

Superior Tribunal de Justiça

EDcl no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.404.254 - RJ (2011/0039046-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
EMBARGANTE : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**
EMBARGADO : **ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA**
ADVOGADA : **RAQUEL ACHERMAN ABITAN E OUTRO(S)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **NÁDIA DE ARAÚJO E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, em sede de agravo regimental em agravo de instrumento, determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, em razão de o agravante ser deputado federal. Eis a ementa do acórdão embargado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. REMESSA DOS AUTOS AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Trata-se de agravo regimental interposto por Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira contra decisão que negou provimento a seu agravo de instrumento.

2. A Primeira Turma do STJ, acolhendo questão de ordem apresentada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de julgamento realizada em 27/09/2011, entendeu declinar da competência para o julgamento do presente recurso e determinar sua remessa, no estado em que se encontra, ao Supremo Tribunal Federal, em razão de o agravante, que é réu em ação de improbidade administrativa, ter sido eleito, supervenientemente ao ajuizamento da ação, como deputado federal.

3. A Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial até então prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado à ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato. A respeito, vide: Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 29/06/2011; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 12/05/2010; Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04/03/2010.

4. Remetam-se os autos ao STF.

O embargante, pretendendo a atribuição de efeitos infringentes ao recurso integrativo, alega que o acórdão contém omissão e equívocos e aduz:

(i) "não enfrentamento da questão referente à competência taxativa e exaustiva do Supremo Tribunal Federal estabelecido no art. 102, I, da Constituição Federal: indevido estabelecimento, via técnica interpretativa, de foro por prerrogativa de função não previsto na Carta Política para ação de natureza cível [...] em nenhum momento, em rol taxativo e exaustivo, há referência ao processo e julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal das ações de improbidade administrativa ajuizadas em face de deputados federais" (fls. 2.244-2.245).

Superior Tribunal de Justiça

(ii) "inadequada aplicação de entendimento firmado em precedente do STF, que envolve ministro daquela Corte, à presente ação de improbidade administrativa, que foi proposta em face de atual ocupante do cargo de deputado federal: inexistência de hierarquia entre membro do Congresso Nacional e membro da magistratura estadual; indevida incidência do entendimento firmado em Questão de Ordem na PET 3211/DF em detrimento daquele assentado no julgamento das ADIs 2797/DF e 2860/DF: ofensa ao art. 102, § 2º, da Constituição Federal [...] é importante salientar que tais alegações foram recentemente acolhidas pelo ilustre Ministro Castro Meira no julgamento da Ação de Improbidade Administrativa n. 34/RJ, oportunidade em que foi afastada a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar ação de improbidade proposta em face do atual Governador do Distrito Federal [...] a Primeira Turma do STJ, amparada em julgado da Corte Especial, pela via interpretativa, acabou por ressuscitar o conteúdo do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 10.628/2002, que foi expressamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI 2797/DF e 2860/DF [...] cuida-se, como se vê, de manifesto error in iudicando que deve ser corrigido em sede de embargos de declaração, pois, uma vez declarada pelo STF a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função para ações de natureza cível, os tribunais superiores não detêm competência originária para julgar ação de improbidade administrativa" (fls. 2.252; 2.255; 2.257).

Na impugnação do recurso integrativo, apresentada por Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, alega-se que a impossibilidade de atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios, à míngua de omissão e equívocos. Defende-se que "a prerrogativa de foro em ação penal assegurada aos parlamentares federais se estende, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 53, § 1º, e art. 102, I, c), à ação de improbidade, da qual pode resultar, entre outras sanções, à própria perda do cargo" (fl. 2.314).

Autos conclusos em 6 de dezembro de 2011.

É o relatório.

EDcl no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.404.254 - RJ (2011/0039046-8)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO ELEITO PARA O CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. AÇÃO QUE PODE ENSEJAR A PERDA DO MANDATO. FORO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA CORTE ESPECIAL DO STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU EQUÍVOCOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. No caso, não se verificam omissão ou equívoco a serem sanados, porquanto o acórdão ora embargado, de forma fundamentada, clara e coerente, externou o entendimento de que o foro privilegiado também deve ser aplicado à ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato.

