

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**JOSÉ ALEX SILVA NUNES**

**A (IN) EXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

São Luís  
2014

**JOSÉ ALEX SILVA NUNES**

**A (IN) EXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão como requisito  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. José de Ribamar Caldas  
Furtado.

São Luís  
2014

Nunes, José Alex Silva

A inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa / José Alex Silva Nunes. – São Luís, 2014.

51 f.

Orientador: Prof. Msc. José de Ribamar Caldas Furtado.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Prerrogativas 2. Improbidade administrativa 3. Inexistência de foro 4. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797

CDU 343.35

**JOSÉ ALEX SILVA NUNES**

**A (IN) EXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES  
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão como requisito  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. José de Ribamar Caldas  
Furtado.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Msc. José de Ribamar Caldas Furtado (Orientador)

---

1º Examinador

---

2º Examinador

À minha Família por ser a base de todas as  
minhas conquistas.

## **AGRADECIMENTOS**

Sabemos que agradecer não é uma tarefa fácil. Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que me deu força para trabalhar durante os dias, noites e madrugadas para eu concluir mais esta árdua tarefa. Muitos foram indispensáveis para que eu chegasse até aqui e, a todos devo meus sinceros agradecimentos. À Maria de Jesus, minha mãe, pelo apoio, incentivo, dedicação, carinho e amor que não faltaram em momento algum e por ter acreditado nos meus sonhos. Ao meu irmão, Márcio, que não mediu esforços em me ajudar nos momentos mais difíceis. À Joinilene, minha irmã, que acreditou no resultado deste longo trabalho. À Carla, minha irmã que me apoiou desde o início nessa grande jornada. À Joina, minha irmã, que apesar da distância sempre confiou nos meus estudos. Agradeço aos meus amigos, Agnaldo, Allan, Erikson, Ciel, Everaldo, Freitas, Sérgio, Thiago, Franklin, Leilson, Diogo, Fernando, Cristóvão e Dona Lúcia, pelas palavras encorajadoras, pelo apoio e pela confiança depositada. Agradeço ainda, ao meu professor orientador, José de Ribamar Caldas Furtado, pela contribuição dada na conclusão deste trabalho. Agradeço também, à CEUMA, Casa de Estudantes Universitário do Maranhão que me acolheu nos momentos que precisei e que por longos anos funcionou como minha segunda casa. No anseio de não cometer injustiças, agradeço a todos os amigos que fizeram parte desta caminhada e que hoje se orgulham de poder comemorar o final desta etapa junto comigo. Todos foram essenciais na minha formação profissional. Sem cada um de vocês este momento não se realizaria.

“Tente uma, duas, três vezes e se possível tente a quarta, a quinta e quantas vezes for necessário. Só não desista nas primeiras tentativas, a persistência é amiga da conquista. Se você quer chegar a onde a maioria não chega, faça o que a maioria não faz”.

**Bill Gates**

## RESUMO

O propósito deste estudo é examinar e demonstrar de forma clara e objetiva a inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa de acordo com a então vigente Constituição Federal de 1988. Fizemos uma abordagem acerca do surgimento dos termos *privilégio* e da *Praerogativa*. Apresentamos um percurso histórico a respeito do assunto. Analisamos o conceito e a natureza jurídica do instituto do foro por prerrogativa de função. Demonstramos que após a regulamentação do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e com o advento da Lei 8.429 em 1992, cresceu um sentimento para o efetivo interesse em combater os atos de improbidade administrativa cometidos contra a Administração Pública. Nesse panorama, analisamos a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a decisão tomada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797 do Distrito Federal. Por fim, buscamos traçar e esclarecer os aspectos mais relevantes associados ao tema, rechaçando eventuais preconceitos que possam incidir sobre o assunto, mais precisamente no que diz respeito à qualificação do foro por prerrogativa de função como sinônimo de privilégio concedido às autoridades políticas e jurídicas.

Palavras-chave: Prerrogativas. Improbidade administrativa. Inexistência de Foro. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797.



## ABSTRACT

The purpose of this study is to examine and demonstrate clearly and objectively the lack of jurisdiction by function prerogative in the actions of improper conduct in accordance with the then current Federal Constitution of 1988. We made an account for the appearance of *privilege* terms and *Praerogativa*. We present a historical background on the subject. We analyze the concept and the legal nature of the forum of the institute by prerogative function. Demonstrated that after the regulamentation of paragraph 4 of Article 37 of the Federal Constitution of 1988 and the advent of the 8.429 law in 1992, grew a feeling for the effective interest in combating acts of administrative misconduct committed against the public administration. In this scenario, we analyze the structure of the Supremo Tribunal Federal and the decision on the Declaratory Action of Unconstitutionality No. 2797 of the Distrito Federal. Finally, we seek to trace and explaining the key aspects associated with the topic, rejecting any prejudices that can focus on the subject, specifically with regard to the qualification of the forum by function prerogative as synonymous with privilege granted to political and legal authorities.

Keywords: Prerogatives; administrative misconduct; lack of jurisdiction; Declaratory Action of Unconstitutionality No. 2797

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg -	Agravo Regimental
ADC -	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI -	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CPPB -	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB -	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
LIA -	Lei de Improbidade Administrativa
Pet.	Petição
QO -	Questão de Ordem
Rcl -	Reclamação
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STJ -	Superior Tribunal de Justiça
STF -	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>CONTEXTO HISTÓRICO</b> .....	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>O privilégio da antiguidade clássica ao Brasil atual</b> .....	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>O foro por prerrogativa de função nas Constituições do Brasil</b> .....	<b>19</b>
<b>2.3</b>	<b>O Código de Processo Penal brasileiro e a competência por prerrogativa de função</b> .....	<b>24</b>
<b>2.4</b>	<b>A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função no Brasil</b> .....	<b>26</b>
<b>3</b>	<b>LEGALIDADE, MORALIDADE E PROIBIDADE</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1</b>	<b>A proteção constitucional da moralidade administrativa</b> .....	<b>29</b>
<b>3.2</b>	<b>A Lei de Improbidade Administrativa</b> .....	<b>30</b>
<b>4</b>	<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>35</b>
<b>4.1</b>	<b>O Julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797 do Distrito Federal pelo Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>Consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>47</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Após um longo período da política brasileira em que os militares governaram o Brasil de forma autoritária e que se caracterizou pela falta de democracia, supressão de direitos constitucionais fundamentais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra o regime militar, e que ao mesmo tempo dava privilégios e regalias aos amigos do governo, período que durou 21 (vinte e um) anos, de 1964 a 1985. Logo após essa fase turbulenta da história formou-se uma intensa mobilização da sociedade que estava insatisfeita com esse regime, a qual participou do processo de formação da Assembleia Nacional constituinte de 1987, que ficou marcado na história constitucional brasileira pela sua inovação e abertura à ampla participação popular, motivada pelo retorno do país à redemocratização.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que ficou conhecida como Constituição Cidadã, pois teve ampla participação popular no momento de sua elaboração, dispôs no seu texto de normas, de forma expressa, as competências do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”<sup>1</sup>, e não incluiu no rol taxativo as ações por ato de improbidade administrativa.

Constatamos que após a regulamentação do art. 37, § 4º da Carta Magna, mandamento que cuidou dos atos de improbidade administrativa como conduta considerada inadequada por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio, ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal.

A criação do Decreto-Lei nº 2.848 em 07 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, o Código de

---

<sup>1</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal  
b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;  
c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Processo Penal brasileiro então vigente, estabeleceu a competência por prerrogativa de função, relativamente às pessoas que devam responder perante os Tribunais por crimes comuns e de responsabilidade. Com isso, analisamos a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, as disposições constitucionais e da redação original dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal brasileiro, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002, os quais o próprio STF declarou a inconstitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro traz tanto na Carta Maior como nas Legislações infraconstitucionais preceitos, princípios, regras e normas morais no sentido de melhorar as decisões tomadas pelos nossos governantes. Procuramos estabelecer os pontos mais relevantes relacionados ao tema, pois o assunto em questão gera uma celeuma nas jurisprudências do Superior Tribunal de justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, buscamos traçar um percurso histórico acerca do surgimento do conceito de privilégio e da prerrogativa, especificando suas diferenças, examinamos ainda, a natureza jurídica do instituto do foro por prerrogativa de função e a sua competência de acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro e com a Constituição então vigente. Analisamos os artigos da Lei de Improbidade Administrativa que tipificou as condutas ilícitas, punindo com responsabilização civil, política e administrativa o agente ímprobo, por meio da ação de improbidade administrativa, a fim de obedecer e preservar os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e, de resguardar a boa administração baseada na ética, na boa-fé e na honestidade.

