
FORO PRIVILEGIADO NO BRASIL

Rubens Alexandre Elias Calixto

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.368

RESUMO

O foro privilegiado, concedido a certos agentes públicos, é bastante polêmico no Brasil, pois alguns entendem tratar-se de privilégio inconcebível. Outros o defendem como instituto necessário à preservação do interesse público, em se tratando de prerrogativa de altas autoridades. A análise de sua origem e evolução demonstra que o foro privilegiado não pode ser considerado intrinsecamente bom ou ruim. Para analisá-lo, é importante verificar suas hipóteses e a justificativa racional de cada uma delas, segundo os valores e fundamentos da sociedade. Em alguns casos, será plenamente justificável. Em outros, não. No presente trabalho, busca-se cotejar o instituto do foro privilegiado com os fundamentos e valores albergados pela Constituição Federal de 1988. Aborda-se, inclusive, sua aplicação nas ações por improbidade administrativa. O direito comparado também é utilizado como critério de análise do instituto.

Palavras-chave: Brasil. Foro Privilegiado. Definição. Fundamentos. Origem histórica. Constituição Federal de 1988. Valores e fundamentos da sociedade. Estado Democrático de Direito. Princípio da Igualdade. Exceções. Justificativa racional. Privilégios. Interesse público. Direito comparado. Ação por improbidade.

1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTOS DO FORO PRIVILEGIADO

Ao descrever os elementos essenciais do foro especial por prerrogativa de função, Régis Fernandes de Oliveira⁴⁰⁴ o define como a parcela jurisdicional (competência) que se destina ao processamento e julgamento de determinadas pessoas por juiz ou Corte prevista na lei ou na constituição. Nestes termos, é a reserva de competência a certo órgão jurisdicional para o julgamento de determinados agentes públicos.

No Brasil, o foro privilegiado, ou foro especial por prerrogativa de função, tem despertado acalorados debates porque muitos veem nele um benefício injustificável e incompatível com o nosso atual modelo constitucional. Para esses opositores do foro especial, ele está em contradição com o princípio da igualdade, tão acalentado pela Constituição Federal de 1988. Eles também argumentam que o foro privilegiado é um dos principais fatores da impunidade de agentes políticos, o que dificulta o combate à corrupção e fragiliza o Estado Democrático de Direito.

Já os que lhe são favoráveis sustentam que se trata de uma necessidade institucional para evitar que altas autoridades sejam processadas de forma indiscriminada e em qualquer ponto do território nacional. Para esses defensores do foro especial, submeter autoridades do alto escalão a um turbilhão de ações judiciais redundaria em significativo prejuízo ao exercício das respectivas funções, contrariando o interesse público no bom funcionamento das instituições.

Fácil perceber que a questão é bastante controvertida e não pode ser tratada de forma maniqueísta, como algo intrinsecamente bom ou ruim.

O foro privilegiado encontra seus primeiros traços nas garantias parlamentares inglesas, previstas no *Bill of Rights* (1688), para assegurar a liberdade de opinião (*freedom of speech*) de integrantes do Legislativo e vedar sua prisão arbitrária (*freedom from arrest*). No primeiro caso, cuidou-se de imunidade material. No outro, de imunidade formal⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Foro privilegiado no Brasil**: análise dos 20 anos da Constituição. In: Revista do Advogado. Ano XXVIII, n. 96, mar. 2008. p. 117.

⁴⁰⁵ *Idem*. p. 110-111.

Naquele momento histórico, tais prerrogativas constituíram uma proteção contra o arbítrio monárquico, atuando como reserva constitucional da liberdade, em consonância com os ideais democráticos.

O foro especial ou privilegiado também deve ser analisado sob uma perspectiva histórica e política, pois somente assim poder-se-á concluir se está ou não em sincronia com os fins e valores que orientam a sociedade.

Nesta ordem de ideias, nos parece evidente que não se pode dar o mesmo tratamento ao foro privilegiado no regime da Constituição Imperial de 1824 e na vigência da Constituição Republicana de 1988, haja vista que essas cartas constitucionais refletem dinâmicas sociopolíticas muito distintas.

Em 1824, o Brasil encontrava-se sob um regime monárquico e absolutista, em que a figura do imperador era simplesmente considerada inviolável e insuscetível de qualquer tipo de responsabilização jurídica, segundo a velha máxima “*the king can do no wrong*” (o monarca não comete erros). Portanto, era histórica e institucionalmente aceitável que o monarca distinguia-se de qualquer outra pessoa e, como tal, era inalcançável aos braços da lei.

