constitucional de 1969, tratou tais questões como distintas. Em nenhum dos Textos Constitucionais anteriores foi expressamente prevista a extensão da prerrogativa de foro para as demandas de improbidade. Além disso, na vigência da Constituição de 1946, com a promulgação da Lei nº 3164/57, foi afirmado que a medida de sequestro é de natureza cível, afastando, o tratamento penal às demandas de improbidade administrativa.

Passamos, agora, a nos dedicar ao tratamento do tema agora tendo como paradigma a Constituição de 1988 e a atual Lei de Improbidade Administrativa.

### **O dever-geral de probidade administrativa e a prerrogativa de foro na Constituição de 1988**

A Constituição Federal representa um marco normativo importante na defesa da probidade e da eticidade no manejo da coisa pública.

A tipificação do princípio da moralidade administrativa no *caput* de seu art. 37 (e da eficiência, a partir da Emenda Constitucional nº 20/98), bem como a previsão contida no § 4º desse mesmo dispositivo quanto às consequências dos atos de improbidade administrativa, denotam que a defesa da probidade administrativa é um mandamento do legislador constituinte que deve abranger toda a estruturação da ordem jurídica brasileira<sup>15</sup>. Ainda, é uma inovação o conteúdo do art. 15 do Texto Constitucional, “ao indicar os casos em que é possível a perda ou suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui, no inciso V, a ‘improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º’” (Di Pietro, 2017, p. 828).

Em 16/8/91, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto nº 1446/91, que, posteriormente, viria se transformar na atual lei de improbidade administrativa. O novo instrumento normativo expressamente revogou as leis nº 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3502, de 21 de dezembro de 1958, e demais disposições em contrário.

<sup>15</sup> Di Pietro (2017, p. 828) acrescenta que “embora a Constituição tenha sido promulgada em 5-10-88, já prevendo as sanções para os atos de improbidade, o artigo 37, § 4º, não era autoaplicável, não podendo a Lei nº 8.429/92 ser aplicada com efeito retroativo. Até a entrada em vigor dessa lei, apenas eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito, sendo cabíveis, em sede judicial, apenas o sequestro e a perda de bens (na esfera cível) e as sanções penais cabíveis (na esfera criminal). Na esfera administrativa, as penalidades aplicáveis eram as previstas no estatuto dos servidores de cada nível de governo. As penas previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, repita-se, só podem ser aplicadas por atos de improbidade praticados após a entrada em vigor da Lei nº 8.429/92”.

Por sua relevância histórica, transcrevo a seguir o seguinte trecho da exposição de motivos de autoria do então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho:

[...] a medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com obstinação e sem desfalecimentos, em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo. Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado – o devido processo legal – casa impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito. Assim, de maneira explícita, o texto proposto define, claramente, quais os casos de enriquecimento ilícito, para os fins da lei, com o que se garante o respeito ao princípio da legalidade, pedra angular do estado de Direito.

Desde a promulgação do novo Texto Constitucional, a legislação infraconstitucional não trouxe regras específicas de definição do foro relativas à improbidade administrativa até a introdução do § 2º do art. 84 no Código de Processo Penal pela Lei 10.628/2002<sup>16</sup>.

O diploma legal foi publicado em 24 de dezembro de 2002 e foi discutido pelas Casas Legislativas no âmbito do Projeto de Lei nº 6295/02<sup>17</sup>. Em 15/9/05, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou inconstitucional o referido dispositivo legal ao fundamento que a seguir transcrevo no essencial<sup>18</sup>:

<sup>16</sup> Dispõe a redação do dispositivo que “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”.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46203>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2797%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2797%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/awzd8bf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos – a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 15/9/05, DJ 19/12/06).

Em 2012, na apreciação dos embargos de declaração relativos à mesma ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu modular os efeitos da decisão “[...] para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, a validade dos atos processuais até então praticados e devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada”. (ADI 2797 ED, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 16/5/12, DJe 27/2/13).

É inegável que a defesa da probidade administrativa é questão constitucional, por ser inerente ao Estado Democrático de Direito e também do próprio conteúdo da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Não é possível pensar no conceito de cidadania, no modo em que foi trazida de forma variada pelos diversos Textos Constitucionais, sem estar associada ao modo de agir probo e ético dos agentes públicos no exercício da função pública.

