

A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA EM FACE DA LEI 10628 DE 2002: JUSTIÇA PARA PRETO, POBRE E PROSTITUTA?

A PROCLAMAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO STF CONTRA O PODER ECONÔMICO

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira
Promotor de Justiça

“As classes dominadas internalizaram o caráter violento, injusto e desigual de sua situação. Elas não vêem seu direito à segurança realizado; têm de se defender por si mesmas. Usam da violência – que, na verdade, é antiviolação, reação a uma violência anterior – como estratégia de sobrevivência e também como meio político de recuperar o que lhes foi negado ou expropriado. Vingam-se assaltando e destruindo”.

“O pluralismo das formas de racionalidade nos libertou, é verdade, das velhas hierarquias e esquemas de dominação totalitária a partir de um único tipo de exército da razão. Mas fez surgir um outro problema: como se relacionam entre si as várias formas de racionalidade?”

(Leonardo Boff – “A Voz do Arco-Íris” - , Editora Letraviva Editorial).

EMENTA:

NA DISCUSSÃO DA LEI 10.628/02 UMA GRANDE DÚVIDA CERTAMENTE PROVOCARÁ CONFLITOS JURÍDICOS E PROCESSUAIS:

- O INDEFERIMENTO DA LIMINAR NA ADIN 2797 PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP), TEM EFEITO VINCULANTE (STARE DECISIS DO DIREITO NORTE-AMERICANO?)

***Tese apresentada com duas conclusões, sendo a primeira aprovada por maioria e a segunda conclusão aprovada por unanimidade.**

1. A competência originária

A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA, também chamada de “competência em razão da pessoa” ou “foro privativo”, cuida da competência pela prerrogativa de função, sendo esta competência absoluta.

As perguntas que são feitas para descobrir a competência originária é:

Qual é a JURISDIÇÃO competente?

Jurisdição Superior ou Jurisdição Inferior? – enfim, a Ação deverá ser proposta na 1ª instância, ou diretamente na 2ª instância.

Se a resposta for na 2ª instância, neste caso, tratar-se-á de competência originária.

A primeira característica do foro privativo é ser estabelecido em relação ao cargo que a pessoa ocupa e não em relação a sua pessoa. Daí porque alguns autores de renome na doutrina não gostarem das expressões “foro em razão da pessoa” ou “foro privilegiado”.

Assim, o foro privilegiado, a saber, levando em conta a pessoa e não o cargo que a mesma ocupa, é INCONSTITUCIONAL, pois configura juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII c/c artigo 37, caput e 37, II, todos da CF/88). Logo, lei determinar que o STF julgará “A” e sua família é foro privilegiado em relação a pessoa, sendo moralmente e juridicamente repudiável. Da mesma forma, lei criada após o fato criminoso, prevendo competência originária, fere o princípio do juiz natural, já que configura também, Tribunal de Exceção.

Portanto, todos temos direito de ser julgados por um órgão judiciário previamente estabelecido em lei e por juízo competente.

Outro aspecto de relevo neste contexto é que as garantias dadas pela Carta Magna aos Promotores, Magistrados, Parlamentares são em razão do cargo que ocupam, e não para sua pessoa. Assim, se por exemplo um parlamentar está sendo processado e tem garantias constitucionais para seu cargo, se disser que “abre mão delas”, estará mentindo, pois não são para sua pessoa e sim para seu cargo, devendo, portanto, renunciar ao cargo e assim, se não for aplicável a Súmula 394 do STF (restaurada pela Lei 10.628/02), sujeitar-se-á as medidas legais como qualquer cidadão.

Uma questão filosófica e jurídica da competência originária, é saber quais as razões para a Constituição Federal estabelecer o foro pela prerrogativa de função (competência originária)?

A resposta dada pela doutrina é:

1) Evitar a inversão da hierarquia, ou seja, impedir que uma alta autoridade seja julgada por órgão de instância inferior de jurisdição;

Ex: Um desembargador que comete um crime. Ora, não teria sentido o mesmo ser julgado, por exemplo, por um juiz substituto.

2) Evitar que o órgão de jurisdição inferior sofra pressões. No exemplo acima dado, o STJ estará menos sujeito a pressões ou forças políticas, do que o juiz substituto;

3) O julgamento por Tribunais de jurisdição superior, sempre colegiado, oferece segurança jurídica maior, pois o julgamento será feito por “várias cabeças experientes”.

A competência pela prerrogativa de função, em síntese apertada, ocorre nos seguintes casos expressamente delineados na CF/88:

1. Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “b” e “c”)

Incumbe ao STF processar e julgar o Presidente da República em crime comum, com juízo de admissibilidade realizado pela Câmara dos Deputados, pela autorização de 2/3 de seus membros (artigo 51, I da CF/88).

Incumbe, outrossim, julgar o Procurador-Geral da República, o Ministro do STF, Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, todos em crimes comuns.

Em relação aos Ministros de Estado, o STF julgá-los-á por crimes comuns e de responsabilidade, salvo, este último, se cometido em conexão com o Presidente da República, caso em que o Senado Federal julga-los-á, bem como os membros dos Tribunais superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (artigos 102, I, “c” c/c 52, I, todos da CF/88).

E se um cidadão comete um crime em co-autoria ou participação com o Presidente da República, quem julga-lo-á?

Prevalece a jurisdição superior, logo, o STF julgará ambos, exercendo a vis atrativa. Ex: O Ex-Presidente da República Collor foi processado no STF, juntamente com Paulo César Faria e Bandeira, que não tinham foro pela prerrogativa de função.

E o advogado-geral da União, quem julgará?

A CF/88 lamentavelmente não previu o foro privativo para o advogado-geral da União, embora tenha dado ao mesmo prerrogativas de Ministro de Estado (artigo 131 e ss). Logo, para alguns, quem julgará o advogado da União será o juiz federal (em crimes federais) ou juiz de direito local ou o Tribunal do Júri (se praticar crime doloso contra a vida). Para outros, será o STF, em face da prerrogativa de Ministro de Estado.

2. Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, “a” da CF/88)

Incumbe ao STJ julgar o Governador e Desembargadores pelos crimes comuns. Alguns Estados-membros prevêm em suas Constituições Estaduais, o juízo de admissibilidade feito pela Assembléia Legislativa, o que vem sendo interpretado como inconstitucional pelo STF, face a CF/88 não ter previsto tal juízo de prelibação.

3. Tribunal Regional Federal (artigo 108, I e 109, XI da CF/88)

Incumbe ao TRF processar e julgar os juízes federais da área de sua jurisdição, inclusive os juízes da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar, nos crimes comuns e de responsabilidade, inclusive os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Por força das Súmulas 2081 e 2092 do STJ, o TRF ainda julgará, por “simetria constitucional ao Tribunal de Justiça”, Prefeitos que cometerem o crime no mandato e ainda estiverem no mandato (ou que o deixarem – vide Lei 10628/02) por desvios de verbas sujeitas a prestação de contas perante órgão federal.

Todavia, como a CF/88 não fez distinção entre crimes estaduais e federais, todos os demais crimes não previstos na Súmula 208 do STJ não contemplados nas citadas Súmulas, deverão ser julgados pelo Tribunal de Justiça.

O TRF somente julgará Prefeito (combinando as Súmulas 208 e 209 do STJ) se a verba da União desfalcada não estiver incorporada ao Município, porque assim, atinge um bem da União e não se pode falar em violação da Carta Magna, artigo 29, X, em face do artigo 109, IV (interpretação sistemática). Se estiver incorporada ao Município, a lógica é que a verba não mais pertence a União e assim, compete a Justiça Comum Estadual o seu processo, via Tribunal de Justiça (Súmula 209 do STJ c/c artigo 29, X da CF/88).

4) Tribunais de Justiça (artigo 29, X e 96, III da CF/88)

Incumbe ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito por crime comum, bem como os Promotores e Magistrados, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹ “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”(referência a CF/88, art. 109, IV);

² “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”(referência a CF, art. 29, X).

Igual previsão de competência é prevista no Poder Constituinte Derivado Decorrente³ (Constituição Estadual), artigo 106, I, “b”, fixando a competência para o Egrégio Tribunal de Justiça.

E se um civil cometer um delito junto com um juiz de direito?

Prevalece a competência do foro pela prerrogativa de função, logo, ambos serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

Contudo, a dúvida surge em relação ao crime da competência do Júri, prevalecendo o entendimento que deve haver o desmembramento, ou seja, o juiz será julgado pelo TJ e o civil pelo Egrégio Tribunal do Júri, pois ambas as competências são extraídas da CF/88.

Ressalva-se que pouco importa que o Promotor, Prefeito ou Juiz do Estado de Minas Gerais cometam crimes em outro Estado da Federação, pois o julgamento será no Tribunal de Justiça do Estado que for lotado, logo, no exemplo dado, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

E se um juiz comete crime da competência da Justiça Federal, por exemplo, crime contra o INSS ou tráfico internacional de entorpecentes?

Sendo juiz estadual será julgado pelo TJ do Estado que pertencer e não pelo TRF. Da mesma forma, se um juiz federal cometer crime da competência da Justiça Comum Estadual, será julgado pelo TRF e não pelo TJ.

A única exceção é se o juiz federal ou estadual cometer crime eleitoral, pois neste caso quem julgá-lo-á será a Justiça Eleitoral.

Um outro problema sério da competência originária encontra-se na figura da *Exceção da Verdade*.

*Exceção da verdade*⁴ é meio de defesa pelo qual o réu/querelado, em crimes contra a honra, se propõe a provar a verdade da alegação feita, que ensejou o processo contra a honra.

Tal mecanismo processual está prevista no Código Penal, admitindo, de regra, na calúnia; em apenas um caso na difamação (ofensa contra funcionário público no exercício de suas funções) e não admitindo na injúria. Também prevista na Lei de Imprensa e no Código Eleitoral.

Ex: “A” diz que “B”, no dia x, hora y, local z, cometeu um crime de homicídio, junto de “C” etc. Trata-se de um fato tipificado como crime, logo, calúnia. “B” sente-se

³“Poder Constituinte Derivado decorrente, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal” (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES-O Poder Constituinte, SP, Editora Saraiva, 1985, pg141)

⁴ Artigo 116, I do CP(suspende a prescrição).

caluniado e propõe queixa-crime (peça inicial da Ação Penal Privada). Assim, “A”, querelado, pode defender-se, apresentando a exceção da verdade.

O problema surge quando uma pessoa tem foro pela prerrogativa de função.

