



## RETROSPECTO LEGISLATIVO Y JURISDICCIONAL DE LA JURISDICCIÓN POR POSICIÓN DE FUNCIÓN EN LA ACCIÓN DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

Antonio Miguel Barros Tenório Varjão dos Santos<sup>1</sup>

**Resumen:** Este artículo analiza la Constitución Federal, la Ley Federal No. 8.429, del 2 de junio de 1992, la Ley Federal No. 10.628, del 24 de diciembre de 2002, el Código de Procedimiento Penal de Brasil, las decisiones de varios tribunales y la comprensión de estudiosos constitucionalistas, criminalistas, administrativistas y expertos en procedimientos con el fin de evaluar el impacto del foro por función correcta en la acción de mala conducta administrativa. En la investigación, se utiliza el método histórico y hipotético-deductivo, con el lanzamiento de una conjetura que se enfrentará a una serie de argumentos que tienden a deconstruirlo para verificar o no su veracidad.

**Palabras clave:** Improbabilidad administrativa; Naturaleza criminal; Naturaleza civil; Foro por prerrogativa de función.

### 1 Introducción

La Constitución de la República Federativa de Brasil, del 5 de octubre de 1988, en su Art. 37, § 4º, prevé, en el ápice del sistema jurídico nacional, que la improbidad administrativa será punida con la pérdida de la función pública y con la suspensión de los derechos políticos, independientemente de la sanción penal correspondiente.

A pesar de no conceptuarla, la Constitución Federal deja claro, a través de las sanciones que impone, que el acto de improbidad administrativa es gravísimo, y que su autor debe ser alejado de los negocios del Estado, no siendo conveniente siquiera que él participe de la elección de los representantes del pueblo a través del voto.

El 2 de junio de 1992, se promulgó la Ley Federal N° 8.429, que, en sede infraconstitucional, reguló el citado Art. 37, § 4º, de la Carta de Octubre, presentando los sujetos activos y pasivos de la improbidad administrativa, los actos punibles, sus elementos subjetivos, las penalidades aplicables y los aspectos procesales de la acción que requiere el reconocimiento del acto ímprobo y la punición del agente. Sin embargo, ni la Constitución Federal ni la Ley General de Improbidad Administrativa declararon expresamente cuál es el foro competente para la apreciación de las acciones de improbidad administrativa.

El 24 de diciembre de 2002, se promulgó la Ley Federal N° 10.628, que modificó el Código Procesal Penal, entre otras cosas, agregando un § 2º al Art. 84 para determinar que, en los casos de foro por prerrogativa de función, el mismo tribunal competente para la apreciación de la

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidade do Estado da Bahia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidade Gama Filho. Alumno de Maestría en Administración Pública en la Universidade Federal de Alagoas. Analista Legal del Ministério Público de Alagoas. Correo electrónico: [antoniomiguel.tvs@gmail.com](mailto:antoniomiguel.tvs@gmail.com)

acción penal lo sería también para las acciones de improbidad administrativa.

La Ley Federal N° 10.628/2002, sin embargo, fue declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, en sede de control concentrado de constitucionalidad, en la acción directa de inconstitucionalidad N° 2797-2, produciendo efectos erga omnes y vinculando a los demás órganos del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

Sucede que, eventualmente, el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia se han declarado competentes para la apreciación de acciones de improbidad administrativa propuestas contra ocupantes de elevados cargos públicos, como ministros de Tribunales Superiores y gobernadores de Estado.

Al lado de ello, tratando del foro por prerrogativa de función en las acciones penales, entre las cuales, según el Supremo Tribunal Federal y parte ampliamente mayoritaria de la doctrina, no se incluyen las acciones de improbidad administrativa, la Suprema Corte declaró la existencia de una mutación constitucional que alteró la prerrogativa de foro de algunas autoridades, que, de acuerdo con ese nuevo entendimiento, solo tiene foro por prerrogativa de función en las acciones relativas a supuestas irregularidades practicadas en el curso del mandato actual y cuando las supuestas irregularidades tienen relación con el cargo ocupado. Esta decisión del Supremo, aunque no trate específicamente del tema central de este artículo, presenta subsidios para la comprensión de la resistencia del Poder Judicial en reconocer la prerrogativa de foro en las acciones de improbidad administrativa.