O tema tem sido objeto também de discussões na área do direito internacional. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada pelo Estado Brasileiro em 9 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece em seu artigo 5º que os “[...] Estados Partes se comprometem a adotar políticas públicas contra a corrupção, de forma a promover a participação da sociedade e, concomitantemente, refletir os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de prestar contas” (BRASIL, 2016, p. 6)<sup>19</sup>. Por sua vez, o artigo III da Convenção Interamericana contra a Corrupção estabelece o dever dos Estados de estabelecer normas para “prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados ao; funcionários públicos no desempenho de suas funções”.

Por fim, menciono também que, no âmbito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, as Nações Unidas comprometeram-se, entre outras metas, a promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Para isso, estabeleceu em seu objetivo nº 16 as metas de os países membros, até 2030, reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas, desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis, garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis e ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global.

As perspectivas do direito constitucional e do direito internacional acima elencadas permitem afirmar a existência do dever-geral de proibidade, que deve guiar a atuação de todo agente público no exercício da função pública. Para Carvalho Filho (2017, p. 75)

É o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>> Acesso em: 21 ago. 2018.

probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio. A improbidade acarreta vários efeitos para o administrador. Além de sofrer suspensão de seus direitos políticos, submete-se à perda da função pública, à indisponibilidade de seus bens e à obrigação de ressarcir o erário público pelos danos que cometeu, sem contar a ação penal a que terá de responder. Tais efeitos estão expressos no art. 37, § 4º, da Constituição.

Portanto, dada a estatura constitucional conferida pelo Texto Constitucional de 1988 e, ainda, a existência de marco jurídico internacional sobre o tema (a que aderiu o Estado Brasileiro), a defesa da probidade não pode ser interpretada restritivamente tendo em vista a incidência, ao caso em concreto, da vedação ao retrocesso.

### **A prerrogativa de foro em demandas de improbidade administrativa à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça manteve-se oscilante quanto à existência, ou não, de prerrogativa de foro em relação às demandas de improbidade administrativa.

Em 2001, ao apreciar a reclamação nº 780/AP (Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Corte Especial, julgado em 07/11/2001, DJ 07/10/2002, p. 161), a Corte Especial, por maioria, entendeu que “[...] a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa. Nesse contexto, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação”.

Em 2003<sup>20</sup>, no julgamento do agravo regimental na petição nº 1.885-PR (Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 16/5/2003), a Corte

<sup>20</sup> No mesmo ano, ao apreciar a reclamação nº 591-SP, da relatoria de Sua Excelência o Ministro Nilson Naves, o STJ decidiu, por maioria, que “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”.

Especial entendeu, por maioria, que o STJ não tem competência para apreciar processos em que se discute atos de improbidade administrativa supostamente praticados por Governador de Estado. A prerrogativa de foro dos governadores está relacionada à prática de ilícitos criminais comuns, sendo certo que a investigação de atos de improbidade administrativa extrapola competência expressa preconizada no art. 105, I, a, da CF/1988.

Em 2005<sup>21</sup>, ao apreciar a petição nº 2.588-RO (Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 16/3/05, DJ 9/10/06), o STJ entendeu que “não declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, permanece em vigor o disposto no artigo 84, § 2º, do CPP”, razão pela qual concluiu que é de sua competência julgar ação de improbidade administrativa contra Juízes e servidores do TRT 14ª/Região.

Em 2006, no julgamento do agravo regimental na medida cautelar nº 7.476-GO (Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 1/8/06) e após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 2º do art. 84 no Código de Processo Penal (introduzido pela Lei 10.628/2002), a Corte Especial do STJ, ao apreciar caso envolvendo suposta improbidade praticada por Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual, decidiu que não compete ao STJ processar e julgar a ação de improbidade administrativa fundada na Lei n. 8.429/1992, mesmo que o réu tenha prerrogativa de foro para as ações penais.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento da Reclamação no 2.138/DF, entendeu que “os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, ‘c’; Lei no 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/1992)”. Ainda, entendeu também que “somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos”. (Rcl 2138/DF, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes (art. 38, IV, b, do RSTF), Tribunal Pleno, j. em 13/6/07, DJe 17/4/08)<sup>22</sup>.

Por sua vez, em 2009, ao apreciar a reclamação nº 2.790-SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 2/12/2009), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que devem ser aplicadas as hipóteses de

<sup>21</sup> No mesmo sentido, o acórdão prolatado pela Corte Especial do STJ na Pet 2.639/RJ (Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, j. em 18/5/05, DJ 25/9/06).

<sup>22</sup> Por sua vez, na Petição 3211, decidiu também o STF que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros (Pet 3211 QO, Rel. p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, j. em 13/3/8, DJe 26/6/08).

prerrogativa de foro à demanda de improbidade envolvendo Governadores, pois “é de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (art. 105, I, a, CF/1988), há, em casos tais, competência implícita complementar do STJ”.