Ex: um Promotor de Minas Gerais foi vítima de calúnia, sob a arguta que cometeu um crime de furto, tendo sido proposta queixa-crime por seu advogado, perante o juiz de direito da comarca de Patos de Minas (e não denúncia por outro colega Ministerial, pois o crime indigitado não foi no exercício de suas funções-peculato-, pois, se fosse, o crime seria de Ação Penal Pública Condicionado a representação).

Ocorre que o querelado (quem em tese cometeu a calúnia), na sua defesa, ajuizou a exceção da verdade.

Ora, tendo foro privativo, quem julgará esta exceção da verdade, o juiz de direito local ou o TJ/MG?

Quem julgará a exceção da verdade será o TJ/MG.

Ora, neste caso o TJ/MG não deve julgar também a Ação Penal Privada proposta pelo advogado do Promotor?

O entendimento majoritário de doutrina e jurisprudência é que não, devendo processar e julgar somente a exceção da verdade, permanecendo o Processo-Crime com o juiz de 1ª instância.

Assim, o juízo de admissibilidade da exceção da verdade será processado na 1ª instância e, após o juízo de prelibação, o juiz de direito remete os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que fará o juízo de admissibilidade definitivo, para depois, fazer o juízo de delibação (julgamento), caso em que:

a) se o TJ/MG acolher a exceção da verdade, extrairá peças para o Procurador-Geral de Justiça processar o Promotor, devolvendo os autos à 1ª instância para o juiz absolver o querelado;

b) se o TJ/MG não acolher a exceção da verdade, devolverá os autos à 1ª instância, para o juiz condenar o querelado ou se for o caso, extinguir a sua punibilidade (sendo ação penal privada pode ocorrer a perempção, o perdão, ou mesmo, a prescrição, o que acarretará a extinção da punibilidade), não podendo, entretanto, reconhecer a veracidade dos fatos.

Finalizando essa introdução de competência originária, importante frisar que o procedimento ou rito a ser empregado nos processos de competência pela prerrogativa de função encontra-se na Lei 8.038/90, com defesa prévia antes do recebimento da exordial acusatória pelos Tribunais.

2. . A Lei 10.628/02 e seus bastidores

No tocante ao foro privativo, duas Súmulas do STF devem ser trazidas à colação: a Súmula 394 e 451 do STF.

Vejamos inicialmente a Súmula 394 do STF e sua história nos Tribunais brasileiros.

Súmula 394 do STF:

“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” (princípio da perpetuação da jurisdição c/c o tempo do crime-artigo 4o do Código Penal).

O sempre didático professor Luiz Flávio Gomes⁵ relembra a origem da Súmula 394 do STF:

Essa súmula foi editada pela Suprema Corte brasileira em 03.04.1964, com o objetivo de que houvesse um certo “resguardo no exercício de relevantes funções públicas, assegurando-se aos seus exercentes, em eventual julgamento, a isenção e a independência necessárias.” (Geraldo Menezes).

Consistia, em síntese, em uma garantia bilateral, assegurando imparcialidade e independência do órgão julgador e conseqüentemente segurança jurídica ao acusado, pressupondo a atualidade do exercício do cargo ou do mandato e concomitância do fato/exercício do cargo ou mandato.

A súmula exigia uma relação de contemporaneidade (crime cometido durante o exercício funcional), resguardando desse modo a "perpetuatio jurisdictionis" (processo iniciado numa Corte deveria nela continuar, apesar da cessação da função).

⁵ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

Por esta Súmula, por exemplo, um Promotor de Justiça que cometeu crime durante o exercício de suas atribuições, mas em seguida, foi-lhe concedida aposentadoria, onde seria julgado ?

Pelo Tribunal de Justiça, face a Súmula 394 STF, visto que a competência foi fixada na prerrogativa de função, c/c a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (nº 8.625/93), artigo 40 e Lei Complementar nº 34/94, artigo 105, §4º.

Da mesma forma, um Prefeito que cometeu o crime durante o exercício do mandato, será julgado pelo Tribunal de Justiça, mesmo que deixar o cargo (artigo 29, X da CF/88 c/c a Súmula 394 do STF).

Todavia, a Súmula 394 do STF foi cancelada, ou seja, o Excelso *STF CANCELOU A SÚMULA 394 POR UNANIMIDADE*, razão pela qual não mais se aplicava o princípio da perpetuação da Jurisdição, ou seja, pelo atual entendimento do STF a competência pela prerrogativa de função somente se firma no caso de indiciado, acusado ou réu que ainda se encontrava desempenhando o cargo ou mandato que lhe garantisse o foro especial.

Depois de vigorar por mais de 35 anos (editada em 03/04/1964), *a citada Súmula teve seu cancelamento na Sessão Plenária do dia 25/08/1999, no julgamento iniciado em 30 de abril de 1997*, de questão de ordem suscitada no Inquérito nº 687-SP, em que figurava como indiciado ex-deputado federal.

Desta forma, emprestou o Excelso STF interpretação restritiva ao artigo 102, I, “b” da CF/88 (competência originária do STF), entendendo que aquele dispositivo *não alcançava pessoas que não mais exercem cargo ou mandato*.

O relator do caso, MD. Ministro Sidney Sanches determinou que a medida de cancelamento tivesse efeito ex nunc (daí para frente), validando todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula, em respeito ao instituto da coisa julgada.

No julgamento do STF, o Ministro SIDNEY SANCHES descreveu:

“(...) a prerrogativa de foro visa garantir o exercício do cargo ou do mandato e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo(...); 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”.

Desta forma, além da Justiça Social igualitária, a decisão agilizará os Processos em suas comarcas / secção judiciária de origem, evitando a expedição de cartas de ordem pelos Tribunais para diligências probatórias.

Mas a felicidade durou pouco.

O STF, em 2002, no julgamento da Reclamação nº 2138-6 (Relator Ministro Nélson Jobim, que deu voto favorável⁶ ao foro privilegiado e enviou a matéria ao Plenário do STF), na área cível, no tocante à improbidade administrativa, admitiu, por 5 votos iniciais (tendo sido suspenso o julgamento pelo Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso) a prerrogativa do foro de agentes políticos mesmo após a cessação do mandato.

Esta decisão do STF, apesar de ainda não ter se firmado, já que o Ministro Carlos Velloso pedira vista, faltando 6 Ministros para votarem, foi a sinalização do STF para que a Lei 10.628/02 entrasse no cenário jurídico e fosse, pela maioria do STF, reconhecida como constitucional.

E não deu outra.

O Congresso Nacional entendeu o sinal do STF e promulgou a Lei 10.628/02, a “toque de caixa”⁷, sendo rapidamente sancionada pelo então Presidente da República à época, Sr. Fernando Henrique Cardoso, diga-se de passagem, um dos beneficiários da nova lei.

A contradição restou no fato de que, na área criminal a Súmula 394 do STF que havia sido cancelada, foi resgatada em Lei Ordinária e na área cível (improbidade administrativa) os dizeres da antiga Súmula 394 do STF foram também estendidos.

Todos perguntaram incrédulos:

- Que Justiça é essa?

Será que a Justiça agora, será para pretos, pobres e prostitutas?

⁶ O Ministro Nelsom Jobim concedeu liminar à reclamação 2138-6, apresentada pela Advocacia-geral da União, com pedido de suspensão da condenação do ex-Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Ronaldo Motta Sardenberg, ocorrida na 14ª Vara da Justiça Federal de Brasília. O ex-Ministro havia sido condenado, a partir de ação proposta pelo Ministério Público Federal, por ter feito, junto com familiares, várias viagens a passeio em aviões da Força Aérea Brasileira(FAB).

Também estavam processados e condenados pela Justiça Federal de primeira instância, com liminar dada suspendendo a condenação pelo Ministro do STF Gimar Mendes(ex advogado-Geral da União do ex-Presidente FHC), o ex-Ministro da Fazenda Pedro Malan, o ex-Ministro da Casa Civil Pedro Parente e o ex senador José Serra, na época titular do Ministério do Planejamento. Os três, juntamente com funcionários do Banco Central, autorizaram o financiamento do pagamento de até R\$5 mil, com recursos públicos, a correntistas de bancos que sofreram intervenção em 1995. Na operação teriam sido gastos cerca de R\$ 200 milhões.

⁷ A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal aprovou a lei nas vésperas da Copa do Mundo(recesso de julho), onde todos estavam dispersos, enquanto que a lei foi sancionada no dia 24.12.2002, ou seja, um verdadeiro presente de natal para o ex-Presidente da República FHC.

Indignados ou não, o certo é que a Lei 10.628/02 teve seus “bastidores” originados em face de diversos políticos, Ministros e autoridades processadas em ações civis públicas de improbidade administrativa ao longo destes dez anos da Lei 8.429/92, pelo Ministério Público Federal e Estadual, resultando em perda de cargos e suspensão de direitos políticos.

O projeto, de autoria do deputado federal Bonifácio de Andrada(PSDB/MG), pai do advogado-geral da União, José Bonifácio Borges de Andrada, não teve dificuldade alguma para ser aprovado, inclusive, pelo ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso que a sancionou, já que defensor deste foro e também do projeto de emenda constitucional do “senador vitalício”⁸.

Os adeptos da nova Lei (Lei 10.628/02) sustentavam que a medida preservaria a dignidade do cargo, pois do contrário, como no Brasil qualquer pessoa pode ajuizar uma ação⁹, seja em litigância de boa-fé ou má-fé, o Presidente da República, deixando o cargo, teria que percorrer todo o País na Justiça de primeira instância para responder a processos não contra o cidadão, mas contra a figura do ex-Presidente. *Some-se a isto que a CF/88 previu formas de investidura e perda do cargo ou mandato de agentes políticos, não podendo uma lei ordinária (Lei 8.429/92) decretar suspensão de direitos políticos e perda do cargo em dissonância constitucional. Por fim, o último argumento é que tendo o Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa reflexos penais (geralmente a conduta cível gera conseqüências na esfera penal, já que resulta também em crimes), o foro pela prerrogativa de função deveria ser igual ao penal, já que este é previsto na CF/88.*

Já os contrários à Lei 10.628/02 tem vários pontos de discórdia: primeiro, afirmam que o ex-Presidente não precisaria e nunca precisou percorrer todo o País no caso de processos difusos, pois o mesmo seria ouvido por carta precatória onde estivesse domiciliado.

Segundo, este foro privilegiado resultaria em Tribunal de Exceção, quebrando o princípio do juiz natural, já que lei ordinária não poderia exceder as hipóteses formais previstas na Carta Magna, havendo inconstitucionalidade do instrumento legal que a originou.