3. Conforme fundamentação externada, em voto vista, pelo Ministro Teori Albino Zavascki, "por imposição lógica de coerência interpretativa, a prerrogativa de foro em ação penal perante o STF, assegurada aos parlamentares federais, se estende, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 53, § 1º e art. 102, I, c), à ação de improbidade, da qual pode resultar, entre outras sanções, a suspensão de seus direitos políticos e a própria perda do cargo. Considerando que o fato superveniente, que determinou a modificação da competência, se deu após a interposição do recurso especial e do próprio agravo de instrumento ora em exame (protocolizado em 27/09/2010), é de se considerar, também por analogia com a ação penal, que são legítimos os atos processuais até então praticados, cabendo a remessa dos autos ao STF para apreciar os recursos interpostos".

4. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

No caso, não há omissão nem equívocos que autorizem a correção ou reforma do que fora decidido pelo acórdão embargado.

Com efeito, como consta do acórdão embargado, a Primeira Turma do STJ, acolhendo questão de ordem apresentada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de julgamento realizada em 27/09/2011, entendeu declinar da competência para o julgamento do presente recurso e determinar sua remessa, no estado em que se encontra, ao Supremo Tribunal Federal, em razão de o agravante, que é réu em ação de improbidade administrativa, ter sido eleito, supervenientemente ao ajuizamento da ação,

como deputado federal.

Isso, porque a Corte Especial do STJ, após alteração do entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito do STJ, vem entendendo, de forma pacífica, que o foro privilegiado também deve ser aplicado à ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, quando houver a possibilidade de a autoridade investigada perder o cargo ou o mandato. A respeito, vide: Rcl 4.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 29/06/2011; AgRg na Sd 208/AM, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 12/05/2010; Rcl 2.790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04/03/2010.

A propósito, destacam-se, no que interessa e com grifo nosso, os fundamentos trazidos à solução da questão pelo Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto vista:

Cuida-se, originariamente, de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso especial (fls. 54/109) interposto contra acórdão que, nos termos do art. 17, § da Lei 8.429/92, proferiu juízo positivo de recebimento de ação de improbidade administrativa. Nesse STJ, o Relator, Min. Benedito Gonçalves, negou provimento ao agravo em decisão publicada em 28/06/2011 (fls. 2112/2118, e-STJ). Interposto agravo regimental (fls. 2170/2214), o relator, em seu voto, propôs a manutenção da decisão agravada. Pede vista.

2. Há uma questão superveniente, de ordem pública, a ser dirimida como prejudicial ao julgamento do recurso. **É sabido que o agravante, ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi eleito e diplomado deputado federal no ano de 2010, tendo assumido o mandato no início da presente legislatura. Ora, a jurisprudência assentada por unanimidade no âmbito da Corte Especial, a partir do julgamento da Reclamação 2.115 (DJe de 16/12/09) e da Reclamação 2.790 (DJe de 04/03/10), ambas de minha relatoria, é no sentido de que os agentes políticos, excetuado o Presidente da República, estão sujeitos ao regime da Lei 8.429/92, ficando-lhes assegurado, todavia, o foro por prerrogativa de função.** A ementa do acórdão proferido nesse último julgado resume a orientação adotada:

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 Assembléia 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.

Reproduzo, para melhor compreensão e pela importância do tema, o inteiro teor do voto então proferido:

I – ATO DE IMPROBIDADE E CRIME DE RESPONSABILIDADE DE GOVERNADOR: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO

1. Não está inteiramente pacificada no STF a questão relacionada com a legitimidade ou não do duplo regime sancionatório dos agentes políticos em decorrência de atos de improbidade. Em julgamento pioneiro sobre a aplicação ou não da Lei 8.429/92 a Ministro de Estado, vingou no Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, o entendimento de que "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, § 4.º (regulado pela Lei 8.429/1992), e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4.º) pudesse abranger também atos praticados por agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição", razão pela qual "somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos" (STF, Recl. 2.138, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 10.04.2008).