Em 2011, por ocasião do julgamento da reclamação nº 4.927-DF (Rel. Min. Felix Fischer, julgada em 15/6/11), a Corte Especial entendeu que pelo princípio da simetria, deverão competir exclusivamente ao STJ o processo e o julgamento de supostos atos de improbidade quando imputados a membros de TRT, desde que possam importar a perda do cargo público.

Por fim, em 2013, ao apreciar o agravo regimental na reclamação nº 12.514-MT (Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/9/13), a Corte Especial do STJ entendeu que ainda que o agente político tenha prerrogativa de foro previsto na CF quanto às ações penais ou decorrentes da prática de crime de responsabilidade, esta prerrogativa não se estende às ações de improbidade administrativa.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, na apreciação da Petição nº 3240/DF entendeu que

[...] a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no primeiro grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa.

Este é o estado da arte atual quanto às discussões sobre a incidência do foro por prerrogativa em relação às demandas de improbidade administrativa.

### **Considerações sobre a inaplicabilidade da prerrogativa de foro às demandas de improbidade administrativa**

A discussão quanto à incidência da prerrogativa de foro relativa a demandas de improbidade administrativa não é recente e tem ocupado os mais diversos ramos do direito.

Quanto à matéria penal, as constituições até agora vigentes têm sido explícitas ao definir normas claras de definição do Juízo Natural

relativas à especificação dos órgãos competentes para processar determinadas autoridades no que tange a prática de crimes. Por sua vez, o direito administrativo sancionador também tem-se ocupado da questão, tendo em vista a polêmica ainda existente quanto à natureza jurídica dos autos de improbidade administrativa.

Poder-se-ia pensar então na aproximação das condutas de improbidade administrativa aos tipos dos crimes de responsabilidade, os quais são disciplinados pela Lei nº 1079/50<sup>23</sup>. Em seu art. 9º (capítulo V), a lei define expressamente hipóteses de crime contra a probidade administrativa.

Essa aproximação é admitida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu artigo que compõe a obra “Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos” que tive o prazer de coordenar. Sua Excelência academicamente defende que “a análise das condutas tipificadas nas Leis 8.429/1992 e 10.079/1950, assim como das penalidades ali previstas, evidencia que tais diplomas estão a disciplinar o mesmo setor do direito punitivo, os chamados crimes de responsabilidade”. Afirma, ainda, que “a disciplina punitiva de ambas as leis opera no mesmo espaço normativo definido pela Constituição, ou seja, no âmbito dos chamados crimes de responsabilidade” (MENDES, 2016, p. 139).

Ainda, menciono também o posicionamento do saudoso Ministro Teori Zavaski em seu artigo “Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro” que também faz parte da referida obra que tive o prazer de coordenar. Sua Excelência reconhece que “embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo”. Conclui Sua Excelência que “o que se afirma é que, sob o ponto de vista constitucional justifica-se, assim, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa” (ZAVASKI, 2016, p. 379).

Por outro lado, Di Pietro (2017, p. 836) entende que “a improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa”.

<sup>23</sup> Mencionam-se ainda o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, alterado pela Lei nº 10.028, de 2000, que trata dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e, ainda, a Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1983, que trata dos crimes de responsabilidade dos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios Federais e seus Secretários.

Por fim, Carvalho Filho (2017, p. 603) expõe o entendimento de que

[...] se a pretensão envolver a perda do cargo, ter-se-á que observar o foro especial, pois que outro órgão jurisdicional estaria destituído de competência para aplicar tal sanção. Se o autor, no entanto, postular a aplicação de sanções sem conteúdo político, nada impede que a ação seja ajuizada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição.

Não há dúvida de que a Lei nº 8429/92 impõe graves penalidades à prática de improbidade administrativa, em cumprimento ao que dispõe por sua vez o art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Não obstante, tenho que esta circunstância, por si só, não autoriza a equiparação de tais condutas às condutas criminais ou mesmo a crimes de responsabilidade.

A improbidade administrativa situa-se dentro do espectro do direito administrativo sancionador. Embora as intersecções entre o direito administrativo sancionador e o direito penal estejam cada vez mais sendo discutidas na doutrina e na jurisprudência, é preciso ter em mente que estas esferas do poder punitivo estatal não se confundem<sup>24</sup>.

