O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: RESPONSABILIDADE ÉTICA E MORAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUA DESARTICULAÇÃO

EMERSON GARCIA*

Resumo: Por imperativo constitucional, os mecanismos de coibição aos atos de improbidade e aos crimes de responsabilidade mantêm entre si uma relação de coexistência, não de absorção, permitindo afirmar que os agentes políticos podem ser responsabilizados em ambas as esferas, independentes e harmônicas entre si. O Supremo Tribunal Federal, ao acenar com a tese de que agentes políticos não praticam atos de improbidade, mas tão-somente crimes de responsabilidade, faz tábula rasa aos mais basilares referenciais de interpretação constitucional, em especial da necessária interpenetração entre texto normativo e realidade, estando prestes a desarticular o mais eficaz mecanismo de combate à corrupção já adotado no Brasil, a Lei de Improbidade.

Palavras-chave: constitucional, corrupção, improbidade, interpretação, jurisdição e responsabilidade.

Introdução

Poucos anos após a reestruturação democrática do país, o legislador infraconstitucional, valendo-se da liberdade de conformação deixada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República, editou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. A denominada Lei de Improbidade pode ser considerada um diploma de inegável singularidade sob múltiplos aspectos: (1) foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro e único Chefe de Estado brasileiro a ser afastado do cargo num processo de *impeachment*; (2) alcança todo agente que mantenha contato com o dinheiro público, ainda que sua atividade seja estritamente privada, bem como os detentores de mandato eletivo, classe política tradicionalmente imune a qualquer sancionamento (art. 2º); e (3) coexiste com as demais esferas de responsabilidade (penal, administrativa e política), permitindo que um juiz com competência cível aplique as severas penalidades que comina.

Às singularidades da Lei de Improbidade somou-se uma contundente atuação do Ministério Público brasileiro, Instituição que assumiu um relevante papel no âmbito das estruturas estatais de poder. O resultado dessa simbiose é de todos conhecido: múltiplas ações judiciais foram ajuizadas contra agentes públicos que, até então, somente eram "alcançados" pela mítica figura da responsabilidade política, uma espécie de "sino sem badalo", tamanha a raridade de sua aplicação.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais. Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Como desdobramento, também aqui se fez presente a velha máxima de Newton: "para toda ação há uma reação...".

Além da retórica populista, sempre calcada na requentada argumentação de que a atuação do Ministério Público é movida por "razões políticas" ou que seus membros só desejam "aparecer", praticando excessos de toda ordem, pouco tardou até que as retaliações germinassem no plano legislativo. Essa tendência foi especialmente sentida com a edição da Medida Provisória nº 2.088/35, de 27 de dezembro de 2000, em que o Senhor Presidente da República, sob os auspícios da urgência e da necessidade, (1) instaurou uma fase prévia no rito processual, postergando ao máximo o próprio aperfeiçoamento da relação processual, (2) considerou ato de improbidade o ajuizamento da ação contra um réu "que se saiba inocente", (3) permitiu que o réu, em reconvenção, pleiteasse a aplicação das sanções ao subscritor da ação (nota: a reconvenção era ajuizada contra quem não era parte no processo, pois o autor da ação era o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada) e, para fechar com chave de ouro, (4) quando a imputação fosse considerada "manifestamente improcedente", o agente público seria condenado ao pagamento de uma multa não superior a R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais).

É fácil constatar que a generalidade da Medida Provisória não conseguiu encobrir o seu real destinatário: o Ministério Público. Para justificar o abuso na edição de medidas provisórias, o Senhor Presidente da República, em cadeia nacional de televisão, declarou que a MP nº 2.088-35/00 era necessária para conter os abusos de alguns membros do Ministério Público.

Com essa farisaica e extravagante explicação, o Chefe do Executivo Federal, que jurou defender a Constituição da República, tentou aniquilar o mais eficaz instrumento de combate à corrupção posto à disposição da sociedade brasileira, simplesmente para punir *alguns* abusos. Nas hipóteses de abuso — se é que algum existiu — a lei é pródiga em punições, estando o autor sujeito a sanções de ordem civil, criminal e disciplinar, logo, inexistia qualquer justificativa *idônea* para atingir uma instituição que tem a incumbência de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Essa Medida Provisória, longe de representar uma mera opção política ou uma resposta necessária aos anseios da comunidade, talvez seja um dos mais graves atentados à incipiente democracia pátria. Ao invés de municiar aqueles que estão entrincheirados na luta contra a corrupção, o Executivo apontou-lhes pesada artilharia; em lugar de um escudo, pintou-lhes um

alvo no peito. Esse fato, no entanto, não passou despercebido à opinião pública, o que levou o Senhor Presidente da República, ante a avalanche de críticas[1], a introduzir modificações na reedição subseqüente da Medida Provisória nº 2.088. Nesta reedição, no entanto, foi mantida a fase prévia, o que, ainda hoje, consubstancia um percalço diuturnamente enfrentado para a concreção das sanções da Lei de Improbidade.

Esse lamentável episódio não deve ser esquecido. Pelo contrário, merece ser objeto de constante e contínua reflexão, sendo um marco significativo de duas vertentes opostas: a certeza de que os governantes não hesitarão em retaliar todos aqueles que ousem combater a corrupção e a importância da opinião pública, que não permaneceu silente ao constatar que estava na iminência de ver enfraquecido o maior algoz da corrupção no Brasil.2

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função previsto na esfera criminal. Acostumados com essa regra de exceção que, a nosso ver, sequer deveria existir em um país que se diz democrático, sonham em transferir à esfera cível a impunidade que assola a seara criminal.

[1] "A medida provisória que estipula uma penalidade financeira contra os promotores caso suas denúncias não sejam aceitas pelos pretórios é, em si mesma, um golpe contra a Carta Magna (configurando um golpe de Estado)"... "Se o Ministério Público não investiga livremente os que devem guardar as riquezas nacionais, ele também nada pode fazer contra os que subtraem os bens privados. O governo não ponderou o risco: indo contra os promotores, ele subverte os ideais da vida civil. Santo Agostinho diz que o Estado sem valores não se diferencia das quadrilhas." (Roberto Romano, professor de ética e de filosofia política na Unicamp, "Em Defesa do Ministério Público", In: *Folha de S.Paulo*, edição de 8/1/2001). "Nossa democracia já possui instrumentos para corrigir excessos e punir irresponsáveis sem uma medida que, para alguns, ficaria perfeita nos compêndios jurídicos do regime militar... fragilizar o acusador pode não ser o melhor caminho para evitar acusações injustas. Pode acabar soando mais ou menos como aquela história de tirar o sofá da sala para evitar o que todo mundo sabe o quê. Ou, como já diziam nossas avós quando éramos crianças e temíamos ser punidos por malfeitores alheios: quem não deve, não teme" (Helena Chagas. In: "Na contramão", *O Globo*, edição de 8/1/2001). "O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Está se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer. Dizem que o Supremo derrubará a medida provisória intimidadora, mas só o fato de ela ter sido bolada e editada mostra como vivemos em tempos assustadoramente interessantes" (Luís Fernando Veríssimo, mimeo).

[2] Ao discorrer sobre os graves casos de corrupção detectados durante a administração do Presidente norte-americano Harry S. Truman, Jules Abels destacou quatro pontos principais (*The Truman Scandals, Henry Regnery Company*, Chicago, 1956, p. 307-314, *apud* Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 35-37). De acordo com o primeiro, a corrupção, além de ter se disseminado entre grande número de funcionários públicos espalhados por todo o país, infestou a máquina arrecadadora de impostos, o que poderia gerar a irritação dos contribuintes e levá-los a uma evasão fiscal em massa. O segundo ponto demonstrava que a corrupção na administração Truman, além de epidêmica, formava uma faixa contínua que abrangia vários órgãos e era contagiosa. O terceiro ponto deixava claro que os escândalos não só eram epidêmicos, como também constituíam doença endêmica da administração, pois eram conseqüência de uma filosofia de governo essencialmente política, visando sempre vencer a eleição seguinte e fortalecer o Partido Democrático, do qual dependiam os homens politicamente ambiciosos que cercavam o Presidente Truman. O quarto ponto, por sua importância, merece ser literalmente transcrito: "consiste em que a administração de Harry Truman, longe de tomar medidas efetivas para aniquilar a corrupção, em alguns casos protegia os culpados, em outros permanecia indiferente, ou empregava a máquina da administração para bloquear e desviar os investigadores da corrupção. As fraudes foram reveladas, não por causa da administração, mas apesar dela."