A corrente contrária sustentou que a Constituição não impede, mas, ao contrário, admite expressamente (no § 4.º do art. 37) a duplicidade de regime (civil e penal) para os ilícitos de improbidade. Ademais, nem todos os atos de improbidade previstos na Lei 8.429/92 estão tipificados como crimes de responsabilidade pela Lei 1.079/50, razão pela qual o duplo regime somente se configuraria, se proibido fosse, em relação às tipificações coincidentes, não quanto às demais. Mesmo para essa corrente, todavia, a aplicação da Lei 8.429/92 deve ser mitigada em relação aos agentes políticos, para os quais não é admissível a imposição da sanção de perda do cargo ou de suspensão dos direitos políticos, ao menos em juízo de primeiro grau ou antes do trânsito em julgado. Relativamente a esses agentes, a referida Lei deve, portanto, ser adotada, mas com ablação dessas sanções. São ilustrativos desta polêmica, além dos votos proferidos naquele precedente e em outros julgados do STF, os que constam da ADI 2.860-0, Min. Pertence, DJ 19.12.2006.

2. Um ponto comum pode ser identificado nas duas correntes: implícita ou explicitamente, ambas reconhecem e procuram superar a perplexidade de submeter agentes políticos detentores dos cargos de maior nível institucional e de responsabilidade política do País (que, em matéria penal, têm foro por prerrogativa de função, mesmo por crimes que acarretam simples pena de multa pecuniária) à

possibilidade de sofrerem sanção de perda do cargo ou de suspensão de direitos políticos em processo de competência de juiz de primeiro grau. Ainda quando subordinada a aplicação da pena ao trânsito em julgado, o processo nem sempre teria condições de ser apreciado pelos Tribunais Superiores, cuja competência é restrita a hipóteses de ofensa à Constituição (STF) ou às leis federais (STJ), sendo-lhes vedado o reexame dos fatos da causa. Cada corrente dá a esse problema solução a seu modo: uma simplesmente imuniza os agentes políticos da aplicação da Lei de Improbidade e a outra afasta ou mitiga a aplicação das sanções mais graves, acima indicadas.

Certamente por influência dessa preocupação comum, há nas duas correntes a invocação cumulativa de elementos argumentativos de natureza substancialmente diferente: fundamentos de ordem instrumental (regime de competência para julgar a ação de improbidade ou o crime de responsabilidade) são trazidos para sustentar conclusões de natureza material (duplicidade do regime jurídico do ilícito, sua tipificação e seus agentes). Percebe-se, outrossim, que disposições normativas infraconstitucionais, especialmente as da Lei 1.079/50, são reiteradamente invocadas como elementos de argumentação para interpretar o sistema sancionador constitucional, invertendo, de certo modo, o sentido da hierarquia das normas, que deve ser vertical, mas de cima para baixo, e não o contrário.

3. Olhada a questão sob o ângulo exclusivamente constitucional e separados os elementos de argumentação segundo a sua natureza própria, é difícil justificar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei 1.079/50 ou do Decreto-lei 201/67) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4.º, da Constituição. É que, segundo essa norma constitucional, qualquer ato de improbidade está sujeito às sanções nela estabelecidas, inclusive à da perda do cargo e à da suspensão de direitos políticos. Ao legislador ordinário, a quem o dispositivo delegou competência apenas para normatizar a "forma e gradação" dessas sanções, não é dado limitar o alcance do mandamento constitucional. Somente a própria Constituição poderia fazê-lo e, salvo em relação a atos de improbidade do Presidente da República adiante referidos, não se pode identificar no texto constitucional qualquer limitação dessa natureza.