En sede legislativa, tramita en el Congreso Nacional la Propuesta de Enmienda a la Constitución N° 358/2005, que, si aprobada, tendrá el mismo contenido, pero jerarquía distinta, de la Ley Federal N° 10.628/2002, que preveía el foro por prerrogativa de función para las acciones de improbidad administrativa. Es en este contexto que se indaga, como pregunta de encuesta, si existe foro por prerrogativa de función en las acciones de improbidad administrativa.

El objetivo de este artículo es, por lo tanto, investigar la incidencia de la prerrogativa de función en las acciones de improbidad y, para tal, se analizará la naturaleza de las acciones de improbidad administrativa, así como las iniciativas legislativas y las decisiones judiciales relacionadas con la fijación de la competencia para procesamiento y juzgamiento de acciones de improbidad administrativa.

En la confección de este trabajo se utiliza el método de encuesta histórico y el hipotético-deductivo, que se caracteriza por la exposición de una conjetura inicial a una serie de argumentos contrarios a fin de verificar si aquella se sustenta.

La conjetura, en el caso, es la de que, aunque la Constitución Federal haya fijado expresamente el foro por prerrogativa de función para las acciones penales y que él pueda ser inferido para las acciones penalizadoras, como la acción de improbidad administrativa, mismo cuando expresamente previsto en ley, este, el foro por prerrogativa de función, enfrenta la resistencia del Poder Judicial debido a que la opinión pública lo asocie, no siempre acertadamente,

con el incumplimiento y la impunidad. Se trata de una postura de populismo judicial.

## **2 Improbidad administrativa y acción civil pública**

La Constitución Federal de 1988 y la Ley Federal N° 8.429/92 nada dicen al respecto del foro competente para la apreciación de la acción de improbidad administrativa. Parte ampliamente mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia nacional suele aplicar subsidiariamente la Ley Federal N° 7.347, del 24 de julio de 1985, que dispone la acción civil pública, a la acción de improbidad administrativa, sin, sin embargo, explicitar las razones de hacerlo. En sentido contrario, negando la aplicación subsidiaria del protocolo de la acción civil pública a la acción de improbidad administrativa, se registra la postura de Arnoldo Wald y Rodrigo Garcia da Fonseca (2006).

El Art. 1° de la Ley de la Acción Civil Pública enumera los bienes cuya reparación del daño material o moral puede ser promovida a través de la acción por ella regulada, siendo ellos: el medioambiente; los derechos del consumidor; los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico; cualquier otro interés difuso o colectivo; el orden económico, y; el orden urbanístico.

En efecto, la fórmula general utilizada en el inciso IV del Art. 1° de la Ley Federal N° 7.347/85, “cualquier otro interés difuso o colectivo”, conduciría al entendimiento de que las normas reguladoras de la acción civil pública deberían ser aplicadas subsidiariamente a la acción por improbidad administrativa si la finalidad de esta fuese exclusivamente la reparación del daño.

Las sanciones de la improbidad administrativa, sin embargo, son más amplias, abarcando, además de la reparación del daño, la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos, la prohibición de contratar con los poderes públicos y la multa civil.

Despreciando la gravedad de estas penas, parte ampliamente mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina, como por ejemplo Emerson Garcia y Rogerio Pacheco Alves (2006), Marino Pazzaglini Filho (2009), Waldo Fazcio Júnior (2007) y Silvio Antonio Marques (2010), aplica a la acción por improbidad administrativa el Art. 2° de la Ley de la Acción Civil Pública que determina que las acciones por ella reguladas serán propuestas en el foro del lugar donde ocurra el daño y su respectivo juzgado tendrá competencia para procesar y juzgar la causa.

El profesor Marcelo Figueiredo (2004), inclusive, a pesar de no mencionar expresamente la acción regulada por la Ley Federal N° 7.347/85, presenta la acción de improbidad administrativa con objetivos semejantes al de la acción civil pública, diciendo que la “naturaleza esencial de las sanciones previstas en la ley es civil, y no penal. Se verifica que todo el esfuerzo del legislador es en el sentido de resarcir y recomponer los daños causados por la conducta del administrador ímprobo” (p. 178).

