

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS -  
ÂMB  
ADVOGADO(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)  
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, *Pertence*, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta.

2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. ADIn: pertinência temática.

Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público .

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.



1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação **direta e exclusiva** da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

**IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.**

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da



República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

**V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.**

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo **impeachment** é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por



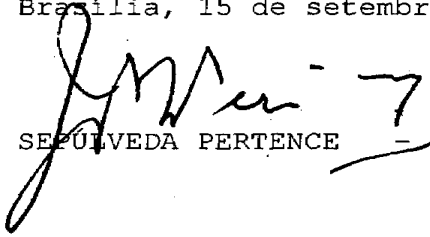
integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Sra. Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

Brasília, 15 de setembro de 2005.

  
SEPÚVEDA PERTENCE RELATOR

efs.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL****RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADVOGADO(A/S) : CLÁUDIO LACOMBE E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A L. 10.628, de 2002, alterou o art. 84 CPrPen., no qual inseriu dois parágrafos, do que resultou o teor seguinte:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

02. As duas ações diretas em pauta - ADIn 2.797, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, com pedido cautelar, e ADIn 2.860, pela AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros - não impugnam a nova redação do **caput** do art. 84 - que reconhecem cuidar-se de mera adaptação aos textos constitucionais



posteriores ao Código -, mas questionam a constitucionalidade de **ambos os parágrafos** incluídos pela lei nova.

03. Depois de sustentar, à vista da alteração estatutária que promoveu, a sua qualificação em tese para a propositura de ações diretas e a satisfação, na espécie, do requisito da pertinência temática, aduz a petição da CONAMP quanto à inconstitucionalidade dos parágrafos atacados:

"Com esses dispositivos, o legislador ordinário arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal, além de se arvorar, desastradamente, em intérprete maior da Constituição.

Com efeito, é cediço que constitui tradição vetusta do ordenamento jurídico pátrio que a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, é fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

Se assim é com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais federais e aos juízes federais, também o é com relação aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada em sede constitucional estadual, segundo expresse mandamento da Constituição Federal, ***litteris***:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º **A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado**, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça."(realce da Autora).

Ora, definir é pôr limites e, se os limites da competência dos tribunais estão no texto constitucional,



quer federal, quer estadual, não pode o legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.

Que o rol de competência dos tribunais é de direito estrito e tem fundamento constitucional trata-se de entendimento reiteradamente proclamado por essa excelsa Corte".

04. Invoca precedente (Pet 693-AgR, **Galvão**), na trilha, frisa, da jurisprudência do Tribunal, e segue:

"Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular matéria que só pode ter sede constitucional.

(...)

Especificamente quanto ao § 1º, ora impugnado, o legislador ordinário se arvora em intérprete do texto constitucional, no que diz respeito à própria competência dos tribunais, inclusive dessa Suprema Corte, dando-lhe interpretação divergente daquela já firmada por esse Tribunal Maior, consubstanciada no cancelamento da Súmula 394 ..."

(...)

Ora, se o intérprete maior da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, há quase um lustro, que o texto constitucional não contempla a hipótese de prorrogação do foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta, não pode o legislador ordinário editar norma de natureza constitucional, como se esta tivesse o condão de compelir a Suprema Corte a voltar à interpretação, já abandonada, de uma norma da Constituição.

Já quanto ao § 2º, o legislador ordinário, a par de travestir-se em poder constituinte e, também em intérprete da Constituição, tal como quanto ao 1º, pretende revelar, ainda, poderes premonitórios ou servir-

se de seu mister legislativo como forma de pressão sobre esse Supremo Tribunal Federal, pois o tema nele posto constitui questão que é objeto de julgamento em curso.

Assim, ambos os parágrafos ora impugnados ofendem não apenas o artigo 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º, da Constituição Federal, mas também a independência e a harmonia dos poderes do Estado, cravado no artigo 2º da mesma Constituição Republicana".

05. No exercício da presidência do Tribunal, no curso das férias, o em. Ministro Ilmar Galvão, após receber as informações da Presidência da República, despachou - f. 107:

"Anteciparam-se à requisição de informações a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União que, após argüir a ilegitimidade da Autora para ajuizar ação da espécie, por tratar-se de associação integrada, a um só tempo, por pessoas físicas e associações; e a ausência do requisito da pertinência temática - alegações que, a um primeiro juízo prelibatório, se revelam improcedentes - sustentam, em resumo, que as normas impugnadas não introduzem competência adicional alguma às constitucionalmente previstas para os Tribunais, cuidando-se de mera explicitação do sentido e alcance de tais competências, observado o princípio da hermenêutica constitucional da máxima efetividade das normas constitucionais, sem nada lhe acrescentar.

Por fim, sustentam a necessidade de processamento da ação pelo rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/99, para o fim de solução pronta e definitiva da relevante questão constitucional suscitada, providência que terá por efeito a dispensa da medida liminar, que foi pleiteada como meio de obviar a paralisação processual das ações em curso perante os juízos de primeiro grau como consequência de remessa dos respectivos autos aos Tribunais considerados competentes, quando, na verdade, tal paralisação configura exatamente o provimento acautelatório adequado à espécie, considerado que o **periculum in mora**, no caso, reside justamente no julgamento precipitado de tais ações por juizes que



poderão vir a ser declarados incompetentes pelo STF, o que, no caso das ações de improbidade, poderá ocorrer com a conclusão do julgamento da Reclamação nº 2.138, em que os cinco primeiros votos colhidos apontam para esse resultado.

Na verdade, não está a depender da medida liminar pleiteada a conclusão do julgamento da Reclamação nº 2.138, nem tampouco pode ser considerada razão suficiente para a suspensão da eficácia da lei impugnada a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, se não é outra a medida que está a recomendar-se, enquanto a relevante questão constitucional não é dirimida pelo STF.

Ante tais considerações, indefiro a providência cautelar requerida".

06. Depois, o Senado Federal prestou informações (f.112).

07. Repisam elas a arguição da ilegitimidade ativa da CONAMP — à base de precedentes que a negam às chamadas "associações de associações" e às chamadas "entidades híbridas" (ADIns 79-QO, **Celso**, RTJ 147/3; ADIn 2.180 - AgR, **Néri**, Inf. STF 224; ADIn 2.221-AgR **Jobim**, DJ 2.8.02).

08. No mérito, argumentam as informações do Senado, da lavra do Dr. Sérgio Lopes Fernandes - f. 117:

"O STF ao revogar a Súmula 394, entendendo que não haveria prorrogação da competência especial por prerrogativa de função, nada mais fez do que dizer que sem a prorrogação da competência especial aplicar-se-ia a legislação processual comum, ou seja, o Código de Processo Penal, que à época estabelecia como competente o juiz de primeiro grau. Mas, o Código de Processo Penal nessa parte foi alterado, e hoje ele prorroga a competência especial penal. E nada há de inconstitucional nisso.



A Constituição estabelece um mínimo de garantias para que os agentes políticos possam bem desempenhar suas funções, não podendo o legislador ordinário suprimir nenhuma delas. Nada impede, porém, que o legislador disponha sobre o processo penal, mesmo que indiretamente amplie garantias constitucionais. E isso nada tem haver com interpretação da Constituição; trata-se apenas de uma opção do legislador, que é soberano no exercício de suas competências constitucionais".

09. Seguiu-se o ajuizamento pela AMB da ADIn 2.860, que, na mesma linha da anterior, recorda o cancelamento da **Súmula** 394, para dela extrair a ilegitimidade de o legislador ordinário suprir a lacuna conseqüente, "ignorando decisão do Supremo Tribunal Federal, que repudiou o privilégio, com fundamento na exegese da própria Constituição"; e invoca Canotilho para quem "uma interpretação autêntica da Constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável".

10. Dada a identidade do objeto com a da ADIn 2.797, determinei a apensação dos autos para julgamento conjunto, julgando dispensáveis novas informações.

11. O então Procurador-Geral da República, em. Dr. Geraldo Brindeiro, opinou pela procedência parcial da ADIn 2.797, em longo parecer do qual extrato os passos mais relevantes - f. 121ss.

"43. O § 1º viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o **caput** do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, revogando a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático **Marbury v. Madison** da Suprema Corte Americana.

44. Aliás, como se sabe, toda a teoria **judicial review** começa com a inconstitucionalidade formal naquele

caso, sob inspiração do **Chief Justice MARSHALL**, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao **writ of mandamus**. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis ("**Statutes**") do Congresso.

(...)

46. A decisão majoritária proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Inquérito nº 687-4, de que foi relator o eminente Ministro SYDNEY SANCHES, estabeleceu que **"A tese substanciada nessa Súmula [394] não se refletiu na Constituição de 1988"** acompanhando o relator os eminentes Ministros MOREIRA ALVES, OCTAVIO GALLOTTI, CELSO DE MELLO, MARCO AURÉLIO e, o então Presidente, CARLOS VELLOSO.

47. Não vejo, pois, como deixar de considerar que o § 1º do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela recentíssima Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, tenha afrontado a decisão do Supremo Tribunal Federal, que cancelou a Súmula 394, por maioria de votos, ainda que entenda, como entendo, ser correta a posição minoritária da Corte.

(...)

49. Há ainda inúmeras decisões da Suprema Corte dos EUA - a despeito de ser competência do Congresso Americano definir em lei a jurisdição das cortes federais inferiores - tendo como inconstitucionais normas legais restringindo o âmbito da competência em razão de decisões judiciais sobre matérias politicamente controvertidas (como aborto, ação afirmativa e outros) cujo mérito contrariam interesses e posições de facções eventualmente majoritárias no Congresso Americano (Vide Tinsley E. Yarbrough, **The Rehnquist Court and The Constitution**, Oxford University Press, 2000).

50. Assim, é que deve ser declarado inconstitucional o § 1º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei nº 10.628/02, bem como a expressão **"observado o disposto no § 1º"**, constante do § 2º, **in fine**, por violar o art. 2º e o **caput**, do art. 102, da Constituição da República, na medida em que constituem afronta à exegese

da norma constitucional (art. 102, I, b e c) adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula 394 e expressamente estabelecer que a tese nela substanciada **não se refletiu na Constituição de 1988**.

51. É possível que o Supremo Tribunal Federal novamente reveja sua posição, com a nova composição da Corte (com os votos da eminente Ministra ELLEN GRACIE e do eminente Ministro GILMAR MENDES), inclusive no julgamento desta ação, restabelecendo em parte o entendimento anterior mediante a adoção de nova Súmula nos termos do voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE na citada Questão de Ordem. Se isso ocorrer, já serão os votos de cinco Ministros restando apenas um dos Ministros que já votaram na referida Questão de Ordem reconsiderar sua posição para aderir à proposta de nova Súmula. Nesta hipótese, inexistindo incompatibilidade entre a norma legal e a interpretação do Supremo Tribunal Federal não se poderá considerá-la formalmente inconstitucional, por não mais se configurar confronto com o Judiciário, podendo ser convalidada pelo próprio Supremo Tribunal Federal."

12. Quanto à temática do § 2º questionado, o Procurador-Geral recorda o teor dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Gilmar Mendes, no julgamento inconcluso da Rcl 2.138, e argumenta:

"59. O que o § 2º do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei no 10.628, de 24 de dezembro de 2002, faz, na verdade, é reconhecer caráter penal (criminal) aos atos de improbidade administrativa. E isso pode o Congresso Nacional em tese fazer por ser a União Federal competente para legislar privativamente sobre Direito Penal (CF 88, art. 22, inciso I, c/c art. 48).

60. Não nos parece que a norma legal tenha aqui criado propriamente novas hipóteses de competência de Tribunais por prerrogativa de função, como sustentado na inicial. O que ela diz é que se o funcionário (por equívoco) ou a autoridade tem "**prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública**" para ser processado e julgado pela prática de crime comum (e isto obviamente já deverá estar previsto na Constituição), no caso de cometimento de ato de improbidade administrativa - a que

se dá caráter penal - a ação de improbidade prevista na Lei no 8.429/92 será proposta "**perante o Tribunal competente**".

61. Não há falar, assim, na alegada violação do disposto nos arts. 125, § 1º; 102, I; 105, I, e 108, da Carta da República.

62. Creio, todavia (tal como, aliás, delineado nos votos da eminente Ministra ELLEN GRACIE e dos eminentes Ministros GILMAR MENDES, MAURÍCIO CORREA e ILMAR GALVÃO, proferidos no julgamento da mencionada Reclamação 2.138-6-DF, acompanhando o voto do Relator, o eminente Ministro NELSON JOBIM), concluindo sobre a caracterização de crime de responsabilidade em hipótese de suposto ato de improbidade administrativa praticado por Ministro de Estado, que não se pode - à luz da Constituição - dar a extensão que pretendeu dar à norma o legislador ordinário.

63. É que a improbidade administrativa é prevista no art. 37, § 4º, da CF 88 e nada leva a concluir pela norma lá inserta, o caráter penal que se pretende agora dar ao ato de improbidade. Pelo contrário, o seu caráter administrativo - e de Direito Administrativo - sobressai do próprio contexto constitucional em que é inserida a norma ao referir-se aos servidores públicos e aos princípios da administração pública.

64. Contudo, por existir também outra norma constitucional expressa definindo como crimes de responsabilidade os que atentem contra "**a probidade na administração**" (CF 88, art. 85, inciso V) é que penso ser possível atribuir tal caráter penal aos atos de improbidade administrativa desde que configurem tipicamente crimes de responsabilidade como previstos na Constituição e em lei federal.

65. Evidentemente somente há tais hipóteses relativamente a autoridades, que tenham foro por prerrogativa de função previsto no próprio texto da Constituição da República, para serem processados e julgados por crimes de responsabilidade pelos Tribunais competentes.

66. Não é o caso dos Governadores dos Estados e dos Prefeitos Municipais, em relação aos quais a

Constituição de 1988 conferiu competência ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Justiça Estaduais, respectivamente, para processá-los e julgá-los por crimes comuns somente e não por crimes de responsabilidade (CF 88, art. 105, I, a, e art. 29, X). E o fez, aliás, coerentemente com o modelo federal, pois, não é competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade. E mesmo na hipótese de crimes de responsabilidade de Ministros de Estado, somente é competente o STF se não forem conexos com aqueles da mesma natureza cometidos pelo Presidente da República (CF 88, art. 102, I, c, c/c art. 52, I)".

13. Cita trabalho doutrinário do Dr. Aristides Junqueira – patrono da ADIn 2.797 –, no mesmo sentido de os atos de improbidade administrativa configurarem crimes de responsabilidade, para acentuar e concluir:

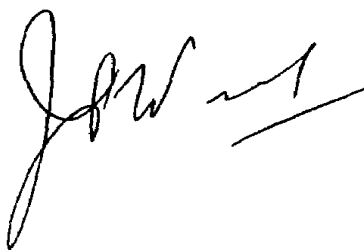
70. Assim, parece-nos que não poderia o Congresso Nacional aprovar e o Presidente da República sancionar lei definindo como crimes comuns todos os atos administrativos tipificados como de improbidade administrativa, trazendo como consequência a aplicação do foro por prerrogativa de função nos Tribunais, inclusive no STF.

71. A inconstitucionalidade do § 2º, pois, é a nosso ver parcial, sem redução de texto, para conferir interpretação conforme a Constituição (na linha dos cinco votos já proferidos na Reclamação no 2.138/DF), considerando aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

72. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é, preliminarmente, no sentido do conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade; e, no mérito, pela sua procedência em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, bem como da expressão "**observado o disposto no § 1º**", constante do § 2º, **in fine**, também

acrescido pela mesma lei ao referido art. 84, salvo se o Supremo Tribunal Federal novamente reexaminar sua posição quanto ao cancelamento da Súmula 394, nos termos do item 51 acima; e ainda para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, conferindo interpretação conforme a Constituição ao mencionado § 2º, para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade”.

14. É o relatório, a ser distribuído aos Senhores Ministros.



22/09/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADVOGADO(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (RELATOR) - Sr. Presidente, este voto, em boa parte feito há muito tempo, tem grande trecho enfrentando as preliminares de ilegitimidade da CONAMP e de falta de pertinência temática.

O estado da jurisprudência, hoje, já torna menos polêmica a questão.

CR/





22/09/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

I

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): É certo que, na ADInMC 1.402, de 29.2.96, o Tribunal negou à CONAMP a qualificação de "entidade de classe de âmbito nacional", para, nos termos do art. 103, IX, CF, propor ação direta de inconstitucionalidade.

16. Ficou vencido o relator, Ministro Velloso, que assinalou:

"As entidades que compõem a CONAMP (Confederação Nacional do Ministério Público) - confederação apenas no nome - porque se trata de uma entidade de classe - são entidades representativas de representantes de ministérios públicos. Além dessas entidades representativas, repete-se, a CONAMP, que se classifica expressamente como sociedade civil, é integrada por membros do Ministério Público da União e dos Estados, em exercício ou aposentados.

O fato de a entidade de classe se compor de sociedades civis representativas da classe e por pessoas físicas da mesma classe, não desvirtua, ao que penso, o caráter de entidade representativa de classe, tal como posto no inciso IX do art. 103 da Constituição. Inegavelmente a CONAMP é uma entidade de classe, representativa da classe do Ministério Público, de âmbito nacional".

17. O voto condutor do acórdão, do Ministro Maurício Corrêa, alinhou-se à jurisprudência dominante na Casa, que desqualifica para a iniciativa da ADIn as ditas "associações de associações" (v.g., ADIn 1.580, de 2.6.97 (QO), **Corrêa**; ADIn 1.159, 29.4.98, **Galvão**) -, ao que acrescentou o Ministro Ilmar Galvão a circunstância de a



CONAMP admitir também a filiação direta de pessoas físicas, membros do Ministério Público.

18. Ausente daquele julgamento, minha tendência seria a de acompanhar o voto vencido do Ministro **Velloso**.

19. Jamais me alinhei no ponto à orientação do Tribunal, como repetidamente declarei.

20. Assim, por exemplo, assinalei ao votar, vencido, na ADIn 1.580, **Corrêa** 5.6.97, DJ 25.5.01:

*"...desde que pela primeira vez se discutiu o tema, a minha posição é perfeitamente conhecida: para mim, o fato de [a entidade] se organizar, por mimetismo à própria organização federativa do País, mediante a congregação de entidades de base regional, não lhe tira a característica de associação de classe, sempre que a sua destinação institucional seja a defesa dos interesses de determinada classe e não, obviamente, a defesa dos interesses das associações que lhe são filiadas. Tenho-as, pois, como legitimadas à ação direta, nos termos do art. 103, XI, parte final, da Constituição".*

21. E não dou relevo decisivo a que, então, a CONAMP admitisse, além das associações regionais, a filiação direta de integrantes individuais da categoria.

22. Na espécie, contudo, a reabertura da discussão é ociosa.

23. De logo, porque a exclusão das entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta vem de ser abandonada pelo Tribunal (ADIn 3153-AgRg, 12.08.04, **Pertence**, Inf STF 356).



24. De qualquer sorte, instrui a petição o novo estatuto da CONAMP – agora **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público** – arquivado em 24.10.2001 e cujo art. 5º preceitua:

"Art. 5º - O quadro institucional da CONAMP compõe-se das seguintes categorias:

**I** - Associados Efetivos - os membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos;

**II** - Associados Agregados - os pensionistas de Associados Efetivos falecidos;

**III** - Afiliadas - as Associações de Ministério Público.

**Parágrafo único** - A manutenção do vínculo com a **CONAMP** de Associado que vier a ser desligado do quadro da Associação Afiliada dependerá de expressa manifestação do interessado"

25. A qualidade de "associados efetivos" ficou assim adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva -, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

26. Afasto, pois, a preliminar.

## II

27. Entendo presente, em ambas as ações diretas, a relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais questionados.



28. Em contrário invocam as informações da Presidência da República a decisão do Tribunal na ADInMC 913, 18.8.93, quando, por maioria, o Tribunal negou à AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros - a satisfação do requisito para impugnar a validade da EC 3/93, no ponto em que instituíra a ação declaratória de constitucionalidade.

29. O voto condutor do em. Ministro **Moreira Alves** motivou o julgado:

*"No caso, trata-se de questão interna do Poder Judiciário, cujo pretenso interesse da magistratura é colocado em termos de contraposição de poderes entre seus órgãos sob a alegação de que os acrescidos a um - que é o seu órgão-cúpula - coartam a independência dos que lhe são hierarquicamente inferiores. Questões dessa natureza, que dizem respeito, lato sensu, à organização do Poder Judiciário, **sem lhe coartarem a independência e as atribuições institucionais**, não têm pertinência com as finalidades da autora, quer encarada estritamente como entidade de classe, quer encarada excepcionalmente como entidade de defesa do Poder Judiciário, porque, no caso, quanto a ele em si mesmo, nada há que defender por lhe ter a Emenda Constitucional impugnada ampliado o âmbito do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos".*

30. A argumentação, não o nego, poderia transplantar-se para o caso presente, no qual, das questionadas ampliações legais do âmbito material da competência por prerrogativa de função, o que resulta é a transposição, para os Tribunais e os correspondentes órgãos superiores do Ministério Público, de poderes e funções que as arguições pretendem devessem remanescer na alçada do primeiro grau de jurisdição.



31. Com todas as vênias, sigo convicto, no entanto, de que o precedente invocado restringiu a qualificação das entidades de classe muito além do que permitiria a construção pretoriana da "pertinência temática".

32. Na referida ADInMC 913, fiquei vencido - na companhia honrosa dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso - e assim fundei o meu voto, em suas passagens essenciais:

"2 ... a preliminar suscitada pelo eminente Relator é do maior relevo, porque se trata de gizár, de demarcar essa qualificação específica para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade - a chamada "**pertinência temática**" - que o Tribunal extraiu do sistema constitucional, especificamente com relação às entidades de classe, e, eventualmente, com relação a outras das autoridades ou entidades qualificadas no art. 103 CF, para a provocação do controle abstrato de normas.

3. É afirmação elementar que a ação direta de inconstitucionalidade é modalidade de processo objetivo, o que faria heterodoxa qualquer tentativa de identificar a legitimação para a causa das entidades, em tese, qualificadas para propô-la, com a **legitimatio ad causam** do processo de partes, na qual a legitimação envolve uma relação estreita de interesse substancial entre o autor e o objeto da lide, ou, pelo menos, nos processos coletivos, entre a categoria representada pela entidade autora e o objeto material do processo.

4. Não obstante, Senhor Presidente, o Tribunal construiu, com a minha adesão, esse requisito, esse conteúdo específico da legitimação para causa na ação direta a que, com felicidade, o eminente Ministro Celso de Mello deu a denominação adequada de "**pertinência temática**", que sempre interpretei como uma conexão objetiva entre o universo finalístico da associação de classe, de que se cogite, e o conteúdo da norma impugnada.

5. Afirmamo-lo, creio que pela primeira vez, em termos decisivos, na Ação Direta nº 138, em que foi Relator o Senhor Ministro Sydney Sanches, atinente à



Associação dos Magistrados Brasileiros: então se reconheceu a pertinência entre o seu objetivo estatutário e - a expressão da ementa é muito significativa - "a preocupação política de defesa do tratamento que, em matéria de vencimento, pareça-lhe adequada à Magistratura em face do ordenamento constitucional".

6. Posteriormente, na Ação Direta 305, contra o voto do Relator, eminente Ministro Paulo Brossard, o Tribunal, chamado preliminarmente a decidi-lo, afirmou existir, no processo de controle abstrato, da ação direta de inconstitucionalidade, o requisito da pertinência temática; votei com a maioria. Então, assinalei, repisando observações esparsas em outros casos em que o problema, incidentemente, fora tratado - ADIN 305, 22.5.91:

"Senhor Presidente, também já me havia antecipado para admitir, ao menos nessa hipótese (a das entidades de classe) - que obviamente se aplicará, mutatis mutandis, pelo menos às autoridades estaduais - a exigência do que o Minистра Celso de Mello chamou, com felicidade, de uma relação de pertinência temática entre o objeto social da instituição da entidade de classe e o tema constitucional posto.

Friso, mais uma vez, que, quando adotei essa terminologia, e já o fizera na ADIN nº 42, foi exatamente para não a identificar com a legitimação para a causa (do processo subjetivo), ainda que mestre Buzaid vá identificar os termos - para caracterizar a legitimação com a pertinência subjetiva da lide.

Creio que o liame a exigir na ação direta entre a argüente e o tema da arguição de inconstitucionalidade pode ser sensivelmente mais flexível que o que há de ligar, por exemplo, as próprias entidades de classe ao objeto do mandado de segurança coletivo. O que não admito é que haja absoluto alheamento entre a temática da ação direta e a finalidade institucional da associação, o que, de certo modo, limita a sua própria personalidade jurídica.



Portanto, Senhor Presidente, com essas premissas, que delimitaram minha adesão à construção do requisito da pertinência temática, não posso reduzi-la a uma relação de interesse pessoal, corporativo ou profissional, entre os membros de uma determinada categoria profissional ou funcional, individualmente considerados, e a arguição de inconstitucionalidade proposta. Se fosse assim, bastaria que o inciso IX do art. 103 tivesse legitimado as confederações sindicais, para a defesa dos interesses corporativos, profissionais, do trabalhador, enquanto tal. Na luta por condições de trabalho ou por melhorias salariais, a instituição constitucional é o sindicato, hoje aberto a todas as categorias, inclusive às dos funcionários públicos, com a única exceção dos militares.

(...)

9. A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser reduzida, ainda quando proposta por uma entidade de classe, a um macroscópico mandado de segurança coletivo, instrumento apenas da defesa coletiva de direitos subjetivo individuais dos membros de uma determinada categoria de classe. Não é novidade alguma, na minha perspectiva, o que estou afirmando.

10. Na Ação Direta nº 42, em voto-vista, permiti-me uma longa digressão sobre a minha leitura do significado do plexo de autoridades e entidades públicas e privadas, a que a Constituição de 88 deu qualificação para provocar o controle abstrato de inconstitucionalidade, cedendo à grita contra o monopólio inicial desta qualificação pelo Procurador-Geral da República.

11. Permito-me integrar a este voto o que, naquele caso, acentuei:

"Entre as indagações em que se desdobrou o douto voto do Ministro Brossard uma delas se fixou na natureza indiscutivelmente privada das associações não sindicais: é que,



não obstante o alargamento da legitimação para a ação direta, os legitimados pelo art. 103, ponderou S. Exa., **são ou autoridades de alta expressão na hierarquia político-administrativa do País ou entidades de caráter público**, categoria em que incluiu não apenas a Ordem dos Advogados, mas também as confederações sindicais (no que, de logo, peço vênha para dissentir).

A mim me parece, contudo, **data venia**, que aqui está um indicativo a mais no sentido de uma compreensão ampla do conceito de - **entidade de classe de âmbito nacional** para os fins do art. 103 da Constituição.

À minha leitura da Constituição e das discussões que a antecederam, no particular, afigura-se manifesto que, da legitimação dessas associações, além da outorgada aos partidos políticos, à OAB e às confederações sindicais, o novo texto fundamental quis efetivamente fazer a grande válvula de abertura e descentralização social da iniciativa do controle direto da constitucionalidade das leis.

(...)

As sugestões para liberalização da legitimidade para a ação direta foram muitas, chegando algumas à ação popular - v.g., Fábio K. Comparato, Muda Brasil - Uma Constituição para o desenvolvimento democrático, ed. Brasiliense, 1986, p. 81, art. 14: **Qualquer cidadão é parte legítima para propor diretamente, perante o Tribunal Constitucional, ação de Inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.**

Na grande maioria das propostas que não chegaram à solução extrema da ação popular, embora de conteúdo vário, é possível identificar a preocupação constante de legitimar para a ação direta, além do Procurador-Geral da República e de autoridades





governamentais e legislativas da União e dos Estados, uma ou mais entidades, nas quais se reconheceram qualificações para o papel de veículo das instâncias da sociedade civil.

A ampliação da legitimidade ainda para a antiga representação por inconstitucionalidade às altas autoridades da União e dos Estados, ao Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados e ao das Confederações Profissionais - o que lhe parecia possível por simples disposição do Regimento do Supremo Tribunal Federal -, foi sugerida por Victor Nunes Leal, em 1978, na tese que ofereceu à VII Conferência Nacional da OAB, em Curitiba **(Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado, nos Anais, OAB, 1978, p. 479).** -

A proposta da emenda constitucional nº 11/84 - conhecida por emenda Leitão de Abreu acompanhada, neste passo, pelo anteprojeto da **Comissão Afonso Arinos** (art. 311) mantinha a legitimação privativa do Procurador-Geral da República, mas tornava compulsório o oferecimento por ele da representação, quando fosse provocado pelas autoridades referidas ou pelo Conselho Federal da Ordem.

Prevaleceu na Constituinte, desde o início, a ampliação direta da legitimidade, sem a intermediação do Procurador-Geral.

Nos anteprojetos das comissões temáticas, o da Comissão de Organização dos Poderes (relator o Deputado Egydio Ferreira Lima), além das autoridades, qualificava para a ação direta apenas a Ordem e as Confederações Sindicais (art. 103), ao passo que a da IV Comissão (relator o Deputado Prisco Viana), no capítulo "**Da Inviolabilidade da Constituição**", suprimia a referência às confederações, para manter a legitimação da Ordem e, em geral, das "**entidades associativas de âmbito nacional,**



criadas ou reconhecidas por lei e com mais de um ano de funcionamento" (art. 38).

Os primeiros substitutivos do relator, o nobre Deputado Bernardo Cabral, de agosto e setembro de 1987, adotaram a proposta mais restrita da Comissão de Organização dos Poderes: além das autoridades e da Ordem, apenas, as confederações sindicais.

Na votação plenária em primeiro turno, é que se chegou à fórmula, que prosseguiu vitoriosa até o final, de legitimar, além das autoridades e da Ordem, qualquer "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional": esta cláusula final, desse modo, reduziu a legitimação das associações civis às de caráter classista, mas a libertou da exigência de criação ou reconhecimento por lei, como fora proposto pela IV Comissão.

Dessa breve e apressada recordação dos antecedentes da norma constitucional ora discutida, resulta para mim que iniludivelmente prevaleceu, na Constituição de 1988, uma orientação ampliativa da qualificação para a ação direta, com a evidente preocupação de abri-la à participação ativa da sociedade civil no controle da legitimidade constitucional do exercício do poder do Estado.

(...)

Mas, os partidos políticos estão de permeio entre o Estado e a sociedade civil.

Ora, é uma evidência, hoje difundida, do pensamento político - que, entre nós, Victor Nunes, em 1954, já percebia (*A Divisão dos Poderes no Quadro Político da Burguesia, em Cinco Estudos*, FGV., 1955, p. 93) - e, em 1980, voltaria a insistir no tema (*Liberdade, desenvolvimento e advocacia, nos Anais da VIII Conf. Nacional da OAB*, p. 358) -, que, em particular, a doutrina da separação e da independência dos poderes e, em geral, todos



os mecanismos estatais de proteção das liberdades, construídos com vistas ao Estado absenteísta, a serviço do liberalismo econômico, tiveram comprometida a sua eficácia, na medida em que a incoercível demanda de crescente intervenção estatal na economia e em toda a vida social levou, na busca da eficiência, à concentração de poder e ao agigantamento do aparelho burocrático.

De tal modo, quis advertir, naquele ano já longínquo, a aguda lucidez de Victor Nunes, que **"fora do Estado e não dentro do Estado é que se haveriam de construir os instrumentos mais eficazes de defesa dos direitos humanos"** (Anais, cit., p. 364).

Essa linha de preocupação - que tem levado, em todas as áreas, à criação de instituições de democracia participativa, em especial, de controle permanente da ação estatal pela sociedade civil -, está subjacente no nosso tema à legitimação para a ação direta da OAB, das confederações sindicais e das entidades nacionais de classe.

(...)

No último inciso do art. 103, portanto, é que efetivamente a Constituição abriu a ação direta de inconstitucionalidade às concepções contemporâneas de pluralismo e participação social, inclusive no âmbito da jurisdição, na linha, como notou o parecer de Cândido Dinamarco, de **"intensa movimentação em prol da efetividade do processo, que constitui, observou em seguida, uma "vivíssima tendência contemporânea da doutrina processual legitimada na realidade da sociedade pluralista deste fim de século"**.

(...)

12. À luz dessas premissas sobre o significado da legitimação das entidades de classes para a ação direta de inconstitucionalidade, não posso esvaziá-la, **data**



venia, a ponto de reduzi-la a mero instrumento de defesa coletiva de interesses corporativos de uma determinada categoria profissional ou econômica; o requisito da "pertinência temática" não pode ser levado a esse extremo sem comprometer a finalidade institucional do processo de controle abstrato, que é sempre a de defesa objetiva da Constituição.

13. O grande argumento de hoje - afora o de inexistência de um interesse profissional de cada magistrado na temática da reforma constitucional, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade - é que, afinal, essa emenda constitucional, no ponto questionado, seria apenas uma redivisão interna das funções do Poder Judiciário. **Est modus in rebus.**

14. Diz a Associação dos Magistrados Brasileiros que essa emenda constitucional (e só por isso argúi a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional) agride duas limitações materiais, ou segundo a metáfora consagrada, duas cláusulas pétreas da Constituição: a que diz que "com a separação e a independência dos Poderes"; e a que diz com "os direitos e garantias individuais", particularmente com os dogmas, com os corolários, do princípio do devido processo legal.

(...)