À luz do exposto, analisamos ainda, o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.797 do Distrito Federal apreciada e votada pelo Supremo Tribunal Federal e as consequências da decisão, onde restou claro a inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

## **2. CONTEXTO HISTÓRICO**

Desde os tempos mais remotos os privilégios podem ser observados nas sociedades antigas e continuam evidentes e presentes até hoje nas sociedades contemporâneas. Sempre com o suporte de validade fornecido pelo direito positivo para garantir regalias aos membros de grupos dominantes.

Qualificar e definir a concessão do privilégio dentro de um contexto histórico para a introdução do tema concernente ao foro por prerrogativa de função requer uma avaliação etimológica do mesmo, no intuito de identificar a origem e a sua evolução histórica.

O vocábulo privilégio é oriundo do termo latino *privilegium* que representava “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional”<sup>2</sup>. Ainda hoje, qualquer ato que corresponda à concessão de um privilégio é indicativo de que uma vantagem foi dada a alguém em detrimento de outro, uma permissão especial, ou seja, algo que subverte o direito comum<sup>3</sup>.

O dicionário *Houaiss* da língua portuguesa traz, dentre várias acepções do termo privilégio, a jurídica, segundo a qual se trata de “situação de superioridade, amparada ou não por lei ou costumes, decorrente da distribuição desigual do poder político e/ou econômico”<sup>4</sup>.

O mesmo dicionário se refere à palavra privilégio como “direito, vantagem, prerrogativa, válidos apenas para um indivíduo ou um grupo, em detrimento da maioria; apanágio, regalia” ou “riqueza, conforto, bem material ou espiritual a que só uma minoria tem acesso”<sup>5</sup>.

A *Praerogativa* é outro termo com origem na língua latina, o qual será utilizado com frequência em nosso estudo, cujo significado é a ação de votar em primeiro lugar, ensejando o mesmo sentido do privilégio, pois, servia para designar uma prerrogativa que os centuriões<sup>6</sup> tinham para votarem antes de qualquer classe<sup>7</sup>, tendo assim, a primeira escolha.<sup>8</sup> Sendo assim, é imprescindível a indicação dos passos mais importantes que alicerçaram o surgimento do privilégio a determinados indivíduos até a sua convalidação em prerrogativa de função.

<sup>2</sup> FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1991, p. 439.

<sup>3</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1632.

<sup>4</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa in “houaiss.uol.com.br”.

<sup>5</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa in “houaiss.uol.com.br”.

<sup>6</sup> GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, p. 101: “Quanto ao funcionamento, as centúrias eqüestres perderam o direito de votar em primeiro lugar (o que lhes possibilitava uma grande influência moral sobre o voto das seguintes centúrias), passando essa prerrogativa para uma centúria escolhida por sorteio entre as componentes da primeira classe. A centúria que votava, assim, em primeiro lugar, chamava-se centúria praerogativa.”

<sup>7</sup> FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 199, p. 433.

<sup>8</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: EDIPRO, 1996, Livro 2º, item XXII, p. 55.

A análise deste contexto histórico ajuda na compreensão do perfil adotado pelas primeiras Constituições liberais, as quais sob o signo do republicanismo acabaram por repudiar o privilégio e fixaram o estabelecimento das chamadas prerrogativas.

## 2.1 O privilégio da antiguidade clássica ao Brasil atual

De fato, a associação da ideia de privilégio ou da prerrogativa como situações exorbitantes do direito comum encontrou na esfera pública grega e romana perfeita sintonia, não se podendo negar que estavam relacionadas à vida política e não ao contexto da esfera privada.

Desde cedo o privilégio ou prerrogativa amoldou-se na estrutura pública, o que é exposto com clareza pela professora Marilena Chauí ao citar Moses Finley<sup>9</sup> para situar que a invenção da política competiu às sociedades grega e romana, à medida que a palavra política é grega, no caso, representada pelo vocábulo *ta politika* que, por sua vez, advém de *polis*.

Assim sendo, a criação da política e, obviamente, a inclusão dos privilégios ou prerrogativas na esfera pública já se achava firmada na Antiguidade<sup>10</sup>.

Houve, desde a Grécia antiga, uma nítida estratificação dos segmentos sociais e foram concedidos privilégios aqueles que eram considerados cidadãos livres<sup>11</sup>, ou seja, os participantes da administração da justiça e do governo, que no passado, foram homens de guerra e na velhice ocupavam os cargos mais importantes, na condição de membros do Conselho, onde deliberavam sobre o interesse público e de juízes para sentenciar sobre os direitos dos pleiteantes<sup>12</sup>.

A concessão de privilégios, deste modo, não prescinde da esfera pública, mas, pelo contrário, a sua visualização decorrem da vida política que se estabeleceu nas cidades-estados gregas e na Roma Antiga, à medida que foram criados os

<sup>9</sup>CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, Unidade 8, Capítulo 7, p. 479-480.

<sup>10</sup>CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p.113: "A política nasceu ou foi inventada quando o poder público, por meio da invenção do direito e da lei, isto é, a instituição dos tribunais e da criação de instituições públicas de deliberação e decisão, isto é, as assembleias e os senados, foi separado das três autoridades tradicionais: a do poder privado ou econômico do chefe de família, a do chefe militar e a do chefe religioso, figuras que, nos impérios antigos, estavam unificadas numa chefia única, a do rei ou imperador".

<sup>11</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 161.

<sup>12</sup>Aristóteles. *A Política*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 98-99.

cargos<sup>13</sup> e órgãos públicos<sup>14</sup>, os quais naturalmente se ajustaram à concepção do chamado direito público.

A vida política grega deixava clara as vedações impostas aos estrangeiros e aos que sofreram condenação quanto à participação em determinadas atividades da vida pública, notadamente, as atividades primordiais da sociedade<sup>15</sup>, o que é destacado por Mário Curtis Giordani ao enfatizar que os escravos, os periecos<sup>16</sup>, os metecos<sup>17</sup>, as mulheres, os artesãos, os mercadores e agricultores não ocupavam cargos mais importantes na estrutura grega.

Os patrícios, do grego patriótes (patrício) que deu origem a patriota, eram cidadãos de República Romana que constituíam a aristocracia romana, a sua nobreza. Detinham vários privilégios governamentais, dentre eles, a isenção de tributos, a exclusiva possibilidade de se tornarem soberanos de Roma e também a de serem senadores. Desempenhavam altas funções públicas, no exército, na religião, na justiça ou na administração. Eram grandes proprietários de terra e credores dos plebeus. Os patrícios, descendentes das famílias mais antigas de Roma, ou seja, também dos chefes tribais da região do período pré-romano, foram, durante o Reino de Roma, a República Romana e o Império Romano, os donos das maiores e melhores terras, anfitriões das mais luxuosas festas e dominavam a cena política.

Na história do direito processual penal, o embrião do foro privilegiado surge como uma manifestação do processo penal romano, sendo assinalada como uma das mais importantes modificações realizadas neste período a criação de “certos privilégios que suspenderam, em favor de determinadas classes de pessoas, as regras ordinárias da instrução criminal.”

Conforme José Mendes de Almeida Júnior, não se está referindo à jurisdição especial para julgamento de crimes militares, a qual, para o jurista, não é um

---

<sup>13</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 144.

<sup>14</sup>TAVARES, Ana Lúcia de Lyra; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). *Direito Público Romano e Política*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 165.

<sup>15</sup>COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 144.

<sup>16</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 165: “que habitam ao redor – antigos habitantes do país submetidos pelos conquistadores e seus descendentes. Considerados estrangeiros em Esparta.”

<sup>17</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 170-171: “os que habitam com – eram os estrangeiros domiciliados em Atenas”.



privilégio, mas sim “aos senadores, cujos crimes eram julgados por senadores, aos eclesiásticos que não eram julgados senão pelas jurisdições mais altas,” bem como às isenções, consubstanciadas nas *quaestiones* ou tormentos para os soldados e seus filhos, para os veteranos do exército, para os decuriões<sup>18</sup>, para os *clarissimi* em geral e, ao livramento sob caução simplesmente juratória para os dignitários do Império, dentre outros.

Há no Direito Romano, o brocardo “*princeps lege solutus est*” ou, em outras palavras, *o príncipe está isento de cumprir o que a lei determina*.

É interessante o raciocínio formulado por Baruch de Espinosa<sup>19</sup> quanto às distorções cometidas pelo intérprete da lei quando o mesmo a realiza em proveito próprio, obviamente, não produzindo entendimento ou conclusão que lhe seja desfavorável, o que está descrito como um privilégio.

A partir da Idade Média no período Justiniano, tornam-se comuns Instituições que duraram praticamente toda a Idade Média, como a forte separação em classes. Assim, surgem leis que puniam de modo diferenciado as pessoas de acordo com a classe a que pertenciam, um exemplo é a *Lex Julia de adulteriis*, sobre casamento, que punia o homem de baixa extração com suplícios corporais e o nobre com o confisco de metade de seus bens.