El órgano judicial competente para la apreciación y el juzgamiento de la acción por improbidad administrativa sería, según esa línea de intelección, es el Juicio de Derecho de la

comarca donde ocurrió el daño. Si hay interés de la Unión, el órgano competente para el juzgamiento de la acción sería el Juzgado Federal de la sección o Subsección Judicial donde ocurrió el daño.

Este entendimiento fue reforzado por el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 2797-2, que declaró que la acción tendiente a concretar las sanciones de la improbidad administrativa tiene naturaleza civil. La decisión no fue unánime, mereciendo registro las divergencias vencidas presentadas por el Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que vislumbró en las graves sanciones políticas – la pérdida de la función pública y la suspensión de los derechos políticos – la esencia de la improbidad administrativa.

### **3 Improbidad administrativa y acción penal**

Según anteriormente expuesto, la práctica del acto de improbidad administrativa implica sanciones cuya gravedad impele a su clasificación entre los institutos del Derecho Penal. Recuérdese que la naciente normativa del instituto de la improbidad administrativa en el ordenamiento jurídico brasileño, el Art. 37, § 4°, de la Constitución de la República, dispone que la improbidad administrativa será punida con la pérdida de la función pública y con la suspensión de los derechos políticos.

Sucede que, como la misma disposición constitucional afirma que las penalidades anteriormente referidas serán aplicadas sin perjuicio de la acción penal correspondiente, una enorme parte de la doctrina y de la jurisprudencia sustenta, con base casi exclusivamente en la fórmula “sin perjuicio de la acción penal correspondiente” y sin un análisis profundo enfocado en el propio instituto de la improbidad administrativa, que su naturaleza jurídica es civil o no penal.

Entre los que sustentan la naturaleza jurídica civil o no penal de la improbidad administrativa basados en la expresión “sin perjuicio de la acción penal correspondiente”, se encuentra la respetable doctrina de Alexandre de Moraes y de Fábio Konder Comparato. Este afirma que si “Constitución distingue y separa la acción condenatoria del responsable por actos de improbidad administrativa a las sanciones por ella expresas, de la acción penal correspondiente, es, obviamente, porque aquella demanda no tiene naturaleza penal” (COMPARATO, 1999, p. 6). Aquel autor afirma que

La naturaleza civil de los actos de improbidad administrativa deriva de la redacción constitucional, que es bastante clara al consagrar la independencia de la responsabilidad civil por acto de improbidad administrativa y la posible responsabilidad penal, derivadas de la misma conducta, al utilizar la fórmula “... Sin perjuicio de la acción penal correspondiente”.

En sentido contrario, una parte diminuta de la doctrina buscó identificar la naturaleza jurídica del instituto de la improbidad administrativa con la mirada puesta sobre la gravedad de sus sanciones, incluso porque la disposición originaria de la improbidad administrativa en el

ordenamiento jurídico brasileño, el multicitado Art. 37, § 4º, de la Constitución Federal, señala el hecho de que ellas, las sanciones, integran la esencia del instituto de la improbidad.

En esta línea de intelección, Vanderlei Anibal Junior y Sergio Roxo da Fonseca (2007, p. 1) afirman que:

La acción de improbidad administrativa tiene la naturaleza jurídica de una acción penal, pues en ella se aplican penas al acusado, substrayéndole los atributos de la ciudadanía y de la vida honrada, o sea, le son aplicadas penas conceptuadas como las más graves del sistema jurídico en vigor. Es el condenado puesto "ad metallum" con la suspensión de derechos políticos y prohibición de celebrar contratos con órganos públicos, en una nostálgica recordación de las penas medievales del derecho filipino.

Algunos autores, como André Pimentel Filho (2011, p. 25), a pesar de que perciben la naturaleza esencialmente penal del instituto de la improbidad administrativa, prefieren, tal vez por la amplia predominancia de la doctrina mayoritaria, negar, con base en la fórmula "sin perjuicio de la acción penal correspondiente", la naturaleza penal de la improbidad:

Nada obstante las dudas que en principio la proximidad ontológica con la esfera penal pueda suscitar, hete aquí que también estamos en el campo del derecho sancionador, actualmente es fuera de cuestión su naturaleza civil (rectius, no-penal). El propio legislador constituyente dejó esto claro y quiso así al sostener que las puniciones aplicables al practicante del acto de improbidad son "sin perjuicio de la acción penal correspondiente".