16. Aqui, o que se dá é que o tema é pertinente à posição institucional da Magistratura, ao desenho da função judicial e de função jurisdicional, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

17. Trata-se de uma relevante alteração no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, com evidente fortalecimento do subsistema de controle concentrado, em detrimento do controle difuso, que, como poder inerente à própria jurisdição, cabe a cada órgão jurisdicional do País. E isso me basta, Senhor Presidente, como me bastou na Ação Direta nº 292, para sustentar que não negava legitimação, que não contestava a pertinência temática entre as finalidades institucionais da mesma Associação dos Magistrados Brasileiros e a proibição, por meio de medida provisória, de concessão de liminares ou medidas cautelares em determinados processos".



33. Tudo isso para concluir, naquele caso:

"... se, de outro lado, a pertinência temática, como a entendo, não se confunde com a legitimação **ad causam** do processo entre partes, do processo subjetivo, não creio que se possa indagar - ou que o órgão judicante da ação direta, o Supremo Tribunal, possa ajuizar - da posição que, em face de um tema constitucional, de um problema constitucional que diz respeito à Magistratura, se a posição assumida, em concreto, pela Associação é, ou não, a que mais interessa à Magistratura. A indagação da pertinência temática, para mim, cessa, quando se afirma que o tema, que o problema constitucional posto têm a ver com o objeto institucional da associação de classe. A posição que, **in concreto**, no tema constitucional suscitado, venha a tomar a Associação, arguindo a inconstitucionalidade ou defendendo a constitucionalidade de determinada norma, diz respeito à própria Associação. Não entra na indagação estrita sobre se a matéria guarda relação de pertinência temática com a própria Associação."

34. Essas considerações, **mutatis mutandis**, servem ao caso presente: basta-me aqui, para afirmar a presença da questionada "relação de pertinência", que as normas legais questionadas se reflitam na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público -, a que se verifique que as alterações tachadas de inconstitucionalidade **têm a ver** com as finalidades institucionais das respectivas entidades nacionais de classe.

35. À legitimação delas, repiso, são irrelevantes, neste momento, tanto o mérito da arguição de inconstitucionalidade, quanto a decisão das associações requerentes de fazê-la objeto das presentes ações diretas.



36. Rejeito igualmente a preliminar relativa à pertinência temática.

### III

37. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada no Inq 687-QO, 25.8.97, rel o em. Ministro **Sydney Sanches** (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

38. Tanto é assim que a redação do dispositivo legal questionado se aproxima substancialmente da proposta, então recusada pelo Tribunal, que formulei no meu voto vencido, de redução do alcance daquela Súmula, nos termos seguintes - RTJ 179/912, 938:

*"Cometido o crime no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional".*

39. Também no texto ora impugnado, recorde-se, a extensão da competência por prerrogativa de função além da cessação da investidura que a determinara se reduz às acusações relativas a "atos administrativos do agente(')

40. Em contrário, porém, da minha proposta, no Inq 687 prevaleceu o cancelamento puro e simples da Súm. 394, por entender a maioria do Tribunal ser inaceitável em qualquer hipótese, à luz da Constituição, que a incidência da regra de foro especial por

---

<sup>1</sup> Cf. v.g., Inq 1772, DJ 10.3.03, **Pertence**; Inq 718-QO, **Pertence**, 23.04.03, DJ 16.05.03



prerrogativa da função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava.

41. É ver no ponto, o que ficou posto na ementa do julgado, da lavra do em. Ministro Sydney Sanches - RTJ 179/912:

"1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segundo a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

2. A tese consubstanciada nessa súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, b, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns.

Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, b e c).

Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.

Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato,



não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

3. Questão de ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal.

Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do plenário.

4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou."

42. Improcede a tentativa das informações de dissimular a disparidade gritante entre a decisão do Tribunal e a Lei superveniente à base da suposição de que o cancelamento da Súm. 394 estaria fundada na ausência de lei ordinária que a consagrasse.

43. Tanto quanto a própria Súm. 394, que cancelou, a decisão do Tribunal no Inq 687 derivou de **interpretação direta e exclusiva** da Constituição.

44. Li e reli a íntegra das notas taquigráficas da exaustiva discussão: nela - salvo a evocação incidente e não decisiva pelo em. Ministro Marco Aurélio do art. 87 C.Pr.Civ. - não se cogitou de legislação ordinária alguma, mas exclusivamente de normas e princípios constitucionais.

45. Aliás, no Inq 687 - assim como nos demais inquéritos e ações penais, conjuntamente apreciados -, quando se decidiu pelo cancelamento, sem ressalvas, da Súm. 394, cuidava-se unicamente de





procedimentos criminais contra congressistas: a circunstância basta a evidenciar que não fazia sentido levar em conta a legislação ordinária pertinente - vale dizer, unicamente, o C.Pr.Penal, de 1941 -, pois a competência por prerrogativa de função para processar Deputados e Senadores só surgira com a Carta de 1969, como contrapeso à drástica redução que aquele edito constitucional da ditadura impusera às imunidades parlamentares materiais e formais.

46. A indagação que assim logo se põe é saber **se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República.**

47. A resposta é **negativa.**

48. Certo, a Constituição não outorgou à interpretação constitucional do Supremo Tribunal o efeito de vincular o Poder Legislativo, sequer no controle abstrato da constitucionalidade das leis<sup>(2)</sup>, quando as decisões de mérito só terão força vinculante para os "demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo"<sup>(3)</sup>.

49. Menos ainda cabe cogitar de vinculação do Legislativo às decisões do STF que diretamente aplicam a Constituição aos fatos: ao contrário das proferidas no controle abstrato de normas, são acórdãos que substantivam decisões tipicamente jurisdicionais, de alcance restrito às partes.

---

<sup>2</sup> v.g., ADInMC 864, 23.6.93, **Moreira Alves**, RTJ 151/416

<sup>3</sup> Constituição, art. 102, § 2º e STF, Rcl 1880-AgR, 6.11.02, **Maurício Corrêa**, DJ 19.3.04.



50. O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição.

51. A circunstância de que a interpretação constitucional convertida em lei ordinária contrarie a jurisprudência do Supremo Tribunal - guarda da Constituição - não é, assim, determinante, por si só, da inconstitucionalidade, embora evidencie o desconcerto institucional a que pode conduzir a admissão da interpretação da Constituição por lei ordinária.

52. A petição inicial da CONAMP invoca com pertinência a lição de Canotilho<sup>4</sup>), no sentido de que

"Uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário deve excluir-se no âmbito constitucional"

53. "Por um lado" - preleciona o mestre de Coimbra -, o legislador 'não pode pretender "fixar" o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis editadas. Neste último caso, ele é o seu "criador", admitindo-se que, se ele pode criar e revogar uma lei, por maioria de razão a poderá interpretar. (...) Todavia, em relação às normas constitucionais o legislador não está nesta situação privilegiada. Ele é um dos destinatários das normas constitucionais (e em relação a algumas normas o destinatário por excelência), cumprindo-lhe concretizar a constituição, mas não é "dono" das normas constitucionais para poder, ex voluntate, fixar o sentido dessas normas. Acresce que uma lei hipoteticamente interpretativa da constituição poderia conter uma interpretação inconstitucional, daí decorrendo o perigo, já assinalado, da

---

<sup>4</sup> J.J. Gomes Canotilho - **Direito Constitucional**, 5ª ed, ed. Almedina, Coimbra, 1991, p. 239



formação de um "concentrado constitucional" paralelo, conducente à substituição do princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da constituição, legalidade essa que poderia até ser inconstitucional."

54. "De acordo com os princípios" - acentua de sua vez o preclaro **Jorge Miranda**<sup>(5)</sup> - interpretação autêntica só pode ser feita "por lei com força constitucional - ou seja, em Constituição rígida, por lei decretada pelo processo peculiar de revisão, e não de lei ordinária. Pode, não, raro, a lei ordinária interpretar as disposições constitucionais regulamentando-as ou tornando-as exequíveis e, de qualquer sorte, concretizando e desenvolvendo o seu conteúdo; mas, ainda que se pretenda vocacionada para conferir um sentido "correcto" ou "autêntico" a certa e determinada norma constitucional, a lei ordinária não tem capacidade ou força jurídica para tal e está ela própria sujeita ao juízo de inconstitucionalidade (e à interpretação que este pressupõe) a cargo dos órgãos de fiscalização competentes"

55. No Brasil, vem do vetusto Maximiliano<sup>(6)</sup> a assertiva peremptória de que

**"Interpretação autêntica do texto constitucional só se obtém pelo processo estabelecido no art. 217 da Constituição de 1946, isto é, por meio de emenda ao estatuto básico".**

56. "É controvertida" - anota hoje Luiz Roberto Barroso<sup>(7)</sup> - "a possibilidade de interpretação autêntica da Constituição. Pela

<sup>5</sup> Jorge Miranda - **Manual de Direito Constitucional**, 2ª, Coimbra Ed, 1983, II/231

<sup>6</sup> Carlos Maximiliano - **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 10ª, Forense, 1988, p. 315.



interpretação autêntica se edita uma norma interpretativa de outra preexistente. A maior parte da doutrina, tanto brasileira como portuguesa, admite a interpretação constitucional autêntica, desde que se faça pelo órgão competente para a reforma constitucional, com observância do mesmo procedimento desta"; para o autor, no entanto, cuidando-se de uma constituição derivada do poder constituinte originário - que, "uma vez concluída a sua obra, o poder constituinte originário se exaure, ou, melhor dizendo, volta ao seu estado latente e difuso", a rigor "não se pode falar em interpretação constitucional verdadeiramente autêntica"; e invoca, no mesmo sentido, as opiniões de José Afonso da Silva e de Anna Cândida da Cunha Ferraz.

57. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional.

58. Tanto pior se, de sobra, contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte.

59. O ponto vale uma reflexão.

60. O Supremo Tribunal - escusado é dizê-lo - também não está vinculado à sua precedente compreensão da Constituição.

61. Por isso, é do jogo, por exemplo, que possa o legislativo reeditar lei de conteúdo similar à de outra, declarada inconstitucional e, assim, provocar a rediscussão do tema pela

---

<sup>7</sup> Luiz Roberto Barroso - **Interpretação e Aplicação do Direito**, 5ª, Saraiva, 2003, p. 118



jurisdição constitucional: aí, a questão será de constitucionalidade ou inconstitucionalidade material, conforme a Corte nele persevere ou reveja o seu entendimento anterior.

62. Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade **formal**, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.

63. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisdição constitucional, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.

64. A jurisdição constitucional na democracia - e a afirmação tem hoje a força do óbvio - é um poder contra-majoritário: incumbe-lhe impor à maioria política da conjuntura as regras constitucionais do jogo político e as limitações substanciais da Constituição ao conteúdo das decisões legislativas e administrativas.

65. Quando, ao contrário, a lei ordinária (ou o ato de governo) é que pretendam inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, não pode demitir-se este do seu poder-dever de opor o seu veto à usurpação do seu papel.

66. São razões que realço para explicar por que, vencido no Tribunal quando da derrubada da **Súmula** 394, deixo, no entanto, de reconhecer a validade da lei superveniente que, em termos, se



aproxima da solução que então defendi: sobreponho à opinião pessoal, então rejeitada por expressiva maioria, o que me parece um imperativo da sustentação do papel do Tribunal, "guarda da *Constituição*".

67. Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

68. Tenho, pois, por inconstitucional o § 1º do art. 84 CPrPenal, acrescido pela lei questionada.

#### IV

69. O § 2º que a mesma lei inseriu ao dispositivo do art. 84 do Código veicula duas regras: a primeira estende à ação de improbidade administrativa a competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário; a segunda, manda observar, quanto à mesma ação de improbidade, o § 1º, é dizer, a regra de extensão no tempo do foro especial ao momento posterior à cessação da investidura na função dela determinante.

70. Essa regra final é atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade do § 1º, que manda observar.



## V

71. Resta indagar da outra regra contida no também questionado novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

72. Nele, estendem-se à ação de improbidade administrativa as previsões constitucionais e legais de competência originária para o processo penal contra determinadas autoridades.

73. Em linha de princípio, no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

74. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União **especial** em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

75. A assertiva é duplamente evidente, quando se cuida do Supremo Tribunal, ele próprio, órgão especial também relativamente aos demais juízes e tribunais da União<sup>8</sup>).

76. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

<sup>8</sup> João Barbalho - **Constituição Federal Brasileira**, Rio, 1902, p. 235; Pedro Lessa - **Do Poder Judiciário**, p. 44



77. Certo, a nota de exaustividade do rol de tais competências originárias há de ser compreendida **cum grano salis**: diversas tem sido, no ponto, as hipóteses de extração pretoriana de competências implícitas dos tribunais federais, aceitas sem maior contestação ao longo da República.<sup>9</sup>)

78. Assim, por exemplo:

a) no âmbito do Supremo Tribunal, a de conhecer originariamente do mandado de segurança não apenas contra o ato das Mesas das Casas do Congresso Nacional, mas também contra os das próximas câmaras e de seus órgãos fracionários, a exemplo das comissões permanentes e de inquérito;

b) ainda no campo da competência originária do Supremo Tribunal, o do conhecimento originário de **habeas corpus** contra atos de Ministros de Estado, quando relativos a extradições, e, mais recentemente, do **habeas corpus** contra decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais;

c) na esfera do Superior Tribunal de Justiça, a de conhecer de **habeas corpus** quando atribuída a coação a juizes dos Tribunais de Alçada;

d) na órbita dos Tribunais Regionais Federais, a de processar, originariamente, por crimes da competência da Justiça Federal, os dignitários estaduais que, de regra, estejam, por prerrogativa de função, sujeitos à competência originária dos Tribunais de Justiça locais.

---

<sup>9</sup> João Barbalho - ob. loc. cit.; Castro Nunes - **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Forense, 1943, p. 215





79. São todas elas - as recordadas e, quiçá, outras mais - repita-se, construções pretorianas, que o Supremo Tribunal pretendeu inferir de regra expressa ou da conjugação de regras expressas da Constituição.

80. O que se impugna, no caso, é a declaração por lei de competência originária não prevista na Constituição.

81. Ora, como livre criação de competências originárias dos tribunais federais, a lei é inválida, dada a taxatividade do rol constitucional delas.

82. E, quando se pretenda sustentar a validade da lei como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões anteriormente aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

83. De qualquer sorte, substancialmente, como interpretação da Constituição, o § 2º, que se analisa, é insustentável.

84. A ação de improbidade administrativa é uma ação **civil**: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas "sem prejuízo da ação penal cabível".

85. O Tribunal jamais deduziu de sua competência originária para o processo penal contra os mais altos dignitários da República a de conhecer de ações civis contra eles propostas por atos de ofício, ainda que delas possa decorrer a condenação da autoridade a



diferentes sanções civis: a ação popular é o exemplo mais freqüente dessa nítida distinção jurisprudencial.<sup>(10)</sup>

86. Anote-se, por sua vez, que, quanto aos tribunais locais, afora o disposto nos seus arts 29, X e 96, III, a Constituição Federal reservou explicitamente às constituições dos Estados-membros a definição da competência aos seus tribunais, o que afasta, por si só, que possa ela ser alterada por lei federal ordinária.

87. É verdade, no tocante à improbidade administrativa, que a inclusão constitucional, entre as sanções a ela cominadas, da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública tem induzido a relevar a similitude da ação respectiva, não com o processo penal por crimes comuns, mas sim com a persecução dos chamados crimes de responsabilidade; e, daí, à tese de que a competência constitucional para julgar esses últimos haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade administrativa.

88. A tese, rejeitada por voto de desempate no Superior Tribunal de Justiça - e retomado depois por trabalho conjunto de **Arnold Wald e Gilmar Mendes** <sup>(11)</sup>.

89. No Supremo Tribunal, a questão foi agitada na Rcl 2138, cujo relator, o em. Ministros Nelson Jobim, acolhe a tese da extensão à ação de improbidade administrativa proposta contra Ministro de Estado da competência originária da Corte para processá-lo e julgá-lo por crimes de responsabilidade; o julgamento - depois

---

<sup>10</sup> Pet. 1282-AgR, Pl, 26.5.97, **Sanches**, DJ 27.6.97

<sup>11</sup> Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes - **Competência para ação de improbidade administrativa**, Rev. Inf. Legislativa, 128/213



de acompanhado o Relator pelos Ministros **Gilmar Mendes**, **Ellen Gracie**, **Maurício Corrêa** e **Ilmar Galvão**, foi interrompido pela vista concedida ao Ministro **Carlos Velloso** (DJ 20.11.02).

90. O eventual acolhimento da tese dessa reclamação não prejudica nem é prejudicado pela inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 C.Pr.Penal, introduzido pela L. 10628/02, que ora se sustenta.

91. De logo, a competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo **impeachment** é da competência de órgãos políticos - por certo, a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.

92. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

## VI

93. De tudo, julgo procedentes as ações diretas e declaro a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º apostos ao art. 84 do Código de Processo Penal pela L. 10628/02: é o meu voto.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que julgava procedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 22.09.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

*Luiz Tomimatsu*  
Luiz Tomimatsu  
Secretário

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALVOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Cuida-se na presente ADI, em linhas gerais, da manutenção do foro por prerrogativa de função em benefício dos que exerceram cargos públicos na Administração, que se estende --- por força da nova redação conferida ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei n. 10.628/02<sup>1</sup> --- inclusive às hipóteses da ação civil por improbidade administrativa.

Acompanho inicialmente o Voto do eminente Ministro Relator, SEPÚLVEDA PERTENCE, no que tange à questão preliminar da legitimidade ativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, bem como à pertinência temática, em perfeito compasso com a jurisprudência que vem sendo formada nesta Corte, a exemplo do Agravo Regimental na ADI n. 3153, julgado em 12.08.2004<sup>2</sup>.

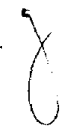
---

<sup>1</sup> "Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário cu autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

\* Informativo n. 361.



2. Parece-me contudo serem necessárias algumas ponderações, relativas à questão da interpretação/aplicação da Constituição.

Em seu voto, o eminente Relator indaga se a lei ordinária seria instrumento normativo apto a alterar jurisprudência desta Corte, "fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República". Citando CANOTILHO, JORGE MIRANDA e CARLOS MAXIMILIANO, conclui ser formalmente inconstitucional a lei que pretenda conferir interpretação à Constituição, tarefa reservada somente ao Supremo Tribunal Federal ou ao órgão competente para a reforma constitucional, ditos "intérpretes autênticos".

Vou me valer, neste passo, do que afirmei em texto de doutrina<sup>3</sup>.

O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos.

Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [= compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [= interpretamos] os fatos.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão.

Aí a distinção entre normas jurídicas e norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas.

---

<sup>3</sup> Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2ª ed., Malheiros editores, São Paulo, 2.003.

De outra banda, é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o ponto culminante que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de "intérprete autêntico", o juiz.

Partindo do texto da norma [e dos fatos], o intérprete autêntico, no sentido de Kelsen, alcança a norma jurídica, para então caminhar até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados. A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.

Isso se dá no bojo do controle difuso de constitucionalidade. O juiz apura a constitucionalidade da *norma* e, em seguida, decide um determinado caso a partir da consideração da *norma jurídica geral* --- não apenas do texto, pois. Isso é interpretar/aplicar o direito.

Algo diverso ocorre quando esta Corte, na ação direta, declara a inconstitucionalidade do texto. Texto, note-se bem. Então

apenas interpretamos, vale dizer, não aplicamos o direito, não obstante possamos decidir afirmando que o texto será compatível com a Constituição se for interpretado de um determinado modo, mas não -- isto é, será *inconstitucional* --- se for interpretado de outro modo (aí a "interpretação conforme a Constituição", que supõe uma outra interpretação, esta "não conforme a Constituição").

Vê-se para logo coexistirem, entre nós, no mínimo dois intérpretes autênticos da Constituição. Um, aquele que opera o seu controle difuso --- os outros juízes e os juízes desta Corte. Outro, aquele que opera o controle direto da constitucionalidade, nós.

A questão que fica ainda sem resposta é a seguinte: seremos nós, os juízes em geral, os únicos intérpretes autênticos, no sentido de KELSEN, da Constituição?

KELSEN<sup>4</sup> distingue a "interpretação autêntica", feita pelo órgão estatal aplicador do direito, de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica. Será útil à melhor compreensão do quanto estou a sustentar rememorarmos essa distinção, como enunciada por KELSEN.

A interpretação cognoscitiva [= obtida por uma operação de conhecimento] do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. É este ato de vontade [= escolha] que confere peculiaridade à interpretação autêntica. Ela "*cria direito*".

---

<sup>4</sup> Teoria pura do direito, 4ª ed., Armênio Amado Editor, Coimbra, 1976, pp. 469 e ss.



As demais interpretações não criam direito. Quando os indivíduos querem observar uma norma que regule sua conduta, devem fazer uma escolha; mas essa escolha não é autêntica, isto é, não cria direito --- essa norma jurídica não é vinculante para o órgão que aplica<sup>5</sup>. Também a interpretação feita pela ciência jurídica é distinta daquela feita pelos órgãos jurídicos; a interpretação feita pela ciência jurídica não é autêntica; é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas; não é criação jurídica. A interpretação dita jurídico-científica apenas pode estabelecer as possíveis significações de um texto normativo --- o jurista tem de deixar a decisão pela escolha das interpretações possíveis de um texto normativo ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é o competente para aplicar o direito; assim, quando o advogado indica uma determinada interpretação como "acertada", está tentando influir sobre a criação do direito --- não exerce função jurídico-científica, porém jurídico-política.

Importa retermos dessa rememoração da lição de KELSEN o fato de que a interpretação autêntica "cria direito", tanto quando assuma a forma de uma lei ou tratado de Direito Internacional, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito, crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção.

Ora, isto significa que há, na verdade, três intérpretes autênticos da Constituição: além dos juízes que operam o controle difuso e o seu controle direto, concentrado, o legislador ordinário é também seu intérprete autêntico. Pois é certo que a palavra final dada pelo Supremo Tribunal Federal quando do controle das decisões

---

<sup>5</sup> Dicção de KELSEN; não obstante, inexiste separação entre interpretação e aplicação.

tomadas pelos outros juizes no âmbito do controle difuso, assim como das leis, não os desqualifica, os juizes e o legislador ordinário, como intérpretes autênticos da Constituição.

Demoro-me nestas observações porque a esta altura cumpre indagarmos se o legislador ordinário poderia ser intérprete ["intérprete maior", diz o autor da ADI 2.797] da Constituição, quando o STF já disse o contrário --- isto é, no caso, que a Constituição não contempla a hipótese de prorrogação do foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta [Inq. 687-QQ, rel. o Ministro Sydney Sanches, que cancelou a Súmula 394].

O eminente relator, o Ministro Pertence, indaga "se a lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República", dando resposta negativa a essa indagação. E aduz a assertiva de que "à lei ordinária não é dado impor uma dada interpretação da Constituição".

*Permissa venia*, não se trata disso. Recorro a palavras de LOEWENSTEIN<sup>6</sup>, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos, mas que bem se aplicam a nossa Corte. Poderíamos, diz ele, por conta da posição superior que a Suprema Corte de fato ocupa na dinâmica constitucional, chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição é, porém, incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu.

---

<sup>6</sup> Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin, 1.959, pág. 427.

m

O Ministro Pertence sustenta ser inadmissível a interpretação da Constituição por lei ordinária, mas é certo, ao contrário, que todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla.

O legislador ordinário, na hipótese, apenas deu nova interpretação à Constituição. Lembre-se, neste passo, a importância da produção legislativa, inúmeras vezes acompanhada de um caráter "regulamentar", que, nas palavras de ASCARELLI<sup>7</sup>, "diminui a amplitude da atividade interpretativa e, por sua vez, responde à necessidade de uma solução autoritária em face de uma fenomenologia nova, que contrasta com valorações diversas. Este contraste é solucionado mais facilmente pela via política, ou seja, legislativamente". Ora, sendo o legislador também intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso, inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição.

3. Diz o voto do eminente Relator que a Lei n. 10.628/02 seria formalmente inconstitucional. Não encontro contudo, *permissa venia*, razão para tanto.

---

<sup>7</sup> "[D]iminuisce la portata dell'opera dell'interpretazione, e, a sua volta, risponde alla necessità di una soluzione autoritaria di fronte a una fenomenologia nuova nel contrasto di valutazioni diverse. Questo contrasto trova più facilmente soluzione in via politica e perciò legislativamente, che attraverso l'opera dell'interpretazione, da un lato più lenta e dall'altro limitata dal criterio di continuità al riconoscimento della cui osservanza è legato il suo successo, mentre spesso le nuove soluzioni traggono elemento di forza proprio dal presentarsi in contrasto con un criterio di continuità e ragione di successo da elementi di compromesso tra tendenze diverse" ("Norma giuridica e realtà sociale", Il diritto dell'economia, anno I, n. 10, 1.955, pp. 17-18).

Os vícios de inconstitucionalidade formal, segundo o CANOTILHO<sup>8</sup>, "incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final". Em nota de rodapé, aduz a expressão "inconstitucionalidades orgânicas", para definir os vícios de competência, que antecedem os vícios de forma.

De outra parte, JORGE MIRANDA<sup>9</sup> observa que a inconstitucionalidade formal pode convolar-se em inconstitucionalidade material. Mas isso não se dá na hipótese, mesmo porque, além de inexistir inconstitucionalidade formal, a material seria relativa no tempo: a que contraria jurisprudência do Supremo Tribunal seria materialmente inconstitucional "salvo recuo da Corte"...

Sancionada a Lei n. 10.628/02, cabe a esta Corte, se a isso provocada, verificar se ela amplia competência constitucional, nada mais.

Retorno ao texto de LOEWENSTEIN<sup>10</sup>, em tradução livre:

"Importante limitação do poder do Tribunal Supremo encontra-se na possibilidade de o Congresso posteriormente, por meio de uma lei corretiva, revogar os efeitos de certa decisão. É importante frisar que aqui se trata apenas daqueles casos nos quais o Congresso não está de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal


\* Direito constitucional e teoria da constituição, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2.002, p. 949.

<sup>8</sup> Manual de direito constitucional, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1.983, vol II, p. 302.

<sup>10</sup> Ob. cit., págs. 429-430.

Supremo a um texto normativo; aqui não se trata de modo algum dos casos onde o Tribunal Supremo decidiu pela inconstitucionalidade, seja por que o Congresso não tem absolutamente competência para promulgar a lei ou porque há contradição entre a lei e uma norma constitucional. [...] Correções de decisões do Tribunal Supremo por leis posteriores são muito freqüentes, de modo que podemos falar em um jogo de xadrez entre Congresso e Tribunal, onde o movimento do Congresso dá xeque-mate ao Tribunal. Essas reações do Congresso contra decisões que lhe parecem intragáveis mostram-se ainda mais interessantes se consideramos que, repetidas vezes, o Presidente acudiu o Tribunal exercendo o poder de veto para evitar as correções. Isto aconteceu, por exemplo, em relação à existência de petróleo na costa. O Tribunal Supremo inicialmente definiu que o petróleo além da linha da maré baixa pertencia à União (*United States v. California*, 332 U.S. 19, 1947). O Congresso por sua vez, sob influência de uma batalha publicitária extraordinariamente cara, sustentada pelos representantes dos interesses petroleiros dos Estados-membros, promulgou duas vezes leis que definiam pertencerem, as reservas de petróleo, aos Estados-membros. O então Presidente Truman vetou estas duas leis (1946 e 1952). Posteriormente o Presidente Eisenhower, cumprindo uma promessa de campanha eleitoral aos seus financiadores republicanos, não colocou empecilhos à terceira lei (*Submerged Lands Act* de 1953). [...]

Desde a Segunda Guerra (até 1958) verificam-se não menos do que vinte e um casos deste tipo, nos quais o Congresso, por lei posterior, corrigiu decisões do Tribunal Supremo que o desagradavam, seja por motivos técnicos, seja por motivos políticos ou outras razões. Entre eles encontravam-se dois casos nos quais o Tribunal Supremo defendeu a preservação de direitos fundamentais. Causou comoção o enfraquecimento de uma decisão (*Jencks v. United States*, 353 U.S. 657, 1957) que possibilitou, por lei posterior, em 1957, o exame dos documentos de um acusado em processo político mantidos em arquivos do Estado. O Congresso, em uma cadeia de casos, anulou a ampliação de competências federais; em contrapartida, em apenas um caso corrigiu uma decisão a favor da União. Na maioria dessas decisões trata-se ou de diferenças de interpretação, nas quais naturalmente o legislador tem a última palavra, ou de casos nos quais o Tribunal Supremo pretendeu proteger um determinado grupo social



(especialmente em casos trabalhistas), indispondo-se com o Congresso, que ou não estava de acordo com a posição adotada, ou tomava a decisão como inconveniente ou economicamente não sustentável; ou, ainda, que temia que determinada decisão viesse a ensejar uma cadeia de processos subseqüentes. A possibilidade de que isso ocorresse é que, certamente, fez com que uma decisão do Tribunal Supremo (*Wong Yang Sung v. Mc Grawth*, 339 U.S. 33, 1950) --- que definiu como exigível também para a extradição de estrangeiros um procedimento segundo determinadas regras --- viesse a ser corrigida mediante a alteração do *Administrative Procedure Act* de 1946 (60 Stat. 239, 1946), que passou a dispor que essa exigência não era, no caso, necessária; essa alteração legislativa resultou em economia em relação ao custo de milhares de processos atinentes a mexicanos que se encontravam ilegalmente no país".

Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura. A ponto de afirmarmos a necessidade de uma antropofagia jurídica, à moda de OSWALD DE ANDRADE. A alusão ao texto de LOEWENSTEIN é porem, na hipótese, oportuna.

Estou plenamente convencido da inexistência, no presente caso, de vício formal a caracterizar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02. Coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores --- na metáfora de LOEWENSTEIN --- alcançam o céu. Eis, no caso, a nossa função: verificarmos se a lei ordinária é adequada à Constituição --- interpretando também, é óbvio, a Constituição. Nesse sentido, o jogo de xadrez há de ser jogado.



Há de ficar bem marcado, de todo modo, o que afirmou LOEWENSTEIN: o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.

Vou dizê-lo de outro modo, em alusão às faculdades de estatuir e de impedir, para o quê recorro à exposição contida no capítulo VI do Livro IX d'O espírito das leis<sup>11</sup>, de MONTESQUIEU, sobre a distinção entre os Poderes Legislativo e Executivo (distinção e não separação entre poderes --- não me cansarei de repeti-lo --- que disso jamais tratou o barão).

Distinguindo entre *faculdade de estatuir* --- o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem -- e *faculdade de impedir* --- o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, poder de veto)<sup>12</sup> ---, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo; com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: "Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais

<sup>11</sup> Coleção *Os Pensadores*. v. XXI, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Editor Víctor Civita, 1973.

<sup>12</sup> Ob. cit., pág. 159.

poderes"<sup>13</sup>. "[o] Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas"<sup>14</sup>.

Bem se vê que MONTESQUIEU faz alusão a faculdades --- de *estatuir* e de *impedir* --- do Legislativo e do Executivo. Mas quero referir, agora, a faculdade de impedir, do Judiciário, exercida em relação a atos do Legislativo. O primeiro pode [= deve] impedir a existência de leis inconstitucionais. Aí --- atualizo MONTESQUIEU -- - como que um *poder de veto* do Judiciário. O Legislativo não pode, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois, então, os braços do Judiciário alcançam o céu. Pode porém fazê-lo, o Legislativo, quando lance mão da *faculdade de estatuir*, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo, como se dá no caso de que ora cogitamos. Aliás, no caso, o Legislador nada mais fez do que reavivar o texto da antiga Súmula desta Corte, apenas discordando do seu cancelamento.

4. Superado este primeiro ponto, observo que o acréscimo do § 1º ao artigo 84 do Código Processo Penal pela Lei n. 10.628/02 reavivou o texto da antiga Súmula 394<sup>15</sup> desta Corte, anteriormente cancelada em sede de Questão de Ordem levantada no Inquérito n. 687-4, decidida pelo Plenário em 25.08.99.

Os motivos que levaram esta Corte à edição desta Súmula encontravam-se, em síntese, no julgamento imparcial ou isento dos

---

<sup>13</sup> Idem, pág. 159.

<sup>14</sup> Idem, pág. 161.

<sup>15</sup> "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".



tribunais superiores e na proteção do exercício da função pública pela prorrogação da competência. Nas palavras do Ministro VICTOR NUNES LEAL, a edição da súmula era necessária "não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício" [Rcl 473, DJ 06.06.1962].

Conforme precedente do Ministro JOBIM em voto proferido na Reclamação n. 2.138-6, o foro por prerrogativa de função --- expressão preferível a "foro privilegiado" --- impede "que se banalizem procedimentos de caráter penal ou de responsabilidade com nítido objeto de causar constrangimento político aos atingidos, afetando a própria atuação do Governo e, por que não dizer, do próprio Estado".

Não fosse assim, acabaria resultando comprometido, mercê da propositura de ações destinadas a afastar temporariamente o titular do cargo, calcadas em mero denunciismo, em perigosa politização do Judiciário, acabaria resultando comprometido, dizia eu, o livre exercício do mandato popular.

É sempre bom lembrar coisas passadas, rever os ensinamentos dos maiores. MONTESQUIEU<sup>16</sup> afirmava que o poder de julgar não deve estar ligado a nenhuma parcela do Legislativo, salvo, além de outras duas exceções, a situação dos nobres, que deveriam ser julgados por uma junta do corpo legislativo composta de nobres, por causa da inveja que despertam. Transposta essa observação para o tempo em que vivemos, ilumina o tema que ora desperta nossa atenção.

---

<sup>16</sup> Ob. cit.,, pág. 160.

Muito, muito a propósito, o voto do Ministro VICTOR NUNES LEAL<sup>17</sup>: "Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele."