4. Realmente, as normas constitucionais que dispõem sobre crimes de responsabilidade podem ser divididas em dois grandes grupos: um que trata exclusivamente de competência para o processo e julgamento de tais crimes, estabelecendo foro por prerrogativa de função; e outro que dispõe sobre aspectos objetivos do crime, indicando condutas tipificadoras. Situado no primeiro grupo, o art. 52 estabelece que "compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade". Nos termos do art. 96, III, compete privativamente "aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes (...) de responsabilidade (...)". Segundo o art. 102, I, c, compete ao Supremo Tribunal Federal "processar e julgar, originariamente, (...) 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". Nos termos do art. 105, I, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes 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". E, nos termos do art. 108, I, aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar, originariamente, nos crimes de responsabilidade, "os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, (...) e os membros do Ministério Público da União (...)".

Ora, não se pode identificar nessas normas do primeiro grupo – de natureza exclusivamente instrumental – qualquer elemento que indique sua incompatibilidade

material com o regime do art. 37, § 4.º, da Constituição. O que elas incitam é um problema de natureza processual, concernente à necessidade de compatibilizar as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade administrativa, nomeadamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos.

5. O segundo grupo de normas constitucionais é o das que indicam o elemento objetivo da conduta caracterizadora do crime de responsabilidade. A teor do § 2.º do art. 29-A, "constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; II – não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou III – enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária". E, nos termos do § 3.º do mesmo artigo, "constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1.º deste artigo", segundo o qual "a Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores". No caput do art. 50 tipifica-se como "crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada" de comparecimento de Ministro de Estado ou de "quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República" quando convocados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, para "prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado". Essas mesmas autoridades, a teor § 2.º do mesmo art. 50, cometem crime de responsabilidade com "a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas", em face de pedidos de informações feitos pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. No art. 85, estabelece a Constituição que "são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais". Segundo o § 6.º do art. 100, "o Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade". E, finalmente, no § 1.º do art. 167 está determinado, "sob pena de crime de responsabilidade", que "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão (...)".

Como se percebe, a única alusão a improbidade administrativa como crime de responsabilidade, nesse conjunto normativo do segundo grupo, é a que consta do inciso V do art. 85, ao considerar crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a "proibidade na administração", dando ensejo a processo e julgamento perante o Senado Federal (art. 86). Somente nesta restrita hipótese, conseqüentemente, é que se identifica, no âmbito material, uma concorrência de regimes, o geral do art. 37, § 4.º, e o especial dos arts. 85, V, e 86.

É certo que não se pode negar ao legislador ordinário a faculdade de dispor sobre aspectos materiais dos crimes de responsabilidade, tipificando outras condutas além daquelas indicadas no texto constitucional. **É inegável que essa atribuição existe, especialmente em relação a condutas de autoridades que a própria Constituição, sem tipificar, indicou como possíveis agentes do crime. Todavia, no desempenho de seu mister, ao legislador cumpre observar os limites próprios da atividade normativa infraconstitucional, que não o autoriza a afastar ou a restringir injustificadamente o alcance de qualquer preceito constitucional. Por isso mesmo, não lhe será lícito, a pretexto de tipificar crimes de responsabilidade, excluir os respectivos agentes das sanções decorrentes do comando superior do art. 37, § 4.º.**

6. O que se conclui, em suma, é que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (sujeitos, por força da própria Constituição, a regime especial), 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 igualmente incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. O que há, inegavelmente, é uma situação de natureza estritamente processual, que nem**

por isso deixa de ser sumamente importante no âmbito institucional, relacionada com a competência para o processo e julgamento das ações de improbidade, já que elas podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão a sanções de perda do cargo e à suspensão de direitos políticos. Essa é a real e mais delicada questão institucional que subjaz à polêmica sobre atos de improbidade praticados por agentes políticos. Ora, a solução constitucional para o problema, em nosso entender, está no reconhecimento, também para as ações de improbidade, do foro por prerrogativa de função assegurado nas ações penais.

[...]

II – PRERROGATIVA DE FORO DOS AGENTES POLÍTICOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

8. Inobstante, é procedente o pedido formulado na reclamação por força da segunda linha de argumentação: a de que os Governadores de Estado, por terem foro por prerrogativa de função quando respondem por crimes comuns, submetem-se ao mesmo regime também nas ações de improbidade administrativa da Lei 8.429/92, cuja procedência pode acarretar, entre outras graves sanções, a própria perda do cargo. É o que passamos a sustentar.

