

PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A ESQUIZOFRENIA LEGÍSTICA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Elói Martins Senhoras*

Ariane Raquel Almeida de Souza Cruz*

O foro especial é um instituto jurídico que surgiu com o amadurecimento do Estado Nacional nos processos de passagem de um padrão patrimonialista rumo a um padrão burocrático, tendo como objetivo romper com os privilégios da lógica absolutista da *res privata* por meio de uma esfera jurisdicional específica para garantia da *res publica* e responsabilização dos ocupantes de altos cargos governamentais.

A conversão do subjetivismo dos privilégios em prerrogativas que são definidas objetivamente pode ser apreendida quanto, ao período inicial, com a difusão do racionalismo à época do Iluminismo, e, quanto, ao período de desenvolvimento, com sendo seu desenvolvimento, com o surgimento dos sistemas constitucionais liberais formados desde a revolução francesa e americana.

Embora a rejeição dos privilégios subjetivos tenha se manifestado como uma tendência de convergência internacional ao longo dos últimos três séculos, observa-se um padrão distinto quanto à adoção de privilégios objetivos, como o instituto do foro por prerrogativa de função, o qual tendeu a ser tornar extinto em países pertencentes a um sistema jurídico do padrão *Common Law* em contraposição à sua persistência em países orientados pelo sistema jurídico Romano-Germânico (BELÉM, 2008).

No caso brasileiro, a natural leniência deste instituto jurídico cristalizou ao longo do tempo um complexo padrão normativo que se distancia dos princípios trazidos pelo liberalismo jurídico em razão das distorções produzidas, tanto, de natureza axiológica, ao quebrar o princípio da igualdade, quanto, de natureza fática, ao estender privilégios objetivos a amplas hierarquias de ocupantes de ocupantes de cargo ou função pública, inclusive para causas cíveis.

Segundo Moreira (2012), o instituto do foro por prerrogativa de função obedece a uma lógica de *ratione personae* no sistema normativo brasileiro, cuja concessão se estabelece em prol de agentes públicos, os quais recebem prerrogativa de serem processados e julgados pelas cortes superiores, justamente em função da importância das atividades de Estado que exercem.

* Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.works.bepress.com/eloi.

* Professora do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI-RR). Auxiliar de pesquisa, bacharel em Direito e especialista pós-graduada *lato sensu* em Direito Eleitoral. Endereço para contato: raquelkf@gmail.com.

A despeito das pressões existentes no Congresso Nacional brasileiro para acabar com o instituto, especialmente após as manifestações sociais de 2013, o foro por prerrogativa de função persiste forte não só devido à pressão dos políticos, mas principalmente devido à disfuncionalidade do sistema judicial brasileiro, já que a extinção deste instituto pouco afetaria a ocorrência de possíveis crimes em razão do amplo congestionamento processual e do amplo número de instância de recursos, podendo abrir espaço para o aumento da sensação de impunidade no país, já que os processos demorariam mais tempo na vala rasa da justiça comum.

Quadro 1 – Prós e contras ao foro de prerrogativa de função

(+)	<i>Plano político</i>	A justificativa de competência jurisdicional para os casos de foro por prerrogativa de função reside sua explicação de julgamentos em cortes superiores em razão de teórica capacidade de diminuir eventuais riscos políticos, tanto, de influências externas trazidas por pressões políticas, quanto, de perseguição política e venda de sentenças por magistrados, o que traria uma garantia para o agente público exercer sua função com alto grau de independência.
(-)	<i>Plano processual</i>	O problema processual do foro por prerrogativa de função reside na incompatibilidade da estrutura dos tribunais superiores para fazer frente ao volume e ao tipo de trabalho gerado pelo instituto na realização de instrução e produção de provas, o que torna não apenas moroso este tipo de julgamento, mas principalmente ineficiente, tornando inviável condenação devido à prescrição dos crimes, haja vista que os tribunais superiores recebem mais processos contra autoridades do que são capazes de julgar.

Fonte: Elaboração própria.

Por um lado, na curta duração, a contemporânea fixação de foro especial por prerrogativa de função, conhecido como foro privilegiado, faz parte de uma tradição no Direito Brasileiro difundida constitucionalmente (BRASIL, 1988) e recriada infraconstitucionalmente por meio de dispositivos como a Súmula 394/1964 do Supremo Tribunal Federal (STF):

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 (STF, 1964).