Refiro-me, mais uma vez, à perigosa politização do Judiciário --- e aí a virtude da correção introduzida pela Lei n. 10.628/02 ao substituir a expressão "ação penal" por "ação judicial", para fazer alusão ao "inquérito ou a ação judicial" evidentemente pelo mesmo ato. Fazendo-o, o preceito passa a abarcar também as hipóteses de ações por ato de improbidade administrativa, visto que, tal como está estruturada, a legislação brasileira contempla três distintos sistemas relacionados à apuração dos atos de improbidade administrativa:

[i] no Juízo Criminal apura-se o ilícito penal atinente aos atos enumerados nos arts. 9, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, bem como ao tipo penal previsto no art. 19 da mesma lei, em inquéritos e ações penais de competência originária dos tribunais, por prerrogativa de função;

[ii] no Juízo Civil apura-se o ato de improbidade administrativa ao qual se aplicam as sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, em processos cuja competência caberia ao Juízo de primeiro grau;

---

<sup>17</sup> Rcl 473, DJ 06.06.1962.

[iiii] no âmbito administrativo, por fim, apura-se a conduta do agente público em face do seu estatuto funcional como ilícito administrativo, internamente<sup>18</sup>.


A coexistência dos dois primeiros sistemas pode gerar situações, no mínimo, incongruentes.

O § 4º do art. 37 da Constituição do Brasil determina que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Daí a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1.992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade.

Note-se que a lesão à probidade administrativa sempre foi definida como crime de responsabilidade do Presidente da República desde a primeira Constituição do Brasil, em 1.891 (art. 54, número 6), preceito mantido nas Constituições de 1.934 (art. 57, "f"), 1.937 (art. 85, "d"), 1.946 (art. 89, V), 1.967 (art. 84, V), EC 1/69 (art. 82, V) e 1.988 (art. 85, V). A matéria, disciplinada pela Lei n. 1.079/50, atinge, além do Presidente da República, os Ministros de Estado, do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os Governadores e Secretários dos Estados. Isso sem mencionar o decreto-lei n. 201/67, que trata exclusivamente dos crimes de responsabilidade cometidos pelos prefeitos municipais.

---

<sup>18</sup> Sobre a independência das instâncias penal e administrativa, veja-se MS 23.401 (DJ 12.04.2002), RMS 23.401 (DJ 11.06.2004), MS 21.294-DF (DJ 21.09.2001) e MS 21.293 (DJ 28.11.1997).



Os atos tipificados nesta lei como crimes de responsabilidade podem enquadrar-se como ato de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 8.429/92, de modo que a aplicação das sanções nela previstas não afasta a aplicação da Lei n. 1.079/50.


Veja-se que um ato de improbidade administrativa pode, ainda, corresponder a um ilícito penal, entre os tipos previstos no Título XI do Código Penal [arts. 312 a 359] ou na legislação extravagante. Daí a ressalva na parte final do § 4º do art. 37 da Constituição do Brasil, alusiva à ação penal proposta pela prática de crimes comuns. No caso de dano ao erário, o agente responderá, também, às ações civis cabíveis.

Uma questão está visceralmente ligada à outra, de modo que o crime de responsabilidade decorrente de ato de improbidade administrativa atrai a competência atinente ao exame da ação prevista na Lei n. 8.429/92 para o Tribunal competente por prerrogativa de função, como bem anotado pelo então Procurador Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, em seu parecer<sup>19</sup>.

A aceitar-se a tese de que os juízes de primeiro grau e os promotores que perante eles atuam são mais independentes do que os que oficiam perante os Tribunais e eles mesmos, isso importaria injustificado agravo à prestação jurisdicional célere e isenta atribuída aos Tribunais nos casos específicos de prerrogativa de foro.

---

<sup>19</sup> Item n. 60.



De mais a mais, do ponto de vista da economia processual, maior sentido faz o ajuizamento dessas ações perante a corte de responsabilidade institucional, impedindo-se a interposição de sucessivos recursos em prejuízo do sistema.

Recorro, mais uma vez, ao voto do Ministro VICTOR NUNES, ao confirmar que "[a] presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bi-lateral, garantia contra e a favor do acusado."

E não se pode admitir a transformação de uma nítida ação da natureza penal ou punitiva, a ação por ato de improbidade disciplinada pela Lei n. 8.429/92, em ação de caráter reparatório. Insista-se neste ponto: o elemento central da ação de improbidade não é reparatório. Para persegui-la, o ordenamento coloca à disposição da sociedade tanto a ação popular quanto a ação civil pública, que não se superpõem àquela, nem entre si, caracterizadas por objeto e efeitos absolutamente distintos.

Se por um lado --- rechaçada a interpretação conforme dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação a eles conferida pela Lei n. 10.628/02 --- esses parágrafos esbarram nas competências atribuídas constitucionalmente aos Tribunais Superiores, o entendimento contrário esvazia outra competência destes órgãos, a de processar e julgar os agentes sujeitos a sua jurisdição.

Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Não é este o sentido normativo do art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Lembro a observação de MARCELO CAETANO<sup>20</sup>, *data venia* do eminente Relator: os crimes de responsabilidade têm natureza penal, entendimento confirmado na ADIN 132 [Relator o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, com ressalva pessoal, DJ 30.05.2003], na Medida Cautelar na ADIN 307 [Relator o Ministro CÉLIO BORJA, DJ 28.09.1990] e na PET n. 1954 [Relator o Ministro MAURÍCIO CORREA, DJ 01.08.2003]. Em relação aos crimes de responsabilidade decorrentes de atos de improbidade administrativa, impõe-se, destarte, observar-se o quanto disposto nos parágrafos do art. 84 do CPP, na redação a eles conferida pela Lei n. 10.628/02.

Outrossim, permito-me lembrar que a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços<sup>21</sup>, porém no seu todo, de modo que a ela tenho como adequada, especialmente ao seu artigo 102, I, a Lei n. 10.628/02. Ela, lei ordinária, não está a alterar ou redefinir competência desta Corte.

Antes de concluir, retorno às palavras do Ministro VICTOR NUNES LEAL: a edição da Súmula 394 era necessária "não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício" [Rcl 473, DJ 06.06.1962].

O foro por prerrogativa de função não se impõe em razão da pessoa que exerce a função, mas dela própria. Confere proteção à atividade funcional, na medida em que os procedimentos atinentes ao exame dos atos que compõem a atividade, em qualquer tempo realizado

---

<sup>20</sup> Direito constitucional, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1.978, pp. 545/546.

<sup>21</sup> Vide meus Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., págs. 40 e 121-2 e A ordem econômica na Constituição de 1988, 9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.004, pág. 150.

tal exame --- ainda que iniciado após a cessação do exercício da função pública pelo agente que praticou aqueles atos --- serão processados no foro privilegiado. Desejo deixar isto bem vincado: a prerrogativa beneficia diretamente o exercício da função, embora alcance, de modo indireto, o seu agente. É em favor do interesse público no bom exercício da atividade que o agente da atividade goza da prerrogativa: não seria possível submeter-se a atividade a certo foro sem que o sujeito dessa mesma atividade resultasse por ele abrangido...

5. Um outro aspecto há de ser aqui enfatizado. É que as prerrogativas não são expressão de nenhum privilégio. Isso há de deixar-se bem claro, muito claro, até porque, como observou RUI BARBOSA<sup>22</sup>, referindo-se a elas, basta, para desmoralizar uma instituição, pregar-lhe o cartaz de privilégio.

O *privilégio* constitui uma ruptura da igualdade. A igualdade se expressa em [i] *isonomia* [= garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito de direito em igualdade de condições com outro] e [ii] na *vedação de privilégios*. Privilégio é vantagem, da qual alguém desfruta, que faz exceção ao direito comum.

O conceito de privilégio sempre esteve relacionado, excepcionando-o, à idéia de direito comum. Excepciona-o porque se coloca em oposição a ele ou porque se situa à margem dele.

---

<sup>22</sup> Comentários à Constituição Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1.933, pág. 39.

Um autor anônimo do século XVII<sup>23</sup> referia: "Qu'est-ce qu'un *Privilège*? C'est un avantage que le Prince accorde gratuitement ou à prix d'argent, mais toujours contre le droit commun". FRANCISCO SUAREZ<sup>24</sup> define-o como lei privada que concede algo especial. A lei que concede o privilégio é "lei privada" porque concede a uma pessoa em particular, ou a uma comunidade, um direito especial, distinto do comum [p. 5]. Diz-se "algo especial" para distingui-lo do que é concedido pelo direito comum [p. 6]. O privilégio corresponde à concessão de um favor ou benefício. SUAREZ, no entanto, nega ser da essência do privilégio a concessão de algo contra o direito comum. O privilégio --- diz ele<sup>25</sup> --- ainda consubstanciando "algo especial", pode ser uma graça do príncipe [indulgência, licença, graça] não necessariamente contra o direito comum. Basta que seja à parte, fora do direito comum. Mesmo uma concessão ou graça *praeter jus* pode constituir lei privada, estranha ao direito comum, logo constitui um privilégio. O que se concede por privilégio não é lícito sem ele; o privilégio permite "algo especial", sem o qual o ato seria proibido ou não corresponderia a uma potestade do agente<sup>26</sup>.

A *prerrogativa*, em geral, é expressão de um direito subjetivo afirmado pelo direito comum. Diz-se que, em sentido subjetivo, *direito* é a prerrogativa que uma pessoa tem de exigir de outra pessoa determinadas prestações e abstenções ou o respeito a uma situação de que ela seja beneficiária. O *privilégio*, alguém pode vir a ter, por exceção ao direito comum; a *prerrogativa* é algo

<sup>23</sup> Droit public de la province de Bretagne, avec des observations relatives aux circonstances actuelles, s.l., 1.789, pp. 137-138, nota de rodapé.

<sup>24</sup> Tratado de las leyes y de Dios legislador, versión al castellano por Jaime Torrubiano Ripoll, tomo VIII, Madrid, Editorial Réus, 1.919, págs. 4 e ss.

<sup>25</sup> Ob. cit., pág. 7.

<sup>26</sup> Idem, pág. 12.





que, em determinadas circunstâncias, determinado sujeito tem ou deve ter.

Neste ponto direi que o privilégio é uma vantagem de que goza uma pessoa, vantagem que se expressa como poder de exigir de outra pessoa determinadas prestações e abstenções ou o respeito a uma situação de que ela seja beneficiária. A prerrogativa é também poder que uma pessoa tem de exigir de outra pessoa determinadas prestações e abstenções ou o respeito a uma situação de que ela seja beneficiária. Há paralelismo, pois, entre ambos, o privilégio e a prerrogativa. No primeiro caso, contudo, o titular do poder no qual o privilégio se expressa recebe tratamento desigual, da lei, em relação a terceiros --- o princípio da igualdade perante a lei é rompido. No segundo caso, o titular do poder no qual a prerrogativa se expressa é mantido, pela lei, em situação de igualdade em relação a terceiros, sem que o princípio seja afrontado.

Permito-me explicá-lo. No plano do direito comum, todos os que se encontram em situação de desigualdade em relação a terceiros são tratados de modo desigual, em relação a esses terceiros, pela lei comum. Pois sabemos que a igualdade consiste em tratar desigualmente situações desiguais. Cada grupo de desiguais é titular de determinadas prerrogativas, que se compõem no plano da igualdade perante a lei. O titular de um privilégio não. Este merece tratamento desigual não por encontrar-se em situação de desigualdade em relação a terceiros, senão porque o princípio da igualdade perante a lei é rompido, de modo que o titular do privilégio goze de uma vantagem que não beneficia os seus iguais. Banir os privilégios, esta expressão sempre significou o afastamento de tratamentos desiguais entre iguais. Insisto: as prerrogativas não são incompatíveis com a igualdade perante a lei, antes a confirmam, na

medida em que, repito, a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais.

A Constituição do Brasil afirma, em seu artigo 5º, XXIX, os privilégios de invenção e menciona, no § 2º do seu artigo 173, privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado. O primeiro corresponde a um monopólio legal. Os segundos não consubstanciam privilégio; trata-se de isenções tributárias: a Constituição diz que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão ser beneficiárias delas senão quando elas sejam extensíveis ao setor privado. Lembre-se que *nomina non sunt consequentia rerum*. Aqui não há privilégio, exceção ao direito comum. Os assim chamados, pela Constituição, "privilégios de invenção" e "privilégios fiscais" são estabelecidos pelo direito comum.

Ainda em relação ao tema, lembro que CARLOS MAXIMILIANO<sup>27</sup>, cogitando da imunidade parlamentar, afirma que ela "não é privilégio incompatível com o regimen igualitário em vigor, nem direito subjetivo ou pessoal; é prerrogativa universalmente aceita por motivos de ordem superior, ligados intimamente às exigências primordiais do systema representativo e ao jogo normal das instituições nos governos constitucionais; relaciona-se com a própria economia da divisão dos poderes, assegurando a liberdade e a independência do Legislativo". Mais adiante, pág. 361, observa que "[a] imunidade parlamentar foi estabelecida por motivos políticos, tendo-se em vista o interesse público, e não o particular; não constitue direito subjectivo; e sim objectivo; não é privilégio

---

<sup>27</sup> Comentários à Constituição brasileira, terceira edição, Globo, Porto Alegre, 1.929, pág. 353.

individual, fizeram-na prerrogativa de uma colectividade independente e vigilante".

As prerrogativas de que gozam os parlamentares são garantias estabelecidas em benefício do Legislativo. Daí não consubstanciarem direito subjetivo cujo exercício dependa da vontade do parlamentar, porém simples interesse legítimo<sup>28</sup>. Por isso são indisponíveis. Consubstanciam, como afirma CARL SCHMITT<sup>29</sup>, um direito do Parlamento como totalidade, não do deputado individualmente considerado. Ou, como decidiu o STF no Inquérito n. 510, Ministro CELSO DE MELLO, as prerrogativas asseguradas aos parlamentares atuam "como condição e garantia da independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado" (RTJ 135/509). O *discrímen* que justifica a diferença de tratamento não é definido em função da pessoa, qual se dá na exceção ao direito comum, mas como anota ALBERTO ZACHARIAS TORON<sup>30</sup>, está no exercício de uma função que traz consigo a necessidade de uma proteção especial.

6. Retomando a linha central de minha exposição, observo que estou a admitir que as autoridades sujeitas a imputação de crime de responsabilidade devam também responder, perante foro especial, a ação por improbidade administrativa. Admite-se, por outro lado, que o agente político esteja sujeito tanto ao processo por crime de responsabilidade como à ação de improbidade administrativa [Lei n. 8.429/92].

---

<sup>28</sup> Cf. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, Direito Constitucional, trad. de Maria Helena Diniz, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.984, pág.323.

<sup>29</sup> Teoría de la Constitución, trad. de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1.982, pág. 304.


<sup>30</sup> ALBERTO ZACHARIAS TORON, Inviolabilidade penal dos vereadores, Saraiva, São Paulo, 2.004, págs.204-205.

Temos, a esta altura, ser inconveniente submeter-se o agente político a julgamento em duas instâncias judiciárias quanto a atos que, em sua essência, são coincidentes. As duas ações, assim, deveriam correr no mesmo tribunal.

O problema está, porém, em que, naqueles casos em que o julgamento do crime de responsabilidade fica a cargo de órgão estranho ao Judiciário, o § 2º do art. 1º da Lei nº 10.628/02 não teria incidência, porque não haveria, então, a concorrência de instâncias judiciárias.

Nesses casos, a seguir-se o raciocínio até este ponto articulado, a ação de improbidade haveria de ter curso na primeira instância. Assim, toda ação de improbidade proposta contra o Presidente da República, contra o Procurador-Geral da República, contra o Advogado-Geral da União e contra qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal --- qualquer ação de improbidade --- haveria de ser ajuizada em primeiro grau de jurisdição.

Ora, disso decorreria injustificável inversão na teleologia do foro por prerrogativa de função. As maiores autoridades da República estariam submetidas aos juízes em início de carreira. O Juiz Federal, por exemplo, poderia decretar a perda do cargo do Ministro do STF. Ao mesmo tempo, autoridades outras, ainda que ocupando cargo de menor relevância política, mereceriam a proteção do foro superior. Apenas para estas estaria sendo eficaz a presunção, a que se refere Victor Nunes Leal (RCl 473, DJ 6.6.62), de que "os tribunais de maior categoria têm mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele".



Para logo se vê que a interpretação restritiva do texto normativo pode conduzir a situações adversas à finalidade da norma a ser dele extraída.

A solução a adotar-se para a superação dessa contradição estaria em ter-se que o § 2º não alcança os agentes políticos referidos na Lei n. 1.079/50 [lei que define os crimes de responsabilidade dos agentes políticos e regula o seu processo de julgamento].

Vale dizer: os agentes políticos cuja conduta de improbidade já é prevista na lei que pune o crime de responsabilidade não estariam sujeitos à ação de improbidade, como regulada na Lei n. 8.429/92. Esta lei não se aplicaria a quem, pelos mesmos fatos, já está sujeito a crime de responsabilidade. A lei especial [de 1950] afastaria a incidência da lei geral<sup>31</sup> [de 1992].

Essa interpretação evitaria distorções e estaria de acordo com o que venho sustentando, em especial quando afirmo a "nítida natureza penal ou punitiva" da ação por ato de improbidade disciplinada pela Lei n. 8.429/92 --- que não se confunde com ação de caráter reparatório.

Repetindo o que afirmei há pouco, não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas

---

<sup>31</sup> Sobre os atributos de generalidade e especialidade das leis, meu voto-vista no RE 351.750-3.

para os mesmos atos, não há como nem por que admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato.

Não há razão para o *bis in idem*. A punição da autoridade, cujo ato de improbidade está tipificado como crime de responsabilidade, já estaria prevista na lei que cuida da sua situação específica.

A limitação do âmbito normativo da Lei n. 8.429/92 apenas aos agentes políticos que não respondem por crimes de responsabilidade em ação própria configura posição intermediária entre os que afirmam que nenhum agente político está sujeito às regras da lei de 1.992<sup>32</sup> e outros que sustentam ser devida a punição de todo e qualquer agente político, tanto pela lei que define o ato como crime de responsabilidade, como pela lei de atos de improbidade.

A posição intermediária assegura que nenhum agente fique imune a punição por ato de improbidade. Se a prática de ato de improbidade por certo agente político não foi contemplada pela lei como punível a título de crime de responsabilidade [v.g., a improbidade praticada por um Procurador da República], incidiria a Lei n. 8.429/92. A mesma lei seria, entretanto, estranha aos casos em que a improbidade foi tratada pelo legislador como hipótese de crime de responsabilidade.

---

<sup>32</sup> Posição expressa por Ministros do Tribunal, quando do julgamento da Rcl 2.138, rel. o Min. Nelson Jobim, atualmente com vista ao Ministro Carlos Velloso.

Desse modo, as autoridades aludidas na Lei n. 1.079/50 estariam sujeitas, no âmbito punitivo, à Lei n. 1.079/50, mas não à Lei n. 8.429/92.

As autoridades de que trata a Lei n. 1.079/50 estão sujeitas às penas do crime de responsabilidade por atos que atentem contra "a probidade na administração", como se lê no art. 4º, V, do texto normativo, ou por atos cuja definição legal abarca a noção de "probidade na administração", como ocorre quando a Lei 1.079 se refere a procedimento "incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções" [art. 39, 5 e art. 40, 4], bem assim no caso previsto no art. 74.

A solução não conduz a resultado de impunidade. Apenas distingue situações, na trilha de opção assumida pelo próprio legislador.

Por essa interpretação, afinal, os agentes políticos enumerados na Lei n. 1.079/52 não se sujeitariam a ação de improbidade prevista na Lei n. 8.429/92 em foro nenhum. A punição a ser imposta aos maus agentes políticos nestes cargos estaria disciplinada em lei especial, a própria Lei n. 1.079/52.

Esse modo de ver não afeta a validade do § 2º do art. 1º da Lei nº 10.628/02, nem o esvazia no plano da eficácia.

O preceito não incluirá no seu âmbito normativo o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, o Governador de Estado e os seus Secretários de Estado, mas abrangerá outros agentes políticos --- como, por exemplo, o Procurador da República, cujos atos de improbidade não



são definidos por lei como crime de responsabilidade. Para esses agentes, valerá a observação constante do voto, no sentido de não recomendar a dissociação de julgamentos da ação de improbidade e da ação penal por crime em cujo tipo a mesma conduta se enquadre.

O § 2º estará bem fundado, desde que excluídos da sua hipótese de incidência os atos definidos como crimes de responsabilidade, já que estes não poderiam ser também punidos pela lei de improbidade de 1.992.

Nada impediria, em favor do prestígio das decisões judiciais e do interesse público, que se dispusesse que esse entendimento não prejudica as sentenças transitadas em julgado, proferidas antes do julgamento da causa pelo Supremo Tribunal Federal [art. 27 da Lei n. 9.868/99], menos ainda os atos processuais já realizados.

Sendo assim, julgo parcialmente procedente a presente ADIN, conferindo aos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP interpretação conforme a Constituição, para definir que:

a) o agente político, mesmo depois de afastado da função pública que atrai o foro por prerrogativa de função, deve ser processado e julgado perante esse foro, se acusado criminalmente por fato ligado ao desempenho das funções inerentes ao cargo;

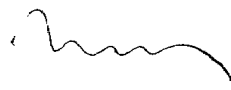
b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa, se estiver sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato; daí porque não estará, nesse caso, abrangido pelas disposições atinentes ao foro



para propositura de ação de improbidade, estabelecidas no art. 84 e parágrafos do Código de Processo Penal;

c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancie crime de responsabilidade, responderão à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função, desde que a ação de improbidade tenha por objeto ato funcional, por ele praticado no desempenho das suas funções.

Invocando o que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99, ressalvo a validade das sentenças transitadas em julgado antes do julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade, ainda que em desconformidade com o que este voto propõe.



15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) -  
Senhora Presidente, duas palavras apenas.

A primeira, para agradecer as lições de sabedoria do Mestre Eros Grau que, no entanto, não abalam a minha convicção exposta no meu voto, extremamente singelo: não creio que a jurisdição constitucional e a jurisprudência constitucional desta Casa sejam pronunciadas **ad referendum** do Congresso Nacional.

Quanto à solução proposta por Sua Excelência, algumas perplexidades. Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade só o estão enquanto no exercício do mandato ou do cargo referidos. **Quid juris?** Não responderiam por improbidade administrativa praticada no cargo, se já cessada essa investidura? Como explicar que, aos agentes políticos de maior hierarquia, exatamente os que respondem pelos impropriamente chamados crimes de responsabilidade - corretamente chamados, no Decreto-lei nº 201, de "infrações politico-administrativas", precisamente para distinguir dos verdadeiros crimes de responsabilidade, que são os do art. 2º daquele edito -, teriam uma sanção, pela improbidade administrativa, muito mais branda: se no exercício do mandato ou do cargo, a perda



do cargo e mais oito anos de impedimento para o exercício de funções públicas, e não para a suspensão dos direitos políticos.

Mas o Tribunal decidirá. Tenho certas perplexidades sobre as dúvidas que surgirão da fórmula engenhosamente proposta por Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Por outro lado, também, há outras perplexidades. Por exemplo, amanhã poder, pela lei de improbidade, afastar o Presidente da República numa cautelar. Na Lei nº 8.429, há essa possibilidade.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Até autores que têm deblaterado contra o foro por prerrogativa de função em tais hipóteses, reconhecem que, mesmo a suspensão do exercício do mandato, aí, sim, dependeria de coisa julgada.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ou decretar a perda do mandato do Presidente da República, também, e os direitos políticos, para ficarmos na hipótese extrema, ou decretar a perda do mandato político.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Por isso, talvez, o caminho esteja - isso não está em causa neste processo - na ablação do universo da ação de improbidade administrativa daquelas sanções - estas sim - que dependem do juízo político do crime de responsabilidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Sim, mas, aí, Vossa Excelência, então, retirou a característica de ação de improbidade; esse é o debate. Só para colocar: a história da ação de improbidade



também é uma história de improbidades. A manipulação que se fez ao longo destes anos tem mostrado que a ação de improbidade, na verdade, tem uma história de improbidades, conúbio espúrio de agentes políticos com agentes ligados no Ministério Público, os quais faziam essas ações com desideratos político-partidários bastante claros.

Nesse contexto, se se faz a ação de improbidade com essa ablação, o que se vai ter? Vai-se ter uma ação civil - simplesmente - de indenização, ação civil pública, ou uma ação popular. Por isso, sempre se disse: não se precisa da ação de improbidade para esse fim. Se se faz a ablação, já não se trata mais de ação de improbidade, por isso há este cúmulo.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - A parte substancial dela, **data venia**, tipifica numerosas condutas de improbidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Como?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Toda a parte substancial da lei de improbidade administrativa.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Estou dizendo quanto às penas. Se retirarmos, na verdade, a pena política - porque o ressarcimento se obtém na ação civil pública -, esse seria um modo adequado. Por que se usa a ação de improbidade? Por que se usou com grande frequência a ação de improbidade? Vamos fazer justiça. Temos de ser justos historicamente. Porque se tinha o objetivo de tisonar



alguém. Vejam, por exemplo, que na luta política que se travava na Procuradoria da República, com desideratos específicos, o próprio pobre Procurador-Geral Brindeiro foi alvo de ações de improbidade, quando se sabia que era algo indevido, supostamente porque teria construído prédio, ou seja lá o que for. Quer dizer, na verdade, usava-se isso para fins outros, rastaquêras!

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Não entro nesse debate emocional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sem nenhuma outra finalidade.

Agora, o Procurador-Geral não deveria responder perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal? Não. Mas se era uma ação de ressarcimento, por que não se entrou com ação civil pública? Feita a ablação, portanto, a declaração parcial sem redução de texto, que seria o caso, chegaríamos a essa condição. A rigor, pode-se manejar a ação civil pública para essa finalidade e, assim, estariam atendidos esses desideratos.

Parece-me ser essa uma questão chave nesse pensamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto à perda do cargo, considerada a ação de improbidade, a lei prevê o trânsito em julgado e, portanto, a possibilidade de o processo chegar ao Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Basta que não haja recurso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Evidentemente, quem cala consente. Não acredito que, em jogo o próprio cargo, deixe-se de recorrer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos num Colegiado inteligente e sabemos que essas ações têm uma finalidade de dificultar a ação política.

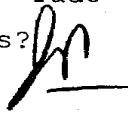
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro Gilmar Mendes, o que V. Exa. expõe constituem excessos, que podem ser corrigidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não são os excessos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Quero dar uma informação. Temos em Minas Gerais cerca de oitocentos e cinquenta municípios; quer dizer, são oitocentos e cinquenta administrações municipais.

Somos um país, infelizmente, em situação incômoda no "ranking" da corrupção. Em cada município há um promotor de justiça fiscalizando, há um juiz que pode conhecer da ação imediatamente, isso é muito importante.

É claro que há excessos, mas excessos podem e devem ser corrigidos, Ministro Gilmar Mendes. Em Minas se diz que não se deve cortar a árvore para acabar com a caixa de maribondos nela existente.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Tudo isso se reduzirá ao julgamento político pelas câmaras municipais? 

**O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO** - Vossa Excelência sabe que esses excessos foram condenados pela Nação. Sabemos quem excedeu, quem exagerou, quem abusou. Precisamos raciocinar, entretanto, com os milhares de promotores de justiça espalhados por este País, a fiscalizar os dinheiros públicos. A fiscalização eficaz é deles, pois sabemos que a fiscalização por parte do Tribunal de Contas é no papel, é sobre papéis.

Compreendo as preocupações de Vossa Excelência, mas temos de fazer justiça a esses milhares de membros do Ministério Público que estão empenhados na fiscalização dos dinheiros públicos.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministro Carlos Velloso, não haveria nenhum prejuízo. A fórmula da lei simplesmente manda que se observe o regime do foro, tão-somente isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro Gilmar Mendes, sabemos que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça não têm vocação para julgar ações originárias. A nossa vocação é para julgar recursos extraordinários, ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Isso representa carga enorme de Trabalho. São milhares de processos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Dificilmente, vai se separar um ato de improbidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Trazer para os tribunais essa competência originária é consagrar a impunidade, **data venia**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Ministro Carlos Velloso, estamos julgando uma questão de fato ou uma questão jurídica?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Vossa Excelência usou de argumentos extrajurídicos, **data venia**, e eles são absolutamente necessários numa discussão como esta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro Eros Grau, o juiz está sempre diante de fatos. Por exemplo, Vossa Excelência



mencionou longamente Victor Nunes Leal, que raciocinou diante de fatos e circunstâncias. Aliás, é de Recasén Siches a afirmativa no sentido de que o homem é ele e suas circunstâncias. O Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu o foro privilegiado para quem já tinha deixado o exercício do cargo público, do cargo político, o fez diante das circunstâncias especiais ocorrentes naquela época.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Que mudanças teriam ocorrido nessas circunstâncias, Ministro Carlos Velloso?


**O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO** - A perseguição política, em 1964, 1965, que se fazia a agentes políticos que haviam deixado o cargo. Depois, nos primeiros anos de 1970.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Com exemplo a submissão, à época, do Ministério Público ao Poder Executivo.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO** - A submissão — perfeito — do Ministério Público ao Poder Executivo. O Procurador-Geral da República ocupava cargo em comissão, demissível *ad nutum*.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência, Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo votou nesse caso contra a derrubada da Súmula.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Sim, Ministro Gilmar Mendes.

  
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - O Presidente Juscelino Kubitschek, por exemplo, foi muito perseguido. A Súmula 394, na época, foi boa. E na época o Supremo não julgava, originariamente, os parlamentares, competência conferida ao Supremo pela EC 1/69.

Volto a repetir, Victor Nunes estava diante de fatos especiais e raciocinou da forma que Vossa Excelência mencionou, longamente. Hoje, não temos essas mesmas circunstâncias. Não temos esses mesmos fatos.

Felizmente, temos hoje democracia eficaz no nosso País, sob esse aspecto. Temos Tribunais decidindo com a maior liberdade; um Ministério Público que se aperfeiçoa, cada vez mais. De maneira que — apenas para dar resposta a essa indagação, a essa questão posta por Vossa Excelência — estamos diante de novos fatos, julgando uma questão jurídica, certo que o juiz está sempre diante de um fato.

Muito obrigado a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Não nego isso. Talvez não tenha apreendido exatamente o comentário de Vossa Excelência.

Gostaria apenas de fazer uma observação ao Ministro Sepúlveda Pertence. De modo nenhum em meu voto, vamos dizer assim, estou entendendo que o Supremo Tribunal Federal tem de prestar contas, pedir a benção ao Poder Legislativo. Não é isso. Fui muito claro quando disse que nossos braços alcançam o céu, as árvores do Poder Judiciário alcançam o céu quando se tratar de uma decisão em que esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei ou que o Poder Legislativo não tinha competência. Aí, não tenho dúvida nenhuma.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - De resto, é assente doutrina neste Tribunal, em relação ao efeito vinculante, que é possível, sim, arrostar até a decisão com efeito vinculante - e Vossa Excelência inclusive já votou isso num agravo regimental - sendo mediante lei.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - E estamos no foro adequado para ação direta de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Claro, por isso é esse o processo. De modo que não haveria sequer de se cogitar de inconstitucionalidade formal, mas, se fosse o caso, de inconstitucionalidade material. Isso seria a hipótese de eventual afronta à própria orientação constante da Constituição. Mas o fato de o legislador, eventualmente, contradizer a orientação fixada pelo Tribunal faz parte da própria dinâmica das Cortes Constitucionais. Tanto é que - neste ponto é quase que um truísmo em termos de

Direito comparado - o efeito vinculante não abrange o legislador. Vossa Excelência, inclusive, disse isso, com todas as letras, na discussão no Agravo Regimental na Reclamação nº 2.617 a que me referi, da qual foi Relator o Ministro Cezar Peluso.

De modo que, nesse ponto, não me parece haver qualquer questão heterodoxa na afirmação feita a partir da jurisdição de Lowenstein pelo Ministro Eros Grau.

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

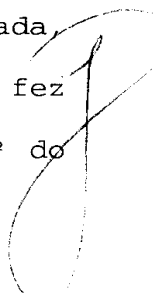
ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Senhor Presidente, a questão que ora se apresenta ao Tribunal faz reviver, em alguma extensão, o fascinante debate travado por ocasião do julgamento do Inq 687-QO (rel. min. Sydney Sanches, Pleno, j. 12.05.1999) sobre a revogação da Súmula 394.

Resolveu-se, naquela oportunidade, interpretar de forma mais restritiva a compreensão da prerrogativa de foro, que, nos termos da Constituição de 1988, só poderia dizer respeito, segundo o novo entendimento, a efetivos ocupantes de cargos assim "protegidos". Deixando o cargo, o eventual réu ou indiciado perderia a prerrogativa.

Resta, porém, daquele julgamento, o registro da proposta do eminente ministro Sepúlveda Pertence de manter-se a prerrogativa quando o suposto crime tivesse sido cometido "*no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo*", proposta essa que foi vencida.

Com a Lei 10.628/2002, pretendeu-se uma espécie de restauração da orientação contida na súmula revogada, restauração que, como ressaltado em recentes julgados, se fez apenas parcialmente, em virtude da restrição contida no § 1º do



**ADI 2.860 / DF**

art. 84 do Código de Processo Penal, que mantém a prerrogativa apenas quando a ação ou inquérito disser respeito a ato administrativo do agente (HC 84.152, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 18.05.2004).

Mas, de qualquer forma, o tema é polêmico e retorna à agenda desta Corte sob nova coloração, agora com a impugnação dos § 1º e § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal pela via da ação direta.