Não que a impunidade também não seja a regra em termos de combate à improbidade, mas, sim, porque os arautos da "tese da prerrogativa" há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. Pergunta-se: quem deseja a manutenção do *status quo*, a população ou aqueles que se acostumaram e pensam em institucionalizar a confortável sensação de liberdade que a garantia da impunidade lhes causa? Alguém seria ingênuo o suficiente para não perceber as conseqüências que a pretendida alteração legislativa causaria no combate à improbidade? Basta afirmar que as investigações e a conseqüente propositura das ações deixariam de ser realizadas por milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República e passariam a ser concentradas nas mãos de alguns poucos Chefes institucionais, diga-se de passagem, escolhidos pelo Chefe do Executivo, o que acrescenta um indesejável componente político à estrutura organizacional do Ministério Público — mau-vezo que os defensores da "tese da prerrogativa" teimam em não extirpar.

Resistências à parte, foi editada a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (!?) e estendeu às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função consagrado na esfera criminal. Por ser basilar que a legislação infraconstitucional somente pode elastecer a competência dos Tribunais quando expressamente autorizada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito.[3] O "esforço", no entanto, não foi em vão. Essa singela alteração legislativa paralisou a grande maioria das ações de improbidade que tramitavam em todo o país, contribuindo para o desvanecimento de provas e a dilapidação de patrimônios, isto para não falar na formação de códigos paralelos de conduta, pois a indefinição do juízo competente inviabilizava a adoção de medidas coercivas sobre a esfera jurídica alheia, sedimentando uma confortável sensação de impunidade.

A tese, que continua a ser discutida no Congresso Nacional, desta feita no âmbito de uma reforma constitucional, perdeu muito do seu "brilho". Explica-se: se em passado recente discutia-se o juízo competente para julgar os altos escalões do poder pela prática de atos de improbidade, hoje já se nega a própria possibilidade de virem a praticá-los. Essa interessante

[3] ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005. Na ocasião, com três votos vencidos (Gilmar Mendes, Eros Grau e Ellen Gracie, que defenderam a similitude entre ato de improbidade e crime de responsabilidade), o Tribunal decidiu que: a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal; ao equiparar a ação civil por ato de improbidade à ação penal, a lei contrariou o art. 37, § 4º, da Constituição; o foro por prerrogativa pressupõe a atualidade do exercício da função, isto sob pena de transmudar-se em privilégio, ferindo o princípio da isonomia; o Legislativo não poderia, por via infraconstitucional, desautorizar o cancelamento da Súmula nº 394; e a competência do Supremo Tribunal Federal foi exaustivamente prevista na Constituição, somente podendo ser ampliada por emenda ou, pelo próprio Tribunal, com o auxílio da teoria dos poderes implícitos.

linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se que: (1) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou a competência do Tribunal.

Apesar de o resultado da Reclamação já estar definido, isto por existirem seis votos a favor e apenas um contra (o do Ministro Carlos Velloso), o acolhimento da tese ainda permanece em aberto, já que o Tribunal sofreu consideráveis alterações em sua composição. O teor dos debates, no entanto, deixa evidente que o Tribunal não compactuará com a possibilidade de os altos escalões do poder responderem por atos de improbidade. Acresça-se ser igualmente factível que se estabeleça uma espécie de "apartheid jurídico": os agentes políticos que, nos crimes de responsabilidade, tenham o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição, não praticam atos de improbidade; os demais (leia-se: os Prefeitos Municipais) sim.

À luz desse quadro, aparentemente sacramentado, parece-nos relevante demonstrar o equívoco da tese (óbvio, não fosse o fato de estar sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal) e, principalmente, a sua discrepância em relação ao papel diuturnamente desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação da Constituição. Com isto, espera-se demonstrar o pesado fardo a ser deixado pelo Supremo Tribunal Federal para a população brasileira, pois, como afirmou o Ministro Carlos Velloso, essa tese "é um convite para a corrupção".

1. Natureza jurídica das sanções cominadas na Lei de Improbidade

Com o evolver das civilizações e a constante mutação das relações intersubjetivas, foi inevitável o aperfeiçoamento do regramento social. Outrora de proporções reduzidas, ao alcance e sob o controle de todos, hodiernamente afigura-se eivado de complexidade ímpar, culminando em ser aglutinado em compartimentos normativos, os quais se encontram subdivididos conforme a natureza e a importância dos interesses tutelados.

Com esteio em tal concepção, formulou-se a dicotomia entre o público e o privado, bem como a inevitável repartição de cada um desses ramos consoante graus de especificidade que identificavam as novas ramificações como espécies do mesmo gênero, com pontos comuns de contato, mas igualmente com dissonâncias que desaconselhavam a análise e a disciplina de forma conjunta. No entanto, qualquer que seja o ramo em que esteja armazenada a norma de conduta, ela normalmente apresenta um componente indissociável, qual seja, uma sanção para a sua inobservância.

A sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma. A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social, caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do Direito, concebido este não como mero ideal abstrato, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral.

Como se vê, sob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil, política ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais.

Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar.

Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem. Inexistindo um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do Direito, torna-se possível dizer que o poder sancionador do Estado forma um alicerce comum, do qual se irradiam distintos efeitos, os quais apresentarão peculiaridades próprias conforme a seara em que venham a se manifestar.

No direito positivo pátrio, não são encontrados parâmetros aptos a infirmar a regra geral acima exposta, existindo unicamente sanções que são preponderantemente aplicadas em determinado ramo do Direito. À guisa de ilustração, pode-se mencionar:

a) o cerceamento da liberdade do cidadão, normalmente sanção de natureza penal (art. 5º, XLVI, CR/1988), também é passível de ser utilizado como sanção contra o depositário infiel e o inadimplente do débito alimentar (art. 5º, LXVII, da CR/1988), erigindo-se como eficaz meio de coerção para o cumprimento de tais obrigações e, igualmente, como sanção disciplinar em relação aos militares, não podendo ser afastado nem mesmo com a utilização do *habeas corpus* (art. 142, § 2º, da CR/1988);

b) a infração aos deveres funcionais pode acarretar para o servidor público a perda do cargo, que poderá caracterizar uma sanção de natureza cível (art. 37, § 4º, da CR/1988), administrativa (art. 41, § 1º, II e III, da CR/1988) ou penal (art. 5º, XLVI, da CR/1988);

c) a suspensão dos direitos políticos pode apresentar-se como conseqüência de uma sanção penal (art. 15, III, da CR/1988) ou de uma sanção política (art. 85 da CR/1988 e Lei nº 1.079/1950).

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei nº 8.429/1992, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar (*rectius*: administrativa).