Durante o período de vigência da Súmula 394/1964 do STF, entre 1964 e 1999, havia a compreensão de que um crime cometido durante o exercício das funções, deveria sempre ser julgado pelo foro especial constitucionalmente previsto, ainda que o agente viesse a ser cassado, ou, mesmo nas situações de renúncia ou término de mandato.

Qualquer ocupante de cargo ou função pública relevante que tivesse cometido crime comum ou crime decorrente do exercício de suas atribuições deveria ser processado e julgado por um órgão superior, ou seja, órgão colegiado, mesmo que esse crime comum tivesse sido cometido antes do indivíduo tomar posse do cargo ou função, caso em que os autos deveriam ser automaticamente remetidos ao órgão colegiado responsável por julgá-lo (OLIVEIRA, 2005, p. 1).

Por outro lado, com o cancelamento da Súmula 394/1964 do STF em 1999 e o consequente surgimento da Lei Federal 10.628/2002 que altera a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, o tema da competência jurisdicional em relação à prerrogativa de função torna-se complexo, pois são introduzidos, com a nova lei, dispositivos para contornar a extinção da Súmula que estendem o foro privilegiado a agentes públicos mesmo após o fim do mandato.

Em primeiro lugar, com o cancelamento da súmula do STF, apenas os crimes cometidos no exercício da função passam a ser objeto de foro privilegiado para julgamento nas cortes superiores, passando a vigorar o entendimento de que crimes comuns devem ser conduzidos em julgamento nas correspondentes cortes inferiores, tão logo seja encerrado mandato ou exercício da função pública.

Em segundo lugar, frente à decisão de cancelamento da Súmula 394/1964 por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) e os riscos políticos de perda parcial do foro privilegiado, os poderes legislativo e executivo se mobilizaram para elaborar e sancionar a Lei 10.628/2002 a fim de promoverem uma blindagem processual aos ocupantes de prerrogativa de função por meio de dois dispositivos:

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 (BRASIL, 2002, Artigo 84, § 1º).

A ação de improbidade de que trata a Lei 8.429, de 02 de julho de 1992, será proposta mediante 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 (BRASIL, 2002, Artigo 84, § 2º).

Sob uma ótica positiva, a nova redação do artigo 84 do Código de Processo Penal traz que a prerrogativa de função somente se firma em um inquérito ou processo naqueles casos sincrônicos em que o réu se encontrar desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta foro especial, ou ainda naquelas situações assincrônicas, posteriores ao término do exercício da função, quando o crime analisado tenha sido funcional, no exercício da função.

Sob uma ótica negativa, os dois dispositivos trazidos pela Lei 10.628/2002 possuem uma natureza conservadora dos interesses dos agentes públicos à medida que contornam a quebra de foro privilegiado com a extinção da Súmula 394/1964 por meio de instrumentos que estendem e recriam foro mesmo após o fim de mandato, tornando processos contra políticos ainda mais morosos.

Porém, a Lei 10.628/2002 não foi plenamente consolidada quanto aos seus objetivos conforme previsão legiferante de blindagem dos ocupantes de cargo ou função pública, uma vez que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não reconhece as prerrogativas de função nas ações de improbidade administrativa.

De um lado, o Supremo Tribunal de Justiça tornou pacífico o entendimento de inexistência de privilégio de foro nas ações de improbidade administrativa, uma vez que “a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade” (STJ, 2014).

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF) deliberou nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.797/2005 e 2.860/2005 e na Ação Cível Originária 2.356/2014 que não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa haja vista a natureza civil que não justifica foro especial para tratamento.

No prisma jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a natureza cível da ação de improbidade administrativa diante da inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, alterados pela Lei 10.628/2002, razão pela qual o réu deve ter sua ação civil tramitada em primeiro grau, mesmo que o ocupante de cargo ou função pública responda criminalmente em corte superior (MOREIRA, 2014).