Além disso, as desigualdades sociais também eram profundas e institucionalizadas. Tínhamos uma sociedade aristocrática e um sistema econômico oligárquico. A divisão de classes era vista com absoluta naturalidade nos padrões culturais da época.

Em tal contexto, a ninguém estarecia, por exemplo, o voto censitário e masculino, que excluía da participação política os menos afortunados e as mulheres. Nos dias atuais, tais discriminações seriam motivos para se erguer barricadas e apresentar armas.

Portanto, sob a Constituição de 1824, o foro privilegiado soava tão natural como a roupa que vestimos e já começava pelos membros da Família Imperial, cujos atos estavam restritos à jurisdição do Senado Federal (inciso I do art. 47 da Carta de 1824).

Todavia, não podemos ignorar as grandes transformações sociais que ocorreram desde o regime constitucional do império. A sociedade hodierna tem feições muito diferentes. Os valores e fundamentos do Estado Brasileiro são completamente outros e não respeitá-los conduz a uma séria dissintonia orgânica entre estado e sociedade.

Não é possível ignorar que escravidão foi abolida, que passamos a adotar o sufrágio universal e que o princípio da igualdade tornou-se

um dos nossos alicerces sociais, de forma a não se admitir entre as pessoas qualquer discriminação de raça, sexo ou religião. Nos dias atuais, a igualdade é a regra. Qualquer tratamento diferenciado entre cidadãos exige justificativa racional e concreta.

Tais circunstâncias não passam despercebidas de José Afonso da Silva⁴⁰⁶, o qual ressalta que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que num regime puramente liberal seriam facilmente acomodados.

Levando-se em conta nossa realidade social e política, o foro privilegiado encontra dificuldades para conviver harmoniosamente com o Estado Democrático de Direito, proclamado pelo art. 1º da Constituição Federal de 1988, pois em poucas hipóteses se justifica que algumas autoridades detenham tal prerrogativa.

A julgar pela atual estrutura política e social da República, o foro privilegiado é racionalmente justificável para o chefe de governo e ministros de estado, tendo em conta a natureza dessas funções.

Podemos ressaltar três importantes características que diferenciam estas funções executivas das demais: 1) poder decisório concentrado; 2) decisões numerosas, complexas e de repercussão nacional; 3) alto risco de impugnação judicial por interessados e terceiros que discordem da legalidade ou da conveniência das decisões tomadas.

O interesse público recomenda que chefe de governo e ministros de estado tenham estabilidade e segurança para o exercício das suas atribuições, o que poderia ser muito prejudicado se eles tivessem que lidar permanentemente com exacerbada litigiosidade funcional.

Deve ser levado em conta, também, que a exposição demasiada a ações judiciais pode provocar um verdadeiro êxodo dos cidadãos probos e bem intencionados da administração da coisa pública, deixando-a mais vulnerável à sanha dos aventureiros e saqueadores políticos, para quem determinados riscos fazem parte do negócio.

Segundo as mesmas premissas, também é justificável o foro especial para os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados, pois, como representantes do poder, igualmente exercem atribuições diferenciadas, que recomendam as mesmas prerrogativas do Presidente da República e seus ministros.

⁴⁰⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 214.

De outra parte, não há como justificar o foro privilegiado aos parlamentares em geral, porque suas atuações sempre acontecem no âmbito colegiado, com a difusão que lhe é inerente.

Não se está dizendo, com isso, que as atribuições parlamentares sejam pouco importantes. É dispensável assinalar a grande relevância dos parlamentos para consolidação e manutenção do Estado Democrático de Direito. Todavia, a dinâmica colegiada não ficaria comprometida se alguns parlamentares eventualmente tiverem que responder a ações judiciais, em foros diversos, como qualquer cidadão comum.

Além disso, a atuação parlamentar não oferece alto risco de litígios, ao contrário do que ocorre com o chefe de governo e os ministros de estado, e até mesmo com os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados.

Não bastassem essas razões de ordem axiológica e política, tem-se outro inconveniente, agora de ordem pragmática, para desaconselhar o foro privilegiado a todos os parlamentares: a absoluta deficiência estrutural do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outra corte superior para processar e julgar dezenas de réus que ocupam função parlamentar.