De acordo com o art. 12, a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta última[4], alicerçando-se tal concepção nos seguintes fatores:

[4] No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp. nº 161.322/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 7/3/2002, DJ de 16/9/2002; 6ª T., HC nº 13.894/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21/2/2002, DJ de 22/4/2002, p. 260; 1ª T., MC nº 3.018-60, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 10/4/2001, DJ de 17/9/2001, p. 108; 6ª T., REsp. nº 150.329, rel. Min. Vicente Leal, j. em 2/3/1999, DJ de 5/4/1999; 1ª Seção, AGRRCL nº 748-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. em 13/6/2001, DJ de 10/9/2001. A 2ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do AGRMC nº 2.840-SP, ocorrido em 2/8/2001, publicado no DJ de 17/9/2001, p. 128, sendo relatora a Min. Eliana Calmon, deixou assentado que "decidida pela Corte Especial a competência da Primeira Seção para o julgamento de cautelares oriundas de processo de natureza civil, onde se questiona improbidade administrativa e já extinto o mandato do Prefeito, perde o objeto a ação cautelar". A Corte Especial do STJ, do mesmo modo, já decidiu que não há usurpação de competência do Tribunal em caso de "inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do STJ está arrolada no art. 105, I, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados" (Rec. nº 580/GO, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 17/10/2001, DJ de 18/2/2002, p. 210). Na doutrina: José Antonio Lisboa Neiva, Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 26; Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52; George Sarmento. *Improbidade*

a) o art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e "sem prejuízo da ação penal cabível";

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo "notadamente", tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal[5], segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

Administrativa. Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 192; Sérgio Monteiro Medeiros. *Lei de Improbidade. Comentários e Anotações Jurisprudenciais.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 3; Fábio Medina Osório. *Improbidade Adminsitrativa. Observações sobre a Lei 9.429/1992,* 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 217-224; Marino Pazaglini Filho *et alii*, *Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 135; Marino Pazzaglini Filho. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 115; Carlos Frederico Brito dos Santos. *Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1; Marcelo Figueiredo. *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação Complementar,* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255; Antonio José de Mattos Neto. Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa, *RT* 752/31; José Augusto Delgado. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211; Sérgio Ferraz. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. *In: Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 370; José Nilo de Castro. Improbidade Administrativa Municipal.,In: *Caderno de Direito Municipal* nº 8/2000, p. 82; Fábio Konder Comparato. *Ações de Improbidade Administrativa*. *RTDP* nº 26/153; José Guilherme Giacomuzzi. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 179; Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho. *Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 134/136 e *A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa*. *RDA* nº 227/253; Walter Claudius Rothenburg. Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevo. In: *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992,* org. por José Adércio Leite Sampaio *et alii*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 462/466); Carlos Eduardo Terçarolli, Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 75; e Benedicto de Tolosa Filho, Comentários à Lei de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 42-46 e 134. Flávio Sátiro Fernandes ("Improbidade Administrativa", *RDA* 210/177) fala em sanções de natureza política ou cível. Francisco Octavio de Almeida Prado (*Improbidade Administrativ.,* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20-29) sustenta que a disciplina básica dos atos de improbidade, não obstante a existência de pontos de tangenciamento com o direito civil (*v.g.:* reparação do dano), encarta-se no direito público, e mais precisamente no âmbito do direito administrativo, situando-se as sanções cominadas no âmbito do direito administrativo sancionador. Fernando Rodrigues Martins (ob. cit., p. 83) entende que as sanções tem natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa), administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos), entendimento que é encampado por Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47 e 296), para quem há um consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas. José Jairo Gomes, (Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992,* p. 258*)* as identifica como sendo sanções de "responsabilidade por ilícito civil-administrativo, de natureza *sui generis".* Affonso Ghizzo Neto (*Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal,* Florianópolis: Habitus, 2001, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar. O STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei nº 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS nº 6.478, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 26/4/2000, DJ de 29/5/2000).

[5] Art. 5º, XXXIX, da CR/1988.

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo "pena" no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a "inquérito policial" constante do art. 22 da Lei nº 8.429/1992 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

Em que pese a sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, que sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.

A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal.[6]

[6] Nos crimes comuns, o prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CR/1988); os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*, da CR/1988); o Governador e os membros dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *a*, da CR/1988) etc.

Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que o Presidente da República[7], o Procurador-Geral da República[8], Senadores[9], Deputados Federais[10], Prefeitos[11], Conselheiros dos Tribunais de Contas[12], membros dos

[7] STF, AGRG em Petição nº 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12/8/1993, DJ de 1º/3/1996, p. 5.013. Em reiteradas oportunidades, o STF decidiu que não é competente para processar e julgar as ações populares ajuizadas em face do Presidente da República (Petições nº 2.239/RS, DJU de 2/2/01; 1.546/RJ, 1.282 (AgRg)/RJ, 713/RJ, 682/MS e 626/MG).

[8] TRF-1ª R., AG nº 01000132274/DF, DJ de 4/5/2001, p. 640.

[9] STF, AGRG em Reclamação nº 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/11/1999, DJ de 7/12/1999, p. 58. Lê-se, na ementa do julgado, que "o Supremo Tribunal Federal — mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns — não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes".

[10] STF, Inq. nº 1.205-5, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/2/1997, DJ de 4/3/1997, p. 4.800-1, e STF, Pleno HC nº 80.112-PR, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 1º/8/2000, DJ de 17/11/2000. Neste último caso, o *writ* havia sido impetrado visando ao trancamento de inquérito civil público instaurado para apurar a prática de atos de improbidade em que se vislumbrava o envolvimento de Deputado Federal. Anteriormente ao julgamento, o Tribunal foi cientificado do ajuizamento, em primeira instância, de "ação civil pública declaratória de ato de improbidade administrativa e ressarcimento por dano causado ao patrimônio público, com pedido de liminar de indisponibilidade e de afastamento de cargo público". Ao final, não vislumbrando qualquer usurpação de sua competência, terminou por denegar a ordem à unanimidade ante a inexistência de ameaça ao direito de ir e vir do paciente. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou ser "óbvio que do inquérito civil para apurar improbidade administrativa pode resultar a colheita de elementos informativos de natureza criminal", mas deixava claro "que a circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca para o Supremo Tribunal Federal a competência para realizá-lo".

[11] STJ, 6ª Turma, RMS nº 6.208, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 10/11/1998, DJ de 15/3/1999. Não merece ser acolhida a tese de que os amplos termos do art. 29, X, da CR/1988 ("julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça") impediriam que o Prefeito fosse julgado pelo juiz monocrático por atos de improbidade. Tem-se, aqui, aquilo que Larenz (In: *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 535) denominou de "lacuna oculta", presente sempre que "a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração". Essa "lacuna oculta" será preenchida a partir da interpretação da disposição normativa, norteada, principalmente, por critérios teleológico-sistemáticos. Especificamente em relação aos preceitos constitucionais que dispõem sobre o foro por prerrogativa de função, constata-se a observância de duas diretrizes básicas: referem-se à matéria criminal e a algumas causas em que haja restrição de direitos fundamentais do cidadão, sendo a autoridade contemplada com o foro especial a responsável pela coação (*v.g.:* mandado de segurança, habeas corpus, etc.). Em nenhum momento a Constituição prestigiou entendimento tão amplo quanto aquele sugerido pelos defensores da tese de que o Prefeito não poderia ser julgado em 1ª instância por atos de improbidade. À simples e cômoda interpretação literal do art. 29, X, da CR/1988 deve ser preferida aquela que desvenda a sua *ratio* e preserva a harmonia do sistema, o que terminará por afastar a iniqüidade que surgiria com a conclusão de que o Prefeito, em flagrante dissonância do princípio da isonomia, é o único agente público no Brasil a gozar de foro especial para o julgamento dos atos de improbidade. A 2ª Turma do STJ, do mesmo modo, já decidiu que "o Prefeito Municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis" (ROMS nº 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 15/5/1997, DJ de 23/06/1997, RSTJ 98/140). Na ocasião, afirmou o relator: "ora, como bem asseverou o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, ao proferir o seu voto-condutor no RMS n. 1.981/AM, 'a regra contida no art. 29, VIII, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamento, de forma sistemática e integrativa a outros princípios constitucionais, por isso que compete ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito Municipal apenas no pertinente aos crimes comuns' (1ª Turma do STJ, unânime, publicado na RSTJ 58/167)". No mesmo sentido: Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, p. 260-261.