A recente jurisprudência consolidada pelas cortes superiores reconhece a competência do Juízo de 1º grau para processar e julgar os casos de improbidade administrativa, impactando, assim, em uma quebra da imunidade absoluta, a qual se caracterizava como lógica prevalecente na dinâmica política do país frente à morosidade da Justiça *vis-à-vis* o prazo de prescrição de 5 anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

O entendimento da jurisprudência da corte superior vem de encontro à leitura doutrinária majoritária, a qual entende que a ação de improbidade administrativa, ao possuir uma natureza civil pública não incorpora a lógica de atração do privilégio de foro (prerrogativa de função) que possui interpretação restritiva por ferir o princípio da isonomia republicana, devendo ser julgada por instâncias ordinárias e não por instâncias superiores.

No prisma doutrinário, as ações de improbidade administrativa não são incorporadas pelo instituto de foro por prerrogativa de função, uma vez que ele tem competência funcional originária, exclusividade em matéria criminal, não abrangendo feitos cíveis, característicos em atos de improbidade, conforme Lei 8.429/1992 (BRASIL, 1992).

A despeito da leitura doutrinária e do avanço jurisprudencial na quebra da imunidade absoluta para ocupantes de cargo ou função pública, o foro por prerrogativa de função persiste sendo no Brasil um instrumento que torna o sistema normativo nacional em uma estrutura complexa

de juri frente aos sistemas normativos de outros países, haja vista a característica de um foro privilegiado *de facto* para determinados atores.

No passado, foram inúmeras as discussões quanto à possibilidade do indivíduo não mais no exercício de função pública perpetuar o julgamento perante o órgão jurisdicional que tinha o gozo do foro especial sob argumento de que o foro por prerrogativa se protrairia no tempo. Todas as considerações que levaram [...] apenas servem para exemplificar as distorções que podem ter incidência sobre o assunto até que se alcance a completa descaracterização da prerrogativa de função e a sua conversão em verdadeiro privilégio, fugindo, por completo, à essência do fundamento Republicano (BELÉM, 2008, p. 132)

O foro por prerrogativa de função repercute em um problema legístico, no qual o Poder Judiciário se encontra pressionado a invadir a esfera do Poder Legislativo, dadas as incongruências e a falta de qualidade das leis, as quais não são construídas segundo um padrão linear de planejamento, e, portanto, comprometidas com a otimização da legislação, mas antes, voluntariamente são editadas a fim de atender a determinados interesses políticos.

A falta de coerência consolidada pelo instituto do foro por prerrogativa de função no sistema normativo nacional demonstra que a despeito do Poder Legislativo brasileiro ser tradicionalmente caracterizado pelo silêncio administrativo, quando movido por assuntos de interesses dos próprios políticos, como no caso de improbidade administrativa, há intensa proliferação legislativa, que nem sempre congruente linear ou funcional para o interesse público, o que repercute em recorrente ativismo judicial.

Conclui-se que o instituto do foro por prerrogativa de função criou uma esquizofrenia legal dados os tortuosos embates existentes entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, o que repercutiu em um complexo sistema normativo com baixa qualidade legística, seja em forma técnica, seja em eficiência para produção de resultados.

Referências

BELÉM, O. C. N. *Do Privilegiado à Prerrogativa de Função*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. *Lei 8.429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação 12514 MT, 13 de Março de 2014*. Corte Especial. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <www.stj.jus.br> . Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 2.353 PB, 11 de Março de 2014*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília: STF, 2014. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797 DF, 15 de Setembro de 2005*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: STF, 2014. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.860 DF, 15 de Setembro de 2005*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: STF, 2014. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 394, de 03 de Abril de 1964*. Brasília: STF, 1964. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 09/12/2014.

MOREIRA, R. A. “A competência por prerrogativa de função”. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 18, 2012. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 09/12/2014.

MOREIRA, R. A. “A novela mexicana continua: afinal de contas, quem julga o autor de um suposto ato de improbidade administrativa praticado por quem tem prerrogativa de função junto ao Supremo Tribunal Federal?”. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 4165, novembro, 2014. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 09/12/2014.

OLIVEIRA, J. C. S. “Lei 10.628/2002: Aspectos polêmicos sobre sua (in) constitucionalidade”. *DireitoNet* [28/11/ 2005]. Disponível em <www.direitonet.com.br>. Acesso em 09/12/2014.