Por fim, os contrários à Lei 10.628/02(entre eles eu), tem um argumento ainda mais robusto: pela CF/88, *o cargo de Procurador-Geral da República é por indicação do Presidente da República, enquanto que os cargos de Procuradores-Gerais de Justiça dos*

⁸ Em artigo publicado no IELF – “TO BE OR NOT TO BE – THIS IS THE QUESTION – O SENADOR VITALÍCIO E A PEDRA FILOSOFAL”, exponho o absurdo de projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional, criando o “elefante-branco” do senador vitalício, ou seja, todos os Presidentes da República seriam senadores vitalícios, sem qualquer votação popular. Confira no site do IELF: www.ief.com.br

⁹ A CF/88, no seu artigo 5º garante a todos o direito de ação.

Ministérios Públicos Estaduais decorrem de lista tríplice eleita pela classe, sendo que *o Governador do Estado é quem escolhe* dentre os três mais votados.

Ora, se a legitimidade das ações de improbidade for apenas do Procurador-Geral da República (indicado pelo Presidente da República) e do Procurador-Geral de Justiça (escolhido pelo Governador do Estado), teriam estes a *imparcialidade/neutralidade jurídica* devida para a iniciativa de ação de improbidade (no cível) com resultado de suspensão dos direitos políticos daquele que o indicou? E se o Procurador-Geral de Justiça pudesse se reconduzir ao cargo, o que possibilitaria nova escolha pelo Governador do Estado? O critério da ação civil pública por improbidade administrativa não corria o risco de ser político?

Ademais, imaginem a caravana política que alguns Prefeitos ímprobos de um Estado, por exemplo, fariam, quando o Governador fosse escolher, dentre a lista tríplice, o candidato a Procurador-Geral de Justiça que iria processá-los!!!

E o pior: como poderia um Procurador-Geral de Justiça ajuizar ações de improbidade *em todo o seu Estado*, nos rincões ou lugares mais longínquos?

Usaria do próprio Promotor que estivesse próximo ao local para fazer diligências?

Por outro lado, o Tribunal expediria cartas de ordem aos juízes de primeiro grau? Os Tribunais conseguiriam vencer o tempo, fundamental para uma Justiça não cair na lentidão e descrédito da sociedade¹⁰?

Por fim, uma corrente meio-termo surgiu à época de discussão da Lei, entendendo que a Lei 10.628/02 apenas deveria estipular o foro privativo para ex-Presidentes da República, cuja função enquanto Presidente era em todo território federal e não para ex-Governadores ou ex-Prefeitos, cuja dimensão territorial de atuação não justificaria o foro por prerrogativa de função.

Todavia, a Lei 10.628/02 aplicou-se aos ex-Presidentes da República, estendendo ainda para ex-Governadores, ex-Prefeitos, ex-parlamentares, enfim, todos ex-agentes políticos.

Levantamento realizado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e por membros do Ministério Público Federal indica que, no ano de 2002, estavam em tramitação 5.526 *ações cíveis de improbidade administrativa em todo o Brasil*, sendo que destas, a maioria em Minas Gerais contra Prefeitos (cerca de 1.304).¹¹

O Ministério Público Federal, até 2002, movera 562 ações de improbidade administrativa contra autoridades de alto escalão e parlamentares:

¹⁰ Rui Barbosa dizia: “A Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

¹¹ Jornal Estado de Minas de 20 de novembro de 2002, p.5, seção política.

A estatística maior em Minas Gerais se explica pela atuação ímpar do Procurador de Justiça, Gilvan Alves Franco, da Procuradoria Especializada em crimes praticados por Prefeitos, além do trabalho incansável dos Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público(área cível).

- a) 32 contra ex-Ministros de Estado;
- b) 35 contra parlamentares e ex-parlamentares;
- c) uma contra o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso;
- d) dez contra Governadores e ex-Governadores;
- e) 448 contra Prefeitos;
- f) 34 contra magistrados;

g) duas ainda, contra membros do próprio Ministério Público Federal, entre eles, o então Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro.

Ademais, com esta interpretação do STF, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que até então era aplicada por tipificar como ato de improbidade administrativa a manipulação dos orçamentos públicos, deixaria de contar com o instrumento jurídico imediato e rápido na primeira instância, fornecido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) que punia agentes políticos ordenadores de despesas, ficando agora eventual ação e processo junto a 2ª instância, com a lentidão dos Pretórios pelo acúmulo de lides originárias e recursos.

Vejam, agora, o resgate do absurdo, o foro realmente “privilegiado” para ex-Presidentes da República¹², ex-Ministros¹³, ex-Governadores¹⁴, ex-Secretários de Estado¹⁵, ex-Parlamentares federais (deputados federais e senadores)¹⁶ e estaduais (deputados estaduais ou distritais)¹⁷, ex-prefeitos¹⁸, ex-Magistrados¹⁹, ex-membros do Ministério

¹² Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹³ Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁴ Ação proposta no Superior Tribunal de Justiça somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁵ Ação proposta no Superior Tribunal de Justiça somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁶ Ação proposta no STF somente pelo Procurador-Geral da República, com a nova lei.

¹⁷ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

¹⁸ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

Público²⁰ e ex-membros de Tribunais de Contas²¹, chamado pelo Sr. Fernando Henrique Cardoso de “foro adequado” e não foro privilegiado:

*LEI Nº 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002*²²

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar 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."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de dezembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

¹⁹ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²⁰ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²¹ Ação proposta no Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro, somente pelo Procurador-Geral de Justiça, com a nova lei.

²² *Lei publicada no DJU do dia 26.12.2002.

José Bonifácio Borges de Andrada

3. A Lei 10.628/02. Inconstitucionalidade?

Como vimos, o cancelamento da Súmula 394 do STF, que se aplicava apenas na seara criminal, enquanto que na seara cível (improbidade administrativa) não havia foro privativo, foi alterado pela Lei 10.628/02.

Portanto, a Lei 10.628/02 criou duas figuras distintas e autônomas:

a) na esfera criminal – resgatou o foro privativo para agentes políticos e ex-agentes políticos (ainda que terminassem o mandato, cargo ou função), desde que por infrações penais praticadas quando do exercício daquele mandato, cargo ou função. Enfim, foi resgatada a interpretação da Súmula 394 do STF²³, através de lei ordinária. Portanto, o foro privilegiado, na seara criminal, está consagrado na Lei 1079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade de agentes políticos e agora na Lei 10.628/02.

O professor Luiz Flávio Gomes²⁴, numa visão excepcionalmente didática, usa de sua vasta experiência de magistério para assim delinear as hipóteses que podem surgir com a Lei 10.628/02:

“1ª) crime cometido antes do início da função: havendo processo penal em andamento (antes do início das funções), a partir do início delas devem os respectivos autos ser remetidos para ao Tribunal competente (nesse caso, se cessada a função sem que o processo tenha sido julgado, deve retornar ao órgão jurisdicional de origem, porque não se trata de crime cometido nem “no” nem “durante o” exercício das funções, senão “antes” dele). Todos os atos praticados anteriormente ao início das novas funções do acusado, no juízo de origem, entretanto, são válidos. Tempus regit actum;

2ª) crime cometido após o exercício das funções: não conta com foro especial quem comete crime depois de já cessadas suas funções (Súmula 451 do STF). Juiz ou qualquer outro agente que goza de foro especial, se comete crime quando aposentado ou quando já cessado o mandato etc. não há que se falar em nenhuma prerrogativa de função;

²³ Se no Brasil a Súmula 394 fosse lei, poderíamos afirmar que a Lei 10628/02 expressamente a teria reprimado.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

3ª) crime cometido durante o exercício das funções: agora, por força da Lei 10.628/02, está assegurado (novamente) o foro especial, mesmo depois de cessado seu exercício”.

E critica:

“Há uma grande diferença entre “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente...” e “Cometido o crime durante o exercício funcional...”.

A súmula 394 era muito ampla, versava sobre todos os crimes cometidos “durante” o exercício funcional (fossem funcionais, fossem particulares). A nova lei fala em “atos administrativos do agente”. Por isso só se pode entender atos funcionais, atos inerentes à função, atos propter officium.

Nunca podemos confundir um crime funcional (cometido “no” exercício da função ou a pretexto de exercê-la) com um crime que nada tem a ver com o cargo ocupado pelo agente.

No caso do Deputado Landim, por exemplo, se comprovado que ele de fato tenha se envolvido com o narcotráfico, isso nada tem a ver com as funções parlamentares. Logo, nesse caso específico, seria um absurdo prevalecer a competência especial por prerrogativa de função. Não se tratando de crime propter officium e cessadas suas funções parlamentares, automaticamente deixa de existir o foro especial. Não há que se confundir crime cometido “no” exercício do cargo com crime cometido “durante” o exercício do cargo.

Em suma: a súmula 394 não era correta porque assegurava (depois de cessadas as funções) o foro especial em “todos” dos crimes cometidos “durante” o cargo. A sua extinção (pura e simples) pelo STF tampouco passou a retratar o melhor Direito. Logo, correto, doravante, é interpretar a nova lei (Lei 10.628/02) segundo o justo e razoável. Primeiro pela sua literalidade (atos administrativos do agente). Segundo pela sua razoabilidade”.

Finalmente, Luiz Flávio Gomes arremata:

“A Lei 10.628/02 fixa regra de competência. Logo, tem incidência imediata (CPP, art. 2º). Nos processos que estão tramitando em primeiro grau por delito cometido “durante” o exercício das funções e “no” exercício delas, propter officium, portanto, deve o processo ser enviado imediatamente ao tribunal competente, salvo se já conta com sentença em primeira instância. O STF tem ressalvado essa última hipótese, quando há alteração de competência. Caso já sentenciado segue sua

tramitação normal. Fora disso, deve o processo (que está tramitando em primeiro grau) ser enviado ao Tribunal. Mas, repita-se, a regra da preservação do foro especial só diz respeito aos crimes funcionais típicos (crimes cometidos no exercício da função). Se se trata de crime não relacionado com as funções, não há que se falar em preservação do foro especial.