[12] STJ, Corte Especial, Rec. nº 780/AP, rel. Min. César Asfor Rocha, red. des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 7/11/2001, DJ de 7/10/2002.

Tribunais Regionais do Trabalho[13] e Juízes de Tribunais Regionais Federais[14] figurem no pólo passivo.

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam "forte conteúdo penal".[15] Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo "força de compreensão", às ações de natureza cível.

2. Atos de improbidade e crimes de responsabilidade: noções distintas e inconfundíveis

A tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina[16] e nenhuma adesão na jurisprudência. A primeira dificuldade que

[13] STJ, Corte Especial, Rec. nº 591, rel. Min. Nílson Naves, j. em 1º/12/1999, DJ de 15/5/2000. Em parecer sobre o tema, Paulo Brossard sustenta a competência do STJ para processar e julgar membro de Tribunal Regional do Trabalho por ato de improbidade (In: *Revista Interesse Público* nº 2/108). Aduz, em síntese, que apesar de as sanções da Lei nº 8.429/1992 terem natureza cível, deve ser realizada uma "construção constitucional" visando à utilização das regras de competência relativas à matéria criminal (ante a parcial similitude dos efeitos da decisão — perda do cargo e suspensão dos direitos políticos), pois, em que pese reconhecer a não aceitação de uma interpretação extensiva em tal seara, "a Constituição não é aleijada", postulado este que certamente seria violado fosse admitido que um juiz inferior julgasse outro de hierarquia superior, isto em nítida afronta ao sistema constitucional consagrado de 1824 a 1988, máxime quando possa resultar em perda do cargo de juiz. Não obstante o brilho dos argumentos, entendemos que a capacidade de criação do direito é deferida ao legislador, não ao intérprete, motivo pelo qual não encampamos quer as premissas, quer a conclusão.

[14] STJ, Corte Especial, HC nº 22.342/RJ, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/9/2002, DJ de 23/6/2003, p. 231.

[15] Nesse sentido: Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. In: *Revista de Informação Legislativa* nº 138/213.

[16] Para Álvaro Lazzarini (*Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64) tais sanções têm natureza política, com o que não concordamos, ante a natureza do órgão que as aplicará e a necessidade de fundamentação da decisão a ser proferida (art. 93, IX, da CR/1988), o que possibilita seu reexame por outro órgão em havendo irresignação; elementos estes incompatíveis com uma decisão essencialmente política. Ives Gandra da Silva Martins (Aspectos Procedimentais do Instituto Jurídico do 'Impeachment' e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa. *In: RT* nº 685/287) sustenta que as sanções teriam natureza penal, já que a Lei nº 8.429/1992 tipifica verdadeiros crimes de responsabilidade. Sérgio de Andréa Ferreira (A Probidade na Administração Pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, agosto/2002, *623),* do mesmo modo, afirma que "os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas".

se encontra é identificar o que venham a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que o sujeita a um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal.[17] Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que o sujeita a um julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal.[18] Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o sujeita a uma pena de prisão.[19] E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.[20]

A partir dessa constatação inicial, já se pode afirmar que a "tese" prestigiada por inúmeros Ministros do Supremo Tribunal Federal não comporta uma resposta linear, pois, para alguns agentes, o crime de responsabilidade ensejará um julgamento jurídico e, para outros, um julgamento político, isto para não falarmos naqueles que sequer são alcançados pela tipologia legal.

Avançando nos alicerces estruturais da curiosa e criativa "tese", argumenta-se que boa parte dos atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/1992 encontra correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que

[17] Art. 52, I e parágrafo único, da CR/1988.

[18] Art. 102, I, c, da CR/1988.

[19] Art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967. O mesmo diploma normativo, em seu art. 4º, fala nas "*infrações-político-administrativas dos Prefeitos Municipais*", o que se assemelharia aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950. Nesse sentido: "Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime de Responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns. I. – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pelo Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. – HC indeferido." (STF, Pleno, HC nº 60.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/05/1995).

[20] Como única exceção, pode ser mencionado o crime de responsabilidade passível de ser praticado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores que gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus Vereadores (art. 29-A, §§ 1º e 3º, da CR/1988).

atentasse contra a probidade na Administração, possibilitando o seu *impeachment*. Como o parágrafo único do último preceito dispõe que esse tipo de crime seria definido em "*lei especial*", nada mais "natural" que concluir que a Lei de Improbidade faz às vezes de tal lei. Afinal, se é crime de responsabilidade atentar contra a probidade, qualquer conduta que consubstancie improbidade administrativa será, em última *ratio*, crime de responsabilidade.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica. Inicialmente, cumpre manifestar um certo alívio na constatação de que os crimes contra a Administração Pública tipificados em "leis especiais", que consubstanciam evidentes manifestações de desprezo à probidade, não foram considerados crimes de responsabilidade!

O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar.[21] Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/1950, ao tratar do *iter* a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que "ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins".[22]

[21] Essa constatação é reforçada pela redação do art. 42 da Lei nº 1.079/1950: "A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". Deixando o cargo, suprimida estaria a responsabilidade política do agente. O art. 3º da Lei nº 1.079/1950 ressaltou, de forma expressa, que ainda seria possível o julgamento do agente, perante o órgão jurisdicional competente, em tendo praticado crime comum. Não bastasse isto, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, dispõe que, no julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, "funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis". À luz desses preceitos, resta incontroversa a dicotomia e a independência entre as instâncias política e jurisdicional.

[22] *"El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales y, por ende, a la opinión pública a través de los medios de comunicación. Pero, sobre todo se confunden dos conceptos radicalmente diferentes: la responsabilidad política y la penal. El segundo es uma responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo, y la primera es uma responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligendo. El proceso de exigencia es diferente, la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad, mientras que la responsabilidad política requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad. El parámetro de juicio es diverso, el de la responsabilidad judicial es el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el*

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte originário não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? E o pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/1950 é especial em relação à Lei nº 8.429/1992, culminado em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em "*atos de improbidade*"[23] e em "*crimes de responsabilidade*"[24], remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional.[25] Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

Os agentes políticos, assim, são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade: "reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

---

máximo desvalor por parte de la sociedad), mientras que em la política el parámetro de juicio es un código de conducta más vinculado a la moral y ética públicas. En fin, tras esta construcción subyace una identificación absolutamente inaceptable y que no resiste el más mínimo juicio desde una perspectiva democrática: la identificación entre inocencia política e inocencia penal. Esta identificación lleva a la aberrante conclusión de que los responsables políticos pueden desempeñar su cargo como quieran siempre que sus conductas no signifiquen la comisión de un delito" (Rafael Bastos Gisbert. La Corrupción de los Gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal. In: *La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 37).

[23] Arts 15, V, e 37, § 4º, da CR/1988.

[24] Arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º, da CR/1988.

[25] Arts. 37, § 4º e 85, parágrafo único, da CR/1988.

Apesar da clareza desses argumentos, ainda se deve perquirir se seria (ética e moralmente) permitido ao intérprete último da Constituição construir uma interpretação semelhante àquela que vem paulatinamente delineando.

3. Interpretação constitucional

A interpretação jurídica reflete um processo intelectivo que permite sejam alcançados conteúdos normativos a partir de fórmulas lingüísticas[26], indicativo de que o intérprete constrói a norma com observância de um dado balizamento, o texto normativo.[27] O intérprete identifica a fonte de direito, associa a disposição normativa à realidade e, a partir de uma operação mental, individualiza a norma.[28] Essa atividade não reflete propriamente uma "*(re)produção*",[29] pois o texto não possui um sentido imanente[30], em que a atividade do intérprete se limitaria a mostrar o seu conteúdo.[31]

Sob a epígrafe da interpretação jurídica podem ser incluídos dois sentidos distintos: a) a análise do significado de um conjunto de dados lingüísticos e, mais especificamente, de textos normativos; e b) o ato pelo qual se produz uma norma particular a partir da concretização de uma disposição normativa geral e abstrata.[32] Esse processo, por sua vez, sofre a influência de fatores práticos, teóricos e ideológicos[33], que refletem, respectivamente, a realidade, a metodologia jurídica e os valores prestigiados pelo intérprete.