Com efeito, a vocação constitucional dos tribunais superiores é o julgamento de questões estritamente jurídicas, com evidente propósito uniformizador do direito, somente dedicando-se às questões fáticas em caráter excepcional.

Essa vocação acaba sendo desvirtuada quando centenas de ações contra parlamentares exigem a dilação probatória e observância do rito comum do processo, em todas as suas fases, demandando tempo, servidores e estrutura física das quais os tribunais superiores não dispõem.

A consequência disso, como a experiência ensina, é a prescrição de muitas destas ações e a impunidade dos autores de ilícitos.

Sob tais perspectivas, não andou bem a Constituição Federal de 1988 quando estendeu o foro privilegiado a todos os senadores e deputados federais, perante o Supremo Tribunal Federal, tanto por crimes comuns como de responsabilidade (art. 102, I, “b”).

A experiência do direito comparado só vem confirmar essa assertiva, pois quase nenhum país da tradição jurídica ocidental estende o foro privilegiado de forma irrestrita a seus parlamentares.

2 FORO PRIVILEGIADO NO DIREITO COMPARADO

Vários são os países que, de alguma forma, reconhecem imunidades e garantias processuais aos seus agentes políticos.

Nos Estados Unidos da América não há previsão na Constituição, ou em suas emendas, de foro privilegiado para qualquer autoridade. A Constituição norte-americana apenas prevê que os senadores e deputados não podem ser presos durante sua participação nos trabalhos das suas respectivas casas, exceto no caso de traição, crime grave ou violação da paz. Também não podem ser questionados em nenhum outro lugar por seus discursos ou debates em qualquer Casa (Seção 6 do Artigo I).⁴⁰⁷

Na Itália, o Presidente da República, na condição de Chefe de Estado, não pode ser responsabilizado pelos atos praticados no exercício da função, salvo no caso de alta traição ou atentado à Constituição, nos termos do art. 90 da Constituição italiana de 1947, caso em que será acusado pelo Parlamento e julgado pela Corte Constitucional, como manda o respectivo art. 134.

Já o Primeiro Ministro e os Ministros de Estado, que formam o Governo da República, estão sujeitos, por crimes cometidos no exercício das suas funções, à jurisdição dos tribunais comuns, mediante a autorização do Senado ou da Câmara dos Deputados. É o que reza o art. 96 da Constituição italiana.⁴⁰⁸

Quanto aos senadores e deputados, gozam de imunidade conferida pelo art. 68 da Constituição⁴⁰⁹ por votos e opiniões manifestadas no exercício do mandato. Além disso, não podem ser submetidos à busca pessoal ou domiciliar, nem podem ser presos ou privados de sua liberdade, ou mantidos em custódia, salvo em cumprimento de sentença definiti-

⁴⁰⁷ “The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place”.

⁴⁰⁸ “Il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale”.

⁴⁰⁹ Com a redação da Lei Constitucional de 29 de outubro de 1993.

va ou prisão em flagrante por crime em que é cominada obrigatoriamente a pena de prisão⁴¹⁰.

Portanto, a Constituição da Itália não estabelece foro privilegiado a parlamentares, Primeiro Ministro e Ministros de Estado, embora lhes outorgue garantias processuais, através da exigência de prévia autorização para que sejam processados nos tribunais ordinários.

Na Alemanha, onde se adota o sistema unicameral, é garantida aos deputados a imunidade por seus votos ou manifestações no parlamento, menos para insultos difamatórios, nos termos do inciso 01 do art. 46 da Constituição de 1949⁴¹¹.

Também são previstas garantias processuais pelos incisos 02, 03 e 04 do art. 46, onde se prevê que um deputado não pode ser preso, processado ou sofrer qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, salvo no caso de autorização do Parlamento. Caso haja prisão em flagrante ou instauração de processo, deve ser imediatamente suspensa se houver pedido neste sentido do Parlamento.

Por previsão do inciso 04 do art. 60 da Constituição da Alemanha, as mesmas garantias de natureza processual, acima declinadas, são aplicáveis ao Presidente da República⁴¹².

Constata-se, portanto, que a Constituição da Alemanha não prevê foro privilegiado para o Presidente da República ou qualquer outra autoridade, embora lhes conceda garantias processuais.

Na França, também há necessidade de distinguir as situações do Presidente da República, do Primeiro Ministro, dos Ministros e parlamentares.

⁴¹⁰ “I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell’atto di commettere un delitto per il quale è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza”.

⁴¹¹ „(1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. ²Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen“.