... Diante da Lei 10.628/02 não há dúvida que também os prefeitos, mesmo após cessadas suas funções, continua com foro especial para os crimes cometidos “no” exercício do mandato (note-se, como vimos na parte segunda, acima, que nós não comungamos da tese de que todos os crimes cometidos “durante” o exercício do cargo devam estar sob a égide da Lei 10.628/02)”.

b) **na esfera cível (Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa)**, foi prevista pela primeira vez, o foro privativo para os agentes políticos e ex-agentes políticos ímprobos, mesmo que terminassem o mandato, cargo ou função, desde que por infrações cíveis (improbidades administrativas) praticadas quando do exercício daquele mandato, cargo ou função. Assim, após 10 anos de efetividade da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), na área cível, resolveu-se interpretá-la de inconstitucional, via lei ordinária (Lei 10.628/02).

Apenas um exemplo do que a Lei 10.628/02 provocará no cenário político e jurídico nacional²⁵:

Na primeira dezena do mês de fevereiro de 2003, o ex-Prefeito de São Paulo (PPB), Paulo Maluf, fez petição, por seus advogados, pedindo a aplicação da Lei 10.628/02, ou seja, remessa de todos os atos que apuravam eventuais improbidades administrativas para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Maluf estava sendo investigado, via inquérito civil público, pelo Ministério Público de São Paulo, através de Promotores de Justiça que suspeitavam de seu envolvimento em suposto esquema de corrupção na administração municipal e na remessa de valores para a Suíça e Ilhas Jersey. Em petição de seis páginas ao Promotor de Justiça Sílvio Marques, o escritório Leite, Tosto e Barros Associados sustentam a plena aplicação da nova lei, com aplicação imediata. As investigações estavam centralizadas na Promotoria de Justiça da Cidadania e na 4ª Vara da Fazenda Pública (primeira instância, portanto), onde tramita ação cautelar que tornou indisponíveis os bens que Maluf teria depositados em paraísos fiscais. Por meio de cartas rogatórias despachadas em outubro de 2001, a Justiça de primeira instância de São Paulo havia solicitado às autoridades de Genebra e de Jersey cópias de extratos bancários que indicavam movimentação financeira em nome de Maluf.

A questão inicial que se coloca é:

²⁵ Jornal Estado de Minas de 10 de fevereiro de 2003

A Lei 10.628/02 é inconstitucional, pois está criando competência originária não expressamente prevista na CF/88, tanto para crimes (ex-agentes políticos, que deixam o cargo), quanto para ilícitos cíveis (estes foros sequer tratados na CF/88) ?

Entendo que sim. O próprio Procurador-Geral da República, em parecer na ADIn 2797, assim também entendeu (vide o anexo desse artigo).

Usando da mesma linha de raciocínio do STF ao cancelar a Súmula 394 do STF, deve ser dada a CF/88 interpretação restritiva, não podendo lei ordinária ampliar casos de competência originária para ex-agentes políticos na seara criminal e na seara cível.

Ora, ao cancelar a Súmula 394 do STF, o próprio Excelso STF deu interpretação restritiva ao artigo 102, I, “b” da CF/88 (competência originária do STF), entendendo que aquele dispositivo não alcançava pessoas que não mais exercem cargo ou mandato. Com muito mais razão, não poderia ampliar o rol de prerrogativa de função para área cível (improbidade administrativa).

Portanto, padece a Lei 10.628/02 de Inconstitucionalidade formal.

Por que o legislador não quis, ao invés de fazer uma lei ordinária (Lei 10628/02) fazer emenda constitucional prevendo o mesmo assunto, sendo que, se fosse emenda constitucional não se aplicaria a teoria da “emenda constitucional inconstitucional”, já que emenda constitucional, ao entrar em vigor, tem o mesmo status das demais normas constitucionais (segundo o STF, face o sistema rígido das normas constitucionais)?

A resposta novamente está nos bastidores da política.

Uma emenda constitucional demoraria muito para ser aprovada com agilidade, face o sistema constitucional bicameral e quorum qualificado.

Preferiu o legislador pegar um atalho, um caminho mais fácil: uma lei ordinária encomendada de urgência!

Portanto, parece simples a questão da inconstitucionalidade, mas não é.

Apesar de ser a Lei 10.628/02 notoriamente inconstitucional, o controle de constitucionalidade de leis, no Brasil, pelo sistema misto, é feito por qualquer juiz ou Tribunal (controle difuso) ou via ação (controle concentrado – apenas pelo STF).

Para complicar a lógica jurídica da aplicação em todo território nacional da Lei 10.628/02, surgirá uma dúvida atroz:

O Ministério Público, pela CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2797) no STF contra a Lei 10.628/02, em dezembro de 2002, tendo o Ministro Ilmar Galvão negado liminar.

Uma polêmica grande (que certamente será explorada em concursos públicos, principalmente certames do Ministério Público) será a seguinte:

Será que a ADIN da CONAMP (Associação Nacional do Ministério Público), questionando a constitucionalidade da Lei 10.628/02, que teve a liminar²⁶ sido indeferida pelo Ministro Ilmar Galvão no dia 10/01/03(às 18h37minutos), terá efeito vinculante?

Enfim:

Como a liminar foi indeferida no controle concentrado e a Lei 9.868/99 impõe o efeito vinculante (*stare decisis* do sistema norte-americano), poderá os Promotores de cada comarca pedirem, incidenter tantum o controle difuso de constitucionalidade ao magistrado para declarar a Lei 10.628/02 inconstitucional e continuar processando ex-Prefeitos na 1ª instância por crimes cometidos quando do cargo ou ainda por ilícitos cíveis decorrentes de improbidade administrativa (via ação civil pública)?

Será que a liminar do Ministro Ilmar Galvão tem efeito vinculante, proibindo o controle difuso pelos juízes e Tribunais do Brasil ou somente o mérito da ADIN é que tem efeito vinculante? – ESSE É O TEMA!

Assim, a polêmica alhures descrita realmente será o tema do momento, bastando citar um exemplo prático disto, divulgado pela imprensa em fevereiro de 2003:

No dia 24 de janeiro de 2003, a 9ª Câmara de Direito Público de Férias, do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu, por votação unânime, que "a Lei Federal nº 10.628/2002 não encontra fundamento na Constituição Federal de 1988. O art. 37, § 4º da Magna Carta trata da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente civil, não obstante possa ser ajuizada a competente ação penal."

Segundo o TJ-SP, o foro privilegiado tem natureza constitucional, não podendo ser ampliado por simples lei. Em consequência, os atos de improbidade administrativa, praticados por agentes e ex-agentes políticos, continuam a ser processados e julgados em primeira instância.

Esse entendimento foi firmado pelos Desembargadores paulistas ao negarem provimento a agravo de instrumento interposto pelo Vice-Prefeito de Dracena (SP), Elzio Stelato Júnior, alegando ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública visando a defesa de interesse individual, privado e disponível.

²⁶ Vide anexo neste artigo com "Notícias do STF".

Agiu corretamente o TJ/SP? Poderia fazer esse controle difuso de constitucionalidade (incidenter tantum), mesmo com a liminar da ADIn 2797 do STF negando a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02²⁷?

Haverá duas posições sobre o tema:

1ª posição: não se pode colocar fora do sistema difuso de controle de constitucionalidade nenhuma presunção de constitucionalidade. Desta forma, a presunção não impede, de per si, o exame da constitucionalidade por qualquer órgão do Poder Judiciário. Aliás, a possibilidade de qualquer juiz, de qualquer instância, reconhecer a inconstitucionalidade de lei, faz com que tal presunção seja aplicada apenas aos órgãos administrativos do Poder Público, que, como se sabe, atuam debaixo de lei. Evidentemente, tal não se aplica ao Ministério Público, quando do ajuizamento da ação penal, e também ao Juiz, ao exame de sua pertinência.

Não se pode extrair da decisão que rejeita a liminar qualquer consequência vinculante, uma, porque se trata de juízo meramente perfunctório e, o mais importante, de decisão individual.

A Lei 9.868/99, quando prevê efeito vinculante para a decisão judicial proferida em sede de ADIN fê-lo apenas e tão somente para a decisão concessiva da medida cautelar, que, como não poderia deixar de ser, depende do voto da maioria dos membros da Suprema Corte (ver art. 10 e art. 11, da citada lei).

Não se pode, aqui, por absoluta inadequação, valer-se de processo dedutivo a contrário senso, porquanto não se pode pensar em retirar a competência jurisdicional de todos os membros do Judiciário (no controle difuso, por óbvio), por decisão individual e preliminar de membro da Suprema Corte, quando a própria Lei que regula as ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade está a exigir quorum QUALIFICADO para a imposição de efeitos vinculantes.

Assim, não se pode falar em presunção de constitucionalidade de lei, oponível ao Judiciário e ao Ministério Público, órgãos funcionalmente independentes.

Por outro lado, como não há previsão de efeito vinculante em decisão individual que rejeita pedido liminar, é perfeitamente possível aos membros do Judiciário reconhecerem a inconstitucionalidade da recente e casuística Lei 10.628/2002, via controle difuso.

²⁷ Em Santa Catarina, o Juízo da Comarca de Joaçaba também acolheu, via controle difuso, a inconstitucionalidade levantada pela Promotora de Justiça (conferir no Anexo ou na página:

www.mp.sc.gov.br/canal_mpsc/noticias/03_fev/120203_2.htm

Neste diapasão, para os adeptos da primeira corrente, somente será possível extrair efeitos cautelares ou antecipatórios as decisões proferidas em ADIN, quando CONCESSIVAS DA LIMINAR e não quando denegatórias. Uma coisa será aceitar efeitos vinculantes de decisão que concede a liminar - seja em ADIN²⁸ ou ADC²⁹ - outra, é da decisão que a rejeita.

Destacarão, os adeptos, que em uma e outra há decisões de conteúdo significativamente diferentes, já que o juízo positivo - seja de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade - implica reconhecimento da relevância, necessidade e urgência do atendimento judicial da pretensão posta em juízo.

Tal não ocorre com o juízo negativo - de rejeição da liminar -, com o qual apenas se difere o exame da questão para o julgamento do mérito.

De outro lado, não há como negar que o indeferimento de liminar, na prática, antecipa juízo quanto à questão de direito, ou seja, de mérito. Mas, todavia, no plano da eficácia da decisão do STF, não se poderá reconhecer, ainda, vinculação de efeitos. Numa palavra: pode-se reconhecer presunção de manutenção da decisão, ou presunção de constitucionalidade, mas não de decisão vinculante, suficiente a impedir julgamentos em sentido contrário, via controle difuso, como vem ocorrendo desde a edição da Lei 10.628/02.

Esta posição tende a ser a do Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça e da CONAMP, que certamente baixarão instruções normativas para que os membros do Ministério Público continuem processando na primeira instância os agentes políticos (em ilícito civil de improbidade administrativa) e ex-agentes políticos (em ilícito civil de improbidade administrativa e também nos ilícitos criminais).