A propositura da presente ação, por outro lado, não obistou que esta Corte indicasse, até este julgamento, a presunção de constitucionalidade da lei atacada (cf. Rcl 2.381-AgR, rel. min. Carlos Britto, Pleno, j. 06.11.2003; despacho na Rcl 2.657-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 25.06.2004; despacho na Rcl 2.186-MC, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 28.10.2002; despacho na Rcl 2.138-MC, rel. min. Nelson Jobim, DJ 17.09.2002).

Passo a analisar, com esse brevíssimo resumo, e a partir das considerações do eminente ministro relator, o § 1º atacado. Acredito que esse dispositivo traduz com acerto a exata finalidade da prerrogativa de foro prevista na Constituição de 1988, vinculando-a unicamente aos atos administrativos do agente e restringindo-a à circunstância objetivamente verificável de ser o ato relacionado ao exercício do cargo - sem que dessa disciplina resulte acréscimo algum de competência dos Tribunais

além do que fixado pela Constituição federal. Essa razão basta para que eu conclua pela constitucionalidade do dispositivo.

Já quanto ao § 2º, entendo que não procede a equiparação pretendida entre as sanções impostas por atos de improbidade e penas de caráter penal. Ainda que seja possível constatar, em casos específicos, uma superposição de sanções pelo mesmo ato, não vejo como conceber em abstrato uma inegável similitude entre as sanções aplicáveis na ação de improbidade e em ações penais. Essa distinção é de especial interesse na comparação entre as noções de improbidade e de crimes de responsabilidade. Ao passo que os processos por crime de responsabilidade permitem um misto de controle político e jurídico da atuação de altos funcionários do Estado, as ações de improbidade se destinam a todo e qualquer agente público (art. 1º da Lei 8.429/1992), com base no fundamento específico do art. 37, § 4º, da Constituição federal, representando, assim, o mecanismo típico de controle da Administração e prestando a efetividade devida ao princípio da moralidade.

Assim, o § 2º da atual redação do art. 84 do Código de Processo Penal resulta em verdadeiro acréscimo de competência dos tribunais encarregados pela Constituição de processar ações ou inquéritos em que o agente disponha de prerrogativa de foro. Trata-se de acréscimo inconstitucional, não apenas porque exorbita a distinção constitucional entre crimes comuns e de



ADI 2.860 / DF

responsabilidade dos atos de improbidade, mas também porque extrapola o modelo atual de fixação de competência dos tribunais, como bem demonstra o eminente ministro Celso de Mello, em despacho na Rcl 2657-MC:

**"Impende assinalar que a discussão em torno da validade constitucional, ou não, da Lei nº 10.628/2002 - consideradas as premissas em que esse debate se trava, versando a possibilidade, ou não, de a lei ordinária ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal (e de outras Cortes judiciárias cujas atribuições também se achem unicamente definidas em sede constitucional) - confere impressionante atualidade ao precedente histórico que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América firmou no caso 'Marbury v. Madison', em 1803, quando aquela Alta Corte enfaticamente assinalou que o delineamento constitucional de suas atribuições originárias foi concebido pelos 'Founding Fathers' com o claro propósito de inibir a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, impedindo-o de proceder, em sede de legislação meramente ordinária, a indevidas ampliações da competência daquele Tribunal, fazendo, do rígido círculo traçado pelo Artigo III da Constituição americana, um instrumento de proteção do órgão de cúpula do Poder Judiciário, em face do Poder Legislativo daquela República.**

Vale mencionar, neste ponto, a observação feita por BERNARD SCHWARTZ ('A Commentary on the Constitution of the United States', Part I, p. 367, n. 143, 2ª ed., 1963, The Macmillan Company, New York), a propósito do alto significado político-jurídico de que se revestiu a decisão proferida em 'Marbury v. Madison':

**'Even more important, as a consequence of the original jurisdiction of the highest Court being derived from the basic document itself, is the placing of such jurisdiction beyond Congressional control. This has been settled ever since Marbury v. Madison. The statute held unconstitutional there was one which was construed as vesting the Supreme Court with**




the original jurisdiction to issue writs of mandamus. Chief Justice Marshall rejected the contention that, since the organic clause assigning original jurisdiction to the high bench contained no express negative or restrictive words, the power remained in the legislature to assign original jurisdiction in that Court in cases other than those specified. On the contrary, said Marshall, a negative or exclusive sense must be given to the cases of original jurisdiction spelled out in Article III.

.....  
The statute at issue in *Marbury v. Madison*, was ruled invalid because it sought to give the Supreme Court original jurisdiction in a case not specified by Article III. Under *Marbury v. Madison*, then, the Congress may not enlarge the original jurisdiction of the high bench. But the reasoning of that great case applies with equal force to legislative attempts to restrict the Supreme Court's original jurisdiction. The constitutional definition of such jurisdiction deprives Congress of any power to define it. The legislative department may neither extend nor limit the terms of the organic grant.' (grifei)

**É importante rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, 'por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)' ('Jurisprudência/STF', p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional - grifei)."**

**ADI 2.860 / DF**

Do exposto, voto pelo conhecimento da presente ação e por sua parcial procedência, para declarar inconstitucional apenas o § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.628/2002.



*Supremo Tribunal Federal*

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, peço a palavra para fazer única e exclusivamente um esclarecimento.

Ouvi o vigoroso voto do Ministro Joaquim Barbosa. Houve um equívoco da parte dele, pois Lowenstein não se refere à usurpação de competência.

Por outro lado, gostaria de dizer que as nossas posições --- minha e do Ministro Joaquim Barbosa ---, em matéria de igualdade, são inteiramente antípodas. Insisti em que a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais. Por isso não há privilégio no caso. Também, com muita tranqüilidade, meu voto não é pouco edificante ou temerário. Quero deixar isso bem consignado, porque não vesti a carapuça.



15/09/2005

TRIBUNAL PLENO


AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Ministro Joaquim Barbosa.

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhora Presidente, só uma observação sobre a questão singular. Quem tem um mínimo de informação histórica sabe que o próprio caso "Marbury v. Madison", na verdade, é um desses lapsos históricos. Em princípio, Marshall faz aquela construção - que todos sabem temerária - e afirma a inconstitucionalidade para obter um resultado determinado: não fazer o enfrentamento com o Governo Jefferson. Isso é um consenso na história constitucional; só para que saibamos do que estamos a falar.

Quando se faz a declaração de inconstitucionalidade, faz-se dizendo que a lei tinha ampliado a competência da Corte e por uma motivação política que certamente não era elevada: era para não fazer o enfrentamento. Isso, hoje, está nos manuais de jardim de infância de Direito Constitucional.



**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA** - Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência não há de negar que, temerária ou não, essa constituição é responsável pela solidez do sistema jurídico daquele país.

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, teses belíssimas foram aqui expostas, embora contrapostas na sua essência, e não quero perder a oportunidade para também fazer uma ligeiríssima contraposição, sob um ângulo lateral da questão.

Quando Lowenstein usou a imagem das árvores mais altas do que o céu, tenho a impressão que ele foi buscar a inspiração em Van Gogh - que também falou dessa relação entre as árvores e o céu, mas em um contexto bem mais poético.

Van Gogh deu de pintar árvores mais altas do que o céu, e isso atraiu para ele a severa crítica dos chamados "entendidos". Quando ele soube dessas duras críticas, respondeu:

*"Os meus críticos não entenderam nada. Perderam o ponto. Não estou pintando árvores mais altas do que o céu. Estou pintando o anseio da terra para se comunicar com o céu através das árvores."*

Quer dizer, é outra visualização do mesmo fenômeno.

Permito-me lembrar isso, porque é uma passagem muito bonita da vida de Van Gogh.



Senhora Presidente, quero começar o meu voto — que espero não ser longo — pela lembrança da Súmula nº 394, como fez o Ministro Joaquim Barbosa, cujo conteúdo era o seguinte:

*"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."*

Ou seja, esse conteúdo, abolido por esta Casa quando a Súmula foi cancelada, foi ressuscitado pelo § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal na redação que lhe deu a lei agora impugnada.

O que levou o Supremo Tribunal Federal a cancelar a Súmula?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Excesso de processos.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Excesso de processos, diz o Ministro Gilmar Mendes, atento a certa política judiciária a que chamamos de jurisprudência defensiva. Mas não é a única interpretação, evidentemente. O fato é que o Supremo Tribunal Federal interpretou que o exercício da função ou a titularidade do cargo, com efeito, atrai a prerrogativa de foro, esse direito

especial de se submeter a um foro diferenciado daquele que vige para os cidadãos comuns. Entendo que o Supremo agiu absolutamente de forma correta. Literariamente falando: "rei morto, rei posto". Aquele que decai do exercício do cargo não mais justifica deter a prerrogativa de foro porque, na verdade, ela é concedida aos titulares ou exercente de certas funções públicas, não só para que o exercício desses cargos ou funções se dê ativamente, com independência, como disse o Ministro Victor Nunes Leal. É isso, mas não é tudo. Ele "sentou praça" na questão da independência no exercício do cargo ou função. Mas é mais do que isso, é para que esse exercício se dê desembaraçadamente, ou seja, desataviadamente, para que o agente público possa, no exercício do cargo, ser expedito, desemaranhado, não tendo que se afastar dele para responder a processos por qualquer "dá cá essa palha".

O que é prerrogativa senão um direito subjetivo? Mas não é um direito subjetivo qualquer, conferido a uma série aberta de beneficiários. É um direito subjetivo que se distingue por ser próprio de uma série fechada, restrita, de beneficiários. Daí ser chamado de prerrogativa, que não é outra coisa senão, numa linguagem vernacular, predicamento. Claro que a prerrogativa suscita em todos nós uma certa estranheza, porque prerrogativa, em princípio, é um direito anti-republicano. Ela desnivela os cidadãos. O Ministro Eros Grau já fez uma longa e bem feita consideração em torno disso.



Mas quero dizer que prerrogativa, por ser um direito especialíssimo conferido a uma categoria restrita de pessoas, só comporta interpretação restritiva, não comporta interpretação ampliativa. No caso, o Supremo disse em alto e bom som que prevalece, em matéria de prerrogativa de foro, o princípio da atualidade do exercício da função, do cargo ou do mandato. E a Constituição parece-me consagrar isso às expensas, porque no art. 53, § 1º, chega a dizer que basta a diplomação do parlamentar para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que o parlamentar venha a ser processado ou tenha contra si abertura de inquérito por fato acontecido antes dessa diplomação. O que interessa é assunção no cargo, e interessa tanto que a pré-assunção já é contemplada pela nossa Lei Maior como fator de atração da prerrogativa de foro.

Agora, não confundir pré-assunção, nem assunção, com apeamento do cargo, porque a prerrogativa é *intuitu functionae*, não é *intuitu personae*. O ex-titular do cargo, do mandato ou da função não carrega consigo a prerrogativa como se carregasse consigo a sua roupa, a sua indumentária, a sua vestimenta cotidiana. Então, parece-me que, neste caso específico, o cancelamento da Súmula nº 394 foi muito bem processado e mantém-se rigorosamente atual nos seus fundamentos jurídicos.

Claro que a questão é nuançada e traz à baila o problema da modificação de competência originária dos tribunais.





Nunca é demasiado lembrar que essa competência originária se estabelece em função, notadamente, de outro Poder ou de outros Poderes, é uma zona de intersecção ou de confluência dos Poderes. Quando a Constituição estabelece uma competência que significa uma condição e uma garantia da própria independência de um Poder perante outro, essa matéria não admite retomada legislativa, dissemos eu e Celso Bastos na nossa monografia "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais".

Finalmente, a Constituição, para mim, deixa claro que ilícito administrativo não é ilícito penal. E a própria identificação do ilícito administrativo com crime de responsabilidade também deve ser feita com muito temperamento, com muito cuidado. Mas, em última análise, se há posições defensáveis em torno da matéria, embora contrapostas essas posições, se há argumentos sólidos em prol da constitucionalidade da lei e em desfavor dessa constitucionalidade, só queria fazer um último lembrete: qual das duas interpretações antagônicas, antitéticas, prestigia mais o sumo princípio da probidade administrativa? Qual é o bem jurídico maior a tutelar? Não é o da probidade administrativa, que a Constituição cuidou com tanto zelo, a ponto de responder a sua violação com a mais severa resposta normativa? O art. 37, § 4º, diz que violar a probidade acarreta:

"§ 4º (...) a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário...".




Ora, o que dizia Kelsen? Dizia que o Direito dá conta do seu apreço por uma determinada matéria pelo modo como reage à violação da norma tutelar dessa matéria. O modo como o Direito reage à violação de uma norma já exprime o seu apreço maior ou menor por essa norma. Ora, a Constituição faz da probidade administrativa pressuposto de perda ou suspensão de direitos políticos - art. 15, V. Faz da improbidade administrativa um pressuposto de "impeachment" até do Presidente da República - art. 85, V. Faz da probidade administrativa, da sua defesa, objeto da ação civil pública - art. 129, III -, objeto de ação popular. Vejam com que apreço a Constituição tratou o tema da probidade. E fez muito bem, porque, segundo Ulysses Guimarães, a corrupção é o cupim da República, e estamos todos a atravessar um período em que o patrimonialismo chegou a tal ponto que já não há mais distinção mesmo entre o que é público e o que é privado. Das duas interpretações, aquela mais restritiva não permite que o exercente do cargo leve consigo, *ad eternum*, a prerrogativa só porque o ato foi praticado durante esse exercício. Essa interpretação mais restritiva é a que melhor homenageia o princípio da probidade administrativa. E sabemos ser regra elementar de hermenêutica que quando há uma colisão, uma fricção empírica de valores constitucionais, o intérprete deve optar por aquela saída que melhor prestigie os princípios de superior hierarquia constitucional. No caso, penso que a probidade



administrativa se impõe como um bom critério, uma boa referência para julgarmos a presente ação direta.

Nessa medida, Senhora Presidente, sou pela procedência integral da ação direta de inconstitucionalidade, na linha do voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, *data venia* das opiniões em contrário.

\*\*\*\*\*

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' followed by a horizontal line and a diagonal stroke.

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL**

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence (Relator) e Carlos Britto.

**V O T O**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, o meu voto será breve, até porque substancialmente o que direi já foi dito de modo muito mais brilhante por outros eminentes Ministros.

Do ponto de vista pessoal, a respeito do foro especial por prerrogativa de função, há uma distinção particular - não apenas minha - entre os conceitos de prerrogativa e privilégio. Ambos são posições jurídico-subjetivas de vantagem, mas que têm racionalidades diferentes: a prerrogativa é estabelecida em razão de circunstância objetiva, e o privilégio, em razão de uma condição de caráter pessoal. É por isso que, salvo o pleonasma, se diz que o foro especial por prerrogativa de função não é privilégio, mas prerrogativa, e, como já foi reiteradamente acentuado, tal previsão prende-se, não à condição pessoal do ocupante do cargo, mas à dignidade das



funções que exerce. Aliás, o eminente Ministro Eros Grau, mais de uma vez em seu voto, referiu-se expressamente à ligação radical existente entre a previsão do foro especial e o exercício da função. Tal previsão deve-se a razões não menos óbvias que, de certo modo, já foram enunciadas, insistentemente discriminadas e que dizem respeito à liberdade política, no sentido amplo em que a devem ter os chamados agentes políticos no exercício das funções de elevada dignidade constitucional, como são os titulares dos cargos de Presidente da República, parlamentares, magistrados, os quais precisam ter, por força da necessidade de garantia de máxima imparcialidade do órgão - nisso as referências do Ministro Victor Nunes Leal são expressivas -, não apenas como salvaguardas quanto a pressões a favor ou contra, mas também para permitir, portanto, que os ocupantes desses cargos possam exercer suas funções com a autonomia pressuposta pela Constituição, com liberdade total.

Ora, no instante em que cessa o exercício da função, para usar a linguagem, diria expressiva, mas pitoresca do Ministro Carlos Britto, se concebêssemos que a prerrogativa, transmutando-se, se colaria como qualidade perpétua na pessoa do ex-ocupante do cargo, a situação seria de um privilégio, pois a partir daí passaria a proteger a pessoa e já não o exercício do cargo ou da função. Essa a




razão por que me parece, com o devido respeito, inquestionável o acerto da revogação da Súmula nº 394.

Em segundo lugar, não preciso insistir, porque, também, os votos anteriores já o fizeram, e o Ministro Celso de Mello já o fez, aliás, de modo exuberante e brilhante, em que a competência originária do Supremo Tribunal Federal não pode ser modificada por regra inferior. É de regime de direito estrito. E, no caso, como acentuou o eminente Ministro-Relator, o que se tem é tentativa de uma lei impor ao Supremo Tribunal Federal interpretação de norma constitucional que o próprio Supremo Tribunal já rejeitou revogando a Súmula nº 394. É como uma lei interpretativa, que, no caso, só poderia ser constitucional. Ora, o intérprete máximo da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. E o eminente Relator, também, já realçou o perigo que haveria em proclamar tese que, na prática, significaria submeter as decisões da Corte a uma espécie de referendo do parlamento, não apenas porque ficaria na dependência da inexistência de qualquer manifestação negativa quanto às decisões do Supremo - e isso não tem nada a ver com a minha decisão naquela Reclamação -, como porque, no caso, se estimaria que o Parlamento pudesse mudar vinculativamente a interpretação do Supremo Tribunal Federal.



**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É porque num sistema como o nosso, amplo de controle de constitucionalidade, que não é o modelo americano, por conta da exigência do "case or controversy", a rigor, temos, hoje, a possibilidade - é isso que estamos fazendo - exatamente de discutir a matéria em sede de ADI, e é mais ou menos a dinâmica de todo o processo constitucional moderno. Portanto, na verdade, desculpem-me mas aqui o argumento contém uma falácia.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Responderei a Vossa Excelência por duas vias: a primeira é que a observação de Vossa Excelência não distingue entre poder de fato e poder de direito. Poder de fato o parlamento tem para editar qualquer lei, a qualquer tempo e de qualquer conteúdo; não há nada que lho impeça, salvo nos casos de mandado de segurança preventivo. Portanto, não há, em termos gráficos, nada que impedisse o Parlamento de editar uma lei como a que foi editada. O que se discute é se o conteúdo e a eficácia normativos dessa lei podem ser reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. É por isso que estamos discutindo, e concluindo que o Supremo não pode aceitar essa interpretação, porque implicaria em dilatar sua competência originária. 

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Como poderia aceitar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Poderia; mas não está aceitando. O meu ponto de vista é que não deve aceitar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não é pelo argumento formal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas isso é o de menos, toda essa teoria gira em torno de outro pressuposto, o da possibilidade de essa lei interpretativa ter nível taxinômico inferior; uma lei interpretativa, no caso, só poderia ser de ordem constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe, isso é uma obviedade, Ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas, pelo jeito tem-se de repetir obviedades.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O legislador a toda hora está a interpretar a Constituição, sabemos disso.





O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, mas sujeito ao controle do Supremo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - *Data venia*, eu até já havia esquecido do que aprendera a respeito antes de hoje; mas se tivesse esquecido, hoje, teria aprendido de novo que todo ato de criação legislativa pressupõe uma interpretação constitucional; isso já tinha ouvido. Mas não é disso que se trata, trata-se se é de dar a essa lei uma força de interpretação autêntica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, é disso que se trata.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - A colocação do caso no escaninho da estrita inconstitucionalidade formal merece reparos para evoluir para a hipótese do abuso de poder de legislar, se a lei que é feita logo após a virada jurisprudencial do Supremo, apenas na tentativa de impor-nos o recuo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas não é inconstitucionalidade formal.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - John Holmes disse que muitas vezes é mais importante insistir no óbvio do que



pesquisar o obscuro. E o nosso Nelson Rodrigues foi muito além. Disse: só os gênios enxergam o óbvio.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Holmes dizia que hoje precisamos ser mais educados no óbvio do que no obscuro.

Mas, até a referência sobre essa dialética Corte/Parlamento já foi também tratada por Perelman, e ambas as posições supõem tratar-se do mesmo nível taxinômico. Não há possibilidade de se desenvolver tal dialética, quando as normas sejam de níveis diversos.

Nesta primeira parte, acompanho, pois, integralmente, o voto do eminente Ministro-Relator, com as achegas dos votos do Ministro Joaquim Barbosa e de Vossa Excelência.

Em relação ao segundo parágrafo, naquilo que não é consequência de arrastamento, faço uma ressalva. Penso que não se tem - e não vou fazê-lo - de discutir aqui a questão de saber qual o regime jurídico de improbidade em relação a agentes políticos e demais agentes públicos. Restrinjo-me ao fato de ser a ação de improbidade - objeto do art. 37, inciso IV - nítida e escancaradamente de caráter civil. O fato de algumas sanções ligadas a ilícitos de caráter civil, nessa lei, serem também usadas como sanções de caráter penal não os transforma em sanções penais. Por quê? Porque só



seriam penais, se fossem vinculadas a tipos penais. Mas não é o de que se trata. Por isso mesmo a lei atende à ressalva da norma constitucional, a qual prevê que as penas serão aplicadas independente ou sem prejuízo da ação penal correspondente.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sem prejuízo das ações penais cabíveis.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Aliás, se, não obstante, se sustenta o caráter penal da ação de improbidade, seria um curiosíssimo caso de **bis in idem** constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão nunca se colocou nesse prisma. A questão é outra: do crime de responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Crime de responsabilidade é outra coisa. A suspensão dos direitos políticos está prevista no art. 5º, XLVI, como uma das penas criminais. Logo, se se imputou essa sanção à improbidade administrativa, é que improbidade administrativa é matéria penal. Ora, a Constituição prevê: sem prejuízo da ação penal. Então, estaríamos perante uma estranha previsão constitucional de um **bis in idem** penal.



**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Não é essa a questão, e Vossa Excelência percebe muito bem, já disse, inclusive, naquele julgamento, quando votou vencido no caso da Súmula nº 394, da repercussão, não sei se consta do voto escrito final, mas Vossa Excelência falava da possibilidade de alguém entrar com ação para perscrutar amanhã quando e se um Membro do Supremo Tribunal Federal tivesse ou não praticado prevaricação depois porque profana um dado voto. Temos hoje esses casos em relação, por exemplo, a juízes, motivados por razões, sabemos, políticas. Neste caso específico há um embaraço, e Vossa Excelência já percebeu, incontornável: amanhã ter de se aplicar a lei de improbidade e, eventualmente, cassar os direitos políticos, suspender os direitos políticos de alguém e, portanto, o exercício no cargo. Não estamos falando em um mundo de abstrações.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - Creio que chegaremos ao momento adequado para discutir isso na continuidade do julgamento da reclamação.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E não estamos num mundo de abstração para imaginar que esse agente público, submetido a essas ações, está com a sua ação totalmente livre. Sabemos muito bem que isso era fruto daquele conúbio espúrio a que me referi: de agentes políticos e de procuradores que serviam de braço judicial a



partidos políticos. Tanto é que, por uma dessas ironias da história, os mais ativos desses procuradores hoje, na verdade, estão envolvidos em ações de improbidade.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Senhor Presidente, retomando meu raciocínio - e que não foi perturbado por essa intervenção, brilhante, do Ministro Gilmar Mendes, como sempre -, considero que, sendo a ação de caráter civil, ela não pode ser imposta por lei ordinária à competência do Supremo Tribunal e, muito menos, à dos outros tribunais.

Razão por que peço vênua ao eminente Ministro Eros Grau e às manifestações, muito claras, do eminente Ministro Gilmar Mendes, para acompanhar, integralmente, o voto do eminente Relator, julgando procedente a ação.



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL****V O T O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:**

**PARTE I) DA DIMENSÃO SUBJETIVA DO EFEITO VINCULANTE DAS DECLARAÇÕES DE CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Senhora Presidente, antes de tecer maiores considerações sobre o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, gostaria de frisar o papel institucional exercido por este Supremo Tribunal Federal no contexto da jurisdição constitucional brasileira (CF, art. 102).

A partir dos problemas apontados pelo Ilustre Ministro Relator, Min. Sepúlveda Pertence, poder-se-ia cogitar que a discussão da presente ADIn - embora Sua Excelência já tenha retrocedido, só falta, aqui, o registro histórico, a esta altura, da posição da inconstitucionalidade formal -, mas Sua Excelência, então, sustentou que a discussão deveria ser balizada pela opção jurisprudencial assumida pelo Tribunal na ocasião da revogação da Súmula nº 394/STF.

Em voto datado de 22 de setembro de 2004, o Min. Pertence foi enfático no sentido de que:

"Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames."

Considerados esses argumentos, é interessante mencionar ainda a manifestação, em sentido diametralmente oposto, do próprio Min. Sepúlveda Pertence em recente sessão plenária.

No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 2617-MG, Rel. Min. Cezar Peluso, ocorrido em 23 de fevereiro do corrente ano, esta Corte se pronunciou sobre a dimensão subjetiva do efeito vinculante nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato legislativo estadual - esse é o caso de Minas Gerais.

No caso concreto, discutia-se se o legislador estadual de Minas Gerais poderia editar lei com teor substancialmente idêntico a outro ato normativo anteriormente declarado inconstitucional por esta Corte Suprema - a hipótese é idêntica. Na espécie, o caso ainda contava com a peculiaridade de que a decisão tida por descumprida (ADI nº 2.224) referia-se a legislação de outro Estado da federação, o Estado do Ceará.

Ao se defrontar diretamente com esse problema, o Min. Pertence assim se manifestou, *verbis*:

"Na verdade, a revisão da declaração de inconstitucionalização, à vista de normas infraconstitucionais posteriores que substancialmente nela reincidentem, é positiva

porque se distingue dos descaminhos do simples desaforo contra a declaração assentada e permite reabrir a discussão, à vista de normas posteriores que traduzem outro contexto, histórico ou político e que podem induzir à mutação informal da Constituição."

**[E prosseguiu o Min. Pertence]**

"Considero salutar que o efeito vinculante não alcance o legislador de modo a impedir-lhe a reedição de norma similar ou de conteúdo idêntico. É que, quando o Supremo Tribunal conclui pela constitucionalidade, não estando o próprio Supremo vinculado, a questão pode ser reaberta."

Por que esta hipótese? O Tribunal não resta vinculado a lei e, no nosso caso, ainda de maneira mais flagrante do que no modelo americano, que está adstrito à possibilidade de uma provocação a partir da manifestação de partes eventualmente interessadas. Portanto, totalmente diferente - não é Ministro Joaquim? - do que acontece no sistema alemão, no sistema brasileiro da ADIn, com a possibilidade de que os tradicionais partidos políticos com um representante - das famosas "unorias", as "minorias de um só" - possam fazer a provocação no Supremo Tribunal Federal.

Mas dizia Sua Excelência, o Min. Pertence ainda mais:

"Mas não, assim, quando o Supremo declara inconstitucional a lei: aí, a única forma de o tema constitucional, em atenção, às vezes, às mutações constitucionais que a própria História impõe, voltar ao Tribunal é que o legislador edite norma similar."

Parece-me que essa colocação é absolutamente perfeita, coerente com o modelo de jurisdição constitucional que se lastreia na idéia de efeito vinculante das decisões, mas não abrangente da posição do legislador.



Verificado o antagonismo dessas duas posições sustentadas, passo a discutir o tema da liberdade da conformação do legislador no direito alemão.

Conforme tenho defendido em sede doutrinária (cf. SILVA MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 312-325.), não raro justificou-se a renúncia à declaração de nulidade em virtude de uma intolerável intervenção no poder ou na liberdade de conformação do legislador (POHLE, Albrecht-Peter. *Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, p. 78 e s; MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 47).

Faço uma série de considerações sobre essa questão, porque é comum, portanto, na doutrina constitucional, esse tipo de reflexão. De modo que, como já tive oportunidade de suscitar nos debates, entendo que a edição de lei é sim uma forma de interpretar a Constituição e não há nenhuma ofensa, desaforo, ato injurioso para esta Corte quando o Legislativo edita uma lei, eventualmente, de teor idêntico. No caso, não é supremacia parlamentar, é supremacia da Constituição, tanto é que cabe depois o controle efetivo - basta ver, nesse ponto, o modelo alemão.

Portanto, Senhora Presidente, não se pode duvidar que a tarefa de interpretar a Constituição seja inafastável desse papel do próprio legislador. Isso é uma coisa óbvia, quer dizer, elementar que, no âmbito da Corte Constitucional, que obviamente aplica e o modelo alemão - para quem tem um mínimo de informação sabe que é -, a rigor, é um modelo vinculante de aplicação da Constituição e não adere a nenhuma idéia de supremacia ou soberania de parlamento; e, neste caso, o legislador cumpre uma função importante no entrechoque entre os Poderes de, eventualmente, superar ou provocar um novo pronunciamento da Corte via uma nova proposta.

Certamente, se fôssemos perscrutar os elementos que aqui temos, na própria experiência do Supremo Tribunal Federal, nós vamos conhecer casos idênticos, semelhantes.

Viria um exemplo caro, o art. 27 da Lei 9.868, que vem, a partir do espaço suscitado, provocando uma revisão de um entendimento anterior desta Corte quanto à possibilidade de declarar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, com eficácia limitada. É um acicate que o legislador coloca e a Corte aceita ou não. Certamente vamos encontrar vários exemplos em sede de atuação do Poder Legislativo, mas repudiaria, de imediato, a idéia da inconstitucionalidade formal. Se houvesse inconstitucionalidade, seria material.

Este fundamento - a liberdade ou o poder de conformação do legislador - tem sua origem, na jurisprudência do Tribunal Alemão, nos julgados relativos à ofensa ao princípio da igualdade, nos quais esse *topos* é sempre referido [BVerfGE 8, 28 (36 e s.); 14, 308 (311); 15, 121 (125); 17, 148 (152 e s.); 18, 288 (302); 21, 329 (337); 23, 1 (10); 28, 227 (247)].

No desenvolvimento de sua jurisprudência, houve por bem o *Bundesverfassungsgericht* estender a utilização desse *topos* a outros casos, justificando, assim, a escolha de uma determinada variante de decisão (HEIN, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, p. 79).

Dessarte, a liberdade de conformação do legislador tornou-se quase uma espécie de *cláusula geral* para justificar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade [BVerfGE 61, 43 (68); 61, 358; 62, 117 (153); 62, 256 (257, 288 e s.); 62, 374 (391); 64, 323 (366); 64, 367 (388); 65, 325 (357); cf.,

também, STERN, *Bonner Kommentar*, art. 93 n. 282; SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 171; HEIN, Peter. *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, p.79 e s].

O argumento sobre a existência de várias alternativas para a eliminação da inconstitucionalidade já foi utilizado, inclusive, para justificar a *declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* em casos de flagrante intervenção nos direitos de liberdade (BVerfGE 21, 173; 31, 275; 34, 71).

A invocação desse poder de conformação do legislador tem merecido sérias críticas na doutrina [cf., a propósito, SKOURIS, Wassilios. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, p. 52; MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, cit., p. 345 (357); IPSEN, *JZ* 1983, p. 41 (44); SACHS, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, *DöV* 1982, p. 23 (27)]. Segundo alguns autores, a liberdade de conformação do legislador não seria afetada na maioria dos casos, uma vez que este poderia editar as novas regras exigidas tanto após uma declaração de nulidade quanto depois da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Acentue-se, por outro lado, que a discricionariedade do legislador não legitima a conservação parcial de uma norma inconstitucional, assim como a discricionariedade administrativa não obsta à cassação do ato administrativo eivado de ilegalidade (SKOURIS, Wassilios. *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, p. 52).

Colocado o problema nestes termos, penso que não é possível admitir que o legislador ordinário tenha a sua liberdade totalmente tolhida pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Tribunal. É adequado e prudente, inclusive, que tais atos legislativos sejam novamente apreciados a partir de um

dado contexto institucional.

É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa da guarda da integridade da ordem jurídico- constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma *sociedade aberta de intérpretes* (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997), os quais podem, de acordo com as alterações histórico-culturais, exercer alternativas plurais de interpretação.

Tenho sustentado na obra *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* que:

"Embora as modernas Constituições dos países que adotam a jurisdição constitucional consagrem a democracia e o princípio da soberania popular como princípios básicos, dispõem elas em geral sobre a forma de manifestação da vontade popular e sobre a atuação dos órgãos representativos dessa vontade. Estes devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos.

Essas Constituições pretendem, portanto, que os atos praticados por esses órgãos de representação possam ser objeto de crítica e controle.

Tal como observado por Grimm, um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimo somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, então não está o sistema democrático livre da ameaça de instabilidades e de tumultos no seu funcionamento.

Tal colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema.

É interessante notar que as colocações de Grimm coincidem, fundamentalmente, com a opinião de Dworkin sobre o sentido do controle de constitucionalidade naquilo que ele denomina de 'constitutional democracy' em contraposição à democracia majoritária. É o que se pode ler na seguinte passagem:

*'Democracy means government subject to conditions - we might call these <the democratic> conditions - of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. The democratic conditions plainly include, for example, a requirement that public offices must in principle be open to members of all races and groups on equal terms. If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost - no matter for moral regret at all - if a court enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be an occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception'.*

É fácil ver, pois, que, nos modelos não dotados de um sistema especial de controle de constitucionalidade, eventuais conflitos de

índole constitucional resolvem-se pela interpretação da maioria, o que pode acabar por eliminar a possibilidade de qualquer consenso entre as forças políticas. Conflitos dentro do contexto constitucional convertem-se facilmente em confrontos que extrapolam esse âmbito.

Nessas condições, tem-se de reconhecer que a simples existência de uma Corte Constitucional permite o tratamento relativamente imparcial e ordenado da constitucionalidade dos projetos políticos.