Nesse ponto, o entendimento de Selingardi Guardia (2014, p. 776) acrescenta notórios fundamentos ao debate:

Também sob uma perspectiva qualitativa, para alguns autores o ponto central de contraposição é a vocação do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos. No campo do Direito Administrativo sancionador é impróprio aduzir possíveis aplicações do princípio da lesividade do bem jurídico, pois a incumbência da norma administrativa concentra-se no reforço de um modelo específico de gestão ordinária da Administração. Entretanto, a possível existência de uma reprovação ética, moral, como exclusiva característica do Direito Penal,

---

<sup>24</sup> De acordo com Selingardi Guardia (2014, p. 776), “[...] os teóricos que primeiramente atentaram à importância da matéria buscaram distinguir os ilícitos a partir de um critério qualitativo. Assim, os limites específicos de cada ilicitude residem na existência de um desvalor ético presente nos ilícitos penais, bem como na particular característica de imposição de pena restritiva de liberdade na seara criminal. Por outro lado, as sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera ordenação, destinadas à proteção das estruturas do Estado, e, portanto, eticamente neutras”.

de forma veemente é criticada pela doutrina, pois não se pode ignorar a extrema dificuldade de identificar reprovabilidade em alguns ilícitos, como é o caso dos ilícitos penais de bagatela. Por sua vez, a reiteração do cometimento de infrações administrativas de conteúdo econômico apresenta caráter insidioso, em razão dos efeitos gerados em desfavor da coletividade.

Houve, portanto, a opção constitucional de não tratar do tema essencialmente sob a vertente dos crimes de responsabilidade, tendo sido especificadas as sanções que podem ser cominadas. Ou seja, não havendo a previsão de pena restritiva de liberdade, é certo que não se pode afirmar que tais condutas tenham caráter penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a tipificação da conduta, enquanto crime, depende de previsão expressa legislativa, sendo vedada a analogia em matéria penal. Não se pode dizer que os atos de improbidade administrativa se equiparam a crimes tendo em vista que não houve previsão expressa nesse sentido nem na Constituição, nem na norma infraconstitucional.

Nesse ponto, devemos lembrar sempre que, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº 3914/41 (Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais), devemos entender como crime

[...] a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

No caso das ações de improbidade administrativa, o comando expresso no art. 37, § 4º, da Constituição Federal estipula que a conduta ímproba importará “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”. Ressalva expressamente a possibilidade do cabimento adicional da ação penal cabível<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Senão vejamos o posicionamento de Di Pietro (2017, p. 831), segundo o qual “[...] os atos de improbidade estão definidos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com alterações introduzidas pela Lei nº 13.019, de 31-7-14. Muitos deles podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e

Por sua vez, no plano infraconstitucional, dispõe o art. 12, da Lei nº 8429/92 que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, o responsável pelo ato de improbidade está sujeito às penalidades que ali são especificadas.

Quanto à aproximação das condutas de improbidade administrativa com os crimes de responsabilidade, é certo que a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça já restou consolidada no sentido de que os agentes políticos podem ser responsabilizados concomitantemente pela prática de crime de responsabilidade e também por improbidade administrativa<sup>26</sup>. A questão ainda está pendente de apreciação em regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário nº 976566/PA (tema 576 – processamento e julgamento de prefeitos por atos de improbidade administrativa com base na Lei nº 9429/92).

O fato de haver previsão de que o atentado à probidade administrativa é hipótese de crime de responsabilidade não implica em afirmar que o regime jurídico está restrito a este tipo de infração política-administrativa. Como exemplo, podemos citar que o art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais) menciona que a improbidade administrativa é causa de demissão do servidor público na esfera administrativa-disciplinar. No entanto, não é por isso que a improbidade administrativa tem sido entendida unicamente como expressão do poder disciplinar de que dispõe as autoridades administrativas.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que:

É possível a demissão de servidor por improbidade administrativa em processo administrativo disciplinar. A pena de demissão não é exclusividade do Judiciário, sendo dever indeclinável da Administração

---

a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Nesse caso, nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei no 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal”.

<sup>26</sup> Apenas a título de exemplo, cumpre apontar que na Reclamação nº 2790/SC, entendeu a Corte Especial que “excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo presidente da República (art. 85, V, da CF/1988), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86 da mesma carta), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF/1988. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza”.

apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar, conforme o art. 143 da Lei n. 8.112/1990. (MS 14.140-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/12).

Por fim, é importante também levar em consideração que as normas definidoras de competência em razão da pessoa devem ser interpretadas restritivamente. Essa foi a tônica adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando, recentemente, decidiu restringir a prerrogativa de foro em relação aos crimes praticados por autoridades, devendo abranger somente os delitos praticados durante o exercício da atribuição funcional e guardar relação com as atribuições desempenhadas.