Também passam a existir diferenças processuais, como a hierarquia entre as testemunhas, pois, a palavra de um nobre valia mais que a palavra do homem comum, e tribunais ou foros especiais para certas classes estabelecendo o princípio do julgamento pelos pares, onde nobres julgavam nobres e clérigos julgavam clérigos.

---

<sup>18</sup> Decurião (em latim: *decurio*), era o oficial de cavalaria do exército romano que comandava um esquadrão (turma) de aproximadamente 30 homens. Não deve ser confundido com o decano, que era o suboficial que comandava um grupo de 10 homens na centúria, e encontrava-se logo abaixo do centurião. Este na hierarquia militar romana era o sexto na cadeia de comando numa legião e o oficial responsável por comandar uma centúria, dando ordens que deveriam ser prontamente obedecidas pelos homens que liderava, inclusive na rápida execução de uma qualquer formação militar e, encarregava-se da disciplina e instrução da legião.

<sup>19</sup>Baruch de Espinosa. *Tratado Político*. 2003, p. 226. “Os que exercem, ou detêm o poder, sempre que cometem algum crime, procuram apresentá-lo como se fosse um direito e persuadir o povo de que agiram honestamente, coisa que conseguem com facilidade quando toda a interpretação do direito depende unicamente deles. É evidente que, quando assim acontece, eles extraem do próprio direito a máxima liberdade para fazerem tudo o que querem e que o instinto lhes sugere; pelo contrário, se o direito de interpretar as leis pertence a outro, e se, ao mesmo tempo, a sua verdadeira interpretação for de tal maneira clara para todos que não deixe nenhuma margem para dúvidas, essa liberdade estará em boa parte vedada”.

A Igreja Católica teve influência na definição das regras processuais destinadas na apuração dos crimes que envolvessem determinadas pessoas, principalmente, no século V, ao final do Império Romano, quando ficou estabelecido que, quando os Senadores praticassem algum delito, o seu julgamento e processamento competiriam aos seus pares, enquanto, aqueles delitos atribuídos aos membros eclesiásticos, competiriam às autoridades da Igreja<sup>20</sup>.

Durante o período na França, com Carlos Magno, passou-se a ter uma referência de domínio real absoluto quanto ao exame de todas as questões envolvendo a nobreza, daí porque, no tocante a realização de julgamentos, constata-se o registro da chamada Corte dos Pares que, acabou por se constituir num tribunal especial com a finalidade de proceder ao julgamento somente dos seus semelhantes, ou seja, uma nítida fixação de privilégios, uma vez que preservaram o julgamento do acusado adstrito às pessoas do seu grupamento social<sup>21</sup>.

É necessário observar, entretanto, que a noção fixada para o julgamento pelos pares ou a Corte dos Pares na França sofreu uma forte oposição advinda do poder real no final do século XIII, pois o monarca se intitulava a fonte de toda a justiça, *rex est fons mnismodi justitiae*, isto é, “*toda a Justiça emana do rei*”. A formação da *Curia Regis* é o indicativo da concentração absoluta do poder real, ou seja, “*o rei é o único juiz; pode fazer-se assistir por conselheiros; pode delegar neles o seu poder de julgar, mas pode também reter a justiça em si, ou permitir um recurso contra qualquer decisão proferida por uma jurisdição real*”<sup>22</sup>.

Com a chegada dos tempos modernos, os privilégios reais foram sendo limitados e abolidos devido ao surgimento do parlamento como sistema de governo. Sintomáticos são os seguintes diplomas: o "Petition of Right" de 1628, o "Habeas Corpus Act" de 1679, o "Bill of Rights" de 1689 e o Decreto de Estabelecimento de 1701. É possível, assim, concluir que as limitações aos privilégios tiveram uma influência decisiva no constitucionalismo inglês que se espalharia pelo mundo após as Revoluções Liberais.

Na península ibérica, os monarcas possuíam um poder maior dentro de seu território, sem oposição de uma nobreza forte, mas com uma maior influência da Igreja, o que acabou por gerar uma situação bem diferente daquela existente na

---

<sup>20</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 250.

<sup>21</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 135 e p. 279-280.

<sup>22</sup>GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 180.

Inglaterra, mudando as relações entre os monarcas e o Clero e facilitando o desenvolvimento de legislações próprias que concediam muitos privilégios, como a Lei das Siete Partidas castelhana e as Ordenações portuguesas. As ordenações traziam, também, regras para efetivar a punição de modo distinto de acordo com a classe social a qual as pessoas pertenciam, como nobres e clérigos.

Assim como as regras romanas do período bizantino, as ordenações portuguesas traziam tanto regras de direito material como de direito processual. Com o passar do tempo, várias categorias adquiriram privilégios, não só de foro, como os "letrados" e outros funcionários reais de menor escalão, nas Ordenações. Estas Ordenações foram aplicadas no Brasil Colônia, ficando em vigor até a edição dos primeiros códigos brasileiros durante o Império, em fins do século XIX, e na República Velha, no início do século XX.

A Revolução Americana foi a primeira a realizar uma revogação de todos os privilégios definidos a partir da origem das pessoas, isto é, levando-se em conta a classe a qual pertenciam. Algum tempo depois, a Revolução Francesa, também teve o mesmo sentido de eliminação dos privilégios de nascimento. Assim, a igualdade foi a "pedra angular" da Revolução Americana, conforme dito por Alexander Hamilton, e, também, da Revolução Francesa.

Os agentes das revoluções perceberam a necessidade de cercar-se de determinados cargos, de certas qualidades que tornasse possível o seu desenvolvimento independente, isto é, sem influências. Foi assim que apareceram as prerrogativas separadas dos privilégios, pois, certos cargos precisavam de garantias que permitissem o seu bom exercício, como a vitaliciedade dos magistrados, por exemplo.

A utilização da função ou do cargo para determinar o foro de julgamento como forma de substituir os privilégios pessoais, isto é, aqueles conferidos a pessoas em virtude da classe na qual nasceram, apareceu pela primeira vez na Constituição Americana de 1787, no instituto do "impeachment", funcionando apenas para os casos de responsabilidade política. Essa técnica foi muito ampliada pela Constituição espanhola de 1812 e a portuguesa de 1822. As constituições posteriores desses países mantiveram esse instituto, até os dias atuais.

## 2.2 O foro por prerrogativa de função nas Constituições do Brasil

Primeiramente, é mister salientar que os termos Foro Privilegiado e Foro por Prerrogativa de Função traduzem o mesmo significado. Para alguns doutrinadores, por um critério mais técnico, o termo Foro por Prerrogativa de Função é mais convincente, pois evita confusões em relação ao nome Foro Privilegiado que, naturalmente, remete a um paralelismo com privilégios pessoais imputados ao agente. Além disso, permite dirimir as dúvidas que o instituto realmente apresenta com objetivo de proteger o cargo inerente àquela pessoa, ao invés de privilégios pessoais.

A Assembleia Constituinte de 1823, que antecedeu a Constituição de 1824, tinha um viés praticamente dominado por liberais que queriam uma Monarquia constitucional restrita. Contudo, isto se chocou com a vontade do imperador e a estrutura predominante no Brasil, senhorial e escravocrata. Com a dissolução da Assembleia e a outorga da Constituição pelo Imperador, surpreende a manutenção do fim dos privilégios de natureza pessoal, deixando apenas aqueles de natureza real, isto é, as prerrogativas relativas aos cargos.

A estrutura constitucional surgida com a Carta outorgada de 1824 introduziu, entre nós, a figura do Poder Moderador, embora a Constituinte de 1823 nada tivesse falado acerca deste privilégio que foi conferido ao Imperador, de possuir um controle direto sobre os demais poderes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, o Poder Moderador estabelecido no art. 99 da Constituição do Império afirma que “a pessoa do imperador é inviolável e sagrada, ele não está sujeito à responsabilidade alguma”, uma nítida fixação de um privilégio em favor do monarca.

Não resta dúvida de que o Poder Moderador nada mais foi que a inclusão de um privilégio, ou seja, uma faceta para que o Imperador exercesse o controle absoluto sobre os três poderes do Estado, instituídos pela Constituição do Império.

A primeira Constituição do Brasil de 1824, em seu art. 47, inciso I, previu a competência do Senado para julgar os crimes comuns cometidos pelos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados durante o mandato e os crimes de responsabilidade dos secretários e conselheiros de Estado<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>Constituição de 1824  
Art. 47. E' da attribuição exclusiva do Senado

A estrutura do foro por prerrogativa de função, ou então, como era conhecida à época, “os privilégios reais”, na Constituição do Império, foram esquematizados com o julgamento dos delitos eventualmente cometidos por autoridades junto ao Poder Legislativo e Judiciário.