2ª posição: a segunda posição, rebatendo de forma técnica a primeira alhures, assim expressará:

Em primeiro lugar, a liminar dada na ADIN não se trata de juízo meramente perfunctório, a primae facie, como sugere e tampouco decisão individual.

É que apesar da Lei 9.868/99 prever efeito vinculante para cautelar, também o fez no final da ação principal, diante do princípio da hierarquia constitucional do STF como órgão incumbido do controle da constitucionalidade, tendo como regra, efeito vinculante, erga omnes e ex tunc.

Notamos, então, na segunda corrente que surgirá, alguns postulados:

a) a decisão liminar na ADIn não pode jamais ser tida como individual, diante da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CF/88, que exige que somente pelo voto da

²⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

²⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade.

maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Nesse sentido:

Art. 22 da Lei 9.868/99(da decisão na ADIN e ADC):

“ A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros” – consagração da “cláusula de reserva de plenário” do artigo 97 da CF/88.

Diante disso, a liminar indeferida pelo Ministro Ilmar Galvão será analisada pelo Plenário do STF em face da “cláusula de reserva de plenário”. Portanto, o quorum qualificado está presente na própria CF/88, artigo 97, aplicado também em liminares do STF. Daí veio a Lei 9.868/99 e exigiu para ADIN (ação principal e cautelar). Essa lei é polêmica, porque cria novas figuras não previstas na CF/88;

b) pois bem, a própria lei polêmica (9.868/99) diz que ADIn (e arguição de descumprimento de preceito fundamental) terá efeito vinculante, quando a CF/88 disse que apenas Ação Direta de Constitucionalidade é que terá. O problema já começa aqui, embora o STF não a tenha declarado inconstitucional;

c) considerando que a Lei 9.868/99 não foi considerada inconstitucional, resta-nos que a Adin (e ADC) tem efeito vinculante e ex tunc (artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99), salvo se o STF por deliberação de 2/3 seus membros entender que o efeito terá que ser ex nunc (o que Ives Gandra chamou de "inconstitucionalidade interrompida" – artigo 27 da Lei 9.868/99);

d) portanto, a competência jurisdicional de todos os membros do Judiciário (no controle difuso, por óbvio) estará autorizada, desde que o controle concentrado do STF não profira decisão, até porque nenhuma utilidade teria o controle difuso, se o STF se pronunciou, já que, qualquer recurso extraordinário derrubaria o controle difuso. Uma vez que o STF já decidiu a matéria e é o órgão de cúpula. Pior será para aqueles que não recorrerem ou que perderem o prazo do recurso, pois neste caso haverá decisões judiciais contraditórias em desprestígio da Justiça, onde uns seriam processados, outros não, num mesmo plano jurídico;

e) cumpre lembrar que a Lei 9.868/99 não previu efeito vinculante apenas para ação cautelar³⁰, mas também para a ação principal (ADIN e ADC – artigo 28, parágrafo único). Todavia, na cautelar, a regra será o efeito ex nunc (salvo exceção do artigo 10, §1º

³⁰ Sustento, ainda, que com a nova redação do artigo 273, §7º do CPC, que se aplica subsidiariamente no controle concentrado de constitucionalidade de leis, não será mais necessário entrar com uma ação principal(ADIN, ADC etc) e uma cautelar, bastando na ação principal pedir a cautelar como antecipação de tutela, na forma do artigo 273, §7º do CPC(expressão máxima do princípio da instrumentalidade das formas).

da Lei 9.868/99), enquanto que na ação principal (ADIN), o efeito será *ex tunc* (salvo exceção da “inconstitucionalidade interrompida”). A dúvida é se a liminar da ação principal tem efeito vinculante, o que sustento nesta tese.

Conclusão do autor:

Adoto a 2ª corrente.

Para este autor, usando a exegese da Lei 9.869/99, a liminar da ADIN, via controle concentrado, tem efeito vinculante, de forma que, até o mérito, a Lei 10.628/02 é presumidamente constitucional, de sorte que, se os Promotores de Justiça não a observarem e continuarem processando ex-agentes políticos por crime ou improbidade administrativa, os processos deverão ser rejeitados (na esfera criminal-artigo 43 do CPP) ou extintos sem julgamento do mérito (na esfera cível- artigo 267 do CPC – falta de legitimidade ad causam), pois, por exemplo, somente o Procurador-Geral de Justiça é quem pode processar ex-Prefeitos.

Evidente que a liminar referida no controle concentrado não impede o Ministério Público de atuar pedindo o controle difuso, já que vincula apenas os órgãos judiciários, uma vez que o MP é instituição autônoma e, de tanto insistir, pode ser que o STF, mudando seus membros ou revendo sua posição, decida contrário ao entendimento pioneiro.

Todavia, entendo que, caso assim procedam, ou seja, caso os juízes e Tribunais façam o controle difuso, a via recursal ou mesmo o mandado de segurança³¹ será o instrumento jurídico para devolver o status quo da Lei 10.628/02, já que o STF, em liminar na ADIn 2797 não a reconheceu como inconstitucional.

Na verdade, repito, a questão é polêmica e espinhosa, pois a CF/88 diz que apenas terá efeito vinculante, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Daí vem a Lei Ordinária 9.868/99 e estende o efeito vinculante para Ação Direta de Inconstitucionalidade e para Arguição de Descumprimento de preceito fundamental.

Será que esta ampliação é constitucional? Esse é o tema.

Como resolver esse impasse?

Usando a lógica, pois o Direito deve preservar o bom senso.

Pela lógica jurídica aplicada, no Brasil toda lei é presumidamente constitucional, salvo se o STF declará-la inconstitucional (controle concentrado), ou juízes e Tribunais (no controle difuso).

O STF não declarou que a Lei 9.868/99 é inconstitucional (embora para mim seja, mas eu não sou o STF).

³¹ Na esfera criminal, para os ex-agentes, o remédio heróico será o *Habeas Corpus*, em face da violação do princípio constitucional do juiz natural.

Logo, mesmo que a CF/88 não tenha previsto que ADIN tenha efeito vinculante, o fato da Lei 9.868/99 ter previsto e o STF não a ter declarado inconstitucional, prova que a ADIN tem efeito vinculante, até o STF dizer em contrário.

Se assim não fosse, qual a razão da Lei 9.868/99 prever em seu artigo 9º, §2º que “o relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição”, no caso de ADIN?

Primeira conclusão lógica:

A Lei 9.869/99, até o momento, é constitucional ao prever que a ADIN tenha efeito vinculante.

Por outro lado, como fica a liminar indeferida sobre a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02?

Usando a mesma lógica jurídica aplicada, vimos alhures que a ADIN (controle concentrado de constitucionalidade) tem efeito vinculante pela Lei 9.868/99, ou seja, uma vez decidida a questão pelo STF, vincula todos os juízes e Tribunais do Brasil naquele mesmo sentido, o que os proíbe de fazer o controle difuso de constitucionalidade sobre o mesmo tema no caso concreto, em respeito à hierarquia do STF (ou seja, o STF ser a cúpula do Judiciário brasileiro e o guardião da hermenêutica final da CF/88).

Segunda conclusão lógica:

Se toda lei é presumidamente constitucional, ao ingressar no ordenamento jurídico e a Lei 9.869/99 prevê que a ADIN tem efeito vinculante, por três motivos o indeferimento de liminar do Ministro Ilmar Galvão, na ADIN 2797, dá cunho de constitucionalidade à Lei 10.628/02:

1º - toda lei é presumidamente constitucional;

2º - a ADIN tem efeito vinculante, seja no mérito, seja em liminar (em decorrência do primeiro motivo alhures);

3º - e para que esta lógica tenha ainda mais sustentação fática, relembro a sinalização do STF que 5 votos (embora com vista ao Ministro Carlos Velloso e aos demais 5 outros Ministros), deu parecer favorável na Reclamação 2138-6 (relator Ministro Nélson Jobim), autorizando o foro por prerrogativa de função nos casos de improbidade administrativa (seara cível). Apesar da reclamação não vincular o julgamento de uma ADIN, não deixa de ser um sinal mais do que visível do STF da presunção de constitucionalidade da Lei 10.628/02, em que pese eu, simples mortal, entender que

formalmente jamais uma lei ordinária poderia ampliar o foro pela prerrogativa de função prevista na CF/88.

Some-se outra sinalização: na liminar da ADIN 2797, o STF, pelo Exmo. Ministro Ilmar Galvão, entendeu a mesma constitucional, o que dependerá do referendo da Corte, mantendo o indeferimento da liminar ou reformando a mesma e concedendo a liminar (declarando a lei inconstitucional). Ora, uma liminar indeferida, ainda que superficialmente, expressa o mérito da causa, salvo se fatos outros alterarem o panorama do objeto do pedido.

Certamente leitores mais atentos à minha conclusão deverão estar pensando nesse momento:

Como pode o professor Thales Tácito Cerqueira sustentar que a Lei 10.628/02 é inconstitucional, que o Ministério Público tem liberdade de atuar, mas, por outro lado, parecendo contraditório, diz que a liminar do STF tem efeito vinculante?

Afinal, de que lado está o professor Thales?

Sempre da sociedade, razão da essência de minha atividade ministerial.

Explico aos meus fieis leitores.

Imaginem todos, agora, esquecendo de toda a tecnicidade jurídica e detalhes processuais:

-Se o STF, em liminar, deu 7 votos pela constitucionalidade da Lei 10628/02, ou seja, já alcançou mais da metade dos 11 Ministros, será que no mérito vai julgá-la inconstitucional?

Parece pouco provável, mas nada impede.