El desvelar de la naturaleza jurídica del instituto de la improbidad administrativa no es un capricho de preciosismo doctrinario, sino una necesidad práctica, teniendo en vista los reflejos que esto puede producir en la vida de las personas y en la rutina de la Administración Pública.

Si la improbidad administrativa fuere, delante de la gravedad de sus sanciones, un instituto ontológicamente penal, a pesar de la fórmula "sin perjuicio de la sanción penal correspondiente", ¿qué reglamento procesal debería ser aplicable a él? Si, donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho, entonces, las graves sanciones de la improbidad administrativa deben ser antecedidas por las amplias garantías del proceso penal que anteceden las graves sanciones del derecho penal.

#### **4 Improbidad administrativa y foro por prerrogativa de función**

La Constitución Federal, del 5 de octubre de 1988, desplaza de los jueces de primera instancia a los tribunales de justicia, los tribunales regionales federales, el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal la competencia originaria para el juzgamiento de algunas autoridades.

Por fuerza del inciso I del Art. 102 de la Constitución de la República, compete al Supremo Tribunal Federal procesar y juzgar originariamente: (i) en las infracciones penales comunes, al Presidente de la República, al Vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional,

sus propios Ministros y el Procurador-General de la República, y; (ii) en las infracciones penales comunes y en los delitos de responsabilidad, los Ministros de Estado y los Comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, los miembros de los Tribunales Superiores, los del Tribunal de Cuentas de la Unión y los jefes de misión diplomática de carácter permanente.

Al Superior Tribunal de Justicia, a su vez, por fuerza del inciso I del Art. 105 de la Constitución de la República, compete procesar y juzgar originariamente, en los delitos comunes, los Gobernadores de los Estados y del Distrito Federal, y, en estos y en los de responsabilidad, los jueces de segunda instancia de los Tribunales de Justicia de los Estados y del Distrito Federal, los miembros de los Tribunales de Cuentas de los Estados y del Distrito Federal, los de los Tribunales Regionales Federales, de los Tribunales Regionales Electorales y del Trabajo, los miembros de los Consejos o Tribunales de Cuentas de los Municipios y los del Ministerio Público de la Unión que oficien ante tribunales.

El Art. 108 de la Carta de Octubre atribuye a los Tribunales Regionales Federales la competencia originaria para el juzgamiento de los jueces federales del área de su jurisdicción, incluidos los de la Justicia Militar y de la Justicia del Trabajo en los delitos comunes y de responsabilidad, y los miembros del Ministerio Público de la Unión, sin perjuicio de la competencia de la Justicia Electoral y el inciso III del Art. 96 atribuye privativamente a los Tribunales de Justicia la competencia para juzgar a los jueces estatales y del Distrito Federal y Territorios, así como los miembros del Ministerio Público en los delitos comunes y de responsabilidad, también sin perjuicio de la competencia de la Justicia Electoral.

Además, el inciso X del Art. 29 de la Constitución Federal determina que las leyes orgánicas de los municipios prevean el juzgamiento del alcalde por el Tribunal de Justicia y el Superior Tribunal de Justicia, en innumerables juzgados como el conflicto de competencia N° 105.227/TO, ha reconocido el derecho, derivado del Art. 27, § 1º, de que los diputados estatales sean procesados y juzgados originariamente por los Tribunales de Justicia.

Tal derecho de juzgamiento por un órgano jurisdiccional superior no puede ser confundido con una regalía personal, sino como un requisito que posibilita el ejercicio de la función pública. En este sentido enseñan Guilherme de Souza Nucci (2007), Julio Fabbrini Mirabete (1997), Fernando Capez (1997), Fernando Tourinho Filho (1990), Nestor Távora y Rosmar Rodrigues Alencar (2010).