⁴¹² „(4) Die Absätze 2 bis 4 des Artikels 46 finden auf den Bundespräsidenten entsprechende Anwendung“.

A Constituição de 1958 garante que nenhum membro do parlamento (Senado e Assembleia Nacional) poderá ser processado, perseguido, detido, preso ou julgado por opiniões ou votos que haja emitido no exercício das suas funções. Em matéria criminal, nenhum deles será processado, preso ou julgado sem autorização da Mesa da Casa da qual fizer parte. Esta autorização, contudo, não será necessária no caso de flagrante delito por crime grave ou condenação definitiva (art. 26). Pelo que se vê, há garantias materiais e processuais para os parlamentares, mas não foro privilegiado.

Quanto ao Presidente da República, não será responsável pelos atos praticados nesta qualidade, visto que não exerce atos de governo. Também não poderá, durante seu mandato e ante nenhuma jurisdição ou autoridade francesa, ser requerido para testemunhar nem ser objeto de ação ou ato de informação, instrução ou acusação. Caso em que ficarão suspensos todos os prazos de prescrição ou preclusão (art. 67).

O Presidente da República só poderá ser destituído no caso de descumprimento dos seus deveres manifestamente incompatível com o exercício do seu mandato. A destituição será acordada pelo Parlamento, constituído em Alto Tribunal de Justiça, conforme regulado em lei orgânica própria (art. 68). Portanto, o Presidente da República tem imunidade pessoal enquanto estiver no exercício do cargo, salvo no caso de destituição por grave descumprimento dos seus deveres, quando terá foro privilegiado no Alto Tribunal de Justiça.

Já os membros do Governo (Primeiro Ministro e Ministros) serão penalmente responsáveis pelos atos cometidos no exercício de suas funções e tipificados como delito no momento que os cometeram, caso em que serão julgados pelo Tribunal de Justiça da República (art. 68-1)⁴¹³, composto de doze parlamentares e três magistrados do Tribunal de Cassação, um dos quais presidirá o Tribunal de Justiça da República (art. 68-2)⁴¹⁴. Assim, caso sofram acusação criminal, Primeiro Ministro e

⁴¹³ Art. 68-1. Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

⁴¹⁴ Art. 68-2. La Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.

Ministros também terão foro privilegiado no Tribunal de Justiça da República.

Em Portugal, que também adota o sistema unicameral (Assembleia da República), a Constituição de 1976 prevê regras específicas para o Presidente da República, Primeiro-Ministro, Ministros e parlamentares. Mas, destaca que os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções (art. 117º, inciso 1), o mesmo ocorrendo com os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas (art. 271º, inciso 1).

Os deputados portugueses terão imunidades civis, criminais e disciplinares pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das funções. Também não podem ser arguidos, detidos ou presos sem autorização da Assembleia da República, salvo no caso de prisão em flagrante por crime doloso cujo pena de prisão máxima seja superior a três anos (art. 157º, incisos 1, 2 e 3).

Quanto ao Presidente da República, responde perante o Supremo Tribunal de Justiça por crimes praticados no exercício da função, cabendo a iniciativa do processo à Assembleia da República (art. 130º, incisos 1 e 2). Por crimes estranhos ao exercício das suas funções, responde somente depois de findo o mandato, perante os tribunais comuns (art. 130º, inciso 4).

Portanto, haverá foro privilegiado para o Presidente da República somente no tocante aos crimes de responsabilidade e imunidade processual em relação aos crimes comuns enquanto estiver no exercício do mandato.

Os membros de governo (Primeiro-Ministro e Ministros) também não podem ser detidos ou presos sem autorização da Assembleia da República, salvo por flagrante de crime doloso com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (art. 196º, inciso 1)⁴¹⁵. Entretanto, não há na Constituição de Portugal proibição de abertura de processo criminal contra parlamentares ou membros de governo, tampouco garantia de foro privilegiado.

⁴¹⁵“Art. 196º.1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito”.

Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece situações distintas para o Rei, o Presidente de Governo (Primeiro-Ministro), Ministros e os deputados e senadores.

A pessoa do Rei é inviolável e não está sujeita a responsabilidade (inciso 03 do art. 56). No entanto, para serem válidos, os seus atos devem estar sempre referendados pelo Presidente ou outra autoridade, que se tornará responsável por eles (inciso 02 do art. 64).