---

[26] Na síntese de Karl Korinek, "interpretação jurídica é como um processo mental para compreender" (Zur Interpretation von Verfassungsrech*.,* In: *Staatsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien: Manzsche Verlags, 1991, p. 363, 365).

[27] Cf. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 254.

[28] Cf. Vergottini, *Diritto Costituzionale,* , 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 163. Segundo o autor, a interpretação é o "perfil dinâmico" da fonte. A interpretação, no entanto, não se confunde com a aplicação: "interpretar equivale a preparar o iter que produzirá em cada caso a norma ad hoc, mas finaliza quando o sujeito intérprete decide entre as soluções possíveis: a partir daqui, o momento que vivemos é o da aplicação e não outro" (Raúl Canosa Usera, *Interpretatión Constitucional y Fórmula Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 13).

[29] Em sentido contrário: Eros Roberto Grau. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 82. Nas palavras de Savigny, a interpretação é a "reconstrução do conteúdo da lei" (Metodologia Jurídica [*Juristische Metodenlehre*], trad. de Heloísa da Graça Buratti, Editora Rideel, p. 25).

[30] Cf. Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 594.

[31] Cf. Friedrich Müller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed., trad. de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 53/54.

[32] Cf. Otto Pfersmann. Esquisse d´une Théorie des Droits Fondamentaux. In: *Droits des libertés fondamentaux*, org. por Louis Favoreau, 2ª ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 83 (83/84).

[33] Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretatión jurídica*, 1ª ed., reimp. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 18.

A interpretação jurídica, assim, deve ser concebida como um processo aberto, não de submissão a um conteúdo estruturalmente definido ou mesmo de recepção de uma ordem previamente dada.[34] A operação conducente à identificação do conteúdo da norma assume uma feição necessariamente criativa[35], não no sentido da edição de uma norma geral a partir de um vazio legislativo, mas como reflexo da integração da atividade do intérprete àquela iniciada pelo legislador.

Não é por outra razão que se atribui ao intérprete um poder de nível idêntico ao da autoridade que editou a disposição normativa objeto de interpretação: "o intérprete da lei detém um poder legislativo e o intérprete da Constituição um Poder Constituinte".[36] As opções valorativas do intérprete terminam por aperfeiçoar os contornos semânticos da disposição normativa, assumindo vital importância na construção do seu conteúdo[37]: poder constituinte e intérprete — em momentos que, embora sucessivos, integram uma unicidade operativa — são os responsáveis pela individualização da norma constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a necessidade de determinar o seu significado bem demonstram que a interpretação constitucional em muito se assemelha à interpretação jurídica em geral. As especificidades, no entanto, não permitem uma ampla e irrestrita superposição entre essas figuras. Apesar de igualmente voltada ao delineamento da norma, a interpretação constitucional é diretamente influenciada pelo caráter fundante da Constituição, que ocupa uma posição de preeminência na hierarquia do sistema, sendo este um nítido diferencial em relação à interpretação das demais espécies normativas.[38] A supremacia constitucional é um claro indicativo de que o processo de concretização das normas constitucionais, incluindo a atividade interpretativa, apresenta funções e métodos próprios, conferindo-lhe algumas características de inegável singularidade.

Acresça-se que a interpretação constitucional sofre a ação de três elementos hermenêuticos que apresentam uma operatividade mais limitada no âmbito da interpretação

[34] Cf. Peter Häberle. *Hermenêutica Tradicional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição* (*Die offene Gesellschaft der Verfasungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*), trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

[35] Cf. Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

[36] Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 27ª ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 59.

[37] Cf. Jerzy Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. de Arantxa Azurza, Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 83.

[38] Cf. Aguila. Cinq questions… In: *RFDC* nº 21, p. 9 (15), 1995.

jurídica em geral. São eles a evolutividade, a politicidade e a extrema sensibilidade axiológica.[39] A evolutividade sofre a influência dos contornos acentuadamente abertos das disposições constitucionais, o que lhes assegura grande mobilidade e um grande poder de adaptação aos circunstancialismos presentes no momento de sua aplicação. A politicidade está associada ao fato de a ordem constitucional regular as principais "portas de entrada" da política na esfera do direito, que são a organização dos órgãos de soberania e o processo de elaboração normativa. Quanto ao fator axiológico, é possível afirmar que as Constituições modernas, sectárias do pluralismo político e que buscam harmonizar uma multiplicidade de padrões ideológicos, ao que se soma a estrutura demasiado aberta de suas disposições, são o campo propício à proliferação de valores, de indiscutível relevância na concretização do seu conteúdo.

Interpretação e modificação refletem os dois níveis de desenvolvimento constitucional, sendo necessariamente influenciadas pelas "cristalizações culturais" do meio social.[40] Assim, é absolutamente normal que disposições constitucionais idênticas sejam interpretadas de forma diferente no tempo e no espaço, permitindo que de um mesmo texto sejam extraídos conteúdos distintos conforme a cultura em que apareça.[41]

A interpenetração entre texto normativo e realidade é um claro indicativo de que a norma constitucional não é atemporal ou indiferente aos padrões sociais do momento de sua aplicação. Ainda que a Constituição formal apresente uma vocação à perenidade, característica inerente à própria concepção de constitucionalismo, as normas dela extraídas não assumem um contorno idêntico. A norma constitucional é volátil, sustentando-se a partir de um discurso argumentativo contemporâneo à realidade que direciona a sua concretização.[42]

A integração entre os planos real e jurídico também se faz sentir na orientação constitucional aberta, representada por Häberle com a tensão entre o possível (potencialidades normativas do texto), o necessário (reflete as pré-compreensões e aspirações do intérprete) e o real (os condicionamentos de ordem circunstancial).[43] Entre esses fatores se produzirá tanto uma relação de concorrência, como, sobretudo, de cooperação, exigindo seja

[39] Cf. Canosa Usera. *Interpretación...* p. 106.

[40] Cf. Peter Häberle. *Teoría de la Constitución como Ciência de la Cultura*. Trad. de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 44.

[41] Cf. Häberle. *Teoría de la Constitución…* p. 45.

[42] Como afirmou Hesse, "não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos" (Elementos de Direito Constitucional... p. 62).

[43] *Pluralismo y Constitución. Estúdios de Teoría Constitucional de la Sociedade Abierta* (*Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gselschaft*). Trad. de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 59 e ss..

identificada a "dose correta" de cada um deles para que o processo de concretização seja corretamente finalizado: uma "boa" exegese constitucional tenderá a ser o resultado dessa tríade cognitiva.

A Constituição, corretamente interpretada, alcançará um "final feliz" (*happy ending*), noção indicativa daquilo que a justiça ou a filosofia política requerem[44], vale dizer, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica.[45] A partir da atividade desenvolvida pelo intérprete, a Constituição, como o Direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre disposição normativa e realidade.[46] Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do Direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto.

A importância da interpretação constitucional decorre de três fatores principais[47]: a) a indeterminação de sentido do texto, que pode ser vago ou ambíguo, absorvendo uma pluralidade de conteúdos, isto sem olvidar que as disposições constitucionais são acentuadamente conflitantes; b) a irrelevância da intenção dos constituintes; e c) a evolução das concepções políticas e sociais, exigindo a contínua atualização do conteúdo normativo da Constituição.

4. Ideologia dinâmica de interpretação constitucional

Entrando em vigor, a Constituição assume individualidade própria e desprende-se da vontade constituinte: o conteúdo da ordem constitucional é encontrado a partir de seu texto, não do elemento anímico que influenciou o poder responsável pela sua elaboração.