A Constituição do Império, em seu art. 179, §§16 e 17 deixou clara a abolição dos privilégios.<sup>24</sup>

Por ocasião da supressão dos privilégios estritamente pessoais na Constituição do Império, José Pimenta Bueno, com muito acerto, enalteceu a nova vertente constitucional, para tanto, justificando que “a abolição dos privilégios, salva a única exceção dos que forem essencial e inteiramente exigidos por utilidade ou serviços públicos, é uma outra consequência necessária do justo e útil princípio da igualdade perante a lei<sup>25</sup>”.

Com a proclamação da República, veio a Constituição Republicana de 1891 que também fez expressa alusão ao foro por prerrogativa de função, salientando que proibia o exercício do foro privilegiado e dos tribunais de exceção. Alojando tal vedação no capítulo pertinente aos Direitos e Garantias Individuais, prevendo, assim, a competência do Senado Federal para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e do Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e que a acusação caberia à Câmara dos Deputados, art. 53 da Constituição de 1891<sup>26</sup>.

Em 1934, com Getúlio Vargas no poder, surge a Constituição de 1934, que além de inovar, criando um Tribunal Especial para o julgamento dos crimes de

I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.

<sup>24</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

§16. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente legados aos Cargos, por utilidade publica.

§17. À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminaes.

<sup>25</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. p. 412. (...) para justificar a eliminação dos privilégios pessoais, insere no reconhecimento de que os mesmos são absolutamente odiosos, razão pela qual, a melhor diretriz é aquela que está correlacionada à observância rigorosa de que os “privilégios”, se existentes, devem recair sobre os cargos e empregos, com abono nos seguintes critérios: “A lei deve ser uma e a mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa, que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

<sup>26</sup> Constituição de 1891

Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

responsabilidade praticado pelo Presidente da República, retirando da competência do Senado Federal tal atribuição, deu nova denominação ao Supremo Tribunal, que passou a se chamar Corte Suprema, aumentando o número de pessoas a serem julgadas originariamente pelo órgão jurisdicional, quando acusadas de crimes comuns<sup>27</sup>.

Logo em seguida, em 1937, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, pelo então Presidente Getúlio Vargas, influenciada por ideais autoritários e fascistas, no período do Estado Novo, que apesar de manter o foro por prerrogativa de função, determinou algumas alterações, como a criação do Conselho Federal<sup>28</sup>, que passou a ter competência para julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade, além de consagrar uma imunidade temporária em favor de tal autoridade em relação a atos estranhos às suas funções<sup>29</sup>.

Com o retorno do país à redemocratização e, com a instauração da Constituição de 1946, o texto buscou inspiração nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934 e que previu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar, pela prática de crimes comuns, o Presidente da República que tal competência por prerrogativa de função se achava definida no art. 101, I, alíneas a, b e c da Carta<sup>30</sup>.

Com a mudança de regime e a instauração da Constituição de 1967, manteve-se a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do Presidente da República. No período de vigência da atual Carta houve a decretação do AI-5, que no artigo 5º, inciso I, determinou a cessação de privilégios de foro por prerrogativa de função, cuja aplicação, ao menos, se fez bem efetiva até a

---

<sup>27</sup> Constituição de 1934

Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

<sup>28</sup> Constituição de 1937

Art. 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

<sup>29</sup> Art. 87 - O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

<sup>30</sup> Constituição de 1946

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns;

promulgação da Constituição Federal de 1969. A referida determinação do AI-5, levada a efeito em dezembro de 1968, foi incorporada ao preâmbulo da Emenda Constitucional nº 01/1969, contudo, não teve o condão de suprimir o exercício do foro por prerrogativa a partir de 17 de outubro de 1969, daí porque a competência originária do STF fixada no artigo 119, inciso I, alíneas “a” e “b” teve plena efetividade.

Com a inauguração da nova ordem jurídica constitucional, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe em seu corpo, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República e nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.<sup>31</sup>

O Foro por prerrogativa de função, como o próprio nome indica, significa a prerrogativa que algumas pessoas têm, consoante ao cargo que ocupam, de serem processadas e julgadas por órgãos de instâncias superiores fora do juízo comum. Sendo assim, no caso de pessoas que exercem um cargo Federal, por exemplo, possuem a prerrogativa de serem processadas e julgadas perante o STF. Já no caso de autoridades Estaduais e Municipais a faculdade é concedida perante o Tribunal de Justiça.

Assim, de acordo com a evolução histórica das Constituições brasileiras, nota-se que a tradição em relação à competência de foro por prerrogativa de função dos tribunais sempre foi mencionada pelos seus textos e restrita à prática de crimes

---

<sup>31</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

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

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

comuns, reservando-se ao Senado Federal, em determinadas épocas, o julgamento dos denominados “crimes de responsabilidade”.

Nesse contexto, insere-se o foro especial, instrumento utilizado com o fim de garantir o exercício melhor e independente das funções atribuídas àqueles que exercem cargos de elevada posição na estrutura estatal.

Em essência, da prerrogativa de foro, em primeiro plano, é garantia do exercício livre e independente do mandato, cargo ou função pública e a ideia de que o julgamento pelos tribunais asseguraria maior imparcialidade reside no fato de que, supostamente, tais julgadores teriam maior isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, seja por estarem mais afastados, não estando sujeitos à influência do próprio acusado, seja por terem maior capacidade de resistir a eventuais pressões.

Portanto, o que se apresenta como justo e admissível no ordenamento jurídico brasileiro é o foro por prerrogativa de função, em atenção à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa exerce ou venha a exercer, devendo ser afastado qualquer critério passível de privilégios pessoais, sob pena de ferir um princípio basilar extraído da Constituição Federal de 1988, a isonomia.

Insta acentuar, que o foro especial por prerrogativa de função, prevalece apenas enquanto perdurar a função ou o cargo que o justifica. Desse modo, ainda que o crime seja cometido durante o exercício funcional, não prevalece a competência especial por prerrogativa de função se o inquérito policial ou a ação penal vierem a ser iniciados após a cessação daquele exercício. Tal interpretação está inteiramente ligada à essência da prerrogativa de foro, vez que ela visa assegurar o bom exercício da função pública, e não conceder um benefício ao seu titular.

Nesse ponto, o paradigma inaugurado pela Constituição Federal previu o foro por prerrogativa de função apenas em matéria criminal, ressalvada, em casos expressos, a competência para o julgamento de ações constitucionais, como o mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, habeas corpus e habeas data.

Com efeito, a partir da análise sistemática das normas sobre o foro por prerrogativa de função existentes na Constituição Federal, será possível perceber em que sentido a extensão do foro especial às ações de improbidade compromete a supremacia da Constituição Federal. No plano conceitual, a competência de foro por



prerrogativa de função pode ser definida como poder conferido aos tribunais superiores de processar e julgar determinados agentes acusados da prática de infrações penais.

### **2.3 O Código de Processo Penal brasileiro e a competência por prerrogativa de função**

Um dos critérios determinadores da competência estabelecidos em nosso Código de Processo Penal é exatamente o da prerrogativa de função, conforme está estabelecido nos seus arts. 69, VII, 84, 85, 86 e 87. É a chamada competência originária *ratione personae*.

Evidentemente que estas disposições contidas no código processual têm que ser complementadas com as normas da Constituição Federal e pela jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe o art. 69 deste código que uma das causas determinadoras da competência penal será a prerrogativa de função. Este dispositivo foi complementado pelos arts. 84 a 87 do mesmo diploma processual. É natural que exista este critério determinador da competência, pois a pessoa que exerce determinado cargo ou função pública, evidentemente, deve ser preservada ao responder a um processo criminal, evitando-se, inclusive, ilegítimas injunções políticas que poderiam gerar injustiças e perseguições nos respectivos julgamentos.

É razoável, portanto, que um Juiz de Direito, um Deputado Estadual ou um Promotor de Justiça seja julgado pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e não por um Magistrado de primeira instância, em razão da “necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos”, na lição de Maria Lúcia Karam. Para a autora, não há “propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos jurisdicionais superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado”<sup>32</sup>.

Os arts. 86 e 87 do Código de Processo Penal<sup>33</sup> estabelecem as pessoas que, em razão do cargo, devem ser julgadas por órgãos superiores da Justiça,

---

<sup>32</sup> *Competência no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3a. ed., 2002, p. 30-31.

<sup>33</sup> Art. 86. CPP. Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar:  
I - os seus ministros, nos crimes comuns;

disposições estas que precisam ser relidas à luz da Constituição Federal e das constituições estaduais.

O art. 29, X da Constituição Federal determina o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça. Se o Prefeito, porém, vier a cometer um delito da alçada da Justiça Comum Federal (por exemplo, desvio de recursos federais sujeitos à fiscalização da União) a competência será do respectivo Tribunal Regional Federal, segundo entendimento firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RT 745/479 e JSTF 177/340). A propósito, há duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça<sup>34</sup>.

