

4.11 REPUBLICAÇÃO E ERRATA

4.11.1 Republicação de artigo doutrinário devido à parcial supressão no conteúdo divulgado

Na 2ª edição do *MPMG Jurídico*, foi divulgado artigo no item 3.1.9 faltando três parágrafos do texto. Assim, gostaríamos de pedir desculpas sinceras ao autor pelo lamentável incidente e republicar, na íntegra, o excelente artigo divulgado.

3.1.9 A polêmica proporcionada pela alteração do art. 84 do CPP, levada a efeito pela Lei 10.628/2002

Elias Paulo Cordeiro

Procurador de Justiça

*Coordenador Jurídico da Procuradoria de Justiça
de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais*



Elias Paulo Cordeiro

A Constituição Federal estabelece, no art. 102, inciso I, alínea “b”, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Dispõe, outrossim, no art. 125, que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, enfatizando, no parágrafo primeiro, que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Em consonância com os preceitos constitucionais acima informados, a Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas, o Secretário de Estado, ressalvado o disposto no § 2º do artigo 93, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 106, I, “b”).

Coerente com tal orientação, o art. 84 do Código de Processo Penal dispunha que a competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade

É possível abstrair duas premissas básicas dos preceitos constitucionais em foco: a Constituição Federal de 1988 dispôs, de forma clara, que o foro por prerrogativa de função é atributo do cargo do Presidente da República e demais autoridades ali especificadas. Além do mais, a competência dos tribunais deverá ser definida nas constituições estaduais.

[...] Desde logo, observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (art. 5º, caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Aqui, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que executa na sociedade...¹

Em 03 de abril de 1964, o Egrégio Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula n.º 394, que assim dispunha: “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”.

Como bem se percebe, referida Súmula estendeu o foro privilegiado para os agentes que cometeram crimes durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou ação penal viessem a ser instaurados posteriormente à cessação do mandato ou perda do cargo. A justificativa oficial para a adoção de tal medida era a de que havia necessidade de proteger o cargo, a função ou o mandato, dada a sua relevância no cenário político institucional.

O argumento não procede. Integra uma tradição cultural brasileira, que faz cair por terra o preceito constitucional, segundo o qual, “Todos são iguais perante a lei”, estampado no art. 5º, caput, da atual Carta Magna e que também integrava o texto da Constituição então em vigor, de 1946 (art. 141, § 1º). Percebe-se que, especialmente na época em que a súmula foi editada, havia um certo constrangimento em processar criminalmente e aplicar sanções penais a determinadas pessoas, mormente aquelas detentoras de alguns cargos ou funções de relevo.

Havia o entendimento de que tais pessoas não deveriam responder criminalmente por seus atos perante o juízo singular comum, dada a relevância de suas funções. A partir da perda do cargo ou função, a manutenção da competência por prerrogativa de foro, a toda evidência, passou a ser verdadeiramente um benefício pessoal, em desobediência ao princípio da igualdade.

Não podemos perder de vista que na ocasião da edição da referida Súmula o País vivia em plena turbulência política e institucional, com a recente implantação do regime de exceção a partir de 31 de março.

Um exemplo histórico de lei casuística foi a edição, ainda no período ditatorial, da chamada “Lei Fleury” (Lei 5.941/73), que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, objetivando beneficiar o Delegado de Polícia Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que estabeleceu que “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso” (art. 1º, § 2º). Não por coincidência, a benesse servia como luvas para o então processado.

[...] esses fundamentos que tentam justificar a aplicação da Súmula 394 são insofismavelmente frágeis. A pretensa superioridade no quesito imparcialidade, atribuída aos tribunais em detrimento dos juízes comuns, nem sempre se demonstra no caso concreto. Ora, os magistrados singulares ingressam na carreira por concurso público de provas e títulos enquanto que nos tribunais superiores, principalmente no Supremo Tribunal Federal, seus membros são nomeados pelos próprios administradores e sabatinados pelos políticos cuja impunidade eles podem assegurar. Com certeza, se a influência no julgamento desse tipo de causa efetivamente ocorrer, um ministro está mais sujeito a senti-la do que o juiz comum...²

Com o passar dos anos, percebeu-se que a manutenção daquele posicionamento proporcionava uma verdadeira impunidade aos infratores, uma vez que, concentrando a tramitação de todas as ações penais nos tribunais superiores, envolvendo agentes e ex-agentes políticos, muitas vezes os réus eram beneficiados com a ocorrência da prescrição.