En sede jurisprudencial, la quinta comisión del Superior Tribunal de Justicia ofreció en el juzgamiento del Habeas Corpus 99773/RJ, relatado por el Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, una breve explicación de los motivos para la existencia del foro por prerrogativa de función:

El foro especial por prerrogativa funcional no es privilegio personal de su poseedor, sino garantía necesaria para el pleno ejercicio de funciones públicas, típicas del Estado Democrático de Derecho: es técnica de protección de la persona que los posee, de disposición de la Carta Magna, que significa que el titular se somete a investigación, proceso y juzgamiento por órgano judicial

previamente designado, no confundiéndose, de forma alguna, con la idea de impunidad del agente.

Entendiendo que el juzgamiento de las acciones por improbidad administrativa puede sufrir las mismas influencias y causar el mismo embarazo que las acciones penales, el Congreso Nacional y el Presidente de la República editaron la Ley Federal N° 10.628, del 24 de diciembre de 2002, modificando la redacción del primer párrafo del Art. 84 del Código Procesal Penal y agregándole dos párrafos.

Con la alteración, el § 2° del Art. 84 del Código Procesal Penal determinaba que, en el caso de foro por prerrogativa de función, la acción de improbidad administrativa fuese procesada y juzgada por el mismo órgano competente para la apreciación de la acción penal.

Esa innovación legislativa sufrió duras críticas de la doctrina. Entre los críticos, Marino Pazzaglini Filho (2009), Waldo Fazcio Júnior (2007), Silvio Antonio Marques (2010), Emerson Garcia y Rogerio Pacheco Alves (2006).

En sentido contrario, aún antes de la expresa previsión legislativa, Arnoldo Wald y Gilmar Ferreira Mendes (1998) sustentaban el foro por prerrogativa de función para la acción de improbidad administrativa, bajo el fundamento de que la misma razón que autoriza el foro privilegiado para la acción penal impone su aplicación en la acción de improbidad administrativa, habida cuenta de la gravedad de las consecuencias derivadas de esta, y que esta solución está implícita en el texto constitucional.

En una postura intermedia, el profesor Hugo Nigro Mazcilli (2003) defendía que solo las acciones de improbidad administrativa con pedido de pérdida de la función pública y suspensión de los derechos políticos fueran juzgadas por los órganos competentes para el juzgamiento del delito de responsabilidad.

La Asociación Nacional de los Miembros del Ministerio Público llevó la cuestión al conocimiento del Supremo Tribunal Federal, a través de la acción directa de inconstitucionalidad N° 2797, oportunidad en que se declaró la Ley Federal N° 10.628/2002 formalmente inconstitucional bajo el argumento de que la ley ordinaria no tendría la capacidad de ampliar la competencia original de los tribunales, lo que solo podría ser hecho mediante enmienda constitucional.

Actualmente, tramita en el Congreso Nacional la Propuesta de Enmienda a la Constitución N° 358/2005 con vistas a incluir en la Constitución Federal una disposición con la siguiente redacción: “La acción de improbidad de que trata el Art. 37, § 4°, referente a delito de responsabilidad de los agentes políticos, será interpuesta, si fuere el caso, ante el tribunal competente para procesar y juzgar criminalmente al funcionario o autoridad en la hipótesis de prerrogativa de función”.

Esa tentativa de extender el foro de prerrogativa de función a las acciones de improbidad administrativa también ha recibido críticas de la doctrina que revelan otros motivos que subyacen

a la declaración de inconstitucionalidad formal de la Ley Federal N° 10.628/2002 por el Supremo Tribunal Federal.

El Presidente de la Asociación de los Jueces Federales de Brasil, Walter Nunes da Silva Júnior (2007), criticando la Propuesta de Enmienda a la Constitución N° 358/2005, sustenta que los tribunales tienen dificultades operacionales para instruir los procesos, lo que genera morosidad y sensación de impunidad. Entre las máculas del foro por prerrogativa de función, el citado Juez Federal afirma que no hay registro en la historia de que cualquier tribunal brasileño haya alguna vez condenando a algún político.

En efecto, la apariencia de privilegio y la impunidad que el corporativismo muchas veces proporciona, hacen del foro privilegiado una solución con poca aceptación social – lo que, de alguna manera, se refleja en la doctrina y en la jurisprudencia – aún en los casos expresamente autorizados por la Constitución. Por vicio en la aplicación, el foro privilegiado ha sido identificado como inmunidad para la práctica de conductas socialmente nocivas por ocupantes de elevados cargos públicos.