O art. 96, III, da Constituição Federal de 1988 estabelece a competência dos Tribunais de Justiça para processar e julgar os Juízes de Direito e os membros do Ministério Público estadual, ressalvando-se a competência da Justiça Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais. Neste caso, ainda segundo entendimento jurisprudencial respaldado principalmente pelo art. 108, I, “a” da Constituição Federal, mesmo que o delito seja, em tese, da competência da Justiça Comum Federal, a competência continua a ser do Tribunal de Justiça do Estado onde atue o autor do fato (JSTJ 46/532), ainda que a infração penal tenha sido praticada em outro Estado da Federação, pois, a competência pela prerrogativa de função sobrepõe-se à territorial.

Por sua vez, a competência para julgar os Juízes Federais, do Trabalho e Militares e os membros do Ministério Público da União, salvo os que oficiem perante Tribunais, que serão julgados pelo STJ, é do Tribunal Regional Federal da área da respectiva jurisdição ou atribuições, ressalvando-se também a competência da Justiça Eleitoral, art. 108, I, “a” da Constituição Federal. Nos arts. 102, I, “b” e “c” e 105, I, “a”, vem estabelecida a competência criminal, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

---

II - os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República;

III - o procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Art. 87. CPP. Competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juízes de instância inferior e órgãos do Ministério Público.

<sup>34</sup> *Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça*: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal” e *Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça*: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

## 2.4 A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função no Direito brasileiro obedece a uma circunstância *ratione personae*, ou seja, a sua concessão se estabelece em prol das pessoas, agentes públicos, que dada a importância da atividade, acabam recebendo a prerrogativa de serem processados e julgados junto a órgão constitucional, não pertencente à estrutura da primeira instância ou do juiz singular.

Trata-se da competência funcional originária, que é exclusiva da matéria criminal, pois, como bem declarado por José Antônio Pimenta Bueno, não abrange os feitos cíveis, sendo certo que tem o mérito de proteger as autoridades públicas contra possíveis perseguições ou julgamentos que viessem a ser efetivados pelos juízes singulares, no caso, eventualmente suscetíveis às influências políticas que o julgamento realizado junto aos Tribunais não propicia.

O Professor e doutrinador, Fernando Capez, afirma que “o foro por prerrogativa de função visa preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, e garantir o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um simples privilégio estabelecido em razão da pessoa”.

Por sua vez, para Mirabete, “o foro por prerrogativa de função, consiste no direito de determinadas pessoas serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pela Constituição Federal ou constituições estaduais”.

Sendo assim, o foro por prerrogativa de função é o poder concedido a órgãos superiores do Poder Judiciário para processar e julgar pessoas que exercem determinadas funções de relevância para o Estado, justificando tal tratamento. A competência por prerrogativa de função é entendida por Mirabete como sendo “uma ‘medida de utilidade pública’, pois se trata de uma competência em razão da pessoa, ‘ditada pela função da pessoa’, bem como a dignidade do cargo exercido, não o do indivíduo que a merece”.

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função está associada à ideia de uma garantia fundamental, na hipótese justificada pela circunstância de que a delimitação de um órgão jurisdicional competente na Constituição ou na Lei representa a definição do juiz natural, porquanto, como explica ROGÉRIO LAURIA TUCCI ao se valer da lição de CALAMANDREI, segundo a qual o Juiz Natural é a

determinação de irretroatividade da lei, a qual se apresenta como garantia e na qual “*se consubstancia o inseparável sistema da legalidade*”, razão pela qual a sua previsão no texto constitucional não representa um juízo de exceção, mas sim, uma garantia constitucional. Constituição Federal de 1988

Com efeito, e ainda segundo a lição de Luiz Flávio Gomes, “a competência por prerrogativa de função versa exclusivamente sobre atividades criminais. Não se estende à investigação de natureza civil”<sup>35</sup>.

Desde logo, observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional da igualdade<sup>36</sup> ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção<sup>37</sup>. Aqui, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que exerce na sociedade. Como diz Tourinho Filho, enquanto “o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o ‘foro privilegiado’, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente”.

### **3 LEGALIDADE, MORALIDADE E PROBIDADE**

De acordo com Maria Sílvia Di Pietro, não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. E, quando se exige probidade ou moralidade administrativa, não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa. Com observância da lei, é preciso também a observância de princípios éticos de lealdade, de honestidade de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

---

<sup>35</sup> Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, n. 110, janeiro/2002.

<sup>36</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

<sup>37</sup> Art. 5º, CRFB/88

(...)

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

De acordo com o insigne, José dos Santos Carvalho Filho, “a doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade. Alguns entendem que a probidade é um subprincípio da moralidade”.

Segue o referido autor dizendo que, para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais.

Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição Federal de 1988, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio no art. 37, caput e a improbidade como lesão ao mesmo princípio no art. 37, § 4º.

Além disso, a inserção do princípio da moralidade<sup>38</sup> na Constituição Federal é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição Federal e também em seu artigo 12. Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e à ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros hoje consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 900, 2014. “O princípio da moralidade corresponde a um conceito jurídico indeterminado. Trata-se de conceito de valor, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo. Daí a grande resistência do Poder Judiciário e mesmo de alguns doutrinadores em aceitarem a possibilidade de invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria fala em imoralidade como uma espécie de agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo. A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito”.

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 883.

Contudo, também é possível falar em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios<sup>40</sup> e valores que estão na base do ordenamento jurídico.

### 3.1 A proteção constitucional da moralidade administrativa

O artigo 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil prescreve que administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E 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.

Observa-se, tratar-se, portanto, de uma norma de eficácia limitada cuja aplicabilidade somente ganhou alcance prático com a promulgação da Lei nº 8.429/92 que definiu contornos concretos para o princípio da moralidade administrativa. O dever de punição dos atos de improbidade administrativa tem fundamento constitucional e é também uma imposição do princípio da legalidade<sup>41</sup>.

Vários outros dispositivos constitucionais também fazem referência ao dever de probidade administrativa, tais como o comando inserido no art. 14, § 9º que dispõe que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”. Também o art. 15, V da CF/88 preceitua que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º<sup>42</sup>”.

---

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 901, 2014. “A legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei”.

<sup>41</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454.

<sup>42</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 455.

### 3.2 A Lei de Improbidade Administrativa

A improbidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei nº 8.429/1992 a determinadas condutas praticadas por agentes públicos e também por particulares no exercício da função pública. A Lei de Improbidade Administrativa adveio como concretização do mandamento inserido no texto da Constituição Federal de 1988.

De acordo com a leitura que se faz da fonte normativa sobre a matéria, os atos de improbidade administrativa<sup>43</sup> podem provocar a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Silva, “há, ainda, outros mandamentos dotados de conteúdo correlato que trata dos prazos da prescrição<sup>44</sup> e que trata do crime de responsabilidade do Presidente da República”.<sup>45</sup>

A Carta Magna estabelece mecanismos processuais com natureza de garantias fundamentais, para a defesa da moralidade administrativa. Pode-se citar aqui a ação popular, que consoante o art. 5º, LXXIII, da CF, preceitua que, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A ação popular<sup>46</sup> é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe,

---

<sup>43</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 257ª ed., São Paulo: Atlas, 2013. “Ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa”. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade”.

<sup>44</sup> Art. 37 da Constituição Federal. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento;

<sup>45</sup> Art. 85 da Constituição Federal. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

V - a probidade na administração;

lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão<sup>47</sup>.

No que se refere ao patrimônio público, nos termos do artigo 1º da Lei nº 4.717/65 abrange o patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Ademais, o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, com a redação dada pela Lei nº 6.513, de 20/12/1977, considera patrimônio público "os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico"<sup>48</sup>.

Conforme se depreende do alcance da Lei 8.429/92, no art. 9º, que cuida dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, no art. 10, que trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e no art. 11, que indica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. A noção de improbidade administrativa da referida Lei, é bastante abrangente, modificando qualquer referência legal ou teórica que, anteriormente à edição dessa lei, vinculasse o termo "improbidade" à ideia de desonestidade.

A partir da LIA devemos entender a improbidade administrativa como aquela conduta considerada inadequada por desonestidade, descaso ou outro

---

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 883, 2014. "A ação popular foi a primeira que surgiu no direito brasileiro com características que a distinguem das demais ações judiciais; nestas, o autor pede a prestação jurisdicional para a defesa de um direito subjetivo próprio, sob pena de ser julgado carecedor da ação, por falta de interesse de agir. Na ação popular, o autor pede a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger".

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 883.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 885.



comportamento impróprio, ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal<sup>49</sup>.

Sendo assim, auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou qualquer atividade, causar lesão ao erário por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres, bem como atentar contra os princípios da administração pública por ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e nas entidades citadas no artigo 1º da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa.

