

a mesma cairá no desuso e, portanto, a sua aplicação ocasionará o descrédito das instituições.

Bibliografia

- MACEDO, Ubiratan Borges de. A crítica de Michael Walzer a Rawls. *Presença Filosófica*, Rio de Janeiro, v.21, 1996.
- . *Liberalismo e justiça social*. São Paulo : Ibrasa, 1995.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia* : parte II. Rio de Janeiro : Zahar, 1991.

RAWLS, John. Justiça como equidade : uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova*, v. 25. ————. *Uma teoria da justiça*. Lisboa : Presença, 1993.

SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da justiça. In: *CADERNO Científico do Mestrado e Doutorado em Direito*. Rio de Janeiro : Universidade Gama Filho, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. As esferas da justiça e o Estado. In: *CÍRCULOS de estudos do liberalismo* : textos reunidos. 1990.

WALZER, Michael. Las esferas de la justicia : una defensa del pluralismo y la igualdad. México : Fondo de Cultura Económica, 1993.

Competência para julgar ação de improbidade administrativa

ARNOLDO WALD E GILMAR FERREIRA MENDES

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, assim como a Constituição Federal, dispõem sobre a improbidade administrativa e sobre a competência de julgar ações que a envolvam, sendo esta uma matéria ensejadora de grande polêmica, que merece ser amplamente discutida.

Cabe registrar, em caráter preliminar, a incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus Ministros de Estado ou membros de Tribunais Superiores, em face da natureza das sanções aplicáveis, que ultrapassam os limites da reparação pecuniária e podem ir, em tese, até à perda da função pública.

Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências.

Deveras, a Lei nº 8.429/92, incrustada no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser entendida como seguindo as regras constitucionais de competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade prevista na mencionada lei, contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição que, por sua vez, seria competente para impor-lhe a sanção de perda do cargo. O absurdo é tão palmar que nem mereceria outras considerações.

Cuida-se de indagar se os juízes de primeiro grau seriam competentes para processar e julgar ação de improbidade movida contra autoridades que gozam de prerrogativa de foro em processos criminais. A simples análise das conseqüências jurídicas de semelhante ação já deveria ser suficiente para provocar uma reflexão atenta sobre a questão, em um sistema constitucional que assegura aos Ministros de Estado, membros de

Arnoldo Wald é Advogado e Professor catedrático de Direito Civil da UERJ.

Gilmar Ferreira Mendes é membro do Ministério Público e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília.

Tribunais Superiores e ao Tribunal de Contas da União foro especial perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 102, I, c, da Constituição vigente).

Convém anotar que tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político institucional. Pretende-se não só evitar a utilização política do processo, como também assegurar a absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas.

A instituição de uma "ação civil" para perseguir os casos de improbidade administrativa coloca, inevitavelmente, a questão a respeito da competência para o seu processo e julgamento, tendo em vista especialmente as consequências de eventual sentença condenatória que, nos expressos termos da Constituição, além da indisponibilidade dos bens e do ressarcimento ao erário, *poderá acarretar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do Réu* (CF, art. 37, § 40). Não há dúvida aqui, pois, sobre o realce político-institucional desse instituto.

A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seriam suficientes para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma "ação civil" de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos.

Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne por pacífica a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429, de 1992, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de Cortes Superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal.

De observar que, enquanto na esfera penal são raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, art. 47, I, e 92, I), na "ação civil" de que trata a Lei nº 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até 10 anos, além da perda da função pública (Cf. art. 12).

As implicações da sentença condenatória em "ação civil de improbidade" são destacadas por Cláudio Ari Mello, ao anotar que "o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos". (Improbidade administrativa -

considerações sobre a Lei 8.429/92. Cader-nos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 3, n. 11, p. 58, abr./jun. 1995).

É evidente, pois, que, tal como anotado pela doutrina, a sentença condenatória proferida nessa peculiar "ação civil" é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória. É certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 40, da Constituição poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.

Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que também podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de "atos de improbidade", constante do art. 90 da Lei nº 8.429/92, e os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321).

Tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na "ação civil", com sérias consequências para todo o sistema jurídico. Com efeito, será que alguém, em sã consciência, consideraria razoável que, em um sistema constitucional que consagra a prerrogativa de foro, um Ministro de Estado, um parlamentar, ou até mesmo o Presidente do Supremo Tribunal Federal pudesse ter os seus direitos suspensos e decretada a perda de seu cargo por decisão de um juiz de primeiro grau? Se essa indagação provoca dificuldades, como admitir a proliferação de "ações civis de improbidade" contra autoridades submetidas à competência originária de Cortes Superiores perante juízes de primeiro grau?

A matéria não é meramente acadêmica, pois consta que já houve um processo no qual um juiz de primeira instância intimou o Presidente do STF a proceder a determinados pagamentos, sob as pressas da lei, o que evidencia a verdadeira subversão do sistema.

Por outro lado, estão em curso, no momento, na Justiça de Primeira Instância, várias ações de improbidade nas quais um dos réus é Ministro de Estado.