Então, surge o problema: vejamos duas hipóteses do que pode ocorrer na decisão de mérito da ADIn 2797:

a) se no mérito, o STF declara a Lei 10.628/02 constitucional, confirmando a liminar, o efeito da ADIN, segundo a polêmica Lei 9.868/99 será vinculante e pior, ex tunc, ou seja, todos aqueles juízes de primeira instância que julgaram no controle difuso inconstitucional a Lei 10628/02 terão seus processos tidos como nulos, desde o início, por falta de legitimidade ad causam. O efeito será devastador, como se fosse um meteoro caindo na terra e até lá poderá haver prescrição de sanções políticas, criminais e outras benesses para os réus;

b) no entanto, se o STF julgar a Lei 10.628/02 inconstitucional, teremos duas hipóteses:

b.1 - os juízes que fizeram o controle difuso terão validados, definitivamente, seus entendimentos, de forma que a primeira instância ganhou tempo processando os agentes políticos. Restará saber se poderiam assim agir, em face do efeito vinculante de uma liminar, o que certamente provocará discussões de nulidade etc. Será que o tempo economizado valerá o risco de nulidade? Esse é o tema!;

b.2 - já para os juízes que não fizeram o controle difuso, entendendo que a liminar os vinculava, sabe o que vai acontecer? Nenhum efeito devastador, ou seja, como eles cumpriram a liminar do STF e enviaram o processo para o Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República, cumpriram a liminar do STF e o PGJ e o PGR iniciaram os processos. Se no mérito o STF volta atrás e diz que a Lei era na verdade inconstitucional, o que vai acontecer? Os processos que estavam com o PGJ e PGR voltam para a primeira instância, aproveitando todos os atos já praticados, ou seja, todos atos processuais praticados serão válidos e não nulos, já que foi respeitado estritamente o que o STF disse em liminar e mérito.

Portanto, comparo o processo a um jogo de xadrez. É preciso adivinhar a jogada do outro desafiante para você fazer a sua, sob pena de "xeque-mate".

E a sociedade, tenha a certeza, não agüenta mais "xeque-mate".

Qual seria a solução, então, no momento?

Entendo que a estratégia ministerial deveria ser a mesma adotada no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. O então Procurador-Geral de Justiça, Exmo. Dr. Cláudio Barros Silva, com a Lei 10.628/02, está delegando a um “grupo de Procuradores ou Promotores de Justiça” as atribuições de investigação e ajuizamento de Inquéritos Cíveis e Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa. Em relação a investigação, ainda pode o Procurador-Geral delegar tal mister aos Promotores do interior que, necessitando de ajuda, convida o grupo para se deslocar até o local dos danos. A propositura da ação, porém, é somente do grupo. Ajuizada a ação, esta será protocolada junto à 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois o Poder Judiciário também criou Câmara Especial para evitar a lentidão da Justiça.

Com isso, as vantagens serão:

a) o Promotor de Justiça do interior, até o julgamento final da ADIN, ficará protegido de “pressões políticas” e alvo do crime organizado, em algumas situações;

b) criar-se-á especialidade no Ministério Público (grupos especiais por delegação do Procurador-Geral de Justiça) e no Poder Judiciário (Câmaras especializadas), referente a crimes praticados por agentes políticos e ex-agentes, além de ilícitos cíveis de improbidade administrativa praticados por agentes políticos e ex-agentes.

Estas são minhas singelas considerações sobre a tese no sentido de uma reflexão sobre a verdadeira eficácia do princípio da utilidade do provimento jurisdicional (máxima do dogma da instrumentalidade das formas).

Tudo isso, volto a frisar, se deve a uma discussão no sentido de uma liminar na ADIn possuir ou não efeito vinculante, entendendo que possui, pelos postulados alhures mencionados.

4. A Lei 10.628/02 se aplica aos crimes ou improbidades administrativas cometidas após a cessação do mandato, cargo ou função? Existe alguma limitação pelo STF?

Para responder essa pergunta, fica fácil de elucidá-la com a então vigente Súmula 451 do STF:

Súmula 451:

“A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”.

Apesar dessa Súmula se aplicar apenas na esfera criminal, usando da interpretação analógica (onde se aplica a mesma razão, se aplica o mesmo direito), também ser-lhe-á emprestada para a improbidade administrativa (seara cível), sob pena de violação do princípio constitucional do juiz natural, pois notoriamente estar-se-ia criando Tribunais de Exceção.

Portanto, seja na seara cível (improbidade administrativa), seja na criminal, os ex-agentes políticos que deixarem seus cargos, mandatos ou funções e, após isto, cometerem crimes ou ilícitos civis de improbidade administrativa, serão julgados pela Justiça Comum de primeira instância (Estadual ou Federal, conforme o crime).

Neste contexto, surge apenas uma dúvida razoável:

Se o agente político, enquanto estiver no seu mandato, cargo ou função, mas tiver que se afastar, perderá o foro pela prerrogativa de função da Lei 10.628/02?

A licença do cargo, função ou mandato não derruba a prerrogativa de função³², ou seja, não perderá a competência originária o agente político que ainda esteja no cargo,

³² Mero afastamento do cargo não significa cessação nem perda. Logo, continua o foro especial, segundo Jurisprudências firmadas:

“Supremo tribunal Federal

(HC-80026/RS - Publicação DJ DATA-04-05-01 PP-00004 EMENT VOL-02029-03 PP-00500 - Relator Min. MOREIRA ALVES - julgamento 25/04/2000 - Primeira Turma)

EMENTA:

“Habeas corpus”.- A condenação definitiva a que alude o § 2º do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67 é a condenação transitada em julgado.- No caso, não se decretou a perda do cargo de imediato, mas sim o afastamento do exercício dele.

- Assim, e de qualquer sorte não tendo ainda o ora paciente perdido o cargo de Prefeito, pois a perda deste só ocorrerá com o trânsito em julgado de sua condenação, o Tribunal de Justiça local, ao prolatar originariamente a condenação que agora se pretende invalidar, era competente para proferi-la com base no artigo 29, X, da Constituição Federal, não interferindo nessa competência o cancelamento da súmula 394 desta Corte, o que só ocorreria se tivesse havido essa perda.

“Habeas corpus” indeferido”.

função ou mandato e apenas pediu licença do mesmo, pois licença não significa perda ou renúncia do cargo ou mandato.

Portanto, não se pode confundir licença do cargo com pedido de exoneração deste. Na primeira hipótese, o foro perpetua; na segunda não, sob pena do foro ser para a sua pessoa e não para o seu cargo, caracterizando-se Tribunal de Exceção proibido pela CF/88.

Exemplo:

Imaginemos um Prefeito que cometeu crime quando prefeito e pediu licença da Prefeitura para tratar de saúde. Permanece com o foro no Tribunal de Justiça (pois licença não é exoneração) e com um plus: permanecerá com o foro no Tribunal de Justiça, mesmo que deixar de ser Prefeito, pois seu crime foi praticado quando era Prefeito e esta é a novidade trazida pela Lei 10.628/02(prerrogativa de foro para ex-agentes políticos).

Importante salientar, a propósito do tema, que continua vigente no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de afastamento do prefeito do seu cargo.

“Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: HC 11293/PI (199901051274)/ 369326 HABEAS CORPUS

DATA DA DECISÃO: 23/05/2000 /ORGÃO JULGADOR: - SEXTA TURMA/ RELATOR: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO /FONTE: DJ DATA: 11/09/2000 PG: 00293 RSTJ VOL.: 00136 PG: 00523

E M E N T A

DIREITO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO.

1. Inaplicabilidade e revogação não se confundem, não havendo falar em derrogação do Decreto-Lei nº 201/67 pela Lei nº 8.038/90, aplicável às ações penais originárias e, assim, aos processos por crime de responsabilidade de Prefeito, na força da disposição constitucional que lhes deferiu privilégio de foro por prerrogativa de função (Constituição da República, artigo 29, inciso VIII), subsistindo íntegra a medida cautelar de afastamento temporário do exercício do cargo de Prefeito, prevista no artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, e também plenamente, à falta de qualquer antagonismo com a Lei nº 8.038/90.

2. Os delitos definidos no Decreto-Lei nº 201/67 são de ação pública incondicionada, cujo exercício independe, assim, de representação, tanto quanto, por outro lado, nada obsta a inexistência de inquérito policial o oferecimento de denúncia, desde que disponha o Ministério Público de elementos bastantes para tanto.

3. Ordem denegada”.

Exemplo 2:

Imaginemos um Prefeito que cometeu crime quando prefeito e pediu:

a) exoneração do cargo (renúncia) para assumir um Ministério do Governo Federal. Nesta hipótese, como exonerou-se do cargo pioneiro para assumir outro cargo, prefere a prerrogativa do novo cargo, ou seja, será julgado agora para o STF, devendo o Tribunal de Justiça enviar o processo, da forma que encontrar, para o STF. Todavia, quando deixar o Ministério, será que voltará a ser julgado pelo Tribunal de Justiça novamente?

Entendo que não, pois se o mesmo exonerou-se do primeiro cargo para assumir outro, deve ser julgado na Justiça Comum (Federal ou Estadual, conforme o crime), de primeira instância, porque renunciou ao cargo que pioneiramente ocupava.

A Lei 10.628/02 não pode alcançar ex-agentes políticos que exoneraram/renunciaram suas funções, cargos ou mandatos, pois neste caso, se a Lei 10.628/02 estendesse para esse entendimento, estaria dando foro pela prerrogativa de função para a pessoa e não para o cargo, caracterizando Tribunal de Exceção.

b) apenas licença do cargo para assumir um Ministério do Governo Federal. Nesta hipótese, como sua licença foi para assumir outro cargo, prefere a prerrogativa do novo cargo, ou seja, será julgado agora para o STF, devendo o Tribunal de Justiça enviar o processo, da forma que encontrar, para o STF. Todavia, quando deixar o Ministério, volta a ter prerrogativa do cargo onde pioneiramente ocupava e retornou do fim da licença, ou seja, volta a ser julgado pelo TJ. Por fim, importante destacar que o STF tem limitado a remessa dos autos, no nosso exemplo, do TJ para o STF ou, no retorno, do STF para o TJ, quando houver sentença proferida, em respeito a coisa julgada.

5. Conclusão

Em uma terra de fugitivos, aquele que anda na direção contrário parece estar fugindo” (T.S Eliot).

Sempre fui um defensor da Justiça, dizendo, na qualidade de Promotor de Justiça, que a máxima “justiça para pobre, preto ou prostituta”, no Brasil, dependia de cada profissional, de cada juiz ou Promotor ou defensor que, na luta diária, usava instrumentos possíveis para evitar a justiça apenas para a classe dominada.

A classe dominante (elite), por sua vez, se escapava facilmente na área criminal, encontrava um pavor na área cível, em face da improbidade administrativa, face o trabalho

de nota do Ministério Público Federal e Estadual no Brasil, que soube entender o caráter da CF/88: tratar todos igualmente na justiça, ricos ou pobres.

Mas a Lei 10.628/02 pode representar um abalo no sistema.

Primeiro, tentaram nos amordçar: A lei da mordça para o Ministério Público e Imprensa, verdadeira censura à liberdade de pensamento e expressão.