Longe de ser um instrumento de regulação meramente sazonal, a Constituição é vocacionada à continuidade, devendo acompanhar o Estado em todas as suas vicissitudes

[44] Cf. James. E. Fleming. Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?. In: *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, org. por William N. Eskridge Jr. e Sanford Levinson. New York: New York University Press, 1998, p. 162 (168).

[45] Cf. Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Trad. de Jorge Guerrero R., 2ª ed., 3ª reimp. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 20.

[46] Cf. Francesco Carnelutti. Il primato del diritto. In: *Discorsi Intorno al Diritto*. Padova: CEDAM, 1937, p. 16/17. Nas palavras do autor, "a justiça é como a beleza: provavelmente aquele tanto de divino que nós procuramos vincular à forma humana".

[47] Cf. Hamon, Troper e Burdeau. *Manuel...*, p. 57.

históricas, sociais e culturais. No entanto, se o texto (programa da norma) é o mesmo, como assegurar a sobrevivência da ordem constitucional em realidade (âmbito da norma) distinta daquela contemporânea à sua entrada em vigor? Como regular situações futuras, desconhecidas quando do surgimento da Constituição? Em uma palavra, com a sua *interpretação*.

A Constituição, ainda que estática no texto, é dinâmica no conteúdo[48], estando o seu evolver dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade, o *dever ser* se distanciaria de tal modo do *ser* que terminaria por transmudar-se em algo *impossível de ser*. Tal ocorrendo, a Constituição não mais poderia subsistir, acarretando a ruptura da ordem constitucional, efeito inevitável na medida em que as alterações na vida social são mais céleres que as alterações promovidas nas disposições constitucionais.

Observado o balizamento fixado pelo texto constitucional, é ampla a liberdade do intérprete na sua constante releitura, permitindo que, sem acréscimos, modificações ou supressões, seja a Constituição continuamente atualizada.

Wróblewski[49] atribuiu a essa concepção o designativo de *ideologia dinâmica de interpretação jurídica*, contrapondo-a à *ideologia estática de interpretação jurídica*. A primeira defende a adaptação do Direito às necessidades da vida social, desprendendo-o do legislador histórico; a segunda, por sua vez, prestigia os valores básicos de certeza e estabilidade, vinculando a norma à vontade do legislador histórico e não admitindo seja ela atualizada pelo intérprete.[50] Enquanto a ideologia dinâmica visualiza matizes de adaptabilidade e criatividade

[48] A Constituição, como sistema normativo aberto e dinâmico, apresenta "uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'" (Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1145).

[49] *Constitución y teoría...,* 2001, p. 72/75.

[50] É célebre a teoria de Savigny, ao afirmar que interpretar significa "transportar-se ao ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e recompor a lei pelo pensamento" (*Traité de Droit Romain*, *Tome Premier*. trad. de M. CH. Guenoux, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L´Institut de France, 1840, p. 207). O reconhecimento de que o processo de concretização da norma é essencialmente criativo, reflexo inevitável de um sistema aberto, pode ser considerado o "grande triunfo da hermenêutica" (Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 62 e 184). Como afirmou Radbruch, "a lei pode ser muito mais inteligente do que os seus criadores" (Filosofia do Direito. Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164). Apesar da evolução do constitucionalismo contemporâneo, francamente partidário da ideologia dinâmica, merece lembrança que o Direito alemão vivenciou uma vaga de refluxo com a ascensão do Nacional-Socialismo e a prevalência do *Führerprinzip* (princípio de organização política que atribuía às ordens do *Führer* força de lei), conferindo uma feição personalista à interpretação.

na interpretação, melhor se adaptando às vicissitudes da vida social, a estática a concebe como uma atividade de descobrimento, resultando num "governo dos mortos sobre os vivos".[51] Apesar de voltada à interação entre texto e realidade, essa classificação, quanto aos seus efeitos, pode ser reconduzida às teorias subjetiva e objetiva, conforme seja prestigiada, ou não, a vontade do legislador.[52]

Também se pode falar em interpretação como "ato de conhecimento" ou "ato de vontade".[53] No primeiro caso, parte-se da premissa de que o texto possui uma unidade de sentido, que encontra abrigo na vontade do legislador; no segundo, ao revés, é reconhecida a impossibilidade de se atribuir um sentido claro e unívoco ao texto e aos seus mentores, não bastando o mero conhecimento de algo previamente ultimado, sendo necessária a consciente formação do que anteriormente fora apenas delineado.[54]

Acresça-se que a norma constitucional, apesar de individualizada a partir de um texto, sofre a influência de outros textos e de outras normas igualmente integrantes do sistema.[55] Uma disposição constitucional não pode ser concebida como uma partícula isolada, insuscetível de influência do exterior e impassível de influenciá-lo. Integra uma unidade existencial (a Constituição) e será direcionada por essa unidade no processo de delineamento da norma. Essa constatação também contribui para demonstrar a inviabilidade da ideologia estática, pois a interação das disposições e das normas do sistema impede a manutenção do seu sentido original sempre que novas disposições sejam aprovadas ou antigas disposições sejam modificadas ou suprimidas.[56]

A força normativa da Constituição não se coaduna com o subjetivismo da *mens legislatoris*, não sendo legítimo que seu alcance e seus efeitos sejam forjados em elementos de

[51] Jérzy Wróblewski (*Constitución y teoría...*, p. 76). Thomas Paine, em obra escrita no final do Século XVIII, ao discorrer sobre a imutabilidade de determinadas disposições constitucionais, proferiu sentença que bem sintetiza as críticas à ideologia estática: "nunca existiu, nunca existirá e nunca poderá existir um Parlamento, nem corpo algum de homens, nem geração destes em nenhum país, que possua o direito ou o poder de obrigar e controlar a posteridade 'até o fim dos tempos' (...).Todas as épocas e gerações devem ser livres e atuar por si mesmas em todos os casos em que atuaram por si mesmas as épocas e gerações que as precederam. A vaidade e a presunção de governar além da tumba é a mais ridícula e insolente de todas as tiranias. O homem não tem direito de propriedade sobre o homem, nem nenhuma geração tem direito de propriedade sobre as gerações vindouras" (*Los Derechos del Hombre*. Trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muños Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 35/36).

[52] Cf. Engisch. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, de J. Baptista Machado, 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 170/183.

[53] Cf. Hamon, Troper e Burdeau. *Manuel...* p. 58/59.

[54] Nesse sentido: Hesse*. Elementos de Direito Constitucional*... p. 56 e ss..

[55] Cf. Norberto Bobbio. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960, p. 3.

[56] Cf. Wróblewski (*Constitución ...*, p. 76) e Engisch (*Introdução ao Pensamento*..., p. 171).

natureza individual, já que sua gênese se encontra atrelada a caracteres eminentemente sociológicos. Em síntese: "*interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc*".[57]

5. A impossibilidade de a jurisdição constitucional ignorar a realidade

As intensas transformações vivenciadas pela metódica constitucional exigem sejam revisitados aspectos nucleares de atuação da jurisdição constitucional, que, no processo de concretização da norma, passará a apreciar a realidade de forma mais intensa, não raro com a necessidade de dilação probatória.