Em verdade, a existência dessa instância tem, muitas vezes, uma *eficácia prévia* ou inibidora, evitando decisões que afetem o consenso constitucional. Mesmo em caso de impossibilidade de configuração imediata desse consenso, a pronta atuação da Corte Constitucional logra limitar e reduzir o âmbito do conflito, afastando a insegurança existente, decidindo o conflito e emprestando novo fundamento à controvérsia." (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.463-471).

(...)

**[E continuo]**

"É por isso que Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.

É certo, por outro lado, que o Tribunal que exerce as funções de Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria.

Em verdade, (...), a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional.

Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade.

Não é preciso ressaltar também que a negativa do Tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador.

Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas.

Por outro lado, não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Em verdade, a substituição de uma decisão *intuitiva* do legislador por uma decisão igualmente *intuitiva* da Corte coloca em xeque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade.

Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um

voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz.

É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle." (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.480-482).

Esta Corte, portanto, jamais pode olvidar que a tarefa de interpretar a constituição é inafastável da abertura procedimental. Essa constatação (presente somente na segunda manifestação do Min. Pertence e não no voto proferido neste caso), ao meu entender, é crucial para que o papel institucional do Supremo Tribunal Federal esteja aberto não somente às mudanças legislativas, mas sobretudo, ao modo pelo qual essa legislação deve ser interpretada à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais.

Ao aferir essa tensão quanto ao tema da criação legislativa do predicamento de foro para a ação de improbidade, ou ainda, da (re)edição da prerrogativa de foro após a cessação de exercício da função pública, creio que não é possível desconsiderar os abusos e atrocidades que foram cometidos em detrimento do regular funcionamento das instituições públicas deste país. Nesse aspecto particular, o qual pretendo fazer nova menção em meu voto, entendo estarem presentes situações e contingências que, por si sós, não obstam a apreciação ou, até mesmo, uma eventual mutação constitucional quanto ao tema.

Em síntese, creio que o Tribunal, no estrito exercício de suas funções institucionais, deve averiguar mais detidamente qual o sentido que as normas impugnadas assumem no contexto contemporâneo em que se inserem. Nesse diapasão, a Corte deve apreciar o ato normativo impugnado no âmbito de nossa Constituição.



Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a "última palavra" conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o "diálogo", o debate institucional deve continuar.

Senhor Presidente, firmada essa premissa de meu voto, passo à análise do caso.

**PARTE II) O CASO SOB ANÁLISE**

Dois são os comandos impugnados na presente ação direta. O primeiro deles refere-se à manutenção da prerrogativa de foro após a cessação do exercício da função pública. O segundo refere-se à prerrogativa de foro no âmbito das ações de improbidade.

Não obstante a autonomia das normas contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, dispositivos introduzidos pela Lei nº 10.628, de 2002, penso que há uma íntima relação entre os dois preceitos, razão pela qual passo a formular algumas considerações gerais relativas ao contexto institucional em que a presente discussão se coloca.

**a) Do tratamento diferenciado entre agentes políticos e demais agentes públicos**

A análise da discussão constitucional em exame recomenda, de plano, uma correta compreensão da posição institucional dos agentes políticos.

É justamente a peculiar posição dos agentes políticos que justifica o tratamento constitucional diferenciado em relação aos demais agentes públicos. O desconhecimento de tal diferenciação, cabe enfatizar, é que tem justificado equivocadas afirmações no sentido de que a prerrogativa de foro representaria ofensa ao princípio da isonomia. A tentativa de estabelecer tratamento idêntico entre agentes que se encontram em situação de desigualdade é que, isto sim, implicaria inadmissível ofensa ao princípio da isonomia.

Não chega a ser uma novidade a constatação de que os agentes políticos encontram-se numa posição institucional absolutamente inconfundível com a dos demais agentes públicos.

De fato, tal como ensina Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos, dentro de sua área, são as autoridades supremas da Administração Pública. Possuem plena liberdade funcional e estão a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder (*"Direito Administrativo Brasileiro"*, 27ª edição, 2002, p. 76).

Observa ainda Hely Lopes, que tais prerrogativas têm por escopo garantir o livre exercício da função política. Percebeu o ilustre administrativista, sobretudo, a peculiaridade da situação dos que governam e decidem, em comparação àqueles que apenas administram e executam encargos técnicos e profissionais. Nas palavras de Hely:

"Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados" (Direito administrativo, cit., p. 77).

Não é outro o *ethos* da prerrogativa de foro entre nós, conforme se extrai da lição de Victor Nunes Leal:

"A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do

seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade."

Independentemente do tempo em que isso se deu, e o saudoso Victor Nunes tinha exata noção disso, por isso que é evidente que isto está em flagrante contraste com aquela argumentação desenvolvida pelo Ministro Ayres Britto, dizendo que, desapeado do cargo, não há razão para a prerrogativa de foro quando, na verdade, o ethos é este: **dar garantia quando já não se exerce mais a função, porque todos nós sabemos, e a história da improbidade, como já disse aqui, mostra isso, muito bem!**

Infelizmente, a história da ação de improbidade - nós sabemos bem e a história vai registrar - **é uma história de improbidade e de improbidades!**

Tanto é que muitos desses cidadãos que hoje têm que dar explicações, tanto no campo parlamentar quanto no âmbito do Ministério Público, eram agentes que manejavam e atuavam com as ações de improbidade como instrumento de fazer política, como instrumento de atuação política e, não raro, como mecanismo de perseguição e até de extorsão.

**Alguns exemplos podem bem demonstrar o que se está a falar:**

**a) Caso Walquíria Quixadá e o Presidente do Banco Central;**

[Nesse particular, a título meramente exemplificativo, a análise das ações de improbidade propostas na seção judiciária do Distrito Federal demonstra que a grande maioria delas refere-se a matérias tipicamente administrativas ou econômicas, sem nenhuma relevância no campo da probidade administrativa propriamente dita. Às vezes, cuida-se

de simples controle de legitimidade, que se vale, impropriamente, da ação de improbidade. Muitas vezes, esses casos aparecem como simples implementação de uma ação político-partidária. O parlamentar-amigo faz uma representação ao procurador-amigo e este instaura um inquérito civil ou uma ação de improbidade. O exame desses casos há de demonstrar que se cuida de um deprimente espetáculo de judicialização da política. Parlamentares utilizam-se dos procuradores ligados a suas organizações para obterem ações contra seus inimigos políticos.

Às vezes, a motivação chega a ser tipicamente pessoal. É o que aparentemente se viu nas ações movidas pela Procuradora Walquíria Quixadá contra o Presidente do Banco Central e instituições a propósito dos reajustes dos fundos de investimento. Segundo notícias da imprensa, a aludida Procuradora teria usado os procedimentos investigatórios e a as próprias ações de improbidade como ação de cobrança de caráter particular. É elucidativa leitura de e-mail que a nobre Procuradora, que ostenta também a destacada posição de Vice-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, passou a seus colegas, conforme publicado no Consultor Jurídico de 4 de novembro de 2002:

"Comunicando-lhes a instauração da ICP para apuração de responsabilidade dos gerentes de fundos de investimentos pelos prejuízos causados aos investidores de fundos de investimento DI, convindo os Colegas Procuradores para realizarmos reunião amanhã. Às 16 hs, em meu gabinete, sala 601 (fone 317-4677 e 4676), eventualmente lesado nessas aplicações, pelo Banespa e Brasil, para formarmos um grupo definindo estratégias para recuperação desse prejuízo indevido sem a necessidade de ajuizamento de ação. Já estão confirmados para a reunião os Colegas Aurélio, Maria Soares e Andréa Lyrio"

Segundo a mesma publicação "em resposta ao chamamento, os procuradores Rodrigo Janot Monteiro de Barros e Aldenor Moreira de Sousa responderam prontamente. Barros disse que viajaria, mas manifestou 'todo interesse no assunto' e era voluntário para qualquer trabalho sobre a questão. 'Também perdi uma graninha nesta estória', explicou-se. Aldenor de Souza, o procurador que mandou prender o Secretário da Receita Federal, foi direto: 'Conte comigo'."

É algo de peculiar, como se pode ver. O Presidente do Banco Central responde a uma ação de improbidade pela simples razão de ter supostamente afetado, com alguma decisão administrativa de sua competência, a rica poupança da Dra. Walquíria e seus ilustres colegas... (Ação de Improbidade Administrativa nº

2002.34.00.033092-7, 8ª Vara da Justiça Federal no Distrito Federal)]].

b) Luís Francisco e as ações de improbidade (Revista Exame); e

É interessante notar ainda que um maiores usuários da ação de improbidade no Ministério Público é o conhecido Procurador Luiz Francisco de Souza.

Em célebre matéria da Revista Exame, em 25 de setembro de 2004, assinada por Vicente Dianezi e intitulada "Uma homem de mil estilos", apresenta-se "O jeito pouco usual de escrever do Procurador Luiz Francisco", verbis:

'Ao apresentar no início deste mês uma denúncia redigida no arquivo de computador de uma empresa interessada na causa, o procurador da República Luiz Francisco de Souza suscitou a curiosidade de estudiosos do mundo jurídico. Afinal, qual é o grau de ajuda externa que um integrante do Ministério Público pode aceitar no curso da formulação de uma denúncia? O caso se referia a uma ação movida por Luiz Francisco contra o grupo Opportunity, em cuja formulação se detectou o dedo de um desafeto e adversário do grupo, o empresário Luís Roberto Demarco. O autor do arquivo de onde saiu a denúncia, assinada por Luiz Francisco, era o advogado de Demarco, Marcelo Ellias. E o arquivo fora gerado num computador da Nexxy Capital Ltda., pertencente ao empresário. Confrontado com a descoberta, o próprio procurador sugeriu, na ocasião, que se conferisse a ação sob suspeita com as demais assinadas por ele. "Vejam o texto, é o meu estilo", afamou. Foi o que fez EXAME.

Depois de exaustiva análise de 61 peças do procurador - entre ações, pareceres, pedidos de quebra de sigilo e de inquéritos policiais -, chega-se a duas conclusões: a primeira é que Luiz Francisco costuma aceitar ajuda de pessoas interessadas nas denúncias que faz. Em pelo menos 19 ações, constata-se a participação de terceiros com interesses na crucificação dos alvos das acusações. No aspecto formal, quando se analisa o conteúdo de seus textos do ponto de vista estilístico, vê-se que o procurador é um homem de mil estilos. Num texto, o procurador Luiz Francisco pode oferecer parágrafos

concisos, gramaticalmente corretíssimos. Noutro, pode praticar graves atentados à língua pátria. Ou, às vezes, simplesmente trocar a concisão por elucubrações, como recentemente definiu um juiz federal. Poucas vezes se viu na Procuradoria alguém tão versátil do ponto de vista da linguagem e da gramática.

A linguagem jurídica é impessoal e formalista. "É difícil peritar um estilo que não seja literário", diz a professora Lucíia Garcez, doutora em lingüística. Pode-se, no entanto, afirmar que não é comum verificar na Procuradoria mudanças de estilo como as que Luiz Francisco adota. Nos textos de sua autoria analisados por EXAME, ele se dirige ao juiz para apresentar uma ação "contra alguém". Já na ação contra o Opportunity, o procurador troca o costumeiro "contra" por "em desfavor de". Os operadores do direito gostam de gravar marcas pessoais em seus textos. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Britto, por exemplo, faz citações poéticas. Recentemente, ao votar numa questão sobre racismo, ele transcreveu três estrofes de O Navio Negreiro, de Castro Alves. Luiz Francisco já abriu seus textos citando o padre Antônio Vieira, mas esta característica desapareceu de suas ações. Outra "impressão digital" dos operadores do direito é o formato dos textos. Toda manifestação oficial que sai do gabinete do presidente do Supremo, Ministro Nelson Jobim, é digitada na fonte courier new, corpo 12, com espaçamento duplo. A marca dos votos da ministra Ellen Gracie é a fonte times new roman, corpo 14. Os votos do ministro Celso de Mello são caracterizados pela utilização exagerada de palavras, frases e períodos em negrito. Nesse ponto, não se vêem predileções em Luiz Francisco. Alguns dos textos assinados por ele compõem mosaicos com diversos tipos e tamanhos de letra. Outros são impecáveis (confira no quadro).

Há ainda outras explicações para as súbitas mudanças de estilo do procurador. Ele não hesita em admitir que aceita a colaboração de terceiros. É o caso, por exemplo, de José Elias Cardoso, que assessorou o ex-ministro do Esporte e Turismo, Rafael Greca. Luiz Francisco requisitou o servidor para trabalhar em seu gabinete e o dedo do desafeto aparece em 17 ações contra Greca. Outro episódio é lembrado pelo ex-secretário da Receita Federal

Everardo Maciel. Em meados de 2000, ele se espantou com o conhecimento técnico do procurador numa ação sobre a incidência de IPI sobre as cervejas. "Essa ação não é de sua autoria, arriscou, ao que o procurador retrucou: "E que importância tem isso?" Luiz Francisco informou em seguida, recorda Maciel, que estava fazendo um favor a um colega paulista que lhe havia ajudado numa ação contra o exgovernador do Acre Orleir Cameli. De fato, o arquivo da ação sobre o IPI foi gerado na Procuradoria da República de São Paulo. E o colega de São Paulo, suspeita Maciel, seria o procurador João Francisco da Rocha, que advogava para a Schincariol, uma das empresas interessadas na ação. Para o advogado Ives Gandra Martins, em tese, a Lei Orgânica do MP estabelece que as investigações devem ser realizadas em sigilo, com os meios que a instituição tem, internamente, à disposição. "Se houver desmandos, cabe a correição, e a parte que se sentir lesada pode ir à Justiça por danos morais." Três ministros do STF opinaram sobre o assunto. O primeiro acha que atitudes como essa colocam em xeque o pressuposto da atuação equidistante e desapaixonada, segundo a qual o agente público não deve servir como instrumento de vendetas. Outro ministro preferiu analisar o caso do ângulo da imparcialidade que, se contrariada, coloca o servidor próximo da prevaricação. O terceiro ministro, menos diplomático, afirmou de maneira mais dura: "Fosse um juiz flagrado com uma sentença produzida por um advogado, ele já estaria fora da carreira".

Esses fatos demonstram o abuso na utilização da ação de improbidade para fins diversos dos quais ela estaria destinada.]

c) Caso Guilherme Schelb (Revista Época).

[Destacou-se no uso da ação de improbidade também o notório Procurador Guilherme Schelb. Veja-se, nesse sentido, a seguinte reportagem da Revista Época, verbis: "Na quarta-feira, o procurador da República Guilherme Schelb foi uma das estrelas na solenidade de encerramento da CPI da Pirataria. Recebeu do presidente da Câmara, João Paulo Cunha, uma insígnia e um diploma por



sua atuação em investigações que desmantelaram quadrilhas de contrabando e falsificação de cigarros e de adulteração de combustíveis. A cerimônia teve um duplo significado para ele. O primeiro foi o de mais um reconhecimento de seu trabalho como servidor público, sempre na linha de frente do combate à corrupção. O outro foi a presença na platéia de representantes das maiores empresas brasileiras de combustíveis, cigarros e bebidas - clientes potenciais para a nova atividade do procurador. Ele é dono de 98% das ações da empresa GS Centro de Educação e Prevenção da Violência Infanto-Juvenil Ltda.- os demais 2% são de sua mãe, Alzira. A GS foi criada em maio. A partir de junho, vem encaminhando a grandes empresas pedidos de financiamento de um projeto que consiste num livro escrito pelo próprio Schelb ainda em fase de revisão e um site em construção. O problema é que o empresário Schelb pediu patrocínio a algumas empresas que podem ter interesses em investigações promovidas pelo procurador Schelb.

O procurador confirma que enviou pedidos de patrocínio no valor de R\$ 70 mil cada um a Souza Cruz, Fiat, Coca-Cola, Volkswagen e ao Sindicato de Empresas Distribuidoras de Combustíveis (Sindicom). Gerou constrangimentos. Schelb participou da força-tarefa formada pelo Ministério Público, pela Polícia Federal e pela Receita Federal que investigou o contrabando e a falsificação de cigarros. Com a quebra dos sigilos fiscal e telefônico de Ari Natalino e Roberto Eleutério, foi desmantelada a maior quadrilha de cigarros do país. A diretoria da Souza Cruz, que se livrou de uma concorrência desleal, recebeu há duas semanas um pedido de patrocínio da empresa de Schelb.

A apuração do procurador também atingiu em cheio a Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda., uma grande distribuidora que foi fechada pela Agência Nacional de Petróleo após a descoberta de que fraudava combustíveis e sonegava impostos. O resultado foi comemorado pelos gigantes da distribuição de petróleo no país que têm um programa de combate à fraude tocado pelo Sindicom. No dia 18 de junho, a estagiária Miriam Brunet, do gabinete de Schelb no Ministério Público, enviou um e-mail ao Sindicom com o pedido de patrocínio para o projeto do empresário

Schelb. 'Não vejo nenhum conflito de interesses nisso. A sociedade brasileira toda foi beneficiada com as minhas investigações', diz Schelb.

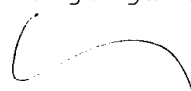
De acordo com o procurador, até agora ele só recebeu patrocínio da Brasil Telecom, do banqueiro Daniel Dantas. Schelb alega que não há conflito de interesse porque não investigou e nem assinou nenhuma ação contra a empresa. 'Eu não faço propostas a empresas que investiguei.' Confrontado com a informação de que teria trabalhado ao lado do procurador Luiz Francisco de Souza na apuração da privatização das empresas de telefonia, ele voltou a negar. ' Perguntem ao Luiz Francisco. Ele vai confirmar que não tive participação neste caso', sugeriu Schelb. A versão de Luiz Francisco é outra: 'O escândalo das teles foi um trabalho que eu e Schelb fizemos juntos, ele só não assinou'].

Não bastasse essa enumeração que, longe de ser taxativa, nos demonstra que a ação de improbidade, no Brasil, é uma história de improbidade e improbidades, vale enfatizar a argumentação eminentemente jurídica do saudoso Victor Nunes:

"Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado".

No mesmo sentido, forte na lição de Frederico Marques, é o entendimento do eminente Márcio Bonilha, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente artigo, *verbis*:

"No mundo jurídico, a precisão conceitual constitui exigência essencial indeclinável, para evitar distorções e equívocos na interpretação e valoração de fatos e normas. Esse requisito hermenêutico é lembrado a propósito da controvérsia instaurada sobre a jurisdição competente, em relação ao julgamento de



infrações relativas à improbidade administrativa, no tocante a certos agentes públicos.

Desde logo se assinala que prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois a prerrogativa de função é distinta de privilégio de pessoa. A imprecisão terminológica pode gerar na opinião pública uma falsa idéia de favorecimento pessoal, no tratamento da matéria, em relação a certas autoridades, na aferição da responsabilidade funcional, pondo em dúvida a igualdade na distribuição da justiça.

Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o presidente da República e os demais integrantes dos órgãos de cúpula dos Poderes e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, outras altas autoridades nacionais.

A instituição da prerrogativa de foro, relativamente a esses agentes, não traduz favorecimento pessoal, pois contempla as exigências de garantia constitucional pertinentes aos respectivos cargos e funções, pela relevância que representam nos Poderes correspondentes e nos escalões hierárquicos, cuja dignidade funcional cumpre resguardar.

Assim é, no interesse nacional, pouco importando as inferências no plano político e o subjetivismo de opiniões contrárias.

Bem por isso, a discussão sobre o tema deve ser travada à luz objetiva dos princípios e normas constitucionais, sem especulações ideológicas, muito menos as infundadas suspeitas de solução personalista.

O foro especial, que decorre da prerrogativa da função, é instituído para melhor permitir o livre desempenho de certas atividades públicas. É garantia da função, que não pode ficar à mercê de paixões locais." (Prerrogativa de foro, O Estado de São Paulo, 10 de dezembro de 2002)

A aceitar a idéia de que desapeado do cargo a pessoa deva responder perante qualquer instância, certamente haverá a possibilidade, exatamente, das perseguições de que cogitava Victor Nunes e, certamente, isso terá implicações sobre o próprio exercício do cargo. Pode até ser que o desiderato seja esse de criar constrangimento, ou pode ser até que o intuito seja o de provocar um

tipo de administração temerosa desse tipo de perseguição. Nesse particular, Márcio Bonilha assevera:

"Não é honraria pessoal nem representa privilégio. É proteção que nasce com o exercício do cargo ou função, pelo reconhecimento da elevada hierarquia funcional e dos poderes que emanam de seu exercício, visando à segurança e à isenção na distribuição da justiça. Resguarda-se dessa forma o prestígio das instituições.

No Direito brasileiro, vigoram os princípios do juiz natural e da igualdade de todos perante a lei, sendo proibido o juízo ou tribunal de exceção, mas são legítimos os foros por prerrogativa de função.

Segundo Frederico Marques, 'é errôneo o entendimento' de que 'os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas constituem exceções de direito estrito, porque a competência *ratione personae* dos tribunais superiores não constitui 'foro privilegiado', nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe o foro privilegiado, como o disse o desembargador Márcio Munhoz, e sim competência destinada a melhor amparar o exercício de certas funções públicas. Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece por amor dos indivíduos, e sim em razão do caráter, cargo ou funções que eles exercem'." (Prerrogativa de foro, O Estado de São Paulo, 10 de dezembro de 2002)

Por isso, é evidente, que se justifica a prorrogação do foro nos atos funcionais e nos atos oficiais. Nesse sentido, prossegue, Márcio Bonilha:

"Quanto à competência relativa às infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade, a regra constitucional não comporta tergiversação, mas, no que se refere às infrações descritas na Lei 8.429/92, ante o silêncio normativo, pela mesma razão de direito e pela mesma motivação lógico-razional, vige o mesmo critério, para permitir tratamento uniforme da matéria de competência *ratione personae*, de peculiaridade especial.

Há que se concluir que, 'se a competência originária dos tribunais superiores é antes garantia

que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito' (JFM).

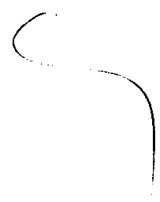
Daí aplicar-se aos infratores da lei de improbidade o regime da prerrogativa de foro." (Prerrogativa de foro, O Estado de São Paulo, 10 de dezembro de 2002)

Essa diferenciação, de matriz constitucional, já foi bem percebida por esta Corte. Nesse sentido, o precedente firmado no RE nº 228.977, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em que se assentou que os magistrados não teriam responsabilidade pelos atos jurisdicionais uma vez que tais autoridades estariam enquadradas na espécie agente político, "investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica" (Informativo nº 259).

Disse o Ministro Néri, no RE 228.977, verbis:

"Imagine, Senhora Presidente, se amanhã, por conta de qualquer decisão cautelar, liminar ou de mérito, alguns desses valorosos procuradores entenda de perseguir um dos Magistrados desta Corte, simplesmente imputando-lhe um ato de improbidade. E não se diga que estou laborando com a exceção, porque sabemos que isso já foi largamente praticado e era sistematicamente praticado até dentro do jogo político que conhecemos. Daí o exemplo aqui, certamente, historicamente infeliz, da perseguição contra o então Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, com intuito nitidamente político. As facções em conflito, naquela instituição, estimulavam aqueles procuradores que estavam naquela faixa chamada da imputabilidade para fazer as ações contra o Dr. Geraldo Brindeiro.

É equivocada, enfim, qualquer interpretação que parta da equiparação absoluta entre agentes políticos e demais agentes públicos.



**b) Sobre o argumento no sentido de que a prerrogativa de foro deve ser interpretada de modo restritivo**

Aqui, também, parece-me que o argumento não pode ser recebido e nós, todos os dias, desmentimos isso.

Há outros dois argumentos correlatos que têm sido recorrentes nas eventuais críticas à lei impugnada.

O primeiro deles é o de que a prerrogativa de foro haveria de ser entendida de forma restritiva. O segundo argumento é no sentido de que as competências constitucionais dos órgãos do Poder Judiciário estão definidas em *numerus clausus*. Decorrencia imediata de tais argumentos é a suposta exigência de norma constitucional para a disciplina do tema.

Quem, hoje, labuta com o mínimo de honestidade e decência em torno do Direito Constitucional sabe que, a toda hora, estamos a fazer colmatação de lacunas constitucionais.

Há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional. Nesse sentido o precedente da relatoria do eminente e saudoso Ministro Luiz Gallotti, nos autos da Denúncia nº 103, julgada em 5 de setembro de 1951.

Na Rcl. 2.138/DF, rel. Nelson Jobim, cujo julgamento foi suspenso, em 20.11.2002, em face do pedido de vista de Carlos Velloso, iniciou-se no Plenário a discussão sobre a competência plena e exclusiva do STF para processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, conforme a hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Do voto de Nelson Jobim, destaque:

"Não impressiona o argumento concernente à competência estrita ou da inextensibilidade da competência deste Tribunal ou de outros Tribunais Federais para conhecer de determinadas ações.

A interpretação extensiva do texto constitucional, também em matéria de competência, tem sido uma constante na jurisprudência do STF e do judiciário nacional em geral.

(...)

Recentemente, o STF reconheceu a sua competência para processar todo mandado de segurança, qualquer que fosse a autoridade coatora, impetrado por quem teve a sua extradição deferida pelo Tribunal (RCL 2.069, VELLOSO, sessão de 27.06.2003)."

É certo, igualmente, que antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa, compete ao intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte ou, na afirmação de Pertence, "Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro prerrogativo de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental" (voto proferido por Sepúlveda Pertence na questão de ordem no Inquérito nº 687/SP, rel. Sydney Sanches, DJ de 09.11.2001).

Sobre essa questão, diz Canotilho:

"A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de

interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais." (J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed., Coimbra: Almedina, p. 543).

De igual modo, no que se refere à competência do STF - **aqui, é quase que inesgotável a pletora de exemplos**, adotou-se a interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional, nas seguintes hipóteses:

- a) Mandado de Segurança contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito. Precedentes: MS 23.619/DF, rel. Octávio Gallotti, Plenário, DJ 7.12.2000; MS 23.851/DF, MS 23.868/DF e MS 23.964/DF, rel. Celso de Mello, Plenário, DJ 21.6.2002;
- b) *Habeas Corpus* contra a INTERPOL, em face do recebimento de mandado de prisão expedido por magistrado estrangeiro, tendo em vista a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g, CF). Precedentes: HC 80.923/SC, rel. Néri da Silveira, Plenário, DJ 21.6.2002; HC 82.686/RS, rel. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 28.3.2003 e HC 82.677/PR, por mim relatado, Plenário, DJ 13.6.2003;
- c) Mandado de Segurança contra atos que tenham relação com o pedido de extradição (art. 102, I, g, CF). A propósito, Rcl 2.069/DF, rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 1º.8.2003 e Rcl 2.040/DF, Plenário, DJ 27.6.2003;
- d) No julgamento do AgRg no MS 24.099/DF, rel. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 2.8.2002, firmou-se o entendimento de que a competência do STF para julgar mandado de segurança contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados (art. 102, I, d,



2ª parte) alcança os atos individuais praticados por parlamentar que profere decisão em nome desta;

e) O Tribunal, ao examinar a Questão de Ordem no HC 78.897/RJ, Plenário, em sessão de 09.06.1999, rel. Nelson Jobim, "entendeu que o STF é competente para examinar pedido de habeas corpus contra acórdão do STJ que indeferiu recurso ordinário de habeas corpus. Considerou-se que o STF é a última instância de defesa da liberdade de ir e vir do cidadão, podendo qualquer decisão do STJ, desde que configurado o constrangimento ilegal, ser levada ao STF." (Informativo STF 152).

Vejam, portanto, numa Constituição tão detalhada como a nossa, que não há como não fazer essa interpretação compreensiva do texto constitucional. Resulta impossível não se fazer esse tipo de compreensão.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. **Parece-me que este argumento está fortemente batido.** Por isso considero incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva.

Não é verdade, igualmente, que a prerrogativa de foro seja uma idiossincrasia brasileira.

Esse argumento não apareceu no debate de hoje, mas se faz muito presente em algumas considerações e já em algumas manifestações desta Casa.

Nessa linha, é o que se depreende do voto proferido por Sepúlveda Pertence no Inq. 687, *verbis*:

"....."



De início, não posso concordar ... em que no Direito Comparado o foro especial por prerrogativa de função seja desconhecido: são numerosas as Constituições e leis que o prevêm em hipóteses mais ou menos numerosas, a começar das velhas cartas constitucionais dos Estados Unidos (art. III, Seção 2) e da Argentina (atual art. 100) - que o limitam ao julgamento dos embaixadores e membros das representações estrangeiras (a título de exemplo, na Espanha, Const., arts. 71, 4 e 102, 1 e Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 57, 2º e 3º; na França, Const., art. 67; na Itália, Const., arts. 96 e 134; em Portugal, art. 133, 4 e também o C.Pr.Pen., arts. 11, 1 a e 2 a e 12.1, a; na Venezuela, art. 215, 1º e 2º).

Certo, poucos ordenamentos são tão pródigos quanto a vigente Constituição brasileira na outorga da prerrogativa de foro (v.g., CF 88, art. 102, I, b e c; 105, I, a; 109, I, a; 96, III; 27, § 1º e 29, X, sendo certo ainda ser consolidada na jurisprudência que tanto a lei processual federal, quanto as constituições estaduais e a lei orgânica da Justiça Eleitoral podem criar outras hipóteses, de cujo âmbito se tem ressalvado apenas a competência do Júri).

É certo também que o maior número das ações penais de competência originária do Supremo Tribunal cresceu significativamente, como seria fatal, quando a prerrogativa de foro se estendeu aos membros do Congresso Nacional (que só a haviam tido na Constituição do Império, onde, o art. 47, 3º, confiava ao Senado o julgamento dos delitos individuais de Senadores e Deputados): hoje, nesse ponto, só pode encontrar regra semelhante na Constituição da Espanha (art. 71, 4); na Venezuela (Const., art. 215, 1º e 2º), com relação a parlamentares e outras autoridades - salvo o Presidente da República e os crimes políticos, em que é total (Const., art. 215, 1º), a competência da Suprema Corte é restrita a 'declarar se há procedência ou não para o julgamento' e, em caso afirmativo, remeter o caso ao tribunal comum competente, onde, no entanto, a instauração do processo contra membro do Congresso dependerá da licença da sua Câmara (Const., art. 144).

Mas, é preciso enfatizar de logo e definitivamente que não está em discussão o instituto constitucional da prerrogativa de foro.

**De lege ferenda**, participo mesmo em grande parte das preocupações republicanas daqueles ... que se têm proclamado seus radicais adversários.

O juiz, contudo, especialmente se titular de suprema jurisdição constitucional - se não pode mais fingir ignorar o peso sobre as próprias decisões da sua mundividência - também não se pode deixar arrastar às tentações do voluntarismo arbitrário ou do inconsciente **wishfull thinking**, que lhe permitissem enxergar na Constituição o que lá não está, embora a seu ver devesse estar ou insistir em não ver o que nela claramente se inscreveu: o arbítrio judicial não é menos odioso que os demais".

É certo, igualmente, que antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa, compete ao intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está violar a própria decisão fundamental do constituinte ou, na afirmação de Pertence, *"se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro por prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental"* (AÇÃO CRIMINAL 315, fls. 25/27)

Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum ou de responsabilidade, perante esta Corte, entender que tais agentes devem responder a processo assemelhado, ou de consequência assemelhada, perante o juiz de primeiro grau, afigurar-se-ia desde logo algo esdrúxulo.

Por derradeiro, tenho como pertinente registrar algumas considerações sobre eventuais objeções no que toca à prerrogativa de foro a partir de um pretenso argumento republicano. Essa equivocada apropriação do princípio republicano não impressiona. Em verdade, nações de prática republicana - veja-se que o conceito hoje tem uma significativa transcendência - adotam o regime de prerrogativa por razões de política constitucional. Há pouco, o notável Professor

Jorge Miranda registrou a necessidade de ampliação da prerrogativa de foro em Portugal, tendo em vista o uso dos processos judiciais para fins políticos.

Cuidando especificamente da questão no plano das Constituições estaduais, anotou Pertence na ADI 2553, verbis:

"Além de explicitar, no caput, que aos Estados incumbe organizar sua Justiça, observados os princípios nela estabelecidos, a Constituição da República, no art. 125, § 1º, reservou expressamente às constituições estaduais definir a competência dos respectivos tribunais.

Em princípio, esse poder compreende o de outorgar-lhes competências penais originárias por prerrogativa de função.

Certo, a própria Constituição Federal, nessa área, já impôs, implícita ou explicitamente, determinadas competências ao Tribunal de Justiça dos Estados (cf. arts. 29, X; 96, III, e 27, § 1º, c/c 53, IV).

Dessa inclusão compulsória de determinadas hipóteses na competência penal originária do Tribunal de Justiça não se tem extraído, porém, a *contrario sensu*, que outras não possam ser aditadas pela Constituição do Estado.

Por isso — na trilha do que incidentalmente fora afirmado no HC 76.168, Pl., 18.11.98, Néri da Silveira (Informativo STF 132) — declaramos constitucional, no art. 104, XIII, b, da Constituição da Paraíba, o foro por prerrogativa de função atribuído aos Procuradores do Estado e aos Defensores Públicos, embora, mediante interpretação conforme, tenhamos reduzido o alcance do dispositivo à Justiça ordinária local, ainda aí, com exceção dos casos de competência do Tribunal do Júri (ADIn 469-PB, 5.4.01, Marco Aurélio, Informativo STF 223).

Quanto às categorias funcionais nele compreendidas, o precedente basta a elidir a plausibilidade da presente arguição, de modo a inviabilizar o deferimento da cautelar.