Depois, espalha-se uma onda de terrorismo jurídico:

- sustentam que o STF, ao decidir a questão da constitucionalidade ou não da reclamação citada, com base inclusive na aprovação da Lei 10.628/02, poderá dar interpretação visando anular todas as ações cíveis de improbidade administrativa que tramitavam no Brasil, antes da Lei 10.628/02, em virtude da iniciativa delas não ter observado o foro privilegiado, causando a extinção do processo sem julgamento do mérito (falta de legitimidade ad causam superveniente). Isto desrespeitaria o princípio de que a aplicação imediata da nova lei, DEVE RESPEITAR OS ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS NA VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR, além de ser a maior impunidade para a classe dominante (elite) já vista num cenário jurídico!

Vale frisar, portanto, que esse “terrorismo processual” não tem nenhuma procedência técnica, pois socorrendo novamente das lições do professor Luiz Flávio Gomes³³, o festejado penalista recorda o cancelamento da Súmula 394 do STF e o princípio do tempus regit actum:

Na mesma ocasião em que anunciou o cancelamento da Súmula, o ex-Presidente da STF (Min. Carlos Velloso) ressaltava a validade de todos os atos processuais praticados pelos Tribunais até 25.08.99 (os atos processuais são regidos pela lei do seu tempo: tempus regit actum).

Nessa decisão histórica, foi assinalado pelo Ministro Sydney 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 (cf. Informativo STF 159).

Agora, tira-nos de todos membros do Ministério Público o instrumento jurídico cível que mais funcionava: a Lei de Improbidade Administrativa, via ação civil pública e o coloca nas mãos de Chefes (Procurador-geral de Justiça - PGJ e Procurador-Geral da República-PGR), cujo critério de escolha é do Presidente da República ou do Governador do Estado. Critério político, diga-se de passagem.

³³ GOMES, Luiz Flávio, Foro especial por prerrogativa de função: a recente lei 10.628/02 não tem a extensão que parece, in www.iusnet.com.br, 13.01.03.

Não que o PGJ ou o PGR tenham menos valor pela escolha política e não da classe. Em Minas Gerais, existe atualmente um Procurador-Geral de Justiça que é o Presidente do Conselho de Procuradores-Gerais de Justiça, ético, probo, combativo e que a classe recentemente elegeu como o mais votado, e o Governador ratificou a escolha da classe.

Mas o perigo que a Lei 10.628/02 representa no revés da questão, ou seja, fazer do critério de escolha política do PGJ e do PGR um campo de batalha e tornar ainda mais lenta a Justiça junto à 2ª instância é grande.

O Ministério Público brasileiro, tido como instituição mais confiável pela população, fica frágil na seara criminal e cível, no tocante à classe dominante (elite), apenas sendo extremamente forte para a classe dominada.

O poder dado pela CF/88 ao Ministério Público brasileiro ficou fracionado por uma lei ordinária, acreditem!

Das duas uma: ou se faz uma emenda constitucional prevendo que o critério para escolha do Procurador-Geral de Justiça e da República será por eleição em toda classe, concorrendo não somente Procuradores de Justiça mas também Promotores de Justiça, nos Estados e, no Ministério Público Federal, concorrendo todos Procuradores da República, dando legitimidade à classe do MP e tirando o critério político do defasado sistema do check and balance ou, de forma corajosa e jurídica, o STF declare, inconstitucional, a Lei 10.628/02, mostrando que não é órgão político e sim jurídico, apesar da indicação ser política.

Desta forma, duas propostas serão importantes para o Ministério Público aguardar a decisão de mérito da ADIN 2797, com todos os seus reflexos jurídicos, sem afrontar a Lei 10.628/02 e sem correr o risco de sua classe se tornar eminentemente política (em face da escolha do Procurador-Geral de Justiça ou da República):

1º proposta: A nível estadual, renovar ofício a CONAMP para que, na Reforma do Judiciário, no Plenário, reapresente emenda constitucional prevendo que a escolha do Procurador-Geral de Justiça dar-se-á apenas pela escolha da classe (eleição pelo critério do mais votado), sem interferência de indicação final pelo Governador do Estado, enquanto que a escolha do Procurador-Geral da República também dar-se-á pela escolha da classe (eleição pelo critério do mais votado), sem interferência de indicação pelo Presidente da República;

2ª proposta: A nível do Ministério Público Estadual, a se iniciar pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, oficial e promover moção ao Procurador-Geral de Justiça em exercício, para que o mesmo providencie junto à Assembleia Legislativa, iniciativa de projeto de lei alterando a Lei Orgânica Estadual para permitir que Promotores de Justiça concorram ao cargo de Procurador-Geral de Justiça e não somente Procuradores de Justiça, adotando critérios mínimos a ser escolhido pela classe e usando como norte os critérios do Ministério Público de Goiás e Paraná, que assim já o fizeram e com isso, ampliaram a representatividade da classe ministerial e diluíram as ingerências políticas do Governador do Estado, já que o colégio eleitoral passará a ser mais expressivo.

Por outro norte, é preciso que o STF demonstre a toda sociedade seu papel eficaz de proteção a CF/88 e as instituições que a guarnecem (no caso, o Ministério Público e Poder Judiciário brasileiro).

Conclamo, apesar de simples mortal, o STF a novamente

“Proclamar a Independência do Brasil contra o poder econômico”!

Que Deus e o Espírito Santo protejam nossos Ministros do STF, no mérito da ADIN 2797!

“BEM AVENTURADOS OS QUE TÊM FOME E SEDE DE JUSTIÇA, PORQUE SERÃO SACIADOS...”

BEM AVENTURADOS OS QUE PROMOVEM A PAZ, PORQUE SERÃO CHAMADOS FILHOS DE DEUS...

BEM AVENTURADOS OS QUE SÃO PERSEGUIDOS POR CAUSA DA JUSTIÇA, PORQUE DELES É O REINO DOS CÉUS...

FELIZES VOCÊS, SE FOREM INSULTADOS E PERSEGUIDOS, E SE DISSERAM TODO TIPO DE CALÚNIA CONTRA VOCÊS, POR CAUSA DE MIM.

FIQUEM ALEGRES E CONTENTES, PORQUE SERÁ GRANDE PARA VOCÊS A RECOMPENSA NO CÉU”³⁴.

³⁴ (Sermão da Montanha-BEM AVENTURANÇAS, in Bíblia Sagrada, “A palavra de Deus Ilustrada”, edições paulinas, aprovada pelo Presidente da CNBB, o Reverendíssimo .Sr.Luciano Mendes de Almeida- LIVRO DE MATEUS, CAPÍTULO 5, versículo 1-12).

6. Bibliografia

BLAT, José Carlos. Palestra sobre “Crime Organizado” e “Reforma do Processo Penal” no Encontro Regional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na comarca de Passos/MG, 2001

CAPEZ, Fernando. Apostila – “Lei do Crime Organizado”, do curso MPM – Curso Preparatório aos Concursos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas, 2ª edição, 1997;

FROSSAD, Denise. Palestra proferida para os alunos do curso de Direito da PUC Minas Contagem, em 19 de novembro de 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado, RT, SP, 1995. Foro Especial por prerrogativa de função. A recente Lei 10.628/02 não tem a extensão que parece - Disponível em: Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (www.ielf.com.br), no curso via internet (www.iusnet.com.br, 13.01.03)

GLOBO NEWS PAINEL, 9 de fevereiro de 2002, tendo como debatedores, Walter Maierovitch(ex-Secretário Nacional de Drogas e atualmente presidente do Instituto Geovane Falconi), Magno Malta(deputado federal – PL/ES, responsável pela CPI do Narcotráfico) e Diógenes Viegas Dalle Lucca(Capitão da Polícia Militar de SP e Comandante do GATE/SP – Grupo de Ações Táticas Especiais, responsável pelo seqüestro de Patrícia Abravanel, filha do empresário Sílvio Santos, bem como participou das negociações do seqüestro de Abílio Diniz e ainda da mega rebelião dos presídios paulistas, com mais de 20 estabelecimentos prisionais rebelados, sendo que o GATE e o 3º Batalhão de Choques controlaram a situação, mas deixando 5 policiais do GATE feridos por armas de fogo com 1.200 pessoas de reféns, a maioria familiares de presos).

CERQUEIRA³⁵, Thales Tácito, Direito Eleitoral Brasileiro, 2ª edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Observações sobre a nova redação do artigo 84 do CPP e o novo conceito de maioria para o Código Civil que entrou em vigor em janeiro fluente, artigo jurídico da página do Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (www.ielf.com.br) (data: 27/01/03)

³⁵ Ressalvo que a 3ª edição, no prelo, programada para 2004(eleições municipais e Reforma Política), contém esse artigo sobre a Lei 10.628/02 e o artigo do senador vitalício

7.. Anexo (Notícias do STF³⁶)

27/12/2002 -16:53

Chega ao STF ação questionando foro especial para ex-autoridades

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou hoje (27/12) perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797), com pedido de liminar, contra o artigo 1º da Lei nº 10.628/02 que acrescenta os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

Os dispositivos tratam do foro especial - devido à prerrogativa de função - concedido às autoridades que respondem a processos por atos administrativos, mesmo após terem deixado seus cargos.

O presidente da CONAMP, Marfan Martins, e o ex-procurador da República, Aristides Junqueira, que protocolaram a ação no STF, sustentam que os dispositivos são inconstitucionais porque os parlamentares não têm legitimidade para modificar a Constituição Federal quando “acrescentam competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal”, já que isso caberia a uma Assembléia Constituinte.

“Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, regular matéria que só pode ter sede constitucional”, diz Junqueira, que aponta ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Martins e Junqueira questionam a concessão de competência especial aos Tribunais de 2ª instância, aos Tribunais Superiores, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF para processar e julgar as autoridades que já tenham deixado sua função pública.

No parágrafo primeiro que está sendo impugnado, o foro privilegiado será concedido inclusive nos casos em que o inquérito ou a ação judicial tenham iniciado após o término do exercício da função pública.

A ação de improbidade administrativa também será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente a autoridade nos casos de prerrogativa de foro.

Segundo Junqueira, os efeitos da Lei 10.628/02 devem ser suspensos imediatamente, “para que não se instaure a insegurança jurídica no Poder Judiciário e no Ministério Público, nem se permita que uma lei ordinária possa tornar prejudicado julgamento já iniciado pelo STF”.