No Direito norte-americano, tornou-se célebre o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis (*Brandeis-Brief*) no Caso *Muller vs. State of Oregon*[58], que dedicava duas páginas às questões jurídicas e cento e dez aos efeitos deletérios que a longa duração da jornada de trabalho causava à mulher. Com isto, contribuiu para que o Supremo Tribunal reconhecesse que o papel social e biológico dessa camada da população poderia ser comprometido pelo trabalho excessivo.[59] Memoriais como esse, anota Tribe, "ajudaram a salvar inúmeros estatutos da invalidação", contribuindo para que o Supremo Tribunal visualizasse a "real e substancial" relação entre o estatuto e os seus objetivos.[60]

No direito alemão, o *Bundesverfassungsgericht* tem analisado as prognoses legislativas e a possibilidade de ocorrerem os fatos em que se baseiam: no caso *Apotheken-Urteil*, o Tribunal verificou a constitucionalidade de lei do estado da Baviera, que exigia uma especial autorização da autoridade competente para a instalação de novas farmácias (*BVerfGE* 7, 377). Ao reconhecer a incompatibilidade dessa medida com a liberdade de exercício profissional garantida na *Grundgesetz*, baseou-se nos seguintes argumentos: a) laudos periciais demonstravam que a liberdade de instalação de farmácias em outros países do mesmo nível civilizatório da Alemanha não trazia qualquer ameaça à saúde pública; b) em razão do elevado custo de instalação, essa liberdade não conduziria, necessariamente, a uma exagerada multiplicação desses estabelecimentos; c) o possível risco de os farmacêuticos não cumprirem os seus deveres legais em razão da diminuição de sua capacidade financeira, conseqüência do aumento de competitividade, era infundado, já que, além de que as opções pessoais

[57] Cf. Engisch. *Introdução ao Pensamento*...., p. 173.
[58] 208 *U.S.* 412, 1908.
[59] Cf. Nowak e Rotunda. *American Constitutional Law*, 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co, 1995, p. 376/377.
[60] *American Constitutional Law*, 2ª ed. Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, p. 568 e 573.

equivocadas não poderiam justificar medidas legislativas dessa natureza, a superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de entrega aumentava o tempo livre do farmacêutico; d) opiniões de peritos indicavam que a maior procura de medicamentos decorreria de circunstancialismos associados ao pós-guerra (*v.g.*: desnutrição e patologias de ordem psicológica).[61]

No Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em não poucas ocasiões, tem moldado a norma constitucional à luz da realidade, chegando mesmo a realizar uma interpretação ab-rogante nas hipóteses em que a disposição normativa mostrou-se totalmente dissonante dos fins a que se destinava.

O Tribunal, por sua Primeira Turma, em julgamento emblemático, proferiu decisão que, no caso concreto, afastou a incidência de regra constitucional que se mostrava absolutamente incompatível com a situação de anormalidade institucional presente no momento de sua aplicação: trata-se do *Habeas Corpus* nº 89.417-7, julgado em 22 de Agosto de 2006, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia.[62]

O *habeas corpus* foi impetrado por parlamentar do estado de Rondônia, cuja prisão "em flagrante" fora decretada pela ministra relatora do Inquérito nº 529, do Superior Tribunal de Justiça, sob a acusação de ser ele o chefe de uma organização criminosa instalada na Assembléia Legislativa de Rondônia, organização esta que se ramificara pelas principais estruturas de poder do estado, cooptando, inclusive, membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas, o que terminou por atrair o caso para a esfera federal. Sustentava-se a incompetência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, a violação aos parágrafos segundo e terceiro do art. 53 c.c. o parágrafo primeiro do art. 27, ambos da Constituição da República. De acordo com esses preceitos, o Deputado Estadual, desde a expedição do diploma, (1) somente poderia ser preso em caso de flagrante de crime inafiançável, (2) nesse caso, os autos deveriam ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Assembléia Legislativa, para que resolvesse sobre a prisão e (3) iniciado o processo criminal, por crime praticado após a diplomação, deveria o órgão jurisdicional dar ciência à Assembléia Legislativa, que poderia sustar a tramitação da ação enquanto durasse o mandato. Alegava-se, ainda, a incongruência de um mandado de prisão "em flagrante", figura inexistente no Direito

[61] Cf. Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 475/477.

[62] O voto da Ministra relatora foi obtido junto ao seu gabinete, acrescendo-se que o acórdão ainda não foi objeto de publicação.

brasileiro, bem como que a alegada flagrância referia-se ao crime de quadrilha, cuja pena mínima era de 1 (um) ano de prisão, não se tratando, portanto, de crime inafiançável. Quanto aos demais crimes imputados ao impetrante, como não havia flagrante, não poderiam legitimar a sua prisão.

A Ministra relatora iniciou o seu voto realizando uma ampla exposição das circunstâncias fáticas subjacentes ao caso, conferindo especial ênfase ao preocupante quadro de anormalidade institucional que se instalara no estado de Rondônia: a) todos os Deputados Estaduais estavam sendo investigados pela sua participação no crime organizado; b) a organização havia cooptado membros das principais estruturas de poder do estado, inclusive o Presidente do Tribunal de Justiça e membros do Tribunal de Contas; e c) além de desviar recursos públicos, os membros da organização condicionavam a produção normativa à obtenção de benesses.

A alegada incompetência do Superior Tribunal de Justiça foi, de pronto, afastada, isto porque alguns membros da organização criminosa deveriam ser julgados perante esse órgão, o que exercia uma *vis atractiva* em relação a todos os demais. No que concerne à alegada violação ao estatuto protetivo da imunidade parlamentar, a Ministra reconheceu que a decisão da intitulada autoridade coatora, apesar de destoar do claro sentido das regras constitucionais invocadas, era plenamente justificada pelas circunstâncias do caso, harmonizando-se com as demais normas do sistema.

Em seu voto, afirmou a Ministra que a Constituição, ao mesmo tempo em que assegura a imunidade relativa dos parlamentares, o que é feito em benefício do eleitor com vistas à autonomia do órgão legiferante, proíbe a impunidade absoluta de quem quer que seja, sendo estes os referenciais de interpretação das disposições constitucionais suscitadas pelo impetrante. Invocando as lições de Black e de Rui Barbosa, defendeu que qualquer lei deve ser interpretada em consonância com a realidade, o seu espírito e a razão, não podendo ser excluída do sistema em que inserida. A imunidade parlamentar existe para o regular funcionamento das instituições democráticas, não para legitimar a sua destruição e autorizar a prática de crimes.[63] No caso concreto, a aplicação das regras invocadas pelo impetrante

[63] Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: "a Constituição não diferencia o parlamentar para privilegiá-lo. Distingue-o e torna-o imune ao processo judicial e até mesmo à prisão para que os princípios do Estado Democrático da República sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados. Afinal, o que se garante é a imunidade, não a impunidade. Essa é incompatível com a Democracia, com a República e com o próprio princípio do Estado de Direito."

sempre asseguraria a sua impunidade, pois a manutenção da prisão seria decidida pelos demais integrantes da organização criminosa, seus pares na Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

Perante esse lamentável quadro, questiona a Ministra:

> como se cogitar, então, numa situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética, que os membros daquela Casa poderiam decidir livremente sobre a prisão de um se seus membros, máxime quando ele é tido como 'o chefe indiscutível da organização (criminosa) (que) coordena as ações do grupo e cobra dos demais integrantes o cumprimento das tarefas que lhes são repassadas. As indicações para importantes cargos... são de sua responsabilidade, e controlam, mediante pagamento, os deputados estaduais (fls. 80)?

Sendo evidente a impossibilidade de os parlamentares decidirem livremente sobre a prisão, como se aplicar as regras constitucionais invocadas? Em situações desse tipo, "há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional". Apesar de ser o impetrante um parlamentar, a necessidade de garantir a segurança pública indica que "a prisão haverá de ser aplicada segundo as regras que valem para todos quando o status funcional de alguém já não esteja em perfeita adequação ao ofício que determina a aplicação do regime jurídico constitucional ao agente".

Apesar do não atendimento das regras específicas que regulam a prisão de parlamentares,

> o que se tem por demonstrado é que o mínimo do conteúdo normativo exigido para a prisão decretada, na contingência de uma excepcional condição, foi atendido. (...) A prisão atende, portanto, à ordem pública, ao princípio da segurança de todos e de cada um dos membros da sociedade. Nem se indague sobre a excepcionalidade e a gravidade da prisão, mais ainda quando se volta contra um agente que representa o povo.