No caso específico do Estado de Minas Gerais, integrado por 853 municípios, a questão era bem visível. Imagine-se a concentração de ações penais envolvendo prefeitos e ex-prefeitos municipais que exerceram mandatos em duas gestões anteriores, em apenas três Câmaras Criminais.

Em 25 de agosto de 1999, o próprio Supremo Tribunal Federal cancelou a referida súmula, voltando a vigorar o texto primitivo do art. 84, do Código de Processo Penal, acima transcrito.

Depois de vigorar por mais de trinta e cinco anos, a Súmula 394/STF teve seu cancelamento decidido em sessão plenária do Excelso Pretório do último dia 25 de agosto, no julgamento (iniciado em 30 de abril de 1997) de Questão de Ordem suscitada no Inquérito 687-SP, em que figurava como indiciado ex-deputado federal (...)

...Nessa decisão histórica, foi assinalado pelo Ministro SIDNEY SANCHES, relator do caso, que a medida de cancelamento tem efeito ex nunc. Significa isso dizer que subsistem válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula. Gozam da prerrogativa de foro especial para processo e julgamento por crimes comuns as autoridades, ocupantes de cargos públicos e exercentes de mandato, indicados na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis de organização judiciária. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional (deputados federais e senadores) e o Procurador-Geral da República, por exemplo, são processados e julgados, por infrações penais comuns, perante o STF, que também processa e julga os Ministros de Estado, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade...³.

Evidentemente que o cancelamento da referida súmula desagradou a muitos setores diretamente atingidos pela mudança de posição do Pretório Excelso.

Ao mesmo tempo, pretendeu-se o reconhecimento, tanto do Superior Tribunal de Justiça, como do Supremo Tribunal Federal, de que as ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei 8.429/92, envolviam verdadeiramente crimes de responsabilidade, devendo, portanto, ser julgadas pelos tribunais pertinentes, como foro por prerrogativa de função.

No acórdão proferido na Reclamação nº 591, em que figurou como Reclamante Délvio Buffulin e Reclamado o Juízo Federal da 12ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, tendo como relator o Ministro Nilson Naves, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela improcedência do pedido, negando o direito ao foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa. Eis um trecho da ementa da referida decisão:

...Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (...) não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau...

Nos autos da Reclamação nº 2138, interposta pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos SAE da Presidência da República, Ronaldo Mota Sardemberg, perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pretende o Reclamante o reconhecimento de que os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/92, “correspondem a crimes de responsabilidade” e, portanto, que a competência para processar e julgar a demanda seria do Pretório Excelso. Pelo Ministro Nelson Jobim foi concedida liminar, suspendendo a eficácia da sentença reclamada, proferida pelo Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo que até a presente data não houve decisão definitiva na referida Reclamação.

Entendemos que, considerando que o art. 102, I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal, trata especificamente da competência originária para julgamento das autoridades ali referidas, nos casos de infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, não se pode interpretar de maneira extensiva o texto constitucional, ampliando o chamado foro privilegiado para as hipóteses de ações civis por atos de improbidade administrativa. É questionável, outrossim, a pretensão de transmutar a natureza das ações por improbidade administrativa, para caracterizá-las como verdadeiras ações penais, em virtude do forte conteúdo repressor das sanções previstas na Lei 8.429/92 e, especialmente, em face da importância do cargo exercido por alguns agentes políticos, como no caso do reclamante referido no parágrafo anterior.

Percebe-se, uma vez mais, que o princípio constitucional da igualdade está sendo questionado.

Em 24 de dezembro de 2002, no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique Cardoso, foi editada a Lei 10.628/2002, alterando os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando os parágrafos 1º e 2º, com a seguinte redação:

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.

A inconstitucionalidade do novo texto legal é flagrante.