9. **A jurisprudência mais recente da Corte Especial do STJ é predominante no sentido de negar, como regra, a existência de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa fundadas na Lei 8.429/92. Essa orientação teve como caso líder a Reclamação 591, relator Min. Nilson Naves, DJ de 15/05/2000, oportunidade em que a tese foi consagrada por escassa maioria, resolvida que foi a questão por voto de desempate. No interregno, surgiu a Lei 10.628/02, dando nova redação ao art. 84 e parágrafos do CPP, assegurando, para as ações de improbidade, prerrogativa de foro semelhante à estabelecida para as ações penais. Na vigência desta Lei a Corte Especial deu-lhe aplicação (v.g.: Pet 2588, Min. Franciulli Neto, DJ de 09/10/06; Pet 2639, Min. Luiz Fux, DJ de 25/09/06). Todavia, declarada a sua inconstitucionalidade pelo STF (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/06), esta Corte Especial retomou sua jurisprudência anterior, afastando a prerrogativa de foro (v.g.: AgRg na MC 7487, Min. Menezes Direito, DJ de 17/04/06; AgRg na Pet 2593, Min. Laurita Vaz, DJ de 06/11/06; mais recentemente: Rcl 2.197/DF, Min. Felix Fischer, DJe de 09/03/2009).**

Disponha, com efeito, o § 2º do art. 84 do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002, que "A ação de improbidade, de que trata a Lei 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". Esse parágrafo, à sua vez, estabelecia que "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". Todavia, por decisão de 15.09.2005, o STF considerou inconstitucional a Lei 10.628/2002. Vingou, para a maioria, o argumento de que o legislador ordinário não poderia ter acrescentado a ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal, ao rol das competências originárias do STF estabelecidas pela Constituição (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006). Relativamente à prerrogativa de foro nas ações de improbidade, esse acórdão teve a seguinte ementa:

"Ação de improbidade administrativa – Extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2.º do art. 84 do CPP, introduzido pela Lei 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 à 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, § 4.º), 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".

10. A declaração de inconstitucionalidade, entretanto, não pôs fim ao debate da matéria perante o STF. Em julgado posterior, de 13 de março de 2008, a Suprema Corte reabriu a questão, ao declarar que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet. 3.211-0, relator para o acórdão o Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). **No particular, a decisão foi tomada por ampla maioria, com apenas um voto vencido, do relator original, Min. Marco Aurélio. Considerou-se, para tanto, que a prerrogativa de foro decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a possibilidade de juiz de primeira instância processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda mais se a procedência da ação puder acarretar a sanção de perda do cargo. Ilustra a posição majoritária o voto então proferido pelo Min. Cezar Peluso:**

"...se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, 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 esta também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República"

Esse precedente, como se percebe, afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo infraconstitucional (Lei 10.628, de 2002), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional.

11. Essa nova orientação do STF acarretou um reexame da matéria também no STJ. Assim, ao julgar a reclamação 2115, de que fui relator (julgamento concluído em 18/11/09), a Corte Especial, por unanimidade, considerou que as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de tribunais de segundo grau e de outros tribunais superiores. Ora, por imposição lógica de coerência na interpretação do sistema e dos princípios constitucionais, não há como sustentar que, por força de norma infraconstitucional, seja viável submeter à primeira instância do Judiciário ação de improbidade, com sanção de perda do cargo, contra um Governador de Estado, que também tem foro por prerrogativa de função, tanto para crimes comuns (o STJ), como para crimes de responsabilidade (a respectiva Assembléia Legislativa). Conforme sustentei no voto proferido na citada Reclamação 2.115, essa conclusão tem amparo em substanciosos fundamentos de natureza constitucional, conforme vem a seguir demonstrado.