Os deputados e senadores têm imunidade material em relação às opiniões manifestadas no exercício de suas funções e durante o exercício do mandato só podem ser detidos em caso de flagrante delito, não podendo ser indiciados ou processados sem prévia autorização da Câmara respectiva. Em caso de processo, deputados e senadores devem ser julgados pela seção penal do Tribunal Supremo (incisos 01, 02 e 03 do art. 71 da Constituição).

A responsabilidade criminal do Primeiro-Ministro e dos demais membros do Governo também será processada perante a Seção Penal do Tribunal Supremo (inciso 01 do art. 102; art. 57.1.2º da Lei Orgânica do Poder Judicial) ⁴¹⁶.

Verifica-se que a Constituição da Espanha reconhece o foro privilegiado para os senadores, deputados, primeiro-ministro e ministros de Estado, mas somente em matéria penal, segundo a inteligência dos citados dispositivos.

Diante do que ficou anotado, constata-se que todos os citados países reconhecem a imunidade parlamentar pelos votos e opiniões manifestadas no exercício da função. Mas, com exceção da Espanha, nenhum deles reconhece foro especial aos parlamentares, limitando-se, alguns, a prever garantias de natureza processual, como a prévia autorização parlamentar para que sejam processados.

No tocante aos chefes de governo e seus auxiliares diretos, os EUA e a Alemanha não conferem foro especial aos seus Presidentes, da mesma forma que Portugal e Itália não o fazem em relação aos seus respectivos Primeiros-Ministros e Ministros.

Somente França e Espanha atribuem foro privilegiado aos seus Primeiros-Ministros e Ministros nas ações de natureza criminal, não ha-

⁴¹⁶ “Art. 102.1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

vendo notícia de que esses agentes políticos teriam privilégio semelhante em ações de natureza civil.

Pode-se aferir, nestes termos, uma clara tendência do Ocidente em dispensar tratamento igualitário a todos os seus cidadãos, incluindo os que exercem funções públicas, salvo naquelas pouquíssimas hipóteses em que a estabilidade institucional recomenda tratamento diferenciado ao governante, enquanto ele estiver no exercício da função.

3 A TEMÁTICA DO FORO PRIVILEGIADO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Quando o tema é a ação por improbidade administrativa, o *foro privilegiado* (ou *foro especial por prerrogativa de função*) tem sido alvo de largas e candentes controvérsias na doutrina e na própria jurisprudência.

Poucos são os seus defensores nesse tipo de ação, que mesmo assim acabou sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal no que tange aos chamados *agentes políticos*, no julgamento da Reclamação 2.138-DF.

De um lado, colocam-se aqueles que advogam a completa impossibilidade do foro especial nas ações por improbidade, devendo o agente político se submeter às regras comuns de competência para o processo e julgamento da ação.

É o caso de Gustavo Senna Miranda⁴¹⁷, para quem o agente político pode ser responsabilizado pela prática dos atos considerados crimes de responsabilidade, se a sua conduta também configurar de improbidade administrativa, em consonância com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, dada a inexistência de ressalva em relação a esta espécie de agente público.

Como fundamentos para a sua tese, o citado autor sustenta que os atos de improbidade administrativa não têm natureza penal e tampouco podem ser considerados crimes de responsabilidade. Alicerçado em Nelson Hungria, sublinha que o crime tem como consequência a pena de

⁴¹⁷ MIRANDA, Gustavo Senna. **Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade**. In: Revista dos Tribunais, ano 96, volume 857, mar. 2007. p. 481-509.

prisão e que nenhum dos atos de improbidade administrativa importa em privação da liberdade. Em objeção à tese de alguns doutrinadores, acrescenta que as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos não são consideradas penas cominadas a crimes, mas somente *efeitos secundários da condenação*, na forma do inciso I do art. 92 do Código Penal vigente.

Prossegue Gustavo Senna Miranda em sua defesa da total impunitividade aos agentes políticos das sanções previstas na Lei 8.429/92, sob a pena de afronta ao princípio da independência entre as instâncias, ao princípio da isonomia e ao princípio da segurança jurídica. Do contrário, afirma que haverá retrocesso social no Brasil, com a criação de terreno fértil para a impunidade.

Francisco Chaves dos Anjos Neto⁴¹⁸ defende posição semelhante e destaca que o Poder Constituinte pretendeu inaugurar um regime especial de tutela à probidade administrativa ao estabelecer variadas formas de responsabilidade, em que se destaca a previsão do § 4º do art. 37 da Carta de 1988. Em vista disso, o mencionado autor critica quem sustente algum tipo de exclusividade punitiva para agentes políticos quando se trata de proteção da probidade administrativa.