Ainda, estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A grande maioria da doutrina entende que a Constituição Federal preconiza que a sanção da Lei de Improbidade pode ser aplicada independentemente de um processo criminal, o que conduz ao reconhecimento de que as sanções de improbidade administrativa não têm caráter penal, mas civil. Assim, estaria afastada a hipótese de competência por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa.

O artigo 102, inciso I, alíneas "b" e "c", da Constituição Federal também não estabeleceu qualquer prerrogativa por função aos agentes políticos para serem julgados por atos de improbidade administrativa no Supremo Tribunal Federal. Se o

---

<sup>49</sup>Lei nº 8.429/92.

(...)

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

constituente originário assim quisesse, teria estabelecido, mas não o quis, deixando as prerrogativas de função no Supremo Tribunal Federal apenas para os casos de crimes comuns e os crimes de responsabilidade.

O legislador procurou estabelecer tipos configuradores de improbidade administrativa, atento ao princípio da reserva legal. E, como não poderia deixar de ser, mostrou que é inconfundível a presença de um traço comum e característico à improbidade administrativa, como sendo o despreço para com os deveres de dignidade, honestidade, boa-fé e transparência no trato com a coisa pública.

A insigne doutrinadora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>50</sup>, rechaça a hipótese de confusão entre o ilícito penal e o ato de improbidade administrativa, baseando-se no texto constitucional, que, ao tratar da improbidade administrativa, após indicar as medidas sancionatórias cabíveis aos atos de improbidade, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “sem prejuízo da ação penal cabível”. Assim, entende que os ilícitos definidos em lei como atos de improbidade podem perfeitamente corresponder a um crime definido em lei penal, “sendo claramente possível a coexistência de uma ação criminal e uma ação de improbidade administrativa”.

Partilhando do mesmo entendimento, Fábio Medina Osório<sup>51</sup> acrescenta que “não se pode transformar em um ilícito penal o que se considera não penal na Constituição”.

E assim sobreveio a Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, bastante diferente da antiga Lei nº 1.079/50, Lei dos Crimes de Responsabilidade. Enquanto esta criava um processo político de julgamento no Senado Federal e nas Assembleias Legislativas, aquela criava, em verdade, um procedimento judicial, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de Primeira Instância, independente da autoridade envolvida, seguindo o rito ordinário do Código de Processo Civil.

A Lei n. 8.429/92 não faz qualquer restrição do seu alcance quanto aos agentes políticos. Pelo contrário, o art. 23, ao tratar da prescrição da ação de improbidade, afirma que o prazo para propositura é de cinco anos após o término do

---

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014, p. 914, 2014

<sup>51</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3ª Ed. Editora: RT. 2013, p.

“exercício de mandato”, de cargo em comissão ou de função de confiança. A simples referência a “mandato” já autoriza a conclusão de que a lei pretende punir também os agentes políticos que praticam atos de improbidade administrativa.<sup>52</sup>

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 2.138 de 13/06/2007, passou a entender que a Lei de Improbidade não se aplica aos agentes políticos quando a mesma conduta já for punida pela Lei dos Crimes de Responsabilidade na Lei n. 1.079/50.

“EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição (Rcl 2.138/DF, Tribunal Pleno, j. em 13-6-2007, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes)”.

A preocupação central do Supremo Tribunal Federal foi evitar o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição, estabelecendo um critério capaz de conciliar a aplicação das Leis 8.429/92 e 1.079/50. Como esta última é lei especial em relação aos agentes políticos, afasta a incidência da LIA quando a conduta estiver tipificada nas duas leis. Importante frisar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal exige duas condições simultâneas para que a LIA deixe de ser aplicada: que o agente político deve estar expressamente incluído entre os puníveis pela Lei n. 1.079/50 e que a conduta precisa estar tipificada na Lei n. 1.079/50<sup>53</sup> e na Lei n. 8.429/92.

<sup>52</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459.

<sup>53</sup> Lei nº 1.079/50

Portanto, esses, são os agentes políticos que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e atendidas as condições acima mencionadas, não se submetem às penas da Lei de Improbidade.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posicionamento diferente. No julgamento da Reclamação 2.790/09, o STJ decidiu que “exceтуada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer sanção por ato de improbidade”. Assim, para o STJ os agentes políticos estão submetidos integralmente à LIA, com exceção do Presidente da República.

Mais complexa é a questão que envolve a sujeição de prefeitos e vereadores à Lei de Improbidade. É que o Decreto-Lei n. 201/67 define crimes praticados por prefeitos e vereadores, sem diferenciar entre comuns e de responsabilidade. Aplicando-se a mesma lógica usada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à Lei n. 1.079/50, os agentes políticos da esfera municipal também estariam fora do alcance da LIA.

#### **4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A ideia de se criar um órgão responsável pela guarda da constituição no Brasil à semelhança da Suprema Corte americana antecede a própria República, pois D. Pedro II já havia pensado em criar instituição semelhante. Muitos dos ministros que inicialmente foram nomeados para o Supremo Tribunal Federal, cuja composição era de quinze juizes, eram do antigo quadro do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que possuía funções típicas de cassação do modelo europeu, estando sempre subordinados ao imperador.

---

(...)

Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

(...)

Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.

O Supremo Tribunal Federal tem sido agente e paciente da história nacional, sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e com isso, vem sofrendo suas consequências. Porém, apesar de todas essas pressões sofridas, foram os ministros que nos momentos mais difíceis da Instituição, se posicionaram pela luta na defesa dos direitos e garantias constitucionais, do estado de direito e o equilíbrio entre os poderes.

Com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, o STF teve o seu papel institucional ampliado, principalmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, também aumentou a sua importância e responsabilidade na tarefa de sua própria realização.

O Supremo nunca foi tão importante em nossa história, e também por isso, nunca se esperou tanto e se cobrou tanto dele, como defende o então ministro Luiz Roberto Barroso em sábias palavras, que: "o fortalecimento de uma Corte Constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade, com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia, é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado".

A composição atual do Supremo Tribunal Federal é definida pela Constituição de 1988, que dispõe a quantidade de ministros, o critério etário, o modo de escolha com a participação do Presidente da República e do Senado Federal.<sup>54</sup>

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem por finalidade assegurar a higidez do Estado Constitucional de Direito, nomenclatura esta adotada para designar o cenário jurídico contemporâneo em substituição à vetusta terminologia de Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da constituição, acolheu a teoria dos freios e contrapesos para limitar os atos praticados em excesso pelos organismos que compõem a Unidade Federativa do Brasil. Os Controles de constitucionalidade adotados pelo Brasil têm suas raízes históricas fincadas no direito alienígena. O modelo de controle difuso de constitucionalidade possui sua

---

<sup>54</sup>Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

base histórica consagrada pelo direito Norte Americano, enquanto o controle concentrado possui sua ascendência genética no direito Europeu.

Com a promulgação dessa nova ordem constitucional houve grandes modificações, contudo, a principal alteração apontada pela doutrina no que se refere ao controle de constitucionalidade foi à ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações objetivas. Essa legitimidade anteriormente era deferida única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República, mas após a promulgação desse diploma a lista de legitimados foi ampliada.<sup>55</sup> Competindo ao STF o julgamento dessas ações.<sup>56</sup>

No Brasil a atribuição de verificar a compatibilidade das normas em face da Constituição Federal de 1988 ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal. Esse controle concretiza-se por meio das ações objetivas instituídas pela Constituição, que atualmente resume-se a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O parâmetro para aferição da validade das normas no controle abstrato é a Constituição, Federal ou Estadual, a depender do objeto da ação. Proferida a decisão no sentido de reconhecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, esta decisão irradiará efeitos *erga omnes*, eficácia contra todos, ex tunc, retroage e vinculante em relação ao Poder Judiciário, a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios e o Legislativo em sua função atípica.

---

<sup>55</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>56</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

- I - processar e julgar, originariamente:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cumpra lembrar que o efeito vinculante proveniente da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato não vincula o Poder Legislativo na atribuição típica de inovar o ordenamento e, tampouco, o pleno do STF. Esse entendimento foi desenvolvido no intuito de evitar o processo de fossilização, petrificação da Constituição, levando, por consequência, ao enfraquecimento da força normativa da constituição.

A teoria de inconstitucionalidade encontra guarida na ideia de hierarquia das normas, de modo que o ápice do ordenamento jurídico deve ser ocupado pela constituição, tendo as demais espécies normativas que guardar compatibilidade formal e material com esse instrumento.

Por tal razão, diz-se que a norma está contaminada pela inconstitucionalidade quando confronta direta e frontalmente a Constituição Federal de 1988.

A Lei 9.868/1999 em seu art. 1º cuidou do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Para não perdermos o foco do objetivo principal do presente trabalho, analisaremos apenas algumas peculiaridades do controle abstrato de constitucionalidade, especialmente, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade.