12. A Constituição assegura a certas autoridades a garantia de responderem por crimes comuns e de responsabilidade perante foro especial. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República respondem, em casos de crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, b). Também perante esse Tribunal respondem,

Superior Tribunal de Justiça

por crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (CF, art. 102, I, c). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é o foro competente para as ações por crimes comuns propostas contra Governadores de Estado e do Distrito Federal, e por crimes comuns e de responsabilidade contra os membros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitorais, de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais (CF, art. 105, I, a). Perante os Tribunais de Justiça respondem, por crimes comuns, os prefeitos municipais (CF, art. 29, X). Por princípio de simetria, são os Tribunais de Justiça que processam e julgam, nos crimes comuns, os membros das assembleias legislativas. E, embora não haja previsão constitucional específica nesse sentido, os Tribunais Regionais Federais são considerados o foro competente para o julgamento de prefeitos e deputados estaduais acusados de infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, previstas no art. 109, IV, da Constituição (STF, 2.^a T., HC 69465-9, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23.03.2001; STF, 1.^a T., HC 80612-1, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04.05.2001; STF, 2.^a T., HC 76881-8, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14.08.1998; STF, 2.^a T., HC 78728-2, rel. Min. Maurício Correa, DJ 16.04.1999; STF, Pleno, HC 78222-1, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.06.2003 (<<http://www.stf.gov.br>>, 30 set. 2005). STF, 2.^a T., HC 69465-9, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23.03.2001; STF, 1.^a T., HC 80612-1, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04.05.2001; STF, 2.^a T., HC 76881-8, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14.08.1998; STF, 2.^a T., HC 78728-2, rel. Min. Maurício Correa, DJ 16.04.1999; STF, Pleno, HC 78222-1, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.06.2003 (<<http://www.stf.gov.br>>, 30 set. 2005).

13. Estes e outros casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância do seu cargo. Conforme observou o Ministro Victor Nunes Leal, em voto proferido no STF, "a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado" (Recl. 473, rel. Min. Victor Nunes, j. 31.01.1962, DJ 06.06.1962).

Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas conseqüências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.

14. Contra esse entendimento tem sido invocada e preconizada a interpretação gramatical e literal das normas constitucionais a respeito de competência. Todavia, tal método interpretativo não é o mais adequado nesse domínio. Há situações em que a interpretação ampliativa das regras de competência é uma imposição incontornável do sistema. Conforme reconhecido em boa doutrina, "é admissível (...) uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica)", cuja adoção pode revelar "duas hipóteses de competências implícitas complementares": as "enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita, e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências"; e as

Superior Tribunal de Justiça

"necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais" (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 695). No mesmo sentido, citando, inclusive, inúmeras hipóteses em que o STF adotou, para definir competências, "interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional": MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, SP: Saraiva, 2007, p. 906.

Esse é o caminho que tem sido seguido pela jurisprudência constitucional brasileira. Já se fez alusão às hipóteses de ação penal por crimes federais praticados por parlamentares estaduais e por prefeitos, em que foram considerados competentes os Tribunais Regionais Federais, ampliando-se, conseqüentemente, os limites de competência estabelecidos no art. 108, I, a, da CF. Há outras situações que tornam inevitável a interpretação ampliativa, inclusive no que diz respeito à competência civil. Assim, embora nada disso esteja expresso na Constituição, considera-se que os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar os mandados de segurança impetrados por ente federal contra ato de juiz de direito (STF, Pleno, RE 176.881-9, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.03.1998; STJ, 1.ª T., RMS 18.300, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 04.10.2004) e atribui-se ao STJ a competência para dirimir conflitos entre turmas recursais e Tribunal de Justiça (STF, Pleno, CC 7106-1, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 08.11.2002; STF, Pleno, CC 7090-1, rel. Min. Celso de Mello, DJ 11.09.2002; STF, Pleno, CC 7081-6, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.09.2002 (<<http://www.stf.gov.br>>, 30 set. 2005); STJ, 3.ª S., CC 44124, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 24.11.2004; STJ, 2.ª S., CC 41744, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.04.2005 (<<http://www.stj.gov.br>>, 30 set. 2005). Na vigência da Constituição anterior, mas à base de princípios aplicáveis no atual regime constitucional, considerou-se o Tribunal Federal de Recursos competente para processar e julgar ação rescisória proposta por ente federal, muito embora o acórdão rescindindo fosse de Tribunal de Justiça (STF, 1.ª T., RE 106819-1, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 10.04.1987; STF, Pleno, CJ 6278-8, rel. Min. Décio Miranda, DJ 13.03.1981). Mais recentemente, no julgamento do Mandado de Injunção 670-9, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31/10/08, o STF atribuiu aos Tribunais Regionais Federais e ao Superior Tribunal de Justiça competência para processar e julgar, originariamente, dissídios relacionados com greves de servidores públicos federais.