Em outro julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal negou provimento a Reclamação ajuizada contra ato de Tribunal de Justiça, que determinara o seqüestro de verbas do Estado para a quitação de precatório que beneficiava pessoa portadora de doença grave e incurável.[64] Como observou o Ministro Eros Grau, o Tribunal firmara o entendimento partindo da literalidade do parágrafo 2º do art. 100 da Constituição, que o seqüestro somente seria cabível se houvesse preterição ao direito de preferência na quitação do precatório, o que não

[64] STF, Pleno, Reclamação nº 3.034, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/09/2006.

ocorria no caso concreto. Apesar disso, a Reclamação não foi acolhida pela unanimidade dos ministros, já que a situação deveria ser considerada uma exceção à regra constitucional.

Volvendo à Reclamação nº 2.138/2000, é pouco provável que os ministros do Supremo Tribunal Federal desconheçam haver (muita) corrupção no Brasil[65], o que em muito dificulta a compreensão das razões que o estão levando a desarticular a Lei de Improbidade. Também é difícil imaginar que tenha passado despercebido ao Tribunal o efeito devastador que sua decisão causará em termos de proliferação da corrupção. A explicação é simples: como os altos escalões de poder estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-os, tão-somente, à responsabilização nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembrada ou explicada.

A posição do Tribunal destoa (1) do senso comum da esmagadora maioria da coletividade, pois, salvo engano, não visualizamos a existência de movimentos sociais "pró" e "contra" a corrupção, (2) da quase totalidade da doutrina, (3) de todos os tribunais do país[66] e (4) dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (*v.g.*: Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção).

Epílogo

Na conhecida classificação de Heidenheimer,[67] que leva em consideração a percepção das elites e da opinião pública em relação à corrupção, esta se subdivide em negra, cinza e branca. Na corrupção negra, é divisado um consenso entre as elites e a opinião pública quanto à reprovação de um ato e à imprescindibilidade de sua punição. Na corrupção cinza, alguns elementos, normalmente oriundos das elites, defendem a punição do ato, enquanto a maioria da população assume uma posição dúbia. Por último, na corrupção branca, a maior parte das elites e da população, por tolerar certos atos de corrupção, não apóia com vigor a sua criminalização e conseqüente coibição.

---

[65] Sobre as múltiplas estatísticas a respeito do tema, remetemos à primeira parte da obra Improbidade Administrativa, 3ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 11/14.

[66] Como não poderia deixar de ser, da semente plantada no Supremo Tribunal Federal já começam a germinar as primeiras ervas daninhas, como é o caso do acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 456.649/MG, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 05/09/2006, em que se afirmou que Prefeitos e Vereadores, como agentes políticos que são, não se submetem à Lei de Improbidade.

[67] *Perspectives on the Perception of Corruption, in Political Corruption*, A. Handbook, org. por Arnold Heidenheimer *et alii*, 3ª ed. Londres: Transactions Pub., 1993, p. 161 e ss..

Arriscaríamos afirmar que, no Brasil, temos uma corrupção negra, claramente endêmica, em vários setores da vida pública. Esse estado de coisas bem demonstra a elevada responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na recepção da "tese" que lhe foi apresentada.[68] Discussões em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, por certo, voltarão a aflorar, o que é sempre temerário no âmbito de um Estado de Direito democraticamente constituído, mas recém saído de um longo período ditatorial.

Espera-se, no entanto, sofra a questão maior amadurecimento no âmbito do mais elevado tribunal brasileiro, o que, por certo, contribuirá para sedimentar os próprios alicerces do Estado brasileiro, evitando o descrédito das instituições e, conseqüentemente, da própria democracia

REFERÊNCIAS

ABELS, Jules. *The Truman Scandals, Henry Regnery Company*. Chicago: 1956, *apud* Francisco Bilac Moreira Pinto. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

AGUILA, Yann. Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle. In: Revue Française de Droit constitutionnel nº 21. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 9-46.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Trad. de Jorge Guerrero R., 2ª ed., 3ª reimp., Bogotá: Editorial Temis, 1999.

_____. Teoria dell'Ordinamento Giuridico. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960.

CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. Il primato del diritto. In: Discorsi Intorno al Diritto. Padova: CEDAM, 1937.

CASTRO, José Nilo de. Improbidade Administrativa Municipal. In: *Caderno de Direito Municipal* nº 8/2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ações de Improbidade Administrativa*, *RTDP* nº 26/153.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinelle Bueno *et alii*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ENGISCH. Introdução ao Pensamento Jurídico, de J. Baptista Machado. 8ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Improbidade Administrativa*, *RDA* 210/177.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinella Buena *et alii*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A Probidade na Administração Pública.* In: Boletim de Direito Administrativo, Ago. /2002.

[68] A gravidade da situação não passou despercebida a múltiplos setores da sociedade. Para citar apenas uma iniciativa que busca contornar os seus efeitos deletérios, merece menção a Sugestão nº 226/2006, apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em maio de 2006, à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Nesse documento, a OAB propõe seja apresentado um projeto de lei que promova um acréscimo à parte final do art. 1º da Lei de Improbidade, *verbis*: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público (...) serão punidos na forma desta lei, *sem prejuízo da aplicação ao responsável, conforme as circunstâncias, das sanções cominadas na Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950*".

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação Complementar.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FLEMING, James. E. Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?" In: Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies, org. por William N. Eskridge Jr. e Sanford Levinson. New York: New York University Press, 1998.

GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 3ª ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HEIDENHEIMER. Perspectives on the Perception of Corruption. In: Political Corruption, A. Handbook, org. por Arnold Heidenheimer et alii, 3ª ed. Londres: Transactions Pub., 1993.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GHIZZO NETO, Affonso. *Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal.* Florianópolis: Habitus, 2001.

GISBERT, Rafael Bastos. La Corrupción de los Gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal. In: La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2000.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/199*2, org. por José Adércio Leite Sampaio *et alii*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Tradicional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição (Die offene Gesellschaft der Verfasungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation). Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Teoría de la Constitución como Ciência de la Cultura. Trad. de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

_____. Pluralismo y Constitución. Estúdios de Teoría Constitucional de la Sociedade Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gselschaft). Trad. de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HAMON, TROPER E BURDEAU. Manuel de Droit Constitutionnel. 27ª ed. Paris: L.G.D.J, 2001.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KORINEK, Karl Korinek. Zur Interpretation von Verfassungsrecht. In: Staatsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien: Manzsche Verlags, 1991.

LARENZ. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUÑO, Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 8ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos Procedimentais do Instituto Jurídico do 'Impeachment' e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa. In: *RT* nº 685/287.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS NETO, Antonio José de. Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa. In: *RT* 752/31.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Lei de Improbidade. Comentários e Anotações Jurisprudenciais, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 3ª ed., trad. de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

ROTUNDA, Ronald D. e NOVAK, John E. American Constitutional Law. 5ª ed. St. Paul: West Publishing Co, 1995.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Adminsitrativa. Observações sobre a Lei 9.429/1992.* 2ª ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.

PAINE, Thomas. Los Derechos del Hombre. Trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muños Molina, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

_____. *et alii*. *Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

PFERSMANN, Otto. Esquisse d´une Théorie des Droits Fondamentaux. In: Droits des libertés fondamentaux, org. por Louis Favoreau, 2ª ed. Paris: Dalloz, 2002.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

RADBRUCH. Filosofia do Direito. Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevo. In: Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992, org. por José Adércio Leite Sampaio et alii. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Editora Síntese, 2002.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Metodologia Jurídica (Juristische Methodenlehre). Trad. de Heloísa Graça Buratti. São Paulo: Editora Rideel, 2005.

_____. Traité de Droit Romain, Tome Premier. Trad. de M. CH. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L´Institut de France, 1840.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

_____. A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa. In: *RDA* nº 227/253.

TRIBE. American Constitutional Law, 2ª ed. Nova Iorque: The Foundation Press, 1988.

USERA, Raúl Canosa. Interpretatión Constitucional y Fórmula Política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VERGOTTINI, Giuseppe de . Diritto Costituzionale. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2001.

WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. In: RIL nº 138/213.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretatión jurídica. 1ª ed., reimp., trad. de Arantxa Azurza. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.