Seguindo a mesma trilha, Luiz Gonzaga Pereira Neto⁴¹⁹ anota que existem diferentes esferas de responsabilidade no Direito (civil, penal e administrativa) e que não se pode, nestes casos, cogitar de *bis in idem*, uma vez que, ontologicamente, não se trata de punições idênticas.

Também Luciano Rolim⁴²⁰ defende a submissão dos agentes políticos às sanções da ação por improbidade, tendo como substrato fundamental a ideia de que o foro privilegiado é exceção em nosso regime constitucional e que estendê-lo ofenderia ao princípio do juiz natural, além de violar a regra de que não pode existir foro ou tribunal de exceção.

⁴¹⁸ ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Da plena compatibilidade da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos.** In: Revista de Informação Legislativa. Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, ano 45, n. 177, jan./março 2008. p. 67-73.

⁴¹⁹ PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. **Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei n. 8.429/92.** In: Revista da AGU. Escola da Advocacia-Geral da União, n. 12, abr. 2007. p. 11-20.

⁴²⁰ ROLIM, Luciano. **Limites constitucionais intangíveis ao foro privilegiado.** In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005. p. 111-146.

Acolhendo posição intermediária, Rosimayre Gonçalves de Carvalho⁴²¹ admite que as sanções da Lei 8.429/92 sofrem algumas restrições em relação a alguns agentes políticos, porque não poderia um juiz de primeiro grau afastar do exercício do cargo o Presidente da República ou Ministros de Estado, em relação aos quais há regramentos específicos na Constituição Federal.

Entretanto, referindo-se à linha de pensamento do Ministro Carlos Velloso na Reclamação 2.138, entende que isso não torna a Lei 8.429/92 inaplicável aos agentes políticos, pois, não havendo previsão constitucional expressa de foro privilegiado para ações por improbidade administrativa, não se pode pretender a unificação das jurisdições civis e criminais, como se crimes de responsabilidade fossem e como se não houvesse independência entre as instâncias penal, política, civil e administrativa.

No vértice oposto, estão os que defendem a não submissão de agentes políticos ao regime comum da ação disciplinada pela Lei 8.429/92, porque a eles seriam aplicáveis regimes legais específicos.

É o que pensam Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes⁴²² no tocante à imputação de improbidade a Ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Em face da natureza das sanções aplicáveis, que podem chegar até a perda da função pública, entendem que os juízos de primeira instância seriam incompetentes para processar e julgar causas de improbidade administrativa contra as apontadas autoridades, sob a pena de subversão de todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências.

Sustentam os apontados autores que a ação por improbidade tem *forte conteúdo penal* diante da possibilidade da suspensão de direitos políticos ou perda da função pública, de modo que somente o Supremo Tribunal Federal poderia julgar as autoridades discriminadas na alínea “c” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.

Em linhas gerais, essa tese foi sufragada pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138, após intensos e prolongados debates. Pau-

⁴²¹ CARVALHO, Rosimayre Gonçalves de. **A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos**. In: Direito Federal. Revista da AJUFE. Associação dos juízes federais do Brasil, ano 23, n. 87, 1º trimestre 2007. p. 254-268.

⁴²² WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. In: Revista de Processo, Editora Revista dos Tribunais, ano 27, n. 107, jul./set. 2002. p. 253-257.

tado para julgamento em 20 de novembro de 2002, esse processo, depois de vários pedidos de vista, somente conheceu o seu final na sessão realizada no dia 13 de junho de 2007.

Não se cuidou de julgamento tranquilo, pois a Reclamação foi acolhida por maioria mínima. Dos onze ministros que compunham a Corte, cinco votaram pela improcedência, sendo eles os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Pela procedência votaram os ministros Nelson Jobim (relator), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Maurício Côrrea e Cezar Peluso.

As divergências no STF evidenciam que essa discussão ainda está longe de tornar-se superada e não será surpresa se nos próximos anos houver modificação do entendimento esposado na Reclamação n. 2.138, até mesmo porque a composição daquele tribunal já está bastante modificada.

Prevaleceu o entendimento de que os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/50 e que o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos do regime dos demais agentes públicos. Para a Excelsa Corte, a Lei 8.429/92 regula o regime de responsabilidade previsto no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, enquanto a Lei 1.079/50 disciplina o regime implicitamente estabelecido no art. 102, I, “c”, da Magna Carta.