15. Bem se vê, portanto, que, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, os dispositivos da Constituição comportam interpretação ampliativa, para preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inegáveis, por força do sistema. Sob o ponto de vista constitucional, justifica-se, assim, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa, entendimento que, além de fundado em boa doutrina (v.g.: WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 215; TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, p. 399), recebeu o aval do STF, no precedente citado (QO na Pet. 3.211-0, rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008) e do STJ, na Reclamação 2115, antes referida.

No caso de Governador de Estado, a Constituição lhes assegura, nos crimes comuns, o foro por prerrogativa de função perante o STJ (art. 105, I, a) e, nos de responsabilidade, perante a respectiva Assembléia Legislativa (Lei 1.079/50, art. 77 e 78). Não se compadece com esse regime o reconhecimento da competência de juiz de primeiro grau para processar e julgar ação civil pública por improbidade administrativa, que pode acarretar a perda de cargo para o qual foi eleito por sufrágio popular, fonte primária de legitimação do poder (CF, art. 1º, parágrafo único). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns, há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça.

16. Assim, julgo procedente, em parte, a reclamação, não para extinguir a ação de improbidade, mas para determinar a sua remessa ao STJ, para aqui ser processada e julgada. É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

3. Ora, esses mesmos fundamentos autorizam também a conclusão de que, por imposição lógica de coerência interpretativa, a prerrogativa de foro em ação penal perante o STF, assegurada aos parlamentares federais, se estende, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 53, § 1º e art. 102, I, c), à ação de improbidade, da qual pode resultar, entre outras sanções, a suspensão de seus direitos políticos e a própria perda do cargo. Considerando que o fato superveniente, que determinou a modificação da competência, se deu após a interposição do recurso especial e do próprio agravo de instrumento ora em exame (protocolizado em 27/09/2010), é de se considerar, também por analogia com a ação penal, que são legítimos os atos processuais até então praticados, cabendo a remessa dos autos ao STF para apreciar os recursos interpostos. Assim tem decidido o próprio STF em situações análogas, verificadas no âmbito penal, a partir do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 571-1, relator Min. Sepúlveda Pertence (DJ de 05.03.93), reproduzida em vários outros casos semelhantes (v.g.: AP 527, Min. Dias Toffoli; julgado em 16/12/2010; Inq 2767, Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18/06/2009; Inq 2648, Min. Cármen Lúcia, julgado em 12/06/2008; Inq 1567 QO, Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23/05/2002; HC 70620, Min. Celso de Mello, julgado em 16/12/1993; Inq 526 QO, Min. Sydney Sanches, julgado em 24/11/1993; e Inq 592 AgR, Min. Moreira Alves, julgado em 24/03/1993).

4. Ante o exposto, suscito, em questão de ordem, a incompetência da Turma para o julgamento do recurso e a conseqüente remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. É o voto.

Como se observa, a fundamentação externada pelo Ministro Teoria Albino Zavascki abordam por completo a questão do reconhecimento da prerrogativa de foro dos agentes políticos nas ações de improbidade administrativa.

Nesse contexto, não há mesmo como ser atribuído efeito modificativo aos embargos de declaração, porquanto não se verifica qualquer omissão ou equívoco que autorize o acolhimento dessa pretensão.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.