Sucede que, independientemente de ese sentimiento, la Constitución Federal reconoce el foro de prerrogativa de función como un importante instrumento de viabilidad de la función pública, que, sin él, estaría expuesto al tumulto de las presiones políticas que más fácilmente inclinan un juez de primero grado.

A pesar de la decisión dictada en sede de control concentrado de constitucionalidad, tal vez hasta en virtud del corporativismo, el Supremo Tribunal Federal ha modificado su posicionamiento al respecto del tema.

La petición 321 I/DF, teniendo como parte al Ministro Gilmar Ferreira Mendes, suscitó una cuestión de orden ante el Supremo Tribunal Federal sobre su competencia para apreciar acciones de improbidad administrativa juzgadas contra sus ministros, y en esa ocasión se decidió que el tribunal sería competente, conforme resumen adelante transcrito:

Cuestión de orden. Acción civil pública. Acto de improbidad administrativa. Ministro del Supremo Tribunal Federal. Imposibilidad. Competencia de la Corte para procesar y juzgar a sus miembros solo en las infracciones penales comunes.

1. Compete al Supremo Tribunal Federal juzgar acción de improbidad contra sus miembros.
2. Archivamiento de la acción en cuanto al Ministro de la Suprema Corte y envío de los autos al Juzgado de 1° instancia de jurisdicción en lo que atañe a los demás.

Después de ese precedente, el Superior Tribunal de Justicia también modificó su entendimiento y decidió, entre otros, el agravio Reglamentario en el Recurso especial N° 1.216.168 – RS, de redacción del Ministro Humberto Martins, reconociéndose competente para el juzgamiento de la gobernadora de Rio Grande do Sul Yeda Crusius por acto de improbidad administrativa.

En la sentencia del citado agravio reglamentario consta un trecho del voto del Ministro Tenori Zavascki que merece ser nuevamente transcrito:

Bien se ve, por lo tanto, que, aún en relación con las reglas sobre competencias jurisdiccionales, las disposiciones de la Constitución importan una interpretación ampliativa, para llenar vacíos y abarcar ciertas competencias implícitas, pero innegables, en razón del sistema. Bajo el punto de vista constitucional, se justifica, así, con sobradas razones, la preservación de prerrogativa de foro también para la acción de improbidad administrativa, entendimiento que, además de fundado en buena doctrina (v.g.: WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competencia para juzgar acción de improbidad administrativa. *Revista de Información Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 215; TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce. Competencia y prerrogativa de foro en acción civil de improbidad administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidad administrativa: cuestiones polémicas y actuales*, p. 399), recibió el aval del STF, en el precedente citado (QO en la Pet. 3.211-0, rel. P/ sentencia Min. Menezes Derecho, DJ 27.06.2008) y del STJ, en la Reclamación 2115, antes referida.

En el caso de Gobernador de Estado, la Constitución les asegura, en los delitos comunes, el foro por prerrogativa de función ante el STJ (Art. 105, I, a) y, en los de responsabilidad, ante la respectiva Asamblea Legislativa (Ley 1.079/50, Art. 77 y 78). En él se compadece con ese régimen el reconocimiento de la competencia de juez de primera instancia para procesar y juzgar acción civil pública por improbidad administrativa, que puede acarrear la pérdida de cargo para el cual fue electo por sufragio popular, fuente primaria de legitimación del poder (CF, Art. 1º, párrafo único). Se debe reconocer que, por innegable simetría con lo que ocurre en relación con los delitos comunes, hay, en casos tales, competencia implícita complementaria del Superior Tribunal de Justicia.

Delante de la semejanza de la gravedad de las sanciones, el acusado en una acción de improbidad administrativa merece las mismas garantías del acusado en un proceso penal – entre ellas, el foro por prerrogativa de función.