Partindo desta premissa, a maioria dos Ministros do STF decidiu que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos, que se submetem somente ao disposto na Lei 1.079/50.

Via de consequência, somente aquela Corte tem competência para julgar Ministro de Estado por crime de responsabilidade e, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão dos seus direitos políticos. Com isso, anulou decisão do Juízo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, que havia aplicado aquelas sanções a ex-ministro de Estado.

Por este entendimento, também estariam excluídos do regime da Lei 8.429/92 o Presidente da República, os governadores e seus secretários, os ministros do Supremo Tribunal Federal, os ministros do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República e qualquer outro agente público ao qual a Constituição Federal reconheça foro privilegiado para o julgamento de crime de responsabilidade.

A divergência foi liderada pelo voto do Ministro Carlos Velloso, segundo a qual somente em determinadas hipóteses a Lei 8.429/92 seria inaplicável aos agentes políticos.

Destacou aquele ministro que o princípio da moralidade é exaltado em várias passagens da Constituição Federal de 1988 e por isso devem ser prestigiadas todas as formas de combate à improbidade. Para ele, não há que se falar em crime de responsabilidade em relação a condutas não tipificadas na Lei 1.079/50 e no Decreto-lei 201/67, que regem as ações dessa natureza.

Na visão do Ministro Velloso, a única impossibilidade, na ação por improbidade da Lei 8.429/92, seria a aplicação das penas de perda do cargo e de suspensão dos direitos políticos ao Presidente da República, aos senadores, deputados federais e deputados estaduais, visto que a Constituição Federal prevê expressamente os casos em que isso pode acontecer (respectivamente, art. 86, 55 e 27, § 1º).

Quanto aos demais agentes políticos, aquelas penas somente poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da sentença, feita a interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 15, 51, inciso I, 86 e 87), bem assim do disposto no inciso I do art. 47 e no inciso I do art. 92 do Código Penal, em combinação com o *caput* do art. 20 da Lei 8.429/92.

Sublinhou o Ministro Velloso que isentar os agentes políticos da ação de improbidade seria um desastre para a Administração Pública, posto que, segundo dados recebidos do Ministério Público, havia 4.191 feitos contra agentes políticos em 14 Estados e mais de 500 ações na Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal⁴²³.

Acompanhando a divergência, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu que existe dupla normatividade em matéria de improbidade e que não há impedimento à coexistência de dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado, pois, nas verdadeiras democracias, quanto mais elevadas as funções, maior há de ser o grau da responsabilidade dos agentes públicos.

⁴²³ São do Ministro Velloso as seguintes palavras: “Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe”.

O Ministro Marco Aurélio seguiu a mesma trilha e asseverou que inexistente prerrogativa de foro no âmbito civil e que essa prerrogativa não é prevista no art. 102 da Constituição Federal. Qualificou como retrocesso no Estado Democrático de Direito o reconhecimento do foro especial em tal hipótese.

Em seu voto, também divergente, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a responsabilidade dos governantes é inerente à ideia republicana e que o princípio da moralidade administrativa é vetor que rege as atividades do Poder Público. Acentuou que as sanções em ação por improbidade não têm natureza penal e que a improbidade comporta múltiplas condutas delituosas, sendo muito claro o § 4º do art. 37 da Constituição quando distingue esta multiplicidade. Por isso, os agentes políticos também ficariam sujeitos às sanções da Lei 8.429/92, respeitadas apenas as exigências constitucionais no tocante à perda do cargo e privação do mandato.

A par do brilhantismo dos votos emitidos no julgamento em questão, ficou patente a ferrenha divergência no Supremo Tribunal a respeito do foro privilegiado nas ações por improbidade, denotando que a matéria poderá, no futuro, sofrer nova interpretação daquela Corte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO NO BRASIL

O tema do foro privilegiado necessita de urgente revisão no Brasil, com as modificações constitucionais que se fizerem necessárias.

Sendo justificável o foro privilegiado do Presidente da República e dos Ministros de Estado, o mesmo não acontece em relação aos parlamentares, exceto os presidentes do Senado e da Câmara Federal.

A extensão do foro privilegiado aos parlamentares e outros agentes públicos não deixa de ser uma grande contradição em nossa ordem constitucional: um resquício oitocentista em pleno século XXI.