No preceito ora questionado — na linha da tendência de banalização do foro privilegiado, denunciado pelo requerente —, a elas acresceram a dos Procuradores da Assembléia Legislativa e a dos Delegados de Polícia.

A legitimidade da inclusão dos primeiros — os membros da Procuradoria da Assembléia Legislativa —, não gera perplexidade, pois exercem funções de

advocacia de Estado, perfeitamente assimiláveis às dos Procuradores do Estado.  
(...)"

Ao pedir vista, nos autos de outra Ação Direta (ADI 2587), em que se discutiu a constitucionalidade de norma do Estado de Goiás que conferia prerrogativa de foro a Procuradores do Estado e a Delegados de Polícia, deixei assente minha preocupação com a falta de um critério mais ou menos seguro. Anotei, então, verbis:

"Sr. Presidente, compartilho, em parte, das preocupações já declaradas por Vossa Excelência e, agora, manifestadas pelo Ministro Cezar Peluso quanto à possibilidade dessa extensão, não pelos fundamentos externados no que diz respeito à eventual lesão ao princípio da isonomia, ou eventual ofensa ao princípio republicano. Sabemos que a República não deixa de existir por causa da prerrogativa de foro. Lembro até de uma passagem, extremamente feliz, do Ministro Sepúlveda Pertence, na discussão do Inquérito nº 656, ao dizer que aqui não se deve esquecer que pode haver arbítrio. E sabemos que existem arbítrios no contexto da instauração abusiva de inquéritos e na condução de processos. Por isso existe a prerrogativa de função. O Ministro, inclusive, dizia que o arbítrio judicial não é menos odioso do que os demais. Portanto, é preciso levar isso em conta.

Fazer também uma ontologia, a partir da perspectiva da Constituição, é muito difícil, porque, de fato, há, aqui, um quadro quase que caótico em termos de opção. Se formos levar em conta as várias considerações possíveis - aí não compartilho da consideração de Vossa Excelência nem do Ministro Cezar Peluso -, uma das atividades arriscadas, hoje, no Brasil é a da advocacia pública.

Há algum tempo, uma eminente colega, Procuradora da República que atuou com grande vigor na defesa da União, dizia que sempre sofreu perseguição e ameaça na condição de Procuradora da República na defesa da União, não atuando como membro do Ministério Público. Isso é um dado curioso!

O que temos, hoje, de episódios na advocacia pública, inclusive de inquéritos policiais abertos contra advogados públicos que evitam os estelionatos pela via judicial - como bem conhecemos -, é um

número expressivo. Já dizia isso quando Advogado-Geral da União e reitero agora: comparar a atividade do advogado público com a atividade do advogado privado, data venia, não tem cabimento. Quem acompanha, minimamente, essas questões, sabe-o muito bem. Não é por acaso que todo advogado público que atua com denodo na defesa sofre uma perseguição enorme, por causa da organização do estelionato pela via judicial. Realmente, os exemplos estão aí.

Só gostaria de deixar isso de forma muito clara, porque não se equipara. Agora, obviamente há o risco já colocado de deixar ao Constituinte estadual uma opção livre e que pode levar, de fato, à falta de um parâmetro. Se formos buscar uma racionalização a partir do texto constitucional, diria que temos aí enormes perplexidades, porque, certamente, há atividades de nenhum risco, de importância política relativíssima, que estão contempladas com a prerrogativa de foro; outras, não.

Mas gostaria de fazer uma análise mais cuidadosa e, por isso, peço vista dos autos."

De fato, mesmo no texto da Constituição Federal pode-se encontrar essa falta de critérios seguros para a definição da prerrogativa de foro.

Penso que uma questão central, no caso em exame, é saber se estão presentes aqueles pressupostos que justificam a diferenciação de tratamento entre agentes públicos.

A justificativa para o foro diferenciado parte, em primeiro lugar, da perspectiva do interesse público.

Nessa linha, gostaria aqui de deixar registrada outra observação. Penso que a garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa e pluralista, em que a possibilidade de contestação às escolhas públicas é amplíssima. Refiro-me ao problema da complexidade de que fala Canotilho em relação à Teoria da Constituição. Vivemos em uma sociedade

organizada sob bases plurais assentadas em inevitáveis diferenciações funcionais (sistema político, econômico, científico) (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Coimbra, 2000, p. 1303). "Isto conduz - diz Canotilho - a crescentes graus de especialização, impessoalidade e abstração no conjunto do sistema".

Por isso, ensina o mestre português, não se vislumbra a possibilidade de um código unitarizante dos vários sistemas sociais. Não é por acaso também que, em nome dessa hipercomplexidade social, se justifica a oposição a qualquer escolha pública e, sobretudo, as deliberações políticas democráticas. (Canotilho, cit., p. 1303).

Se esse é um dado da nossa sociedade democrática e pluralista, também não deixa de ser um fator de instabilidade. Também é certo que é o próprio sistema democrático que oferece as correções.

De fato, as decisões tecnocráticas ou políticas podem e devem ser contestadas. A sua juridicidade deve ser aferida. É a própria Constituição que cria os mecanismos para aferição da legitimidade dos atos do Poder Público.

Mas é o próprio sistema que exige, em relação a certos agentes, um tratamento diferenciado, no que toca à impugnação judicial de atos praticados no exercício da função, tendo em vista uma perspectiva de estabilidade que interessa às próprias instituições públicas.

A questão que se coloca, portanto, é a de se saber se a lei ora impugnada contém em suas normas uma disciplina concretizadora de preceitos da Constituição, ou ainda, se estamos diante de um desenvolvimento legítimo daqueles preceitos maiores.

Estabelecidas tais premissas, no sentido de se afastar aquela equivocada concepção de que haveria um rol de competências exaustivamente definido na Constituição, passo à análise específica dos dispositivos impugnados.

**c) Da manutenção da prerrogativa de foro após a cessação do exercício do cargo - § 1º do art. 84**

Assim determinava o texto originalmente apresentado ao Congresso Nacional, no Projeto de Lei nº 6.295, de 2002, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal:

"Art. 84 A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

Parágrafo único. **Praticado o ato no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo**, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional." [grifo nosso]

Na verdade, a redação adotada nesta proposta de Bonifácio de Andrada reproduziu a discussão que o Ministro Pertence submeteu à Corte quando da proposta da superação da Súmula nº 394/STF. É o projeto de Bonifácio de Andrada que, na verdade, Vossa Excelência, naquela proposta, sugeria que só os atos funcionais fossem agora tratados em sede da prerrogativa de foro. Essa redação proposta por Vossa Excelência, Ministro Pertence, foi incorporada a esse projeto e Bonifácio, então, citava a discussão do Supremo Tribunal Federal e justificava o projeto apresentado.

Extraio os seguintes excertos da justificação apresentada pelo Deputado Bonifácio Andrada:



" (...)

Na prática o que se procura, é promover a quantos que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado, uma vez processados após o término do mandato ou do exercício funcional, a garantia de ter o foro especial que lhe era proporcionado ao tem o da titularidade.

(...)

Na hipótese, esta determinação processual é um desdobramento lógico e de bom senso em favor do cidadão que atuou na função pública e que precisa garantir-se de tudo que fez durante o exercício dela, tratado e julgado como se nela estivesse. Se isso não ocorrer, os riscos de qualquer cidadão serão enormes, colocando-os numa situação de desigualdade e de dificuldades o que prejudicará aqueles que por dever disputarem mandatos populares ou exercerem cargos governamentais.

As providências do projeto acima constituem portanto garantias e não privilégios, pois a capacidade que se espera das autoridades amparadas pelo foro especial por prerrogativa de função ficará comprometida se houver receio de que, cessado o mandato ou a investidura, o seu julgamento não será mais realizado pela autoridade judiciária que a própria Constituição considerou mais isenta, e sim por outra que, presumidamente, não teria o mesmo grau de independência. (...)

(...)

A proposição ora apresentada, não é, pelo visto, a de restabelecer o inteiro teor do enunciado na Súmula nº 394, mas apenas e tão somente o de recobrar seu o princípio basilar, sem dúvida já enraizado no constitucionalismo brasileiro, assegurando, para garantir a tranquilidade do exercício do cargo ou do mandato, a prerrogativa de foro para além da cessação do exercício funcional, apenas quando se tratar de crime cometido no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.

(...)

O interesse social do bom exercício da função pública recomenda que o foro especial por prerrogativa de função seja prorrogado mesmo depois de cessado o mandato ou a investidora em relação aos atos praticados no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo."

Observa-se que a idéia original era se privilegiar a redação para Súmula nº 394 sugerida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Questão de Ordem no INQ 687, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 09.11.2001. Propôs o Ministro Pertence Súmula "que declare que cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional."

Essa questão, depois, sofreu alteração pelo Relator na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado André Benassi, que veio, então, a dar a redação atual ao texto, aprovado pela Câmara e pelo Senado.

Em voto proferido junto à Comissão de Constituição e Justiça e Redação, ao sugerir alteração de redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, assim se manifestou o Deputado André Benassi:

"Entendemos, porém, que a presente alteração não deve conter eventuais dúvidas no que tange à extensão da competência especial. E necessário esclarecer que o que se deseja é manter a prerrogativa de foro especial unicamente para o julgamento dos atos compreendidos nas atribuições administrativas do agente público, não interferindo de tal forma no julgamento dos crimes comuns.

(...)

É que a competência especial por prerrogativa de função é determinada pela relevância e gravidade das consequências do ato público praticado pelo agente, em razão da dignidade do cargo que exerce, ou seja, não se examina o indivíduo, mas sim, o ato praticado no exercício das funções públicas, ademais, o fato de se romper o vínculo funcional não retira a essência do ato que continua sendo público, sendo aconselhável o julgamento de tais atos por foros especiais.

(...)

Por essas razões, proponho seja alterado o **caput** do art. 84 apenas para expurgar do dispositivo referência a Tribunais de Apelação ora

desatualizadas. O parágrafo único transforma-se em § 1º esclarecendo que a competência especial por prerrogativa de função prevalece apenas para os atos administrativos do agente. Por fim, acrescento um § 2º ao art. 84 para estender as alterações à ação de improbidade administrativa."

Em consequência, foi apresentado substitutivo à redação do art. 84 do Código Penal, que restou aprovado com os seguintes termos:

"Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

Contudo, observe-se pelas próprias razões apresentadas a esta redação final que, em nenhum momento, a intenção original do Projeto foi abandonada. Em outras palavras: a prerrogativa de função prevalece quando os atos foram cometidos pelo agente ou a pretexto de exercê-lo, ficando apenas afastados o que o Deputado denominou "crimes comuns", ou seja, aqueles que não têm qualquer relação com exercício do cargo.

A interpretação restritiva, tal como a pretendida pela Procuradoria-Geral da República, acaba por retirar qualquer efeito útil da norma, visto que os parlamentares, raramente, praticam atos administrativos em sentido estrito. Tal como foi formulado

impropriamente no próprio texto, essa não era de fato a discussão colocada perante a Câmara dos Deputados. Com certeza, não foi essa a intenção do legislador. E, para essa finalidade - prática de ato administrativo -, a norma não teria qualquer sentido.

Assim, a despeito da redação final imprecisa, parece inequívoco que texto continua a abranger "os atos praticados no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo".

Sobre esse aspecto, destaquem-se as percutientes considerações de Pertence no INQ 687:

"O argumento é, no mínimo, ambivalente. Aqui, é impossível negar relevo à antigüidade e a firmeza da jurisprudência sesquicentenária que a Súm. 394 testemunha. Não ignoro que - suposta uma mudança na 'idéia de Direito' que inspire uma nova Constituição - preceitos típicos da ordem antiga, embora mantidos com o mesmo teor podem receber interpretação diversa, quando a imponha a inserção deles no contexto do novo sistema. O que, porém, não creio ser o caso. E, por isso, se não introduziu restrição aos textos anteriores a respeito, é mais que razoável extrair daí que a nova Constituição os quis manter com o mesmo significado e a mesma compreensão teleológica que a respeito se sedimentara nos sucessivos regimes constitucionais, não apenas nos de viés autoritário - quando a Súmula veio a ser excetuada pelos atos institucionais - mas também nos de indiscutível colorido democrático.

Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súm. 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição é que reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu."

Portanto, o entendimento é esse sustentado pelo legislador. De fato, essa compreensão da Súmula 349 estava, na verdade, a revelar o conteúdo da própria norma da prerrogativa.

Dizia Sua Excelência Min. Sepúlveda Pertence ainda:

"Não contesto que a prerrogativa de foro só se explica como proteção do exercício do cargo e não como privilégio do seu titular e, menos ainda, do seu ex-ocupante.

Mas, **data venia**, é fugir ao senso das realidades evidentes negar que, para a tranqüilidade no exercício do cargo - **na verdade, Sua Excelência, aqui, estava a reproduzir aquele pensamento de Victor Nunes** - ou do mandato - se para essa tranqüilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro - ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem.

Assim é patente que ao titular do Poder Executivo, enquanto no exercício do mandato, antes que o foro especial, o que lhe dá imunidade contra processos temerários é a exigência de ser a acusação previamente admitida por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86).

Do mesmo modo, aos congressistas, a imunidade formal é que verdadeiramente os protege no curso da legislatura.

Por conseguinte, mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro."

E acrescentou o eminente Ministro Pertence:

"Aí é preciso lembrar haver entre os detentores do foro por prerrogativa de função ocupantes de cargos dos quais são demissíveis **ad nutum**: é o caso, no plano federal, dos Ministros de Estados.

Parece repugnante aos princípios, especialmente à garantia do juiz natural, que a competência originária do Supremo Tribunal para julgá-los seja precária e fique à mercê da vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que a possa elidir a qualquer tempo, tanto para prejudicar quanto para favorecer o ministro processado.

(...)

E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela - cancelada a Súm. 394 -, bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria.

Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de

não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade."

Os argumentos do Ministro Pertence são contundentes e evidenciam, no meu entendimento, a via correta para a concretização do instituto constitucional da prerrogativa de foro. Se um dos objetivos básicos da disciplina constitucional da prerrogativa de foro é o de conferir a tranqüilidade necessária ao exercício de determinados cargos públicos, não faz sentido algum admitir um cenário em que um atual Ministro de Estado tome decisões, em razão do exercício do cargo, que possam vir a ser contestadas no foro ordinário. Parece intuitivo, conforme bem expõe Pertence, que "mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro".

Ademais, sendo a prerrogativa de foro uma proteção ao cargo e não do seu titular, parece que esta proteção resta afastada se se deixasse ao alvedrio do próprio titular do cargo a guarida ou não do cargo público ao sistema diferenciado dessa prerrogativa. Configurando o juiz natural uma garantia constitucional, essa arbitrariedade configuraria, no mínimo, uma fraude à Constituição.

Tais considerações afastam, ao meu ver, qualquer impugnação no sentido da exigência de disciplina constitucional expressa sobre o tema. O legislador ordinário, no caso em exame, tão-somente optou por uma disciplina que melhor concretiza a instituição da prerrogativa de foro constitucionalmente prevista.

A rigor, só faz sentido falar em prerrogativa de foro se se estende para além do exercício das funções, até porque, como já largamente demonstrado, é nesse momento que ela presta alguma utilidade ao ocupante do cargo. Por outro lado, todos nós sabemos que, no mundo complexo de hoje, os exercentes dessas funções - os

exemplos estão aí - só serão, em geral, perseguidos processualmente, inclusive, depois de abandonar o cargo.

Agora, duas palavras, Senhora Presidente, sobre a prerrogativa de foro em relação às ações de improbidade. É que tenho uma posição já histórica a respeito. Escrevi artigos, há muito, mostrando a incongruência desse modelo do art. 37, § 4º, antes mesmo da ação civil pública, a chamada Ação da Improbidade se tornar, na verdade, instrumento de perseguição política e instrumento de ação política, instrumento desse conúbio espúrio entre agentes políticos e membros do Ministério Público para obter algum tipo de vantagem política, ou caso, como já demonstrei aqui em um outro episódio, usar a ação civil pública até para obter vantagens financeiras como se tem naquele exemplo já referido da Procuradora Walquiria Quixadá, que propusera quatro ações civis públicas contra o Presidente do Banco Central para resolver as suas pendências financeiras com aquela instituição.

**d) Da prerrogativa de foro em relação às ações de improbidade - assimilação da ação de improbidade aos crimes de responsabilidade - § 2º do art. 84, do CPP**

Passo a analisar a fixação da prerrogativa de foro em relação às ações de improbidade. Nesse ponto, precisamos considerar inicialmente as premissas já expostas, no sentido de afastar qualquer perspectiva de que as competências dos tribunais estariam constitucionalmente definidas em rol taxativo.

No caso das ações de improbidade, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum ou de responsabilidade, perante esta Corte, entender que tais agentes devem responder a processo assemelhado, ou de consequência

assemelhada, perante o juiz de primeiro grau, parece algo esdrúxulo.

Discute-se, aqui, acerca da assimilação entre os atos de improbidade e os assim chamados crimes de responsabilidade no sistema jurídico brasileiro.

Se a Constituição estabelece que os agentes políticos responderão, por crime comum ou responsabilidade, perante esta Corte, afigura-se estranho que eles tenham de responder a processos de índole idêntica ou assemelhada perante o juiz de primeiro grau.

A Constituição prevê no art. 37, § 4º, que "os atos improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"

No seu art. 85, V, estabelece o texto constitucional que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração.

Parece difícil distinguir, na espécie, entre os crimes de responsabilidade que atentem contra a probidade da administração de que fala o art. 85, V, da Constituição Federal e os atos de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição. Eu, pelo menos, talvez por deficiência de inteligência, não alcanço essa distinção

Se o Presidente submete-se ao processo de responsabilidade, nessa hipótese, perante o Senado Federal, como poderá responder, em primeiro grau de jurisdição, nas mesmas hipóteses, pela prática de supostos atos improbidade?



Quem quiser sustentar tese semelhante não poderá contentar-se com fórmula reveladora de uma simples petição de princípio. Não se poderá limitar a afirmar o óbvio! Terá que demonstrar que entre os crimes comuns, assim chamados, e os delitos de responsabilidade, há de existir um espaço normativo para os delitos de improbidade regulados na Lei nº 8.429, de 1992.

Significa dizer, estão onerados com o dever de demonstrar que existe um espaço normativo útil para o manejo da ação de improbidade em relação aos agentes que já respondem por crime de responsabilidade.

É essa a questão! Há um espaço normativo autônomo para os delitos de improbidade? Podem conviver os delitos comuns, de responsabilidade e um terceiro tipo, os delitos de improbidade no sistema constitucional? E aqui não faço consideração de política legislativa de política judiciária, que me parece relevante.

A leitura do texto constitucional parece indicar que isto não é admissível, tendo em vista a notória coincidência do objeto do crime de responsabilidade do Presidente da República, naquilo que atente contra a probidade administrativa (art. 85, V), com o objeto da ação de improbidade (art. 37, § 4º). Do contrário, a ação de improbidade tornaria inócuas todas as disposições da Constituição que disciplinam o processo e julgamento do crime de responsabilidade (cf., arts. 52, I e II; 102, I, "c"; 105, I, "a"; 108, I, "a"). Trata-se de uma interpretação, portanto, de caráter derogatório.

Nem seria preciso avançar sobre outras implicações. Nos termos da Constituição, a acusação contra o Presidente da República, no caso de crime comum ou de responsabilidade, há de ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86).

No caso de recebimento da denúncia ou queixa-crime ou da instauração do processo de crime de responsabilidade pelo Senado Federal, ficará o Presidente da República suspenso de suas funções pelo prazo de até cento e oitenta dias (CF, art. 86, parágrafos 1 e 2).

A despeito da clareza dessas disposições e dessa orientação, que, salvo melhor juízo, não deixam dúvida sobre a impossibilidade de submeter o Presidente da República - e aí, obviamente, todos aqueles que estão submetidos ao crime de responsabilidade perante o Senado Federal - à ação de improbidade perante a jurisdição ordinária de 1º grau, há ação dessa natureza contra o atual Chefe da Nação por atos praticados no exercício de suas funções, segundo informa documento fornecido pelo núcleo de Acompanhamento das ações civis de improbidade do Ministério Público Federal.

Certamente existem outras tantas movidas contra Governadores de Estado. Segundo os informes apresentados pelo Ministério Público Federal, haveria 10 ações de improbidade tramitando contra governadores de Estado, não obstante esta Corte ter percebido que esses agentes políticos não podem sequer responder a processo-crime sem a autorização de dois terços da Assembléia Legislativa.

É o que se pode ver no HC nº 80.511-6, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

"... Funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira

'destituição indireta de suas funções" (DJ de 14.09.2001).

Em nome do princípio democrático, veda-se a possibilidade de afastamento temporário do Chefe do Poder Executivo sem que haja a decisão qualificada da Casa Legislativa competente. Veja-se que esta decisão só se daria depois de o Superior Tribunal de Justiça receber a denúncia contra o Governador do Estado.

Ora, a ação de improbidade, se aplicável ao Presidente da República e ao Governador do Estado, contemplaria a possibilidade de destituição do Chefe do Poder Executivo da União ou dos Estados pela simples decisão monocrática de um juiz de primeiro grau, sempre que esse afastamento se fizesse necessário à instrução processual (Lei nº 8.429, art. 20, parágrafo único).

**Certamente, no exercício do cargo, sempre haveria essa necessidade. E, é claro, se se cuida de ação contra Prefeito, contra Governador de Estado, contra o Presidente da República, certamente pode prejudicar a instrução processual. Então, a ação quase que impõe seu afastamento.**

Vê-se, pois, que uma interpretação que sustente a aplicação da Lei de Improbidade aos titulares do Poder Executivo na União e nos Estados, com todas as suas consequências, acabaria por comprometer todo o sistema de responsabilização política, vigente entre nós desde de a 1ª. Constituição republicana (art. 59 da Constituição de 1891).

O absurdo salta aos olhos, Senhora Presidente. Não se trata de uma mudança tão pequena!

Restariam comprometidas competências básicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, no plano estadual, as próprias

competências da Assembléia Legislativa. Tanto é que, se se quiser aplicar a lei de improbidade a esses agentes, ter-se-á que fazer um torcicolo na lei.

Se não há como justificar a aplicação da Lei de improbidade aos titulares do Poder Executivo da União e dos Estados, afigura-se difícil legitimar essas ações em relação aos Ministros de Estado. É que, enquanto auxiliares do Presidente da República, respondem eles, nos delitos comuns e de responsabilidade, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "b" e "c").

Nessa linha, ensina Aristides Junqueira Alvarenga, *verbis*:

*"Ora, se os atos de improbidade administrativa do Presidente da República são crimes de responsabilidade, a fortiori, as condutas funcionais de improbidade administrativa, definidas na Lei nº 8.429, de 1992, têm a mesma natureza jurídica, ou seja, são crimes de responsabilidade". (Ato de Improbidade Administrativa: crime de responsabilidade, Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça, ed. de 30.9.2002)*

Poder-se-ia argumentar que haveria um resíduo não abrangido pelas ações por crime de responsabilidade, que seria o elemento reparatório. É o que sustentam os membros do Ministério Público em um de seus memoriais.

Tal como já observado por Jobim na Rcl nº 2138:

*"Não impressiona, também, a consideração segundo a qual a ação de improbidade seria dotada de caráter reparatório e por isso inafastável a submissão aos juízes de primeiro grau.*

*O sistema brasileiro é rico em ações destinadas à defesa do patrimônio público.*

*Para essa finalidade específica, existem as ações populares, as ações civis públicas, todos os procedimentos ordinários e cautelares.*

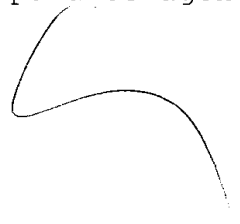
*E elas poderão ser ajuizadas na sede própria, conforme a jurisprudência assente desta Corte."*

[Nesse particular, CELSO DE MELLO, no despacho na Rcl 1.110-1, fls. 87, arrola casos: Ações Populares (RTJ 121/17, MOREIRA ALVES; RTJ 141/344, CELSO DE MELLO; PET 325-DF, SYDNEY SANCHES; PET 431-SP, NÉRI DA SILVEIRA; PET 487-DF, MARCO AURÉLIO; PET 1.641-DF, CELSO DE MELLO); Ações Civis Públicas (RTJ 159/28, ILMAR GALVÃO; PET 240-DF, NÉRI DA SILVEIRA); Ação Cautelares, Ações Ordinárias, Ações Declaratórias e Medidas Cautelares (RTJ 94/471, DJACI FALÇÃO; PET 240-DF, NÉRI DA SILVEIRA)].

Nunca se teve dúvida de que a ação popular pode ser ajuizada em primeiro grau e deve continuar assim. Por isso que eu disse, quando do debate com o Ministro Pertence, ao se fazer a ablação, certamente já não é de ação de improbidade. Aqui, cuida-se mais de uma simples ação civil pública.

É evidente que caso se trate de mover ação de conteúdo meramente reparatorio, não precisa o Ministério Público valer-se da ação de improbidade. Há uma pletora de procedimentos e providências previstos na ordem jurídica com essa finalidade. A própria Constituição outorga ao Ministério público a atribuição para "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e outros interesses difusos coletivos*" (art. 129, III).

Em outra perspectiva, coloca-se aqui, tal como mencionou o Ministro Nelson Jobim nos autos da RCL nº 2.138, a questão básica acerca da possibilidade de concorrência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos:



(1) o regime previsto no § 4º do art. 37 da Constituição, e regulado pela Lei nº 8.429, de 1992; e

(2) o regime de crime de responsabilidade referido no art. 102, I, "c" da Constituição e disciplinado pela Lei nº 1.079, de 1950.

Tal convivência, ou mais precisamente, superposição de regimes, não parece admissível.

A comparação entre a Lei nº 1.079, de 1950 e a Lei nº 8.429, de 1992, reforça o entendimento segundo o qual, em ambos os casos, há a fixação dos chamados crimes de responsabilidade em sentido genérico. A formulação ampla e a concepção de tipos abertos dá a exata noção de que é disto que se trata.

A Lei nº 1.079, de 1950, contempla no capítulo V, os crimes contra a probidade da administração. Talvez até deva ser densificado, analiticamente desenvolvido, mas está previsto expressamente a partir da consecução do modelo constitucional. Tal como observado no parecer da Procuradoria-Geral da República, a pena é extremamente severa: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de cinco anos (art. 2º). Também, nos termos do art. 3º da Lei nº 1.079, de 1950, a imposição da penalidade não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum.

A Lei nº 8.429, de 1992, elenca, por seu turno, os atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11) e prevê as sanções de suspensão dos direitos políticos da perda do cargo, além da obrigação de ressarcimento.

Não é difícil encontrar a descrição de condutas análogas nas Leis n.ºs. 1.079 e 8.429. A conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo, prevista como ato de improbidade no art. 9º, item 7, da Lei n.º 1.079, por exemplo, possui evidente proximidade aos atos de improbidade descritos nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429.

A análise das condutas tipificadas em ambas as leis, assim como das penalidades ali previstas, evidencia que tais diplomas estão a disciplinar o mesmo setor do direito punitivo, os chamados crimes de responsabilidade. Em síntese, cabe concluir que a disciplina punitiva das Leis n.ºs. 8.429 e 1.079 opera no mesmo espaço normativo definido pela Constituição, ou seja, no âmbito dos chamados crimes de responsabilidade.

Também aqui considero afastadas as impugnações no sentido da exigência de disciplina constitucional expressa sobre o tema, uma vez que a disciplina legal impugnada tão-somente explicitou o que já restava implícito na Carta Constitucional. Tanto é que, naquela reclamação a que me referi e, também, nas posições que desenvolvi anteriormente, considerava que a lei, a disciplina hoje constante desta lei seria totalmente dispensável. A partir da própria leitura sistêmica e sistemática da Constituição era possível sim chegar-se ao resultado de, naqueles casos em que estão previstos os crimes de responsabilidade, não se adotar a lei de improbidade, sob pena, na verdade, de onerar-se brutalmente aqueles que exercem essas funções.

Não é novidade, todos nós sabemos, que vivemos num contexto em que as decisões políticas administrativas, numa sociedade complexa, e nós vivemos numa sociedade hipercomplexa, são, a toda hora, contestadas, colocando o governante em risco. Eu mesmo sou Relator, aqui, de uma ação em que, por medidas tomadas no âmbito do Ministério da Fazenda, os agentes econômicos e financeiros foram

condenados, em primeiro grau, a eventualmente ressarcir os cofres públicos pelo famoso PROE de alguma quantia em torno de alguns bilhões de reais, o valor correspondente ao PROE. Dizia o juiz que não via, naquele caso, razão para impor a pena da improbidade, suspensão dos direitos políticos, limitar-se-ia a fazer apenas a obrigação ao impor o ressarcimento - alguns bilhões.

Na época, até cheguei a fazer a divisão *per capita*, isto chegava a uma responsabilização de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) para o Ministro Malan, para o Ministro Serra, para o Ministro Parente. Tenho dito, e vale ressaltar, que é preciso pensar nesses casos.

**e) Sobre as posições contrárias - O entendimento prevalecente no âmbito do STJ**

Conforme já exposto, os atos de improbidade constituem ilícito situado no âmbito constitucional dos crimes de responsabilidade.

O argumento contrário resume-se a uma petição de princípio, uma vez que dá por demonstrado justamente aquilo que deveria demonstrar, qual seja, que as ações de improbidade encontram-se em um espaço normativo próprio, inconfundível com a ordem normativa pertinente aos crimes comuns e aos crimes de responsabilidade. Ignora-se, por exemplo, a evidente similitude entre as condutas tipificadas e as penalidades previstas nas Leis nºs 8.429 e 1.079. Não se demonstra, ademais, a viabilidade constitucional de tal superposição de regimes.

[E aqui, Senhora Presidente, permito-me abrir um parênteses sobre a idoneidade dogmática dessa tese.

Inicialmente, isso não surpreende, haja vista a ausência de compromisso do professor Dallari com a dogmática jurídica. De fato, é este mesmo Dalmo Dallari que, após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucional nº 9, proclamou publicamente a ausência de efeito vinculante daquela decisão. Disse



Dallari, à época que "A decisão do STF quanto à "MP do Apagão" não tem força vinculante e não impede novas ações de inconstitucionalidade". Afirmou, que a o STF teria tomado uma "não-decisão" jurídica, deixando de cumprir a sua principal atribuição constitucional, que é justamente guardar a Constituição". Especulou que a referida "não-decisão" do STF teria sido praticada por "uma solicitação do governo federal, feita sob a forma de uma ação direta de declaração de constitucionalidade, proposta para impedir a discussão jurídica da chamada "MP do Apagão". Em defesa de sua tese, invocou o fato de que se tratava de uma decisão liminar, ignorando a jurisprudência desta Corte no sentido do efeito vinculante da cautelar em ação declaratória. Ademais, disse que "não foi feito o exame jurídico do mérito e não foram esclarecidos os pontos controvertidos quanto à constitucionalidade da medida provisória", e que "esses pontos foram referidos e expressamente analisados com argumentos jurídicos pelos dois ministros que sustentaram a inconstitucionalidade da medida". Na visão de Dallari, "a maioria dos integrantes do Supremo fugiu ao exame jurídico das controvérsias e se limitou a considerações de fato para concluir conveniente que o governo federal praticasse as inconstitucionalidades previstas na "MP do Apagão".

E mais, após absurdas afirmações no sentido de qualificar o entendimento da maioria, concluiu o Professor Dallari, em tom professoral: "a decisão tomada pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal não tem força vinculante, não impede a propositura de novas ações sustentando a inconstitucionalidade da 'MP do Apagão' e não impede os juízes de concederem liminares contra ela, se estiverem convencidos de sua inconstitucionalidade. A Constituição estabelece, com absoluta clareza, no artigo 102, que 'as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão efeito vinculante'. Como esclarece o eminente jurista italiano Franco Cordero, no 'Novíssimo Digesto Italiano', no verbete 'Mérito', a decisão de mérito é o juízo em torno de uma situação cujo modelo é oferecido por uma norma de direito substancial, como as normas da Constituição, acima referidas. Com a decisão de mérito se afirma ou se nega a existência de uma situação jurídica, devendo ser considerados sob o ângulo jurídico todos os fatos e todas as circunstâncias ligados às consequências jurídicas que envolvam o objeto do processo. No presente caso, pode-se afirmar com toda segurança que não houve decisão definitiva nem de mérito, porque se

trata de decisão provisória por sua própria natureza e porque não se fez a análise jurídica, não tendo sido levadas em conta circunstâncias fundamentais na consideração jurídica do objeto do processo, que era um julgamento sobre a constitucionalidade. Por isso a decisão foi uma 'não-decisão', pois nada foi decidido em definitivo quanto ao mérito, que continua uma questão em aberto. Assim, pois, novas ações e novas decisões poderão e deverão ocorrer, até que, por via de recursos, o assunto chegue novamente ao STF. Quando este tomar por base as normas constitucionais, aí sim, seja qual for a sua decisão, ela será respeitável."