Essa mesma técnica interpretativa também deve ser utilizada para as demandas de improbidade. A inexistência de regras constitucionais expressas acerca da competência em razão da pessoa para processar e julgar demandas de improbidade não autoriza a possibilidade de interpretação extensiva dos respectivos comandos constitucionais. Quer dizer apenas que o legislador constituinte não quis estender a prerrogativa de foro às demandas de improbidade administrativa.

É necessária, portanto, a atuação do poder constituinte reformador para, querendo, alterar o Texto Constitucional a fim de ali acrescentar tais hipóteses. Essa alteração não pode ser por meio de lei ordinária, à exemplo do que já foi feito na Lei nº 10.628/2002. Se for o caso, deve-se ter sempre em mente o marco jurídico internacional mencionado neste estudo, a que o Brasil aderiu. A vedação de retrocesso no fortalecimento das instituições democráticas, com transparência e responsabilidade, é a tônica que deve guiar o legislador nos debates sobre essa temática tão cara ao Estado Democrático de Direito.

No campo doutrinário e jurisprudencial, são também necessárias mais discussões sobre os limites da intervenção estatal sob a égide do direito administrativo sancionador. Parece-me que o princípio da legalidade não é suficiente, por si só, para assegurar a legitimidade da atuação do Estado nesta vertente, tendo em vista que, em muitos casos, o resultado da intervenção pode ser mais drástico do que a própria intervenção do direito penal.

Ainda, temos de levar em conta que o fenômeno da *administrativização do direito penal* precisa ser discutido, sobretudo tendo em vista seus reflexos sobre a liberdade e a dignidade da pessoa humana. O debate acerca do tema não deve ficar restrito às ciências penais e

deve ter assento também no direito constitucional, que, a meu ver, deve se ocupar sobre o Estado Democrático de Direito e, assim, sobre a limitação do *jus puniendi*, tendo em vista os valores e ideais vigentes na sociedade contemporânea.

### Notas conclusivas

O dever-geral de probidade administrativa, atribuído a todos os agentes públicos no exercício da função pública, é tema que tem sido objeto de todos os Textos Constitucionais que estiveram em vigor desde a época do Império. A análise histórica dos Textos Constitucionais vigentes mostra que sempre foi preocupação do legislador constituinte instituir mandamento constitucional que, em maior ou menor grau, implica na obrigação do legislador constituinte de adotar regras efetivas que deem efetivo aos respectivos comandos constitucionais.

A Constituição de 1988 representa um notório avanço nesse tocante. Ao mesmo tempo em que trouxe o princípio da moralidade como um valor constitucional que deve perpassar a conduta de todo agente público, previu em seu art. 37, § 4º, 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”.

Somente em 1992 houve a edição da Lei nº 8429/92, que dispõe “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Embora, anteriormente, tenha havido a edição de instrumentos normativos, é certo que a referida lei representa inegável avanço legislativo dada a sua abrangência.

Por outro lado, a história constitucional mostra que o legislador constituinte também se preocupou em estabelecer hipóteses de competência originária dos órgãos jurisdicionais para processar e julgar determinadas autoridades na hipótese da prática de crimes comuns e/ou de responsabilidade. Contudo, nunca houve a previsão expressa de que tais hipóteses abrangeriam os atos de improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa é, sem dúvida, um dos principais e mais efetivos instrumentos de que dispõe o direito administrativo sancionatório para coibir práticas que ocasionem enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou, ainda, lesão a princípios da administração

pública. No entanto, a análise de forma sistemática do direito constitucional e do direito administrativo sancionador permite afirmar que tais condutas não devem ser tratadas no âmbito do direito penal, nem como crime comum tampouco como crime de responsabilidade.

Por essa razão, entendo que a incidência das normas de prerrogativa de foro às hipóteses de improbidade administrativa demandaria a atuação do Poder Constituinte derivado. Somente com a alteração do Texto Constitucional é que poderíamos admitir a existência de jurisdição especial a agentes políticos que pratiquem tais condutas. Fora dessa hipótese, incorremos em risco de subverter o sistema de separação de poderes, sob pena de invasão do Poder Judiciário ao papel constitucional que é destinado ao Poder Legislativo.

## Referências

BELÉM, Orlando Carlos Neves. *Do foro privilegiado à prerrogativa de função*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Brasília, DF, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUARDIA, G. E. R. S. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 773-793, dez. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARQUES, Mauro Campbell. *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Forense, 2016.

ZAVASKI, Teori. Improbidade administrativa e prerrogativa de foro. In: MARQUES, Mauro Campbell. *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Forense, 2016.