O foro privilegiado, em si, já está se tornando anacrônico nos grandes sistemas jurídicos ocidentais, não sendo adotado por EUA, Alemanha, Itália e Portugal, nem mesmo para fins penais. Somente França e Espanha reconhecem esse privilégio para seus chefes de governo e ministros, nos crimes comuns e de responsabilidade. No que toca aos parla-

mentares, a prerrogativa de foro por exercício de função se restringe à Espanha.

Percebe-se, neste tema, o descompasso da Constituição Federal de 1988 com a modernidade, denotando que ainda há ranços, em nossa cultura, da distinção de classes existentes no Brasil-Império, embora aqui já não exista monarca e nem aristocracia.

Pode-se argumentar que as altas autoridades da República não podem ficar sujeitas às instabilidades motivadas por processos judiciais, capazes de comprometer a própria governabilidade do país. Nesse caso, é justificável o foro privilegiado para o Presidente da República, como chefe de estado, e aos seus ministros, em nome da estabilidade governamental.

Quanto aos demais agentes políticos, a prerrogativa acaba adquirindo contornos de inconcebível privilégio.

Estudiosos do tema, como Enrique Peruzzotti⁴²⁴, acentuam que um dos valores centrais de uma democracia é a submissão do governo a uma multiplicidade de controles, a fim de assegurar o manejo responsável dos assuntos políticos, sendo que o Poder Judiciário está inserido no chamado *sistema de controles intraestatais (horizontais)*, integrado por agências do Estado que funcionam complementarmente entre si (controladorias, tribunais administrativos, Congresso, Poder Judiciário etc.).

Também Rubem Barboza Filho⁴²⁵ assinala que o Poder Judiciário, sob qualquer ângulo, tem papel decisivo na contenção do avanço da corrupção e para isso deve contar com os seguintes atributos: a) autonomia; b) integridade; c) eficácia.

Sabidamente, os tribunais superiores não estão aptos a suportar grande quantidade de ações distribuídas a eles, denotando quão pernicioso pode ser a concentração da competência para julgar ações contra agentes políticos.

Essas defecções estruturais transparecem em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sobre o andamento das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal (STF) e no

⁴²⁴ PERUZZOTTI, Enrique. **Accountability**. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 477-483.

⁴²⁵ BARBOZA FILHO, Rubem. **Judiciário**. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 536.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde se mostra que a punição de agentes políticos naquelas Cortes é quase nenhuma⁴²⁶.

É preciso mudar essa realidade, fazendo-se as modificações que a Constituição Federal necessitar e alterando-se a forma de interpretar as normas já existentes.

Conforme assinala Luis Roberto Barroso⁴²⁷, a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais, mas sim produto de uma época, de um momento histórico. Nesta ordem de ideias, o direito não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, de escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. A Constituição é um conjunto de normas que deverão orientar as escolhas, tendo em conta princípios, fins públicos e programas de ação.

De qualquer modo, ainda que contraditório, o foro privilegiado é prerrogativa constitucional (art. 102, I, “c”; art. 105, I, “a”). Enquanto estiver previsto pela Constituição Federal, só resta reconhecê-lo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Da plena compatibilidade da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos**. In: Revista de Informação Legislativa. Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, Brasília, ano 45, n. 177, jan./março 2008.
- BARBOZA FILHO, Rubem. **Judiciário**. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 200841.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHO, Rosimayre Gonçalves de. **A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos**. In: Direito Federal. Revista da AJUFE. Associação dos juízes federais do Brasil, ano 23, n. 87, 1º trimestre 2007.

⁴²⁶ Juízes contra a corrupção, p. 10 et seq.

⁴²⁷ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 03, 09 e 28.

- MIRANDA, Gustavo Senna. **Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade.** In: Revista dos Tribunais, ano 96, volume 857, mar. 2007.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Foro privilegiado no Brasil: análise dos 20 anos da Constituição.** In: Revista do Advogado. Ano XXVIII, n. 96, mar. 2008.
- PEREIRA NETO, Luiz Gonzaga. **Os agentes políticos e sua responsabilização à luz da Lei n. 8.429/92.** In: Revista da AGU. Escola da Advocacia-Geral da União, n. 12, abr. 2007, p. 11-20.
- PERUZZOTTI, Enrique. **Accountability.** In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- ROLIM, Luciano. **Limites constitucionais intangíveis ao foro privilegiado.** In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa.** In: Revista de Processo, Editora Revista