Registro que esse não foi o primeiro exercício de pseudologia do professor Dallari. Anteriormente, atribuiu à minha pessoa e ao então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, suposta tentativa de anular a demarcação de terras indígenas. Em suas palavras: "Alegando inconstitucionalidade, duas vezes negada pelo STF, 'inventaram' uma tese jurídica que serviu de base para um decreto do presidente Fernando Henrique revogando o decreto em que se baseavam as demarcações" (Folha de S. Paulo de 8.5.2002). O equívoco de tais acusações são esclarecidos pelo Dr. Júlio Gaiger, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e ex-presidente da FUNAI, verbis:

"A verdade é que ninguém queria 'anular a demarcação de áreas indígenas'. O decreto nº 22/91 estava sendo questionado no STF, através de mandado de segurança, porque não previa a audiência de terceiros prejudicados pelas demarcações, razão pela qual elas sofriam grande oposição inclusive no Congresso Nacional. Se o STF acatasse a tese dos impetrantes, então sim as demarcações realizadas com base naquele decreto poderiam ser anuladas. Para evitar a hipótese, que seria desastrosa, o Ministro da Justiça resolveu elaborar um novo decreto que permitisse a manifestação de terceiros, e neste momento convidou-me para ajudá-lo juntamente com o Dr. Gilmar Mendes. A maior preocupação de ambos dizia respeito a incidência das novas regras sobre o procedimento ainda não consumados: desejavam reduzir ao máximo o universo que o novo regulamento atingiria. Coube a mim, depois de pesquisar sobre a natureza jurídica dos decretos procedimentais, redigir a cláusula que figura no art. 9º do novo regulamento.

Não é verdade que o STF teria negado a inconstitucionalidade do decreto anterior, simplesmente porque a Corte nunca chegou a apreciar o mérito das ações que o questionavam. Certo é que aquele mandado de segurança que ensejou a iniciativa do ministro Nelson Jobim, por força do qual o STF

determinara a suspensão da demarcação de uma área indígena no Mato Grosso do sul, foi julgado prejudicado após a edição do decreto nº 1.775/96. Este decreto, embora tenha sido alvo de críticas absolutamente infundadas, serviu a que o governo atingisse índices inéditos na demarcação de terras indígenas, seja quanto ao número de áreas demarcadas, seja quanto à superfície total. Os dados encontram-se na página que o Instituto Socioambiental mantém na internet. Por consequência, também calaram as vozes que reclamavam do autoritarismo com que eram executadas as demarcações.

A postura do Dr. Gilmar Mendes, quando discutíamos o novo decreto e desde sempre, era coerente com a defesa intransigente que fez, ainda no Ministério Público Federal, da inviolabilidade do Parque Indígena do Xingu. Jurídica, histórica e etnograficamente perfeita, mereceu ser publicada pela Procuradoria-Geral da República, sob a chefia do agora ministro Sepúlveda Pertence (O domínio da União sobre as terras indígenas: O Parque Nacional do Xingu. Brasília, 1988). Ele saberá manter esta postura no Supremo."

As lições de Direito Constitucional a que o professor Dallari pretende submeter esta Corte me fazem lembrar daquilo que Kelsen designou por "mundividência subjetivista", quando da análise das posições monista e dualista no que toca ao Direito Internacional. Referindo-se ao monismo nacionalista, afirmava Kelsen que, do mesmo modo que a concepção subjetivista parte do próprio "Eu soberano" para compreender o mundo - de modo que não é capaz de compreender este como "mundo exterior", mas apenas como "mundo interior", como representação e vontade do Eu - a construção que postula o primado da ordem jurídica estatal parte do próprio Estado "para apreender o mundo exterior do direito, o direito internacional e as outras ordens jurídicas estatais". Tal subjetivismo, dizia Kelsen, só poderia levar à concepção do direito externo como direito interno, integrante da ordem jurídica do Estado soberano. (KELSEN, Teoria pura do direito, tradução: João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 383/384).

Pois bem. Parece pertinente afirmar que o professor Dallari possui uma autêntica "mundividência constitucional egocentrista".

De fato, além de não ter qualquer compromisso com a ordem constitucional que legitima as decisões do Supremo Tribunal - quer se goste ou não delas -, acredita aquele professor que possuem efeito vinculante não as decisões proferidas pelo STF em ações declaratórias, mas sim as decisões proferidas

pelo STF que estejam de acordo com o pretense pensamento constitucional do próprio Dallari.

Esse relato permite alguma compreensão para as injúrias formuladas pelo Senhor Dallari contra esta Corte. Sobre Dallari já houve quem dissesse que a sua maior contribuição para o direito e para ética decorreu de sua participação em obscuro episódio ocorrido em 1980, quando da primeira visita do Papa ao Brasil.]

Tal entendimento divergente encontrou espaço na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. De fato, em Reclamações ajuizadas por agentes políticos que pretendiam ver assegurada prerrogativa de foro em ações de improbidade, concluiu o STJ por afirmar a competência da primeira instância do Poder Judiciário.

O argumento prevalecente no STJ, com a devida vênia, não me parece o mais correto.

Indago: se a ação de improbidade nada mais é do que uma ação por crime de responsabilidade, até porque, como demonstrado, não existe outro objeto possível, como poderia aquela Corte exercer a sua competência para processar, por crime de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante os tribunais (CF, art. 105, I, "a")?

Fica evidente, à luz do direito positivo brasileiro, que aquela Corte está renunciando a sua competência para processar e julgar os crimes de responsabilidade nas hipóteses acima descritas, em grave prejuízo ao papel conferido pela Constituição ao STJ.

Esse equívoco resta mais evidente caso se considere que o *leading case* firmado por aquela Corte dizia respeito a um juiz de Tribunal Regional do Trabalho. (RCL nº 591, Rel. Min. Nilson Naves).

Essa circunstância choca!

Mais do que isso, fere o próprio sistema constitucional, que, até por coerência lógica interna, não se compatibiliza com essa inversão do escalonamento dos órgãos jurisdicionais que instituiu.

Não é preciso elaborar excessivamente esse ponto. É óbvio que o sistema constitucional foi concebido para que os atos do juiz de primeiro grau sejam apreciados e eventualmente censurados pelos magistrados que compõem as jurisdições que lhe são superiores.

A ação de improbidade ajuizada em primeira instância subverte essa ordem constitucional. Permite que o juiz de primeiro grau seja o julgador dos atos e comportamentos de juiz de tribunal intermediário ou superior.

Outras distorções podem ainda ser apontadas, a se admitir o absurdo da ação de improbidade contra integrante de tribunal, proposta perante juiz singular. Veja-se que o juiz de primeiro grau poderá ter em mãos para julgamento justo aqueles magistrados que deverão apurar as suas condições para ser vitaliciado.

Esse mesmo juiz julgará, e poderá até decidir pedidos cautelares, punições a serem impostas aos magistrados que aferirão o seu merecimento para fins de promoção. Tal magistrado julgará os magistrados que podem recusá-lo na promoção por antiguidade. As consequências perniciosas e absurdas daí advindas mostram que os arts. 93, II e art. 95, I, da Constituição Federal, impedem que se aceite que um integrante de Tribunal seja processado por improbidade

por juízo inferior.

Veja-se, a propósito, que o art. 93, VIII, da CF, estabelece que atos de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado por interesse público - atos que podem assumir coloração punitiva - são da competência do Tribunal a que o magistrado pertence. E o *quorum* para tais medidas é o mais elevado: dois terços do Tribunal.

Também da lei complementar especial, conjugada com os atuais termos da Constituição, na parte em que cuida da vitaliciedade dos juizes, se colhe que o magistrado somente perde o seu cargo em ação por crime comum ou de responsabilidade, ou em decorrência de ação a ser proposta com esse fim, depois de vencido procedimento administrativo próprio. Esse procedimento, diz o art. 27 da LOMAN, tem "início por determinação do tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado (...)".

Fica evidente, assim, que o Superior Tribunal de Justiça equivocou-se por completo ao admitir que ação de improbidade pudesse ser proposta contra magistrado submetido a sua jurisdição em matéria de crime de responsabilidade e de crime comum.

Tem-se aqui um daqueles casos em que se pode dizer que o resultado hermenêutico inexecutável ou incongruente contamina todo o processo e demonstra a existência de uma interpretação errônea.

Por isso, continua insuperável, a meu ver, a posição sustentada pela minoria, liderada por Eduardo Ribeiro, *verbis*:

*'Se partíssemos do princípio de que todas as normas jurídicas que atribuem competência hão de ser interpretadas estritamente, não se podendo sequer ter*

como por elas abrangidas outras hipóteses que, por força de compreensão, houvessem de sê-lo, a questão seria de fácil deslinde, pois indubitado não existir, no texto constitucional, disposição que, expressamente, estabeleça ser este Tribunal competente para a matéria.

Não me parece, entretanto, que a tradição do nosso direito e a jurisprudência do País placitem tal entendimento. Alguns exemplos podem ser citados e o ilustre advogado o fez da tribuna. Permito-me acrescentar outros dois.

O Tribunal Federal de Recursos, com aprovação do Supremo Tribunal, se bem me recorde, entendeu que era de sua competência julgar, originariamente, os deputados estaduais nos crimes ditos federais. Não havia na Constituição, entretanto, norma que assim dispusesse. Competente seria, por certo, a Justiça Federal, em razão do contido no artigo 125, IV do texto constitucional então vigente. E como o artigo 122 disso não cogitava, a competência não seria do Tribunal Federal de Recursos, mas do juiz de primeiro grau. Decidiu-se, entretanto, do modo indicado.

A atual Constituição determina, expressamente, que cabe aos Tribunais de Justiça o julgamento dos prefeitos. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, estabeleceu distinções. Tratando-se de crime eleitoral, será o prefeito julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral; se acusação referir-se a crime federal, o julgamento far-se-á por Tribunal Regional Federal. Nenhuma disposição, entretanto, atribui, para isso, competência a tais Cortes. Vê-se que se admitiu fosse ampliado o que está explícito no texto, para fazer compreender outras hipóteses que, logicamente, tendo em vista o sistema, nele se haveriam de ter como contidas

No caso, solução análoga se impõe.

A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de função pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por

este Tribunal ou mesmo, conforme o caso, pelo Supremo. Entretanto, a admitir-se a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do Supremo Tribunal Federal e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível com o sistema." (RCL nº 591, Rel. Min. Nilson Naves).

Tampouco é válida a fórmula proposta, também no âmbito do STJ, no sentido de afirmar a competência da primeira instância para apreciar tão-somente o aspecto reparatório da ação de improbidade. Essa posição foi defendida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos autos da Reclamação nº 580.

Com a máxima vênia, tal entendimento não se afigura correto. Conforme já exposto, é evidente que se se trata de mover ação de conteúdo meramente reparatório, não precisa o Ministério Público valer-se da ação de improbidade. O *Parquet* pode, nesses casos, utilizar-se da ação civil pública.

E mais, caso fosse garantida a competência da primeira instância para julgar as ações de improbidade apenas quanto ao elemento reparatório, parece evidente que esta deveria observar o parâmetro definido no art. 37, § 6º, da Constituição.

Também se afigura equivocado o entendimento no sentido de que as ações de improbidade poderiam ser ajuizadas em primeira instância nas hipóteses em que a Lei nº 8.429 não estivesse abrangida pela Lei nº 1.079.

Não é difícil vislumbrar a fragilidade de tal entendimento.

Ignora-se, de início, o caráter de delito de responsabilidade das condutas tipificadas na Lei nº 8.429. Por outro



lado, ignora-se o fato de que a Lei nº 1.079, no capítulo que cuida dos crimes contra a probidade na administração, possui tipos amplíssimos, que obviamente abrangem todos aqueles que se encontram na Lei nº 8.429. Veja-se, por exemplo, o teor do item 7 do art. 9º, da Lei nº 1.079, que descreve como crime de responsabilidade "*proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo*".

É difícil imaginar uma conduta descrita na Lei nº 8.429 que não corresponda a um ato incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Não procedem, portanto, tais entendimentos.

**f) Da contestação às decisões político-administrativas no contexto de uma sociedade complexa - Da conversão de discussões sobre legalidade em discussões sobre improbidade**

Em outra perspectiva, afigura-se necessário asseverar que a garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa (o problema da complexidade de que fala Canotilho em relação à Teoria da Constituição), organizada sob bases plurais assentadas em inevitáveis diferenciações funcionais (sistema político, econômico, científico) (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Coimbra, 2000, p. 1303). "Isto conduz - diz Canotilho - a crescentes graus de especialização, impessoalidade e abstração no conjunto do sistema". Por isso, ensina o mestre português, não se vislumbra a possibilidade de um código unitarizante dos vários sistemas sociais. Não é por acaso também que, em nome dessa hipercomplexidade social, se justifica a oposição a qualquer escolha pública e, sobretudo, as deliberações políticas democráticas. (Canotilho, cit., p. 1303).

Ora, se as decisões tomadas pelo setor político-burocrático já são contestáveis e contestadas nesse sistema hipercomplexo, não se pode conceber que, além das contestações e críticas normais, devam as autoridades suportar o risco de perder o seu cargo ou a sua função, porque determinado procurador ou juiz entende que aquela decisão de rotina afronta a probidade da administração.

As decisões tecnocráticas ou políticas podem e devem ser contestadas. A sua juridicidade deve ser aferida. É a própria Constituição que cria os mecanismos para aferição da legitimidade dos atos do Poder Público. Admitir, porém, que a impugnação administrativa e política se converta, rotineiramente, numa discussão sobre a probidade do próprio agente é um flagrante absurdo, que atenta contra a independência das instâncias decisórias. Quem há de aceitar cargo público, com altas responsabilidade, se, além dos riscos normais da própria atividade, tem enfrentar ações proposta por agentes que não têm qualquer responsabilidade no sentido amplíssimo do termo?

Nesse sentido afigura-se elucidativa a observação de Jobim na Rcl n. 2138:

"Como se pode aceitar que, à cada decisão de grande repercussão do MINISTRO DA FAZENDA, por exemplo, se encete uma nova ação de improbidade?

É caso de improbidade o acordo com FMI; a decisão sobre intervenção em um banco ou a decisão sobre transferência de depósito?

Ou, ainda, que o MINISTRO DA AGRICULTURA e o MINISTRO DE PLANEJAMENTO sejam processados por suposta improbidade, por terem simplesmente determinado que se fizesse contratação temporária de fiscais agropecuários?

As decisões podem estar até equivocadas do prisma econômico, administrativo ou jurídico.

O sistema, como se sabe, dispõe de mecanismos adequados para sua correção eventual.

O que é abusivo é colocar esses atos sob a epígrafe dos atos de improbidade.

E, praticamente, nos dias de hoje todos os Ministros têm suas ações contestadas no âmbito da lei de improbidade." (Voto do Min. Nelson Jobim, Rcl nº 2138).

Observo, ademais, que a análise sumária de algumas ações de improbidade, especialmente de que me têm chegado a pela via da Reclamação, demonstra exatamente a tentativa de transformar toda e qualquer contestação às decisões administrativas em uma razão para imputar a um agente político a pecha de ímprobo, bem como num meio de execrar publicamente tais agentes, por meio da radical condenação à perda de seu cargo e de seus direitos políticos.

Na aparente lógica defendida em alguns casos que tramitam em primeira instância, a cada mandado de segurança provido estará atestada a prática de um ato de improbidade pelo administrador. E em certos casos, a suposta existência do ato de improbidade parte do mero nexó objetivo entre a conduta dos agentes políticos e o resultado considerado ilegítimo. Não se exige sequer a culpa, o que configura um modelo de autêntica responsabilização objetiva!

Lembre-se, ainda, na linha de Canotilho, que um dos problemas fundamentais da sociedade de risco é a assinalagmaticidade do risco.

Tal observação é bastante pertinente para uma correta compreensão da atividade desempenhada pelos Ministros de Estado, bem como do diferenciado regime de responsabilização de tais agentes. De fato, o risco presente nas decisões de um Ministro de Estado jamais poderiam ser equiparados ao risco de uma decisão de um agente

público comum. Daí o equívoco das abordagens que pretendem ver a prerrogativa de foro como ofensiva ao princípio da isonomia.

Também não é difícil imaginar que a opção adotada pelos reclamantes à época possa ser objeto de disputas no âmbito da Ciência Econômica. Tal opção poderia, outrossim, ensejar alguma disputa no plano jurídico. Poder-se-ia alegar, como se alegou, que aquelas autoridades não tinham competência para a prática de tais atos, ou mesmo que a prática de tais atos não teria base legal ou constitucional.

Isso é absolutamente normal e, como já exposto, ocorre todos os dias. Este é um ônus da atividade de quem tem obrigatoriamente que decidir. O que parece absurdo e tentar estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato ilegal imputável à administração pública implica um ato de improbidade de um agente público.

Essa confusão inaceitável é co-irmã da concepção que tenta vislumbrar nas ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil.

De fato, não é correto tomar as sanções por improbidade como sanções de índole meramente civil.

Ao contrário, as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, sobretudo, natureza penal.

Não é difícil perceber a gravidade de tais sanções e a sua implicação na esfera de liberdade daqueles agentes políticos.

No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.

Mais precisamente, a par dessa natureza eminentemente penal, as ações de improbidade assumem a feição de autêntico mecanismo de responsabilização política, conforme já exposto.

**g) Do uso abusivo das ações de improbidade**

Cabe asseverar que esses equívocos perpetrados nas ações de improbidade ora em comento não constituem algo isolado, bastando lembrar da ação de improbidade ajuizada contra os Ministros Martins Tavares e Pratiní de Moraes.

Essas autoridades, legitimadas por norma contida em Lei, determinaram a contratação de fiscais agropecuários em regime de serviço temporário. Buscava-se preservar o Brasil das ameaças relacionadas ao fenômeno fitossanitário. A autorização legislativa era clara.

Baseavam-se aqueles Ministros no art. 1º da Lei nº 8.745, de 1993, alterada pela Lei nº 9.849, de 1999, que preceitua que "para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta lei". E mais, baseavam-se no art. 2º da referida Lei, que considera como necessidade temporária de excepcional interesse público as atividades de "vigilância e inspeção relacionadas à defesa agropecuária no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao

*comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana".*

Poder-se-ia até discutir a medida em sede judicial. Mas, haveria algum fundamento para justificar a propositura da ação de improbidade em casos como este? Não é preciso dizer que os Ministros foram absolvidos em sentença de mérito (Proc nº 2000.34.00.005339-0 - 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF - sentença de 26 de junho de 2001).

Diante de um quadro de notório abuso, é de indagar a razão pela qual se demorou tanto para arrostar a questão na sua dimensão adequada. É possível que haja inúmeras explicações. Uma delas certamente diz respeito ao papel que se atribuiu ao próprio Ministério Público no momento pós-*impeachment*. Não eram poucos os que entendiam ser o sistema de controle débil e, por isso, carente de reformas, até mesmo daquelas a serem realizadas de modo heterodoxo.

Alguns dos segmentos do Ministério Público, da mídia e da própria oposição parlamentar viram no Ministério Público e no uso indiscriminado da ação de improbidade, a forma de exercer, cada um a seu modo, o controle ou influência sobre o sistema.

É nesse contexto que se explica a intensa cooperação entre membros do Ministério Público, jornalistas e parlamentares. Certo segmento da oposição passou a ter um braço judicial, composto por membros engajados do Ministério Público. E um bom instrumento para essa atuação era a própria ação de improbidade.

Inicialmente não se viu o que havia de abusivo e kafkiano na atuação do Ministério Público. Com certa dose de ingenuidade, tolerava-se o que se apresentava tão-somente como um típico movimento contestatário, ou mais precisamente, como uma autêntica "festa dos loucos". Tal atuação partidária passou a causar espécie

no momento em que, surpreendentemente, algumas ações de improbidade conseguiram obter resultados (seja a partir de condenações, seja a partir da desmoralização pública ocasionada apenas pelo ajuizamento da ação, fato muitas vezes acompanhado de uma verdadeira campanha publicitária por parte de alguns Procuradores).

É necessário registrar, assim, que as açodadas e abusivas ações de improbidade que motivaram reclamações como a presente constituem expressão de uma indevida utilização político-partidária do Ministério Público.

Tal praxe se consolida com o ajuizamento de ação de improbidade contra o próprio Chefe do Ministério Público, em 1999 (Proc. nº 1999.34.00.016569-0, 17ª Vara Federal/DF). A tentativa, por parte de Procuradores da República, de destituir o Chefe daquela instituição já demonstrava o desiderato de se construir um quadro de evidente irracionalidade. A tentativa de desmoralizar o Procurador-Geral tinha, dentre outros, o escopo de retirar-lhe qualquer capacidade de coordenação do Ministério Público. Buscava-se não a defesa da ordem jurídica, mas tão-somente a desmoralização e a obliteração da autoridade do Procurador-Geral, em notória usurpação das competências constitucionais do Senado e deste Supremo Tribunal Federal.

Essa inaceitável partidarização do Ministério Público, todavia, apresenta características próximas daquelas atribuídas aos movimentos contestatários da década de 60. Aponta Duverger a eventual associação entre os movimentos contestatários e as Saturnais romanas ou as Festas dos loucos da Idade Média.

Tal aproximação tem em vista a função de psicodrama ou de catarse daqueles festejos. Obviamente não estou a negar a importância social dos movimentos contestatários ou mesmo da "festa

dos loucos". É o próprio Duverger que assinala a contribuição dos movimentos contestatários para a regulação do sistema ocidental, servindo-lhes de "válvula de segurança". O que me parece evidente é que o papel constitucional dos Procuradores da República não é o exercício de uma catarse ou de um psicodrama. Para isto há o teatro ou mesmo o divã do analista.

As distorções ora apontadas evidenciam a necessidade da prerrogativa de foro, na linha preconizada pelo saudoso Victor Nunes Leal. Tais absurdos dificilmente seriam cancelados por órgãos judiciais colegiados. Não se afigura crível que um Tribunal admitisse a utilização das ações de improbidade para fins partidários ou a construção de um modelo de responsabilidade civil em que não se exige culpa do agente público ou sequer a existência de dano!

#### CONCLUSÃO

Feitas tais considerações, concluo meu voto.

Tenho como evidente a legitimidade das disposições ora impugnadas. Ante as razões expostas, tanto a manutenção do foro especial após a cessação do exercício do cargo, tal como prevê o § 1º, quanto a regra de prerrogativa de foro para as ações de improbidade, nos termos do § 2º, oferecem a mais adequada concretização legislativa do texto constitucional.

Concluo, portanto, meu voto, no sentido da improcedência da ação direta, por não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade nas normas impugnadas.





**15/09/2005****TRIBUNAL PLENO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, o meu voto será breve, porque a matéria já foi suficientemente exposta, e permito-me ficar limitado ao que penso ser o vício formal no que, sob a minha óptica, aditou-se a Constituição Federal. Creio que a matéria alusiva à legitimidade e, também, à pertinência temática já estão suplantadas. Houve a proclamação na assentada anterior.

A competência do Supremo Tribunal Federal é fixada, na Constituição, de forma exaustiva. Não há a possibilidade, diante da rigidez de nossa Lei Fundamental, de caminhar para o elastecimento ou o encurtamento - por isso digo que o vício é formal - dessa competência mediante lei.

Entendo até mesmo que são discutíveis - e não está em jogo, sob o ângulo constitucional - os agravos de instrumento com os quais nos defrontamos nesta Corte, já que, se formos ao rol definidor da competência originária, se formos, mais especificamente, ao rol definidor da competência recursal, não encontraremos tal atribuição.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR)** - É uma idéia...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vamos ver, quem sabe, se no futuro - e que a semente fique plantada - assim seja

**ADI 2.860 / DF**

proclamado. Não existe a previsão do agravo, e também, com a devida vênua daqueles que entendem de forma diversa, não há base, na Lei Fundamental, para concluir ser o Supremo Tribunal Federal o competente para julgar *habeas* impetrados contra atos de juizados, atos de turmas recursais dos juizados especiais.

Dir-se-á que, afastado do cenário jurídico - e raciocínio com o agravo para afirmar que a competência está delimitada na Constituição Federal - o agravo de instrumento, poderá ocorrer a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal se o juízo de cognição incompleto, revelado pelo presidente da corte de origem, ou quem lhe faça as vezes, trancar o recurso extraordinário. Mas, aí, a Carta da República prevê a reclamação, que é uma via bem mais estreita - até mesmo quanto ao processamento - do que a do agravo de instrumento.

Costumo dizer que, a partir da criação, pelo legislador ordinário, do agravo de instrumento, toda e qualquer controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal, considerado o processo subjetivo. Não sobe por meio do recurso extraordinário mas mediante o agravo, e temos de nos pronunciar quanto ao tema. Dá-se automaticidade ímpar.

O Supremo Tribunal Federal, em 1999, apreciando questão de ordem no Inquérito nº 687, fez uma leitura da Constituição Federal de 1988 - e o Verbete nº 394 fora editado sob a égide da Carta de 1946 - concluindo que a prerrogativa - e até então

ADI 2.860 / DF

simples prerrogativa de foro - estaria voltada à proteção do cargo ocupado, à proteção do mandato. E se assentou que o titular, deixando o cargo, ou afastando-se, por isso ou por aquilo, do exercício do mandato, não haveria mais como julgar a autoridade, corporificada, evidentemente, na pessoa natural, prevista em uma das alíneas do inciso I do artigo 102 do Diploma Maior.

Essa foi a interpretação proclamada pelo Supremo. Ora, poderia o legislador - colocando em plano secundário a premissa inicial de ser rígida a Constituição Federal - aditar, como fez, a competência do Supremo? Não poderia aditar.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - E de outros tribunais também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, dos demais tribunais, sem dúvida alguma.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Para instituir essa prerrogativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não raciocino a partir do excepcional, do extravagante, do teratológico, ou seja, da circunstância de que o Estado-acusador, não atuando em tribunal, o fará a partir de visão distorcida, de paixão condenável, objetivando a retaliação.


Também não posso imaginar órgão investido do ofício judicante, seja de que instância for, que abandone a equidistância, predicado maior desse mesmo ofício.

**ADI 2.860 / DF**

O que temos em jogo, nesta ação direta de inconstitucionalidade, é o primado da Constituição Federal, é a intangibilidade desse documento maior, que não pode, segundo o disposto no artigo 60 nela contido, ser alterada pelo legislador ordinário. Já não cogito nem mesmo do fato de se ter manuseado um diploma para suplantar-se o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 687, relatado pelo ministro Sydney Sanches.

O que percebo, e para mim está muito claro, é que, mediante a Lei nº 10.628/2002 - e aí, se eu admitir que não há o vício formal, terei de caminhar, se houver um caso a revelar isso, para a possibilidade de o legislador diminuir a competência constitucional dos tribunais -, acabou-se por alterar a própria Carta Federal.

Não vou tecer considerações maiores sobre a dualidade "prerrogativa e privilégio". Caso o fizesse, numa óptica até visando à disciplina constitucional futura, entenderia que deveria tratar-se de competência linear, homenageando-se o princípio da igualdade e, portanto, sujeitando-se todo e qualquer cidadão, pouco importando o cargo exercido, ao respectivo juiz natural, sem a prerrogativa. Mas isso, a meu ver, não está em questão. O que está em jogo é o elastecimento, pelo legislador ordinário, da competência prevista na Constituição.



**ADI 2.860 / DF**

Peço vênha àqueles que entendem de forma diversa para acompanhar o voto do relator, julgando procedente o pedido formulado na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade.

1

*Supremo Tribunal Federal*

15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sra. Presidente, examino o § 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal com a redação da Lei 10.628, de 24.12.2002.

O Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição. No Inquérito 687-QO/SP, em que a Corte Suprema cancelou a sua Súmula 394, que expressava:

*"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."*

Concorri com meu voto para a tomada da decisão.

Destaco do voto que, então, proferi:

"(...)

Também eu não tenho dúvida em afirmar, tal como fez o eminente Ministro Relator, que a prerrogativa de



*Supremo Tribunal Federal*

ADI 2.860 / DF

foro pressupõe o exercício do cargo ou do mandato, vale dizer, tem por finalidade, segundo os que o imaginaram, garantir o exercício do cargo ou do mandato, 'e não a proteger quem o exerce' e muito menos 'ainda quem deixa de exercê-lo.'

Sustenta S. Exa., ademais, que 'as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os exercentes de tais cargos ou mandatos.'

Concordo com o Sr. Ministro Relator.

O foro por prerrogativa de função constitui, na verdade, um privilégio, que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos. O princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático. Não é à-toa, aliás, que o princípio isonômico é acentuado, mais de uma vez, na Constituição: assim, por exemplo, art. 5º, **caput**, art. 5º, I, art. 150, II, art. 151, II, art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV, art. 3º, III, art. 43, art. 170, VII.

O foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império. Os norte-americanos, que sempre foram república, não conhecem esse tipo de foro. O fato de o art. III, Seção 2, da Constituição de Filadélfia, estabelecer que, nas questões relativa a embaixadores e membros das representações estrangeiras, a Suprema Corte exercerá jurisdição privativa, não infirma a tese, tendo em vista o caráter especial dos exercentes de tais funções. Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação, certo que a Súmula 394 amplia, consideravelmente, esse foro, quando não mais existente a sua razão, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto.

Registre-se, aliás, que essa interpretação ampliativa, constante da Súmula 394, foi realizada, bem

ADI 2.860 / DF

*Supremo Tribunal Federal*

salientou o Sr. Ministro Relator, quando eram raros os casos de competência do Supremo Tribunal por prerrogativa de função. Na época, os parlamentares, que constituem, hoje, extensa clientela do Supremo Tribunal, eram julgados pelo juiz natural dos cidadãos, o juiz criminal de 1º grau. Convém anotar que desde a primeira Constituição republicana, a de 1891, até a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, promulgada esta última pela Junta Militar, os deputados e senadores eram julgados pelo juiz criminal de 1º grau; É dizer, o privilégio de foro concedido aos deputados e senadores o foi pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Ademais, conforme realçado pelo eminente Ministro Relator, os tempos, hoje, são outros. 'Já não são raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República,' certo que 'a Corte, como vem acentuando seu Presidente, (à época em que o voto foi proferido), o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, quando se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas.'

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator, pelo que proponho o cancelamento da Súmula 394-STF e declaro a competência, no caso, do Juiz de 1º grau, com a ressalva de que continuam válidas todas as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidos com base na Súmula 394.

É como voto."

O § 1º do art. 84 do CPP, na redação da Lei 10.628, de 2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição. É que a revogação da Súmula 394, pelo



*Supremo Tribunal Federal*

ADI 2.860 / DF

Supremo, se fez mediante interpretação da Constituição pelo seu guardião-maior. É dizer, o Supremo Tribunal, ao revogar a Súmula 394, decidiu que a Constituição não admite foro por prerrogativa de função para quem não está mais na função.

O citado § 1º do art. 84, na redação da Lei 10.628/2002, afronta, pois, a finalidade do denominado foro por prerrogativa de função, que pressupõe, conforme acentuei no voto proferido no Inquérito 687-QO/SP, o exercício do cargo ou do mandato.

Inexistindo esse exercício, não há falar em foro por prerrogativa de função.

Examino o § 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 10.628/2002:

*"A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."*

É também inconstitucional esse § 2º, porque equipara, em nível infraconstitucional, a ação civil por improbidade



ADI 2.860 / DF

*Supremo Tribunal Federal*

administrativa à ação penal. E o faz para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal.

Ora, a Constituição, no artigo 37, § 4º, distingue a improbidade do delito penal, ao dispor que:

*"Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."* (grifei)

Acrescente-se que a norma constante de lei ordinária estabelece competência originária do Supremo, certo que as competências originárias do Supremo Tribunal estão enumeradas na Constituição Federal (artigo 102, inciso I, alíneas **a** até **q**) em **numerus clausus**.

Como bem lembrou o Ministro Barbosa, as competências originárias do Supremo seguem o modelo da Corte Suprema norte-americana e nesta, segundo proclamou Marshall, no famoso Marbury versus Madison, porque as competências originárias da Corte estão todas na Constituição, é inconstitucional lei ordinária que pretenda acrescentar novas competências originárias para a Corte.



*Supremo Tribunal Federal*


ADI 2.860 / DF

O caso que ensejou a criação do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, foi exatamente este: uma lei ordinária estabeleceu certa competência originária para a Corte Suprema. Marshall, em seu voto, sustentou que essa lei violava a Constituição da Filadélfia, dado que nesta é que estavam estabelecidas as competências originárias da Suprema Corte.

Este o quadro, Sra. Presidente, tenho como inconstitucional os § 1º e § 2º do artigo 84 do CPP, com a redação da Lei 10.628/2002.

Acompanho, em consequência, o douto voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, não sem antes pedir vênia e licença aos eminentes Colegas que divergiram, os Srs. Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

É como voto.



15/09/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se de ação direta na qual se questiona a validade jurídico-constitucional dos §§ 1º e 2º que foram acrescentados ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628, de 24/12/2002.

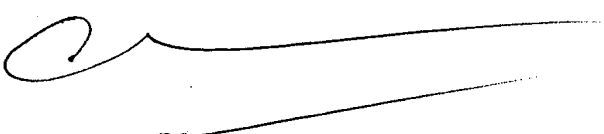
Eis o teor dos dispositivos ora impugnados na presente sede de controle normativo abstrato:

"Art. 84. (...)

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º." (grifei)

A controvérsia jurídica ora em exame, analisada em seus aspectos essenciais, põe em evidência um ponto que se revela impregnado de inquestionável relevo, consistente no reconhecimento



da possibilidade, ou não, de o Congresso Nacional, mediante legislação comum, **alterar, reduzir ou ampliar** - como na espécie - a competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

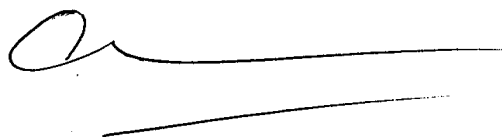
Ou, em outras palavras, **considerado** o contexto ora em exame, **cabe** formular a seguinte indagação: **pode**, o Congresso Nacional, **no exercício** de sua competência legislativa comum, **mediante** simples lei ordinária, **modificar**, sob qualquer aspecto, o **rol de atribuições jurisdicionais originárias** das Cortes acima referidas, **para**, nesse complexo de poderes, introduzir **novas** competências, **sem incidir**, com tais alterações, em violação ao texto constitucional?