Aristides Junqueira afirma que “a remessa imediata para os tribunais de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância, em virtude da vigência de ambos os parágrafos impugnados, é conseqüência desastrosa

³⁶ Site do STF: www.stf.gov.br

10/01/2003 - 18:37:

STF nega liminar a Conamp em ADI contra

Foro especial para ex-autoridades

O vice-presidente do STF no exercício da presidência, ministro Ilmar Galvão, negou (7/1) a liminar requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) para suspender dispositivos do Código de Processo Penal. Os dispositivos questionados tratam do foro especial - devido à prerrogativa de função - às autoridades que respondem a processos por atos administrativos, mesmo após terem deixado seus cargos.

A liminar foi pedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797) ajuizada pela Conamp. A ação contesta o artigo 1º da Lei 10.628/02, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, ao acrescentar a ele os parágrafos 1º e 2º.

A Conamp pediu a suspensão dos dispositivos para evitar a insegurança jurídica e prejuízo ao julgamento, pelo Supremo, da Reclamação 2186, para que não ocorra a remessa imediata para os Tribunais de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância. A Reclamação 2138 discute o foro privilegiado e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) aos agentes políticos.

No despacho, o ministro Ilmar Galvão disse que o julgamento da Reclamação 2168 não depende de concessão da liminar requerida. Ele também considerou não ser razão suficiente para suspensão da lei a provável remessa de milhares de ações da espécie para os diversos tribunais, com a interrupção de seu processamento, como havia alegado a Conamp.

20/02/2003 - 17:12 –

STF recebe parecer de Brindeiro sobre Lei que estabeleceu

foro especial para ex-autoridades

O procurador-geral da República, Geraldo Brindeiro, opinou (18/2) pela concessão, em parte, do pedido feito pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), que questiona a Lei 10.628/02 - responsável por estabelecer foro privilegiado, por prerrogativa de função, às autoridades que respondem a processos por atos administrativos.

O parecer foi dado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797), na qual a Conamp contesta o artigo 1º da Lei 10.628/02, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, ao acrescentar a ele os parágrafos 1º e 2º.

Para Brindeiro, uma lei ordinária - que inclui normas no Código de Processo Penal - não pode “conferir caráter criminal aos atos administrativos em geral que configurem improbidade administrativa, segundo a Lei nº 8.429/92, quando a Constituição dá tratamento específico à improbidade administrativa e há a distinção, até clássica, entre a esfera administrativa e penal, como instâncias independentes para fins de sanção”.

Ele acrescenta, ainda, que a própria Constituição distingue o conceito de crimes de responsabilidade e as punições aplicadas, assim como define os órgãos do Judiciário ou do Legislativo competentes para processá-los e julgá-los.

O procurador destacou que o STF tem reconhecido, ao julgar várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a competência privativa da União para legislar sobre crimes de responsabilidade, como estabelece o artigo 22, inciso I, da CF/88.

“Não pode 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”, salientou.

O parecer foi no sentido de declarar inconstitucional o parágrafo 1º, do artigo 84, do CPP, introduzido pela Lei 10.628/02, bem como da expressão “observado o disposto no § 1º”, presente no parágrafo 2º, parte final, do mesmo artigo.

Brindeiro também opinou por declarar inconstitucional, em parte, sem redução de texto, o parágrafo 2º, a fim de que seja interpretado conforme a Constituição Federal, “para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradoras de crimes de responsabilidade”.

8. Anexo 2(Notícias do Ministério Público de Santa Catarina)

Joaçaba: Judiciário acata argumentos do MP contra

Lei 10.628, que ampliou foro privilegiado

Os argumentos do Ministério Público de Santa Catarina, considerando inconstitucional a ampliação do foro privilegiado para ex-agentes políticos, foram acatados, pela primeira vez no Estado, pelo Juízo da Comarca de Joaçaba. O Judiciário qualificou como "absoluta inconstitucionalidade" o dispositivo estabelecido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, e deferiu, liminarmente, todos os pedidos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pela Promotora de Justiça Vera Lúcia Ferreira Copetti, que arguiu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da referida lei, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal.

A pedido da Promotora de Justiça, o Juiz de Direito André Alexandre Happke decretou, liminarmente, o bloqueio de bens e a quebra do sigilo bancário e fiscal de Normélio Zílio,

Ex-Prefeito de Joaçaba, e dos servidores municipais Marcos Antonio Calai Kranz (Joaçaba) e Leandro Rosário Hommerding (Água Doce).

Na ação, a Promotora de Justiça responsabiliza o Ex-Prefeito por improbidade administrativa e os dois servidores por enriquecimento ilícito, atos que teriam causado prejuízo de R\$ 87.470,38 aos Municípios de Luzerna, Herval d'Oeste, Ibicaré, Treze Tílias e Joaçaba.

OS FATOS - Conforme a Promotora de Justiça relata na ação, Kranz e Hommerding foram requisitados pelos Juízes Eleitorais para exercer cargos junto às Zonas Eleitorais da Circunscrição de Santa Catarina em que estão inscritos. Desde 21 de maio de 1985 Kranz vem exercendo as funções de Chefe de Cartório da 18ª Zona Eleitoral. Hommerding exerceu, inicialmente, a função de Auxiliar Eleitoral e, no período compreendido entre 6 de junho de 1995 e 10 de julho de 2000, a de Chefe do Cartório Eleitoral da 85ª Zona Eleitoral.

"Os requeridos acima indicados passaram a exercer as funções próprias dos cargos para os quais foram requisitados, sem prejuízo dos direitos e vantagens inerentes aos cargos ocupados junto às administrações públicas municipais de origem, na forma da Lei Federal nº 6.999/82", afirma a Promotora de Justiça.

"Além disso, tanto Kranz como Hommerding recebiam gratificações, em razão das funções eleitorais desempenhadas, pagas pelo Tribunal Regional Eleitoral, além de remuneração por horas extraordinárias prestadas. Conforme certidão expedida pelo TRE, Kranz recebeu, nos últimos cinco anos, a quantia de R\$ 45.515,23, a título de gratificação, acrescida de R\$ 1.054,80, como remuneração de horas extraordinárias; no mesmo período, Hommerding, percebeu as quantias de R\$ 27.430,64 e R\$ 994,02, a título de gratificação eleitoral e horas extraordinárias, respectivamente", complementa Vera Copetti.

"Kranz decidiu obter vantagem indevida em razão do exercício do cargo eleitoral por ele ocupado e em prejuízo do patrimônio de vários municípios. Assim, junto com os prefeitos que, à época, se achavam à testa da Associação dos Municípios do Meio Oeste Catarinense (AMMOC), criou-se um estratagema para que Kranz recebesse, indecorosa e ilegalmente, gratificações suportadas pelo erário dos municípios que integram tal entidade", relata a Promotora de Justiça.

"Assim, os municípios da AMMOC passaram a pagar, mensalmente, gratificações embutidas em suas contribuições para a entidade associativa, de forma que a destinação daquelas permanecia encoberta e imune à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado sobre a aplicação dos recursos dos Municípios e também da Associação", diz Vera Copetti.

Conforme a Promotora de Justiça, quando Hommerding passou a exercer a função de Chefe de Cartório da 85ª Zona Eleitoral, também "começou a receber as gratificações lesivas aos cofres públicos".

Kranz e Hommerding receberam, indevidamente, no período compreendido entre fevereiro de 1998 e outubro de 2000 as quantias de R\$ 43.427,80 (quarenta e três mil, quatrocentos e vinte e sete reais e oitenta centavos) e R\$ 12.769,38 (doze mil, setecentos e sessenta e nove

reais e trinta e oito centavos), respectivamente, em prejuízo dos Municípios de Luzerna, Herval d'Oeste, Ibicaré e Treze Tílias, informa a Promotora de Justiça.

"Kranz locupletou-se, ainda, mediante o recebimento de vantagens pecuniárias que lhe foram pagas pelo Município de Joaçaba, a título de horas extraordinárias e gratificação correspondente à função de chefia", afirma Vera Copetti.

Segundo ela, o Ex-Prefeito Normélio Zílio, no período em que exerceu o mandato, concordou em conceder os "benefícios" a Kranz, determinando, conforme admitiu no curso do procedimento administrativo em que se baseou a ação civil pública, que lhe fossem pagas horas extras sobre as quais jamais foi realizado qualquer controle e que nunca foram prestadas. Zílio também nomeou Kranz (Portaria nº 2.340, de 4 de janeiro de 1999), "para exercer as funções de Chefe do Setor de Serviços Gerais, nível AF-2, da Secretaria de Administração e Finanças" de Joaçaba. Com o recebimento dessas vantagens, Kranz incrementou seu patrimônio, ilicitamente, com a quantia de R\$ 31.273,20 (trinta e um mil, duzentos e setenta e três reais e vinte centavos).

Notícia publicada no site do TJSC em 25/09/02 - 17:40

Desembargador acolhe tese do Foro Privilegiado

O Desembargador Nilton João de Macedo Machado deferiu pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto pelo ex-prefeito de Joaçaba, Normélio Zílio, determinando a suspensão da liminar concedida pela Justiça de 1º grau que tornava indisponível os bens e ainda quebrava o sigilo bancário do réu, em ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público.

Na prática, o magistrado acolheu a tese da constitucionalidade da lei 10.628/02, que trata sobre a questão do foro privilegiado para ex-dirigentes públicos.

Com seu despacho, a ação na Comarca de Joaçaba fica em suspenso até o julgamento do mérito do agravo de instrumento junto a uma das três câmaras de direito público do Tribunal de Justiça.

Segundo o magistrado, levando em consideração a presunção de constitucionalidade que ozam as leis - as quais somente devem ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma das formas de interpretação a ajustar conforme a Constituição - aliada à constatação de que as normas trazidas pela Lei 10.628/02 estão em conformidade com a Constituição, fica clara a relevância da fundamentação no sentido de garantir ao agravante o processo e julgamento perante o Tribunal de Justiça, por atos e infrações praticados no exercício do mandato de prefeito de Joaçaba.

"O exame das demais questões, por evidente, fica dependendo da confirmação, ou não, da incompetência do juízo de primeiro grau, assim como de eventual acolhimento da ADI pelo Supremo Tribunal Federal", anotou o Desembargador, em seu despacho. Há uma semana, em outra decisão monocrática, o Desembargador César Abreu determinou o

retorno de uma ação civil pública contra prefeito de Barra Velha à Comarca de origem, por entender existir inconstitucionalidade na lei 10.628/02.

O julgamento do mérito do agravo de instrumento por uma das câmaras de direito público será a primeira manifestação colegiada do Tribunal de Justiça catarinense sobre esta polêmica questão.