#### **4.1 O Julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.797 do Distrito Federal pelo Supremo Tribunal Federal**

Sabemos que a competência dos Tribunais Superiores está prevista de maneira expressa na Constituição da República de 1988. Com efeito, as atribuições jurisdicionais originárias da Suprema Corte, tais como definidas no texto constitucional, estão sujeitas a regime de direito estrito – MS 26.119 AgR/MT, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2011, DJe 29/06/2011. Os arts. 102 e 105 da Constituição Federal de 1988<sup>57</sup> listam as competências do Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup> e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

---

<sup>57</sup> Constituição Federal de 1988

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

Em 25 de agosto de 1999, o Supremo Tribunal Federal cancelou a súmula nº 394 do STF que dispunha o seguinte: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. O verbete foi editado em 03 de abril de 1964 e foi cancelado após o julgamento de questões de ordem suscitadas.

O referido verbete exigia uma relação de contemporaneidade, de maneira que o crime cometido durante o exercício funcional resguardava a *perpetuatio jurisdictionis*, ou seja, o processo iniciado numa Corte deveria nela continuar, apesar da cessação da função. Este enunciado, absolutamente despropositado, foi cancelado, ainda que tardiamente, em decisão unânime, tendo como relator o Ministro Sidney Sanches do STF.

A Suprema Corte cancelou a Súmula nº 394, fundamentando, corretamente, que o foro por prerrogativa de função, tendo sua *ratio essendi* na dignidade do cargo, não na pessoa de seu titular, uma vez já não no exercício da função pública, inexistiria razão à sua manutenção a processos posteriores, não obstante que por atos pretéritos *ex officio*. Assim, o Supremo Tribunal Federal havia sepultado o foro por prerrogativa de função para ex autoridades.

De acordo com as palavras de Hugo Nigro Mazzilli, “ao deixarem suas funções públicas, as ex autoridades voltam a ser pessoas comuns, podendo ser julgadas como quaisquer outras, pelo juiz da primeira instância”.

---

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

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

<sup>58</sup> BULUS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 1292-1293). “As competências do STF e do STJ ‘constituem um feixe de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional’. As competências desses tribunais foram enumeradas taxativamente no Texto de 1988, motivo pelo qual nem o Poder Legislativo, mediante a edição de leis ou atos normativos, nem o Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, poderão ampliá-las ou restringi-las”.



Contudo, no dia 24 de dezembro de 2002 foi editada a Lei n. 10.628, modificando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal<sup>59</sup> e autorizando a prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa. Observa-se que a redação do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei n. 10.628/2002 é bastante semelhante ao teor do cancelado verbete 394 do STF. Segundo os Ministros do STF, a edição da Lei n. 10.628/2002, foi uma reação legislativa ao cancelamento do verbete.

O ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, considera inconstitucional<sup>60</sup> o dispositivo que conferia foro por prerrogativa de função: § 2º do art. 84, CPP

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2797/DF, declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84, do CPP. O foro por prerrogativa de função na ação de improbidade administrativa foi declarado, portanto, inconstitucional pelo STF. Assinalou-se, como dito acima, que a competência da Corte é aquela estabelecida pela Constituição Federal, não podendo sofrer alargamento por meio de legislação infraconstitucional<sup>61</sup>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 2797/DF. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Data do Julgamento: 15/09/2005.

---

<sup>59</sup> Lei n. 10.628/2002.

“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 a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 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>60</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. “A norma, neste caso, é inconstitucional, pois cria-se o foro privilegiado, para ações civis através de mera lei ordinária. Somente a Constituição pode estabelecer normas que excepcionem o direito à igualdade perante a lei, aplicável a todos os brasileiros. (...) Ademais, torna-se insustentável dar à ação de improbidade administrativa o caráter penal, isto é, transformar à força o que é civil em matéria criminal, somente para justificar o foro privilegiado. (...) logo, as ações de improbidade administrativa devem continuar a ser propostas no juízo cível apropriado de primeira instância, sem qualquer foro privilegiado a qualquer autoridade”.

<sup>61</sup> BULUS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p. 1293): “A Lei n. 10.628/2002 também é inconstitucional, pois, além de ferir o princípio da taxatividade constitucional das competências do Supremo (CF, art. 102), revigorou a regra da contemporaneidade fato-mandato, inserida na Súmula 394 do STF, cancelada pela Corte em 25 de agosto de 1999. Como o legislador ordinário, ao insistir em perpetuar o foro especial, foi de encontro com a exegese conferida pelo Supremo no cancelamento da Súmula 394, a Lei n. 10.628/2002 violou a Carta de 1988, ao desconsiderar o fato de que o Pretório Excelso é o intérprete máximo do Direito no Brasil (CF, art. 102, caput). Por fim, cumpre esclarecer que quaisquer alterações de competências do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça só podem ser operadas mediante emenda à Constituição”.

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau – as chamadas “associações de associações” – do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP – agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, – o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário – e, em consequência, entre os do Ministério Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei

ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. 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/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19/12/2006).

Os Tribunais Superiores sempre entenderam que, sendo a ação de improbidade administrativa cuidada na Lei 8.429/92 de natureza civil, ainda que proposta contra autoridades que gozem de foro especial por prerrogativa de função para efeitos penais, “deve ser processada e julgada em primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional”. Por ser a competência originária do Supremo Tribunal Federal de direito estrito, não se admite o foro especial por prerrogativa de função para as ações civis de improbidade administrativa.

Diante de tal quadro, resta evidente que não pode o legislador ordinário ampliar o âmbito estrito de competências da Suprema Corte. Ao cuidar da competência do Supremo Tribunal Federal o art. 102, I, a, da Constituição Federal, não incluiu em seu rol as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, não sendo demais relembrar que o art. 37, § 4.º, da Constituição Federal cuidou de expressar a impossibilidade de confusão das jurisdições civil e penal, para os atos de improbidade e para os ilícitos penais, respectivamente.

## 4.2 Consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797 do Distrito Federal, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

Após o julgamento da ADI 2797/DF, o Superior Tribunal de Justiça, afastou sua competência para julgar, originariamente, ações de improbidade e respectivas cautelares – *vide* AgRg na MC 7.487/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 15/03/2006, DJ 17/04/2006, p. 160. A questão concernente à prerrogativa de foro de agentes políticos, decorrente da redação conferida ao art. 84 do CPP pela Lei 10.628 de 24 de dezembro de 2002, estava, pois, superada no âmbito do STJ – *vide* AgRg no REsp 740.084/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/04/2006, DJ 18/05/2006, p. 194.

Assim, em face do efeito vinculante da decisão tomada na ADI 2797/DF, não se admitia foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

Concluiu o STJ que competiria ao juiz de primeiro grau o processo e julgamento de ação civil pública de improbidade administrativa, ainda que no polo passivo da ação figurasse autoridade que detinha foro especial por prerrogativa de função, tendo em vista que as hipóteses de foro especial previstas na Constituição Federal são taxativas.

O raciocínio desenvolvido pelo STJ decorre do parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.868/99<sup>62</sup> e do art. 102, § 2º, da Constituição da República. As decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>63</sup> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Recentemente, no julgamento do AI 556727 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 26/04/2012, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição sufragada na ADI 2797/DF ao revelar que “inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.”

O Supremo também já decidiu que “a prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI 2.797/DF.” (AI 678927 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 1º/02/2011).

Contudo, na emblemática questão de ordem suscitada na Pet 3211/DF, o STF fez uma importante “mitigação” ao entendimento consagrado na ADI 2797/DF.

EMENTA: Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais. (Pet 3211 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. P/ acórdão Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe 27/06/2008).

O caso, é bom situar-nos, envolvia uma ação de improbidade administrativa ajuizada contra um atual ministro do Supremo Tribunal Federal. A Corte deparou-se com uma peculiar situação. Caso cumprisse rigorosamente o entendimento reinante, declinaria de sua competência e encaminharia o processo para a instância de piso.

Após este precedente do STF, a Corte Especial do STJ ao julgar a paradigmática Rcl 2790/SC modificou sua jurisprudência e passou a admitir o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, por simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns.

De acordo com a mais recente posição do STJ, fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, perante o STJ, quanto em crimes de responsabilidade, perante a respectiva Assembleia Legislativa.

## Ementa da Reclamação Constitucional nº 2790/SC.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), 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, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, “seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência”. Voto do Min. Cezar Peluso. 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, perante o STJ, quanto em crimes de responsabilidade, perante a respectiva Assembleia Legislativa. É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns, CF, art. 105, I, a, há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte. (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 04/03/2010).