Tenho para mim, Senhora Presidente, **que o Congresso Nacional não dispõe desse poder**, tal como pude assinalar, nesta Suprema Corte, **em despacho** cujo teor está assim ementado:

**"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92). AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU QUE É DEPUTADO FEDERAL. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE SUA PRERROGATIVA DE FORO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MESMO TRATANDO-SE DE PROCESSO DE NATUREZA CIVIL. POSTULAÇÃO QUE BUSCA SUPORTE JURÍDICO NA LEI Nº 10.628/2002. IMPOSSIBILIDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, MEDIANTE SIMPLES LEI ORDINÁRIA, REDUZIR, AMPLIAR OU MODIFICAR A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO**

TRIBUNAL FEDERAL. **INTANGIBILIDADE** DESSE COMPLEXO DE ATRIBUIÇÕES JURISDICIONAIS **MEDIANTE** ATIVIDADE LEGISLATIVA ORDINÁRIA, **EIS QUE** AS HIPÓTESES DEFINIDORAS DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA SUPREMA CORTE **RESULTAM DE MATRIZ CONSTITUCIONAL**. ENTENDIMENTO QUE TEM APOIO **EM ANTIGO PRECEDENTE** FIRMADO POR **ESTA SUPREMA CORTE (1895)**. A **QUESTÃO** DA PRERROGATIVA DE FORO 'RATIONE MUNERIS'. O SIGNIFICADO **REPUBLICANO** DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS: UM VALOR **NECESSÁRIO** À CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE. **RELEVÂNCIA HERMENÊUTICA** DA IDÉIA REPUBLICANA. **DOCTRINA JURISPRUDÊNCIA**. A **QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE** DA LEI Nº 10.628/2002. **IMPOSSIBILIDADE** DE RECONHECIMENTO DESSE VÍCIO JURÍDICO, **POR DECISÃO MONOCRÁTICA** DO RELATOR, **NO ÂMBITO** DOS TRIBUNAIS. **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA**, NO CASO, DO POSTULADO CONSTITUCIONAL **DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97)**. **PRÉVIA AUDIÊNCIA**, PARA ESSE EFEITO, DO SENHOR PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA." (Pet 3.270/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 370/2004)

É por tal razão que entendo revelar-se **desvestida** de legitimidade jurídico-constitucional a Lei nº 10.628/2002, **especialmente** se esse diploma legislativo for analisado **na perspectiva** das atribuições jurisdicionais **que a própria** Constituição da República **deferiu** a esta Suprema Corte, **considerando-se**, para esse efeito, de um lado, **razões de ordem doutrinária** (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.681/2.683, item n. 17.3, 2ª ed., 2003, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "Ação Popular", p. 120/130, 1994, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, "O Inquérito Civil", p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, "Probidade Administrativa", p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros; WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, "Probidade Administrativa", p. 318/321, item n. 71, 2001, Saraiva; MARINO



PAZZAGLINI FILHO, "**Lei de Improbidade Administrativa Comentada**", p. 173/175, item n. 3.5, 2002, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 558, item n. 7, 23ª ed., 2004, Malheiros; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", Vol. 2, p. 117, 1992, Saraiva; SÉRGIO MONTEIRO MEDEIROS, "**Lei de Improbidade Administrativa**", p. 176/177, 1ª ed., 2003, Juarez de Oliveira; FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA, "**Foro Privilegiado para Julgamento de Atos de Improbidade Administrativa, Seu Casuísmo e Atecnias Flagrantes**", "in" *Jornal Trabalhista, JTb Consulex*, p. 11/12, XX/963, v.g.), e tendo em vista, de outro, que a competência do Supremo Tribunal Federal - precisamente por revestir-se de extração constitucional (à semelhança do que sucede com a competência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais) - **submete-se**, por isso mesmo, a regime de direito estrito (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/766 - RTJ 94/471 - RTJ 121/17 - RTJ 141/344 - RTJ 159/28 - RTJ 171/101-102, v.g.), não podendo, desse modo, ser ampliada nem restringida por legislação meramente comum (ordinária ou complementar), sob pena de frontal desrespeito ao texto da Lei Fundamental da República.

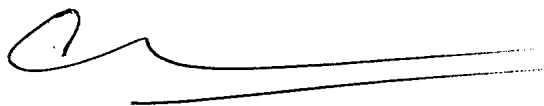
Veja-se, portanto, que a impossibilidade jurídica de ampliar-se ou de modificar-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal **incide**, diretamente, sobre o Congresso Nacional, quando no exercício de suas funções legislativas ordinárias, pois -

insista-se - **é de direito estrito** a definição **constitucional** das hipóteses **que se referem** às atribuições jurisdicionais originárias desta Corte Suprema.

A razão de ser **que justifica** esse entendimento **apóia-se** em um dado de extremo relevo, **fundado** na necessidade de se estabelecer, **em torno** desse complexo de atribuições jurisdicionais originárias do Supremo Tribunal Federal, um círculo de proteção **que impeça indevida** ingerência normativa, em sede **meramente** legislativa, do Congresso Nacional, de cujas funções ordinárias **excluiu-se** a possibilidade de **validamente** interferir, **mediante** legislação comum, **na esfera de competência originária** desta Suprema Corte.

**Diversa**, no entanto, **bem diversa**, **é a possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sua condição de intérprete final da Constituição, **proceder à construção exegética** do alcance e do significado das cláusulas constitucionais que definem a própria competência originária desta Corte.

**Impende considerar**, no ponto, **em ordem a legitimar** esse entendimento, a **formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos**, cuja doutrina, **construída** pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), **ênfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão

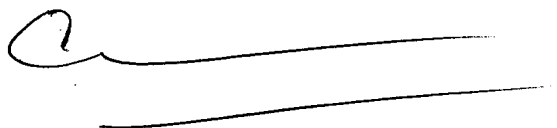




estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

**Cabe assinalar**, ante a sua extrema pertinência, o **autorizado** magistério de MARCELO CAETANO ("**Direito Constitucional**", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos **de hermenêutica** constitucional - **e não** aos processos de elaboração legislativa - **assinala** que, "*Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos*" (grifei).

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional - **consoante** adverte CASTRO NUNES ("**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", p. 641/650, 1943, Forense) - **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, **mediante interpretação judicial** (e não legislativa), **conferir eficácia real** ao conteúdo **e** ao exercício de dada competência constitucional, **consideradas** as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais **e** dos



Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República.

Não constitui demasia lembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a lição definitiva de RUI BARBOSA ("Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos - após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO - assinala:

"Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...).

.....  
Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra.


.....  
Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...).

.....  
A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem em mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios que a ele forem claramente adaptáveis, todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder." (grifei)

**Essa percepção do tema, no entanto, porque peculiar ao processo de interpretação constitucional, notadamente aquela dada pelo Poder Judiciário, não legitima a possibilidade de o Congresso Nacional, mediante utilização da teoria dos poderes implícitos ou decorrentes, formular, no plano de suas funções, leis ordinárias interpretativas da própria Constituição da República.**

**Vê-se, portanto, que são inconfundíveis - porque inassimiláveis tais situações - a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais, por tratar-se de matéria posta sob reserva absoluta de Constituição.**

**Vale ter presente, no ponto, ante sua inquestionável pertinência, a precisa lição de ROGÉRIO PACHECO ALVES ("Improbidade Administrativa", p. 734/735, Capítulo II, item n. 7.1.2, 2ª ed., 2004, Lumen Juris), em magistério no qual põe em destaque as claras**

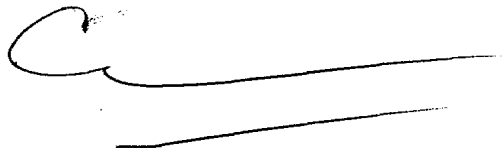


limitações constitucionais que incidem e restringem a função legislativa ordinária do Congresso Nacional:

**"Cumpre asseverar, de pronto, a evidente inconstitucionalidade das inovações introduzidas pela Lei nº 10.628/2002 uma vez que não é possível estender as hipóteses de competência originária *ratione personae* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, previstas taxativamente na Constituição Federal (arts. 102, 105 e 108), através de lei ordinária. Nessa linha, é importante perceber que sempre que a Constituição Federal desejou cometer ao legislador ordinário a disciplina do tema fez-se expressa referência neste sentido, bastando verificar, por exemplo, o que estabelecem os seus arts. 111, § 3º, 121 e 124, parágrafo único, relativamente à competência das Justças do Trabalho, Eleitoral e Militar. Em resumo, somente por intermédio de emenda ao texto constitucional tornar-se-á possível o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em moldes diversos dos atuais, havendo caudalosa jurisprudência do STF no sentido de seu caráter de direito estrito (*previsão numerus clausus*).**

**Relativamente aos Tribunais de Justiça, também é vedado à lei ordinária federal ampliar sua competência originária, sendo o § 1º do art. 125 da Constituição Federal bastante claro ao estabelecer que 'A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça', o que decorre da própria conformação federativa." (grifei)**

Cabe referir, também, quanto ao tema ora em análise, o autorizado magistério doutrinário de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO ("O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a



Lei 10.628/02", "in" Improbidade Administrativa - questões polêmicas e atuais, p. 438/461, **442**, item n. 3, 2ª ed., 2003, Malheiros):

**"A competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais foi estabelecida, taxativa e restritivamente, pela Constituição Federal. Não há como, sem contrariar os arts. 102, 105 e 108, entender que a lei federal possa definir competência para aqueles Tribunais ou ampliá-las para além dos limites já traçados pelo legislador constituinte. Mudar competência destes Tribunais é objeto de Emenda Constitucional. Nunca de lei ordinária federal." (grifei)**

Essa **mesma** abordagem da matéria é exposta pelo eminente Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em obra doutrinária ("**Jurisdição e Competência**", p. 63, item n. 46, 13ª ed., 2004, Saraiva) **da qual** extraio a seguinte e expressiva passagem:

**"A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência." (grifei)**

O ilustre Professor FÁBIO KONDER COMPARATO ("**Competência do Juízo de 1ª Grau**", "in" "**Improbidade Administrativa - 10 Anos da Lei n. 8.429/92**", p. 119/129, **124**, 2002, Del Rey - ANPR), por sua vez, **também conclui**, acertadamente, **pela impossibilidade** de o legislador comum criar **novas** hipóteses de prerrogativa de foro "**ratione muneris**", **asseverando**, para tanto, **que**, "no regime

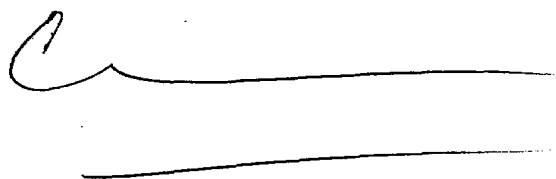
constitucional brasileiro em vigor, seguindo a linha diretriz de **todas** as nossas Constituições republicanas, mas diversamente do que dispunha a Carta Imperial, **o sistema é de reserva exclusivamente constitucional** para a criação de privilégios de foro. (...). O legislador **não tem competência para tanto** (grifei).

Esse mesmo **correto** entendimento - que **não** reconhece, **ao legislador ordinário**, a possibilidade de outorgar prerrogativa de foro, "ratione muneris", a **determinados réus, nas ações civis** por improbidade administrativa - **tem sido prestigiado** pela jurisprudência dos Tribunais em geral, **como o evidenciam**, dentre outras, as seguintes decisões:

**"COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação de improbidade administrativa. Conselheiro do Tribunal de Contas. Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei 8429/92, ainda que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais.**

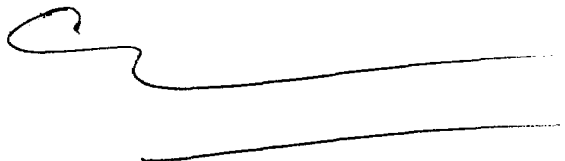
**Nos termos do art. 105, I, a, da Constituição da República, a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa. Nesse contexto, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação. Improcedência da reclamação."**

**(Reclamação 780/AP, Rel. p/ o acórdão Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Corte Especial do E. STJ - grifei)**



**"Ação penal promovida contra ex-delegado geral da polícia civil do Estado. Competência por prerrogativa de função** estabelecida pelo art. 74, II, da Constituição Estadual, **atribuindo** ao Tribunal de Justiça a competência para o julgamento nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade imputados ao delegado geral da polícia civil. **Cessaçã**o do exercício do cargo de delegado geral da polícia civil. **Não prevalecimento** da competência por prerrogativa de função. **Revogaçã**o, pelo Excelso Pretório, **da Súmula 394**. Entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal de que a edição da lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, **não importou** na repristinação da Súmula 394. (Inq. (QO) 718-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23.4.2003). **Delegado Geral da Polícia Civil, que deixa a função, não é mais delegado geral**, mas delegado em favor de quem a Constituição Estadual **não estabeleceu** foro por prerrogativa de função. A competência por prerrogativa de função **só pode ser estabelecida por norma constitucional**. (...). A competência originária do Tribunal de Justiça é estabelecida pela Constituição Estadual, na forma do art. 125, § 1º da Constituição Federal, e a competência originária dos Tribunais Federais foi estabelecida pela Constituição Federal. A modificação de norma constitucional **só pode ser feita** pelo legislador constitucional e não pelo legislador ordinário. A interpretação das normas constitucionais e legais a respeito da competência **compete** aos juízes e Tribunais, e não ao legislador ordinário. (...)." (JTJ/SP, Lex, vol. 274/562-563, Rel. Des. PAULO SHINTATE - grifei)

Cabe advertir, de outro lado, que a competência originária dos Tribunais estaduais "será definida na Constituição do Estado" (CF, art. 125, § 1º) e regulada, no ponto, por lei estadual de organização judiciária, de iniciativa do Tribunal de Justiça local.



As únicas exceções à cláusula inscrita no art. 125, § 1º, da Constituição Federal acham-se descritas no próprio texto da Lei Fundamental da República, no ponto em que esta fixa, diretamente, em "numerus clausus", hipóteses de competência originária das Cortes judiciárias locais: (a) para o julgamento de ações penais originárias promovidas contra Prefeitos Municipais (CF, art. 29, X) e contra Juizes estaduais e membros do Ministério Público local, ressalvada, quanto a estes últimos, a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 96, III) e (b) para o exame da ação direta interventiva ajuizada com a finalidade de viabilizar a intervenção do Estado-membro no Município (CF, art. 35, IV).

O fato, Senhora Presidente, é que a competência dos Tribunais de Justiça locais, notadamente aquela de caráter originário, é regida por normas fundadas na Constituição da República, na Carta Política dos próprios Estados-membros e nas leis estaduais de organização judiciária.

É por essa razão, como salientam os autores (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, "op. cit.", p. 444, item n. 3, v.g.) - que o próprio Código de Processo Civil não define as causas sujeitas à competência originária dos Tribunais estaduais (art. 93), precisamente por respeitar, no tema, a cláusula de reserva de Constituição, que exclui, da esfera do legislador comum da União, a

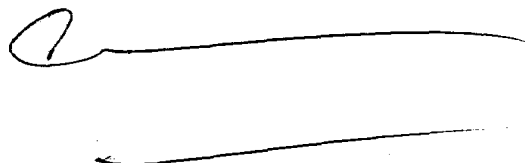


definição das matérias que podem ser incluídas no âmbito das atribuições jurisdicionais originárias dessas mesmas Cortes judiciárias estaduais.

**Não se pode desconsiderar** que a Constituição Federal, no art. 125, § 1º, expressamente outorgou, ao Estado-membro, a possibilidade de definir, no texto de sua própria Constituição, a competência do Tribunal de Justiça local.

**Não cabe**, desse modo, ao legislador comum da União, tal como este o fez, **impropriamente**, ao editar a Lei nº 10.628/2002, modificar, ampliar ou reduzir o rol de competências originárias das Cortes judiciárias locais, pois essa tarefa foi **explicitamente deferida**, com exclusividade, pelo legislador constituinte, aos **próprios Estados-membros**.

**Cabe ter presente**, neste ponto, o autorizado magistério de UADI LAMMÊGO BULOS ("Constituição Federal Anotada", p. 1.074, 5ª ed., 2003, Saraiva), para quem "**Cabe à Constituição do Estado regular a competência dos Tribunais de Justiça (...)**", **sem prejuízo** da regulação, **por legislação estadual**, dos demais temas pertinentes à organização judiciária local.



**Impende referir, de outro lado, a precisa lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", p. 34, 2ª ed., 1999, Saraiva), segundo a qual "Quer a Constituição que a competência dos tribunais estaduais seja fixada pela respectiva Carta Magna, e, assim, não fique a mercê da legislação ordinária. O fito dessa norma é dar maior estabilidade a essas regras" (grifei).**

**Cumprе assinalar, ainda, por necessário, na linha desse entendimento, que a jurisprudência desta Suprema Corte (RTJ 140/26, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RTJ 175/548, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), com fundamento no art. 125, § 1º, da Constituição Federal, tem enfatizado caber, às próprias Constituições Estaduais, a fixação da competência originária das Cortes judiciárias locais:**

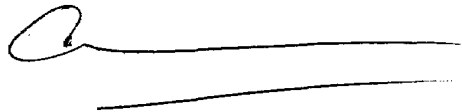
**"Justiça dos Estados: competência originária dos tribunais locais: matéria reservada às Constituições estaduais.**

**1. A demarcação da competência dos tribunais de cada Estado é uma raríssima hipótese de reserva explícita de determinada matéria à Constituição do Estado-membro, por força do art. 125, § 1º, da Lei Fundamental da República; o âmbito material dessa área reservada às constituições estaduais não se restringe à distribuição entre os tribunais estaduais da competência que lhes atribua a lei processual privativa da União; estende-se - quando a não tenha predeterminado a Constituição Federal - ao estabelecimento de competências originárias *ratione muneris*, assim, as relativas ao mandado de segurança segundo a hierarquia da autoridade coatora.**

**2. Não confiada pela Constituição respectiva a um dos tribunais estaduais, a competência originária para certo tipo de processo, há de seguir-se a regra geral de sua atribuição ao juízo de primeiro grau, que não pode ser elidida por norma regimental."**  
(RTJ 185/711, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Cabe acentuar, por pertinente, **que a discussão** em torno da validade constitucional da Lei nº 10.628/2002 - **consideradas as premissas** em que esse debate se trava, **versando a possibilidade**, ou não, **de a lei ordinária ampliar a competência originária** do Supremo Tribunal Federal (e de outras Cortes judiciárias cujas atribuições **também** se achem **unicamente** definidas em sede constitucional) - **confere impressionante atualidade ao precedente histórico** que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **firmou** no caso "*Marbury v. Madison*", em 1803, **quando** aquela Alta Corte **enfaticamente assinalou** que o delineamento constitucional de suas atribuições originárias **foi concebido** pelos "*Founding Fathers*" com o claro propósito **de inibir** a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, **impedindo-o de proceder**, em sede de legislação **meramente ordinária**, **a indevidas ampliações** da competência daquele Tribunal, **fazendo**, do rígido círculo traçado **pelo Artigo III** da Constituição americana, **um instrumento de proteção** do órgão de cúpula do Poder Judiciário, **em face** do Poder Legislativo **daquela** República.

Vale mencionar, neste ponto, a observação feita por BERNARD SCHWARTZ ("*A Commentary on the Constitution of the United*



**States"**, Part I, p. 367, n. 143, 2ª ed., 1963, The Macmillan Company, New York), **a propósito** do alto significado político-jurídico **de que se revestiu** a decisão proferida em "Marbury v. Madison":

**"Even more important, as a consequence of the original jurisdiction of the highest Court being derived from the basic document itself, is the placing of such jurisdiction beyond Congressional control. This has been settled ever since Marbury v. Madison. The statute held unconstitutional there was one which was construed as vesting the Supreme Court with the original jurisdiction to issue writs of mandamus. Chief Justice Marshall rejected the contention that, since the organic clause assigning original jurisdiction to the high bench contained no express negative or restrictive words, the power remained in the legislature to assign original jurisdiction in that Court in cases other than those specified. On the contrary, said Marshall, a negative or exclusive sense must be given to the cases of original jurisdiction spelled out in Article III.**

**The statute at issue in Marbury v. Madison, was ruled invalid because it sought to give the Supreme Court original jurisdiction in a case not specified by Article III. Under Marbury v. Madison, then, the Congress may not enlarge the original jurisdiction of the high bench. But the reasoning of that great case applies with equal force to legislative attempts to restrict the Supreme Court's original jurisdiction. The constitutional definition of such jurisdiction deprives Congress of any power to define it. The legislative department may neither extend nor limit the terms of the organic grant."** (grifei)

**É importante rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, há 110 anos, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante**

atividade legislativa comum, **ampliar, suprimir ou reduzir** a esfera de competência da Corte Suprema, **pelo fato** de tal complexo de atribuições jurisdicionais **derivar**, de modo imediato, **do próprio texto constitucional, proclamando**, então, naquele julgamento, a **impossibilidade** de tais modificações por via **meramente** legislativa, **"por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)"** ("**Jurisprudência/STF**", p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional - **grifei**).

**Em suma**, Senhora Presidente, o Congresso Nacional **não pode** - simplesmente porque **não dispõe, constitucionalmente**, dessa prerrogativa - ampliar (**tanto quanto** reduzir ou modificar), **mediante** legislação comum, **a esfera de competência originária** do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

**Nem se diga**, de outro lado, que o Congresso Nacional, **revivendo** uma prática **que pertenceu** ao Poder Legislativo **sob** a Carta Política do Império do Brasil (**art. 15, incisos VIII e IX**), **poderia**, hoje, **anacronicamente**, mediante atividade legislativa, **interpretar** a Constituição, **tal como sucedeu**, p. ex., **já no final** do período regencial, com a Lei nº 105, de 12/05/1840 (**a denominada** Lei de Interpretação), **que fixou** a exegese **de determinados** preceitos da Constituição imperial, **consubstanciados** no Ato Adicional de 1834.

**Menos viável**, ainda, revelar-se-á tal possibilidade, **se se considerar** que a interpretação **consustanciada** na Lei nº 10.628/2002 **afeta exegese** que o Supremo Tribunal Federal, **em sua condição institucional** de guardião da Lei Fundamental, **deu ao próprio texto** da Carta Política.

**A esse respeito**, cabe rememorar **as procedentes razões** que foram expostas no douto voto do eminente Relator:

"46. A indagação que assim logo se põe é saber **se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República.**

**47. A resposta é negativa.**

.....  
**50. O ponto está em que às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição.**

.....  
**57. De tudo resulta** que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional.

**58. Tanto pior se, de sobra, contraria a jurisprudência** do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte.

.....  
**62. Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição:** aí, a questão é de inconstitucionalidade **formal**, ínsita a toda norma de gradação inferior que se propõe a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.

**63. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se** ao entendimento da jurisdição constitucional, **às razões dogmáticas** acentuadas **se**

**impõem** ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.

.....  
**65. Quando, ao contrário, a lei ordinária** (ou o ato de governo) é que pretendam inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, **não pode demitir-se este** do seu poder-dever de **opor** o seu veto à usurpação do seu papel.

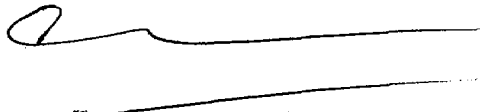
.....  
**67. Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura** pelo Supremo Tribunal da Constituição **seria dizer** que a interpretação constitucional da Corte **estaria sujeita** ao referendo do legislador, **ou seja**, que a Constituição - **como entendida** pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia - **só constituiria** a Lei Suprema **na medida** da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, **o legislador ordinário**, ao contrário, submetido aos seus ditames.

**68. Tenho, pois, por inconstitucional o § 1º do art. 84 CPrPenal, acrescido pela lei questionada." (grifei)**

**Daí a correta lição** expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE ("Revista de Direito Renovar", vol. 24/78-79, set/dez 02), **que também recusa**, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, **mediante** verdadeira "sentença legislativa", **explicitar**, em texto de lei ordinária, **o significado da Constituição**.

**Diz esse ilustre autor:**

"Na direção inversa - da harmonização do texto constitucional com a lei - haveria a denominada 'interpretação da Constituição conforme as leis', mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de 'mão trocada' se justificaria pela



maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos.

O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma 'legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis'.

**Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação 'correta' do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este."** (grifei)

Cabe enfatizar, de outro lado, por necessário, que o § 1º do art. 84 do CPP, tal como redigido, traduz hipótese virtualmente idêntica àquela prevista na Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, que foi cancelada quando do julgamento do Inq 687-QO/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 179/912-913), ocasião em que esta Corte, fundada no princípio republicano, corretamente assinalou que "as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como o são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos" (grifei).

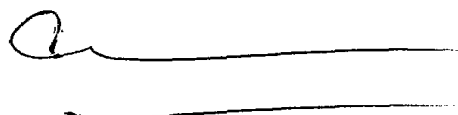
Entendo, Senhora Presidente, que o § 1º do art. 84 do CPP, introduzido pela Lei nº 10.628/2002, ao ampliar, indevidamente,



a esfera de competência **originária** do Supremo Tribunal Federal (e de outras Cortes judiciárias), **também** incide **em outra grave** violação constitucional, **além** daquela referida no início **deste** voto, pois o diploma legislativo em causa - ao estender, **a ex-ocupantes** de cargos públicos, a prerrogativa de foro - **ofende o princípio republicano**, que traduz postulado essencial de nossa organização político-constitucional.

**A evolução histórica** do constitucionalismo brasileiro, **analisada** na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, **demonstra** que as **sucessivas** Constituições de nosso País, **notadamente** a partir de 1891, **têm se distanciado**, no plano institucional, de um modelo **verdadeiramente** republicano.

**Na realidade**, as Constituições republicanas do Brasil **não têm sido capazes** de refletir, em plenitude, as premissas **que dão** consistência doutrinária, **que imprimem** significação ética e **que conferem** substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, **fundados** em ideações e práticas de poder **que exaltam**, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, o privilégio pessoal e **que desconsideram**, por isso mesmo, **de modo inaceitável**, um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, **que se orienta** pelo vetor axiológico da igualdade.

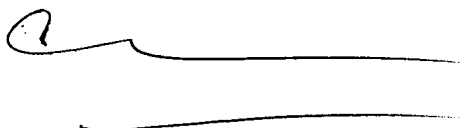


Daí a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO ("Constituição Federal Brasileira", p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), que associa, à autoridade de seus comentários, a experiência de membro da primeira Assembléia Constituinte da República e, também, a de Senador da República e a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*"Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito (...)." (grifei)*

Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos que não mais se achem no desempenho da função pública cujo exercício lhes assegurava a prerrogativa de foro "*ratione muneris*".

É certo que a prerrogativa de foro - cuja existência é justificada pela necessidade de preservar-se a dignidade da função e de proteger-se a independência de seu exercício - acha-se instituída em nosso sistema constitucional. Mas instituída, Senhora Presidente, considerado o que dispõe a própria Constituição (e somente esta), unicamente para aqueles que se encontrem "*in officio*", nunca para



os que não mais detenham certas titularidades funcionais no aparelho de Estado.

As atribuições constitucionais das Cortes judiciárias, por isso mesmo, **devem** merecer interpretação **que impeça a expansão indevida**, por efeito de **imprópria** atividade legislativa comum, **da competência originária** dos Tribunais superiores, **para que não se privilegiem**, de um lado, **os ex-ocupantes** de cargos públicos, e **para que se não iniba**, de outro, **a aplicação ordinária** do postulado do juiz natural.

Entendo importante destacar, neste ponto, Senhora Presidente, que a **vigente** Constituição do Brasil - **ao pluralizar**, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro - **incidiu** em verdadeiro paradoxo institucional, **pois**, pretendendo ser republicana, mostrou-se **estranhamente** aristocrática. **Na verdade**, o constituinte republicano, **ao demonstrar** essa visão aristocrática e seletiva de poder, **cometeu** censurável distorção na formulação de uma diretriz **que se pautou** pela perspectiva do Príncipe ("ex parte principis") e **que se afastou**, por isso mesmo, do postulado da igualdade.

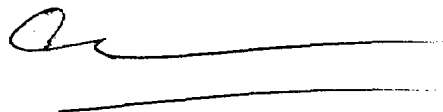
Ninguém ignora que a Carta Política do Império do Brasil, de 1824, **consagrou apenas** cinco (5) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, **que era**

o **órgão de cúpula** do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II).

A **Constituição** promulgada em 1988, no entanto, **não foi capaz de igual parcimônia**, ao ampliar, **para quase 20 (vinte)**, as hipóteses de privilégio de foro, **além de conferir autorização aos Estados-membros** para incluir, nas Cartas estaduais, **outras novas hipóteses** de prerrogativa de foro perante os respectivos Tribunais de Justiça, **com ressalva**, apenas, para os casos de competência do Júri (**Súmula 721/STF**).

É certo que a prerrogativa de foro, **tal como prevista na Constituição da República**, acha-se estabelecida "*ratione muneris*", **destinada a compor** o estatuto jurídico de **determinados** agentes públicos, **enquanto ostentarem** essa particular condição funcional, **porque** vocacionada, **sempre** nas hipóteses definidas no texto constitucional, a proteger aquele **que está a exercer ou a titularizar determinada** função pública, **não se estendendo**, porém, **por absoluta incompatibilidade** com o princípio republicano, **aos ex-ocupantes** de certos cargos públicos.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já se manifestou** no sentido de que, **tratando-se** de determinados **ocupantes** de cargos públicos, **inexiste**, quanto a eles, situação de privilégio de



caráter pessoal. **Trata-se**, ao contrário, de uma prerrogativa **de ordem estritamente funcional**, que, **prevista** em sede constitucional, **destina-se a proteger** - enquanto derrogação extraordinária dos postulados da igualdade e do juiz natural - **aquele** que se acha e que **ainda** se encontra no desempenho de **determinado** ofício público.

Na verdade, **o que deve legitimar** o reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal (e das demais Cortes judiciárias) **deve ser**, unicamente, **a atualidade do exercício** do mandato **ou** da titularidade de determinadas funções públicas **que justificam a prerrogativa de foro**. Nada deve conduzir à preservação dessa competência originária, **ainda** que mediante invocação da "*perpetuatio jurisdictionis*", **quando cessado** o desempenho funcional do cargo **ou** do mandato cuja titularidade **justificava** a aplicação, **sempre excepcional**, da regra constitucional concernente à prerrogativa de foro.

**Por isso mesmo**, Senhora Presidente, **e considerando** que o princípio republicano já se encontra **por demais mitigado** no atual texto constitucional, **entendo que não deva ele sofrer**, uma vez mais, nova derrogação, **notadamente** por via legislativa **meramente ordinária**, **que objetiva** conferir, **a ex-ocupantes** de cargos públicos **ou** de mandatos eletivos, o foro por prerrogativa de função, **que traduz**, em minha opinião - **não obstante** sua larga utilização pela

Carta da República - **situação excepcional** que só deve ser permitida nas hipóteses **estritamente** autorizadas pela própria Constituição Federal.

Nem se diga, finalmente, Senhora Presidente, que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa **revestem-se** de natureza penal, **em ordem** a justificar, **com tal qualificação**, o reconhecimento, na espécie, da legitimidade constitucional do diploma normativo **impugnado** nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

Não se questiona que os atos de improbidade administrativa **podem induzir** a responsabilidade penal de seu autor, **assumindo**, na diversidade dos tipos penais existentes, **múltiplas formas** de conduta delituosa.

Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa **também** assumem qualificação jurídica **diversa** daquela de caráter penal, **apta**, por isso mesmo, a viabilizar, **no contexto** da pertinente ação civil pública, a imposição das sanções **previstas**, expressamente, **no art. 37, § 4º**, da Constituição Federal, **que assim dispõe**:

**"Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função**

**pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível." (grifei)**

Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este **distingue**, de maneira muito clara, **entre** as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro.

**Dá a correta advertência** formulada por ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.648, 2ª ed., 2003, Atlas):

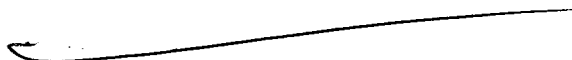

**"A natureza civil dos atos de improbidade administrativa** decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a **independência** da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula '**sem prejuízo da ação penal cabível**'.

**Portanto**, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público, **responderá**, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, **por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal** por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial." (grifei)

**É tempo de concluir o meu voto**, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, **peço vênica** para julgar integralmente **procedente** a presente ação direta, **em ordem a declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24/12/2002**, que acresceu, ao art. 84 do CPP, os

respectivos §§ 1º e 2º, acompanhando, portanto, o doutíssimo voto proferido pelo eminente Relator.

É o meu voto.





15/09/2005

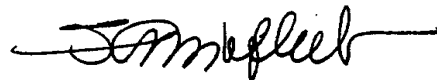
TRIBUNAL PLENO

**ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Presidente): Senhores. Ministros, sou a última a votar em razão da ausência do Presidente e não tenho, evidentemente, nada a acrescentar às razões tão bem expostas nos votos dos Colegas que me antecederam.

Peço vênua ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam para aderir à divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau. Conseqüentemente, voto pela improcedência da ação. Adoto as razões por eles expendidas e aquelas tão brilhantemente expostas pelo Ministro Gilmar Mendes.

Não posso, porém, deixar de comentar que toda a discussão que tivemos estará em breve superada com a provável edição da emenda constitucional que já se encontra em andamento no Congresso Nacional.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.860-0**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL


**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que julgava procedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 22.09.2004.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 10.11.2004.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 15.09.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

7)   
Luiz Tomimatsu  
Secretário