## **5 Antipatía popular contra el foro por prerrogativa de función**

La Constitución Federal, al fijar la competencia del Supremo Tribunal Federal, dispuso, en el Art. 102, inciso I, apartado *b*, que la institución debería juzgar, originariamente, en las infracciones penales comunes, al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los miembros del Congreso Nacional, a sus propios Ministros y al Procurador-General de la República.

Se desprende que el texto constitucional no hace ninguna excepción y, por ejemplo, no dice que el Supremo Tribunal Federal solo es competente para juzgar las referidas autoridades cuando el delito en cuestión tiene relación con el cargo ejercido o cuando el delito en cuestión haya sido cometido durante el tiempo que la persona bajo juzgamiento ejercía el cargo público.

Sucede que, en el juzgamiento de cuestión de orden en la acción penal n. 937, el Supremo Tribunal Federal, modificó su entendimiento anterior para restringir – con base en las sensaciones colectivas de morosidad, impunidad y de desigualdad, que traen indignación social y desprestigio contra la Suprema Corte – el alcance de la prerrogativa de foro.

La lectura del acta de juzgamiento de la referida cuestión de orden revela una gran

preocupación de los ministros del STF por el prestigio de la Corte, tal vez una preocupación mayor que la preocupación de extraer del Texto Constitucional su exacto contenido.

En el juzgamiento en cuestión, el ministro Barroso, que actuó como redactor, afirmó que “aquí en el Supremo Tribunal, según datos de la Asesoría de Gestión Estratégica, ya prescribieron, desde que el Supremo pasó a actuar en esta materia, más de 200 procesos. Por lo tanto, esa es una estadística que causa vergüenza y desprestigio para el Supremo Tribunal Federal”, “creo que hay un problema de la no vocación; hay un problema del desprestigio, porque uno no consigue desempeñar bien este papel; y hay una cuestión jurídica”, “el sistema es malo; el sistema funciona mal; el sistema genera desprestigio para el Supremo; el sistema causa impunidad”, “los resultados negativos son muy obvios para que nosotros los desmintamos, que son la impunidad y el desprestigio que eso causa al Supremo”, “todo lo que hace que la Justicia funcione mal, todo lo que desprestige aquello que nosotros simbolizamos y hacemos debe ser revisado. Por ende, si está funcionando mal, nosotros tenemos que hacer algo, dentro de los límites que la Constitución permita”.

Sucede que, en el anhelo de resolver situaciones que el Supremo Tribunal Federal entiende como problemáticas, las soluciones adoptadas frecuentemente no están dentro de los límites que la Constitución permite, o sea, bajo la justificación de hacer lo que supuestamente entienda ser justo, el Supremo Tribunal Federal no se avergüenza de despreciar lo que está escrito en la Constitución.

El Supremo Tribunal Federal actuó así, despreciando lo que está escrito en la Constitución Federal para atender a un supuesto clamor social, en este caso, cuando restringió el foro por prerrogativa de función, cuando pasó a admitir el cumplimiento de la pena de prisión antes del paso en juicio, y cuando negó, a otras autoridades, con excepción de sus propios ministros, el foro por prerrogativa de función en las acciones de improbidad administrativa.

## **6 Conclusión**

A pesar de mayoritario entendimiento doctrinario y jurisprudencial, la gravedad de las sanciones de la improbidad administrativa recomienda su clasificación entre los institutos del derecho penal.

En esta línea, no conviene la aplicación analógica del reglamento de la acción civil pública a la acción de improbidad administrativa, visto que aquella pretende precipuamente la reparación del daño, mientras esta pretende la punición del agente ímprobo, alejándolo temporariamente de los negocios estatales. No es adecuado, por lo tanto, aplicar la acción de improbidad administrativa a institutos como, por ejemplo, la rebeldía, correspondiente en la acción civil pública.

Mientras es aceptable condenar a alguien a la reparación de un daño que eventualmente no causó solo porque no se defendió en la acción civil pública, no lo es condenar a alguien a la

pérdida de la función pública (eventualmente electiva) y la suspensión de los derechos políticos por el mismo motivo – la no comparecencia en el proceso. Por otro lado, los motivos que autorizan al foro por prerrogativa de función en la acción penal también lo autorizan en la acción de improbidad administrativa.