Se bem analisarmos o conteúdo do parágrafo primeiro, perceberemos que, com poucas alterações, reproduziu-se o texto da súmula cancelada. A única diferença notável, além da de natureza gramatical, é que o § 1º restringe a extensão do foro especial para delitos envolvendo atos administrativos do agente, enquanto que a súmula estabelecia a manutenção daquela competência para qualquer inquérito ou ação penal envolvendo o ex-detentor da função ou cargo público.

Por uma dessas razões que a lógica e a coerência não explicam, incluiu-se o parágrafo segundo que, inserido em dispositivo legal que trata especificamente da competência por prerrogativa de função, relativamente às pessoas que devam responder pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, estabeleceu que as ações de improbidade, de que trata a Lei 8.429/92, deverão ser propostas 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.

Em outras palavras, estabeleceu-se uma anomalia, decorrente da pretensão deduzida nas Reclamações ajuizadas no STJ e STF, no sentido de que se reconhecesse a natureza criminal das ações de improbidade administrativa, com o claro objetivo de proteger detentores e ex-detentores de cargos ou funções públicas, que não seriam processados e julgados pelos juízes singulares.

Além do mais, ao reconhecer a natureza criminal das ações de improbidade, estar-se-ia estabelecendo que haveria um verdadeiro *bis in idem* se o agente fosse processado em virtude do delito e em face da improbidade, o que, por óbvio, não tem qualquer pertinência.

Como se pode observar, as modificações do texto do art. 84 do Código de Processo Penal afrontaram o disposto no art. 102, I da Constituição Federal, eis que, em se tratando de lei ordinária, não poderia estabelecer que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevista na Carta Magna, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. O texto constitucional é expresso no sentido de que foro privilegiado está restrito aos agentes políticos, no exercício de seus mandatos ou cargos.

Houve igualmente afronta ao preceito estampado no art. 125, § 1º, da Lei Maior, que estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, e que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Como já dito, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente o Secretário de Estado, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Ora, se a Constituição Federal determina que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, e esta prevê a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar os detentores dos cargos e agentes políticos que especifica, o dispositivo inserto no Código de Processo Penal que altera tais preceitos é flagrantemente inconstitucional.

Em virtude de tais anomalias, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2797), pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei

10.628/2002.

Naquele feito, não foi concedida a liminar pleiteada, de suspensão cautelar da eficácia dos dispositivos em foco, sendo que a decisão foi proferida em 07.01.2003.

No que se refere aos processos criminais envolvendo ex-prefeitos municipais, no Estado de Minas Gerais, estabeleceu-se uma grande dificuldade na tramitação dos mesmos.

A Egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça, declarou, incidenter tantum, à unanimidade de votos, a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, em decisão proferida no dia 26 de novembro de 2003 (autos nº 1.0000.03.401472-0/000).

As três Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça igualmente decidiram, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da referida lei, com a conseqüente remessa dos Processos de Competência Originária envolvendo ex-prefeitos para os juízos de 1ª Instância.

Nesse interregno, enquanto aguardava a decisão definitiva do STF, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, firmou a competência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para julgamento dos Processos de Competência Originária referentes a ex-agentes políticos municipais e, como conseqüência, alguns PCOs chegaram a ser julgados pelo TJMG.

Somente no dia 15 de setembro próximo passado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal.

Restabeleceu-se, assim, por ora, a segurança jurídica.

Entretanto, a discussão acerca do tema não terminou. A manutenção do foro privilegiado está prevista na parte remanescente da PEC da Reforma do Judiciário que não foi promulgada e ainda está em tramitação no Congresso Nacional. A proposta, do Senado Federal, estabelece que “a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função”.

Como se vê, superado o embate jurídico, reinicia-se agora o político.

Notas:

¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Competência por prerrogativa de função, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4535>, última visita: 30.09.05

² Fernando David de Melo Gonçalves, O foro privilegiado e a Lei nº 10.628/02, disponível em http://www.revistaautor.com.br/artigos/2003/W22/FDM_22.shtml, última visita: 27.09.05

³ Geraldo Magela e Silva Meneses, Foro por prerrogativa de função: nova diretriz do STF, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=846>, última visita: 27.09.2005