O Supremo Tribunal Federal teve, aliás, o ensejo de examinar matéria análoga no Conflito de Atribuições nº 35, no qual o eminente

Ministro Francisco Rezek, ao conhecer e prover o conflito, salientou, com simples exemplo, o absurdo que constituiria a decisão de juiz de primeira instância apreciando a conduta e a idoneidade de determinada pessoa para o exercício do cargo de Ministro da Fazenda. Ponderou a esse respeito o ilustre magistrado que:

"Figuro a situação seguinte: amanhã o Curador de Interesses Difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das Varas Cíveis da Capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao Juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso curriculum anexo." (RT, n. 650, p. 201).

Assim, conforme lembrado pelo eminente Ministro, no acima mencionado Conflito de Atribuições, dentro do quadro normativo constitucional brasileiro, e tendo em vista os graves efeitos da decisão para o equilíbrio político-institucional, afigura-se difícil, senão impossível, sustentar que as autoridades que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e de responsabilidade possam perder o cargo e ter os seus direitos políticos suspensos em decorrência de sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau, mesmo fora do contexto específico do direito penal.

Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa "ação civil de improbidade", somente serve para ressaltar que, como já assinalado, está-se diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da "ação civil de improbidade", o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, "teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns". (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do impeachment e conformação da figura da improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 685, p. 286/87, 1992).

Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, "crimes de responsabilidade", então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra Ministros de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores (CF, art. 102, I, c).

É bem verdade que a qualificação dos delitos previstos na Lei nº 8.429/92 coloca o intérprete aparentemente em face de uma *lacuria oculta*, na qual, como se sabe, o texto legal reclama uma restrição que decorre do próprio sistema ou de princípios que lhe são imanentes. Nesse caso, *ter-se-ia de reconhecer que as normas da mencionada lei não seriam aplicáveis às autoridades submetidas a procedimento constitucional especial, na hipótese de ser-lhe imputada a prática de crime de responsabilidade*.

Se, ao contrário, reconhece-se que se cuida de uma "ação civil" de fortes características penais, também não existe outra solução dentro do sistema senão aquela que considera que serão competentes, por força de compreensão, para processar e julgar a ação, os Tribunais que detêm a competência originária para o processo-crime contra a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade.

Poder-se-ia argumentar que essa construção talvez não fosse aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte *implícita no próprio sistema constitucional*.

É o que deixou assente o Supremo Tribunal Federal, em precedente da relatoria do eminente e saudoso Ministro Luiz Gallotti, *verbis*.

"Crime contra a honra em que é querelante um desembargador. Exceção da verdade. *Se o Supremo Tribunal é o competente para julgar os crimes de um desembargador, e, se, num processo por este provocado, é oposita "exceptio veritatis" em que se lhe imputa a prática de um crime, só aquela Tribuna competente para julgar o crime poderá julgar a exceção pois acolher esta é dar pela existência daquele. No caso, a lei ordinária (art. 85 do Código de Processo Penal) só tornou explícita uma competência que na própria Constituição se compreende constitucional e, em regra inaplicável por Lei ordinária, ressalvados apenas os casos em que aquela competência resulta implícita no próprio sistema da Constituição. Por isso, somente quando na exceção de verdade se impute*

crime ao querelante, será competente o Supremo Tribunal Federal" (DEN. n. 103 julgada em 5 de setembro de 1951) De resto, como anota Cláudio Pacheco, em seus comentários à Constituição de 1946:

"à Competência implícita, ou por força de compreensão, foi, em face da Carta de 1981, muitas vezes admitida pelo Supremo Tribunal, quer no tocante às suas atribuições originárias, quer relativamente às da

Justiça Federal". (Tratado das Constituições brasileiras, v. 3, p. 182)

Impõe-se, assim, reconhecer a incompetência absoluta dos juízes de primeiro grau para julgar ação de improbidade em relação a Ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal detentor de competência para processar e julgar as referidas ações.

As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da *democracia substancial*

MÁRCIO NUNES ARANHA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos. 3. A relativização dos clássicos direitos de liberdade como momento culminante da objetivação dos direitos. 4. Democracia procedimental e substancial. 5. A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento antrirrepresentativo de Schmitt. 6. Papel dos tribunais constitucionais e o chamado direito material de exame judicial. 7. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

O tema do advento do Estado Social e sua influência na conformação objetiva dos direitos constitucionalmente protegidos surge na doutrina em geral como algo incontestável. A riqueza de sua análise histórica e sua ampla aceitação no mundo jurídico compadecem-se, no entanto, de evidente deficiência na precisão das circunstâncias de surgimento dos conceitos de objetividade jurídica e Estado Social, em que se visualizam assertivas dogmáticas sobre os fundamentos de percepção de dita objetividade sem permitir-se estabelecer a genealogia da evolução de seu conceito.

Procura-se, pois, com este estudo, contribuir para o melhor esclarecimento do tema hoje tão presente nas discussões constitucionais sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e que gira em torno do conceito de objetivação jurídica e de temas seus correlatos, como a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos e suas garantias de efetivação. Utiliza-se, para tanto, do conceito de *relativização dos direitos*, e da dicotomia de meados deste século XX entre *democracia procedimental* e *democracia substancial*.

Márcio Nunes Aranha é Advogado.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.