En efecto, así como es inconveniente que un juez de primera instancia embarace el ejercicio de un mandato conferido por el pueblo a través del juzgamiento de una acción penal, es inconveniente la pérdida de la función pública y la suspensión de los derechos políticos de un alto dignitario del Estado por un magistrado de primer grado en una acción de improbidad administrativa.

Como visto, el foro por prerrogativa de función no es un privilegio personal ni un salvoconducto para la práctica de delitos para ocupantes de elevados cargos públicos, sino un instrumento necesario para la actividad política, que de alguna forma la blinda de ataques jurídicos con finalidades meramente electorales. También por ello, no hay que hablar de quiebre de la isonomía.

La resistencia de la doctrina y de la jurisprudencia en vislumbrar la aplicación del foro por prerrogativa de función a la acción de improbidad administrativa, por lo que parece, es también fruto de un sentimiento de impunidad derivado de la morosidad y de la omisión de muchos tribunales en el juzgamiento de acciones penales contempladas en su competencia originaria.

Inconveniente, por lo tanto, no es el foro por prerrogativa de función, pero la postura morosa y omisa de algunos tribunales, así como el reconocimiento de la prerrogativa solo para algunas autoridades, como ministros del Supremo Tribunal Federal, autorizándose una interpretación sistemática de la Constitución Federal en algunos casos y negándola en otros, sin que entre ellos haya distinción alguna.

Sobre esas discrepancias de la interpretación Constitucional, cabe mencionar los enseñamientos de Lenio Luiz Streck (2014, p. 1) sobre la Teoría de Katchanga:

Discutiendo sobre el papel del "des-cumpleaños", para el que existían 364 días de recepción de regalos en general, y sólo uno de cumpleaños, Humpty Dumpty le dice a Alicia: "la gloria es para ti". Ella responde: "No sé qué quieres decir con la gloria", a lo que él con desdén, responde, "Seguro que no lo sabes... hasta que yo te lo diga. Quiero decir 'es un bello y devastador argumento para ti'" Pero, dice Alicia, "la gloria no significa 'un argumento hermoso y devastador'". Y Humpty Dumpty concluye: "Cuando yo uso una palabra, significa exactamente lo que yo quiero que signifique, ni más ni menos". Tengamos en cuenta esa última frase del personaje nominalista de Lewis Carroll... La palabra "gloria" significa lo que él quiere que signifique... Es el "demoledor" corolario de todo posible argumento. Como así también lo es Katchanga (Real).

El Supremo Tribunal Federal no puede, sin infringir las leyes de la lógica y del sentido común, y sin valerse de "katchanga" (Streck, 2014, p.1), decir que la acción de improbidad

administrativa posee naturaleza civil; que, por eso, en ella no cabe el foro por prerrogativa de función; pero declararse competente para el juzgamiento cuando el reo es uno de sus ministros.

Así como los ministros del Supremo Tribunal Federal, todas las autoridades cuya competencia para el juzgamiento de las acciones penales la Constitución Federal retira del juez de primera instancia para atribuir a un órgano colegiado conformado por magistrados más experimentados, por las mismas razones, tienen derecho al foro por prerrogativa de función en las acciones de improbidad administrativa.

## Referencias

ANIBAL JUNIOR, Vanderlei; FONSECA, Sergio Roxo da. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. **Migalhas**. São Paulo, 17 de janeiro de 2007. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/depeso/34430/natureza-penal-da-sancao-por-improbidade-administrativa](http://www.migalhas.com.br/depeso/34430/natureza-penal-da-sancao-por-improbidade-administrativa)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: lei nº 8.429/92: competência ao juízo de 1º grau. **Boletim dos Procuradores da República**. São Paulo, n. 9, p. 6-9, jan. 1999.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei n. 10.628/02. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 33-37, fev./mar. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília v. 35 n. 138, abr./jun., p.123-135, 1998

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIMENTEL FILHO, André. Desafios na aplicação da lei de improbidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**. Vitória, v. 11, n. 11, p. 15-55, 2011.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. Privilegiar para quê? **Correio Brasiliense**. Brasília, 31 mai 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo, ponderación y Katchanga real. **Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas**, v. 4, n. 8, p.114-131, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 2.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Ação de improbidade administrativa. **Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 73-79, 2006.