Após a Questão de Ordem na Pet. 3.211/DF, julgada em 13/03/2008 pelo STF e a Rcl 2790/SC, julgado em 02/12/2009 pelo STJ, este último reviu sua jurisprudência e fixou que não é possível que um juiz de grau inferior venha a julgar um de grau superior, com a possibilidade de impor-lhe a sanção de perda do cargo. Assim, não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau – AgRg na Sd.208/AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 12/04/2010, DJe 12/05/2010. O STJ tem admitido, pois, o foro por prerrogativa de função nas ações por improbidade administrativa.

Na doutrina já encontramos posições que retratam o entendimento do STJ, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, já assinala que “havendo prática de ato de

improbidade administrativa por governador ou seus secretários a competência para julgamento da respectiva ação será do Superior Tribunal de Justiça”.

Ainda mais recentemente, a Primeira Seção do STJ ao julgar a Rcl 4213/ES, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012 assentou que há foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. O caso, todavia, envolvia o julgamento de um desembargador aposentado. Por isso, em razão da aposentadoria do envolvido, que ocupou o cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça, não há que se falar em foro por prerrogativa de função para o julgamento da ação de improbidade administrativa no Superior Tribunal de Justiça. Também recentemente, a Segunda Turma do STJ asseverou que o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente - AgRg no REsp 184.147/RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012.

Desse modo, diante deste singular caso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que compete ao próprio Pretório Excelso o julgamento de ação de improbidade contra ato de seus Ministros. O fundamento central da tese vencedora foi o de que a lógica do sistema judiciário impediria que Ministros do Supremo Tribunal Federal pudessem perder o cargo em decorrência de decisão de juiz de primeiro grau. Logo, tal decisão não corrobora a tese da “competência implícita complementar” referida na justificativa da emenda e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do STF, o Ministro Carlos Britto apenas afirmou que, embora a Constituição da República não tenha previsto hierarquia entre juízes no plano funcional, a jurisdição, em si mesma, é hierarquizada, obedecendo a um sistema rigoroso de escalonamento. Por consequência, seria contraditório um Ministro do STF sofrer sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, dentre elas a perda do cargo, em decorrência de decisão de um Juiz de primeiro grau.

Reiterando, a decisão tomada na ADI 2797/DF, possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário por força do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99. A decisão não vincula, pois, o Supremo Tribunal Federal. Todavia, os demais órgãos do Poder Judiciário estão vinculados ao que decidido pelo STF na citada ação direta.

Desse modo, enquanto não advier nova posição do Supremo acerca do tema, prevalece o decidido na ADI 2797/DF, isto é, não há foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa.

A competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está, descrita de maneira restrita na Constituição da República, sendo inconstitucional qualquer norma infraconstitucional que, a contrassenso da previsão constitucional, traga novas atribuições jurisdicionais a estes órgãos. Somente por emenda à Constituição da República seria possível ampliar as competências do STF e do STJ.

## 5 CONCLUSÃO

O processo histórico relativo à concessão de privilégios, levado a efeito no Brasil Colônia deixara evidente a criação de um padrão normativo que, antes de tudo, se preocupou com a proteção das pessoas nobres ocupantes dos cargos mais importantes do Império.

Após a crise do absolutismo e com as orientações firmadas na Revolução de 1776 e na Revolução Francesa e, com o posterior surgimento das Constituições dos governos liberais que tinham como ideais a liberdade e a igualdade e, que enxergavam na lei a expressão da vontade geral, tiveram como objetivos a eliminação dos privilégios definidos a partir do critério pessoal e logo proclamaram o exercício e a consolidação de um direito de resistência e afastamento dos privilégios existentes, mediante a busca pela igualdade.

Constatamos que após a regulamentação do art. 37, § 4º da Carta Magna, mandamento que cuidou dos atos de improbidade administrativa como conduta considerada inadequada por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio ao exercício da função pública e merecedora das sanções previstas, sobreveio a Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, criando um procedimento judicial, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de Primeira Instância, independente da autoridade envolvida e que não fez qualquer restrição do seu alcance em relação aos agentes políticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, disciplina, *ad litteram*, no seu art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, seguindo uma tradição do direito brasileiro,



assegurando também, o foro por prerrogativa de função aos agentes públicos que são acusados da prática de infrações penais comuns. Esse tratamento diferenciado é conferido pelo texto constitucional não em razão da pessoa do agente, mas em virtude do cargo ou função que ele exerce.

Em virtude disso, o próprio Supremo Tribunal Federal tem refutado, sistematicamente, a tese da “competência constitucional implícita”, sustentando a impossibilidade da extensão jurisprudencial do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa. Destacamos, nesse sentido, a existência de silêncio eloquente do Constituinte Originário, que excluiu as ações por ato de improbidade do rol das competências originárias dos Tribunais.

Ressaltamos que o termo privilégio não se confunde com o instituto do foro por prerrogativa de função, pois este está relacionado com o cargo ou à função exercida pelo agente, enquanto aquele está relacionado diretamente com a pessoa.

Destarte, *ex positis*, o presente trabalho tem o objetivo de analisar e demonstrar que o instituto do foro por prerrogativa de função não é estendido às ações de improbidade administrativa, pois as mesmas não são ilícitos penais, mas sim, um ilícito de natureza civil, política e administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal. Tal instituto somente é aplicável em casos de crimes comuns, em infrações penais, de acordo com o que preceitua a Constituição Federal e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que é o órgão máximo do poder judiciário brasileiro e intérprete último da Carta Magna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\_\_\_\_\_. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**: 5ª Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BELTRAME, Mariana. **Controle Constitucional**. 2010. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Supremo\\_Tribunal\\_Federal](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Supremo_Tribunal_Federal)>. Acesso em: 27 nov 2014.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

COUTO, Sergio. Foro privilegiado: **ética na política e o foro por prerrogativa de função**. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 18, 2002, p.38.

DELGADO, José Augusto. **O foro por prerrogativa de função: conceito e outros aspectos** – a lei nº 10.628/2002 – parte II. *L&C : Revista de Direito e Administração Pública*, v. 7, n. 70, p.2, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/2891>>. Acesso em: 12 jul 2013.

**Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. houaiss.uol.com.br. Acesso em 01 abr 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

FREITAS, Juarez; **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GOMES, Maurício. **Privilégios ao Longo da História e o Princípio da Igualdade**. 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Mau20102.pdf>>. Acesso em: 11 dez 2013.

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA.** LEI 10.628/2002 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI 2.797/DF). PRECEDENTES DO STF E STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília, DF, 3 fev. 2009. DJE 02.03.2009.

JESUS, Damásio de. **Foro por prerrogativa de função.** *Revista do Tribunal Federal Regional. 1ª Região.* Brasília: Imprensa Nacional, v. 15, n. 10, 2003.  
MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **José Antonio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente** / organização e introdução de Eduardo Kugelmas (Coleção Formadores do Brasil). São Paulo: Editora 34, 2002.

LEITE, Rodrigo. **O foro por prerrogativa de função para ações de improbidade administrativa na visão do STF e do STJ.** 2012. Disponível em: <<http://rodrigoleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121938533/foro-por-prerrogativa-de-funcao-para-acoes-de-improbidade-administrativa-na-visao-do-stf-e-do-stj>>. Acesso em: 12 jul 2014.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **O papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Brasileiro.** 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/18033/o-papel-do-supremo-tribunal-federal-no-estado-brasileiro>>. Acesso em: 26 nov 2014.

MAXWELL. **Retrospectiva e considerações sobre o privilégio na História.** Disponível em: < [http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13519/13519\\_3.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13519/13519_3.PDF)>. Acesso em: 21 nov 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva; 2006, p.1183/1184.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 26ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A competência por prerrogativa de função.** 2013. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/artigo/743-Artigo:-A-compet%C3%A2ncia-por-prerrogativa-de-fun%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 26 nov 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Orlando Carlos Neves Belém. **Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função.** Dissertação de Mestrado.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa.** 3ª Ed. Editora: RT. 2013

PEREIRA, Carlos Henrique Camargo. **O critério de composição do guardião constitucional: uma análise comparada do Supremo Tribunal Federal**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31797/o-criterio-de-composicao-do-guardiao-constitucional-uma-analise-comparada-do-supremo-tribunal-ederal#ixzz3LB7YaBUU>>. Disponível em: 27 nov 2014.

PIMENTA BUENO, José Antonio. Apontamentos sobre as formalidades do processo civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral. Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais**: 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. São Paulo: Avercamp, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Profissional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**SÚMULA 208** do Superior Tribunal de Justiça.

**SÚMULA 209** do Superior Tribunal de Justiça.

**SÚMULA 394** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **AgRg no REsp**. nº 839932/DF.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADI nº. 2797/DF**.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **Inq-QO 718/SP**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 23abril 2003. DJ de 16.05.2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**, 34ª. ed., Saraiva: São Paulo, 2012.