O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CONCEITO E OUTROS ASPECTOS. A LEI N. 10.628/2002

JOSÉ AUGUSTO DELGADO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O panorama atual sobre a constitucionalidade da lei n. 10.628, de 24.12.2002

Ao ordenamento jurídico brasileiro foi introduzida, em 26.12.2002, a Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou a redação do art. 84 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Pelo art. 1° da mencionada legislação, o art. 84 figura, hoje, 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.

A seguir, os §§ 1º e 2° do art. 84 explicitam: § 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.

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

Três modificações substanciais foram introduzidas no campo competencial relativo aos funcionários e agentes públicos quando presentes em juízo sob a acusação de prática de delitos penais e de improbidade administrativa.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

A primeira consiste na definição de que, em nenhuma hipótese, segundo o dispositivo examinado, os juizes de primeiro grau possuem competência para processar e julgar pessoas com prerrogativa de função por crimes comuns e de responsabilidade.

A segunda determina que a competência especial por prerrogativa de foro prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, sendo que somente quando a ilicitude investigada tiver origem de atos administrativos do agente. No particular, revigorado foi, com atenuações, o preceito da Súmula n. 349 do Supremo Tribunal Federal.

A terceira alteração é a imposição de que, em se tratando de ação de improbidade administrativa, nos limites da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, a competência será do Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

A Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, estabelece, de modo definitivo, que a ação de improbidade administrativa não tem natureza criminal, considerando-a, como faz grande parte da doutrina, como ação de natureza cível especial, porém, os seus efeitos a tanto se equipara. Definiu, apenas, a competência para processá-la e julgá-la, quando o agente passivo for funcionário ou autoridade com prerrogativa de foro. Firmamos essa conclusão pela técnica adotada pelo legislador de, em parágrafo especial, definir a competência para processar e julgar esse tipo de ação. Não houve, como pretendem alguns, equiparação da ação de improbidade administrativa à ação criminal. Aquela continua como tendo natureza cível-administrativa, porém, com a sua tramitação, quando ocorrer o fenômeno de foro privilegiado, em competência especial.

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

Nenhum princípio científico foi ferido com a adoção dessa técnica competencial pelo legislador. Este tem liberdade de fixar a competência de acordo com a política legislativa que lhe parecer adequada às situações a serem reguladas.

A vigência da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, determinou a abertura de debates sobre a sua constitucionalidade.

Uma corrente afirma que os §§ 1º e 2º são flagrantemente inconstitucionais, tanto nos seus aspectos formais, quanto nos seus aspectos materiais, por ter permitido a extensão do foro privilegiado ao agente que não mais esteja no exercício da função ou do cargo e ter outorgado o privilégio de foro para as ações de improbidade administrativa.

Outra corrente entende que ela não provocou nenhuma ofensa aos princípios constitucionais, haja vista que inexiste qualquer impedimento expresso posto na Carta Magna para a sua edição.

Há, atualmente, duas ações tramitando no Colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A primeira foi intentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (ADIn nº 2.797-2/600-DF). A segunda foi apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Os fundamentos desenvolvidos, em ambas, são, sinteticamente, os seguintes:

a) haver impossibilidade de, fora da Constituição, ser estabelecida competência privilegiada para processar e julgar ação criminal contra funcionário ou;

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

b) a repartição da competência jurisdicional, especialmente a da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, só está autorizada a ser fixada pelo Poder Constituinte originário ou derivado;

c) há, portanto, obstáculo intransponível do legislador ordinário alongar a competência originária dos tribunais, notadamente, no concernente ao estabelecimento de foro por prerrogativa de função;

d) o nosso sistema jurídico não permite que o legislador se arvore de intérprete da Constituição, haja vista que essa missão está reserva da ao Supremo Tribunal Federal;

e) a evidência da inconstitucionalidade está no precedente firmado peJo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula nº 394, que tinha o seguinte enunciado: "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";

f) os §§ 1º e 2º ofendem, conseqüentemente, não apenas os arts. 102,1,105,1,108,1 e 125, § 1º, da Constituição Federal, mas também a independência e a harmonia dos poderes do Estado, conforme o art. 2º da mesma Carta Magna.

Argumentam, ainda, os autores da ADIn que não é lícito ao legislador suprir lacuna constitucional, ignorando decisão do Supremo Tribunal Federal, que repudiou o privilégio, com o cancelamento da Súmula n. 394, interpretando a própria Constituição. Esse proceder seria uma interpretação autêntica da Constituição, repudiada pela doutrina, especialmente, nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.215, 5ª. ed.).

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, até a data de hoje, outubro de 2003, não emitiu decisão sobre o assunto.

Alguns Tribunais têm acatado a constitucionalidade da lei. Outros têm afirmado a sua inconstitucionalidade, no exercício do controle difuso, valendo-se da competência que lhes é outorgada pelo art. 97 da Constituição Federal: "Somente pelo voto da 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".

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 31.168, relatado pela Ministra Laurita Vaz, Terceira Secção, à unanimidade, em 26.03.2003, decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EX-PREFEITO. VERBA FEDERAL. REPASSE AO MUNICÍPIO. CONVÊNIO FIRMADO ANTES DA CF/88. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.° 209 DO STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI N.° 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002 (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP). AGRAVO DESPROVIDO. 1. O repasse de verbas federais ao Município, por meio do convênio, deu-se sob a égide da Constituição anterior a de 1988 (EC nº 1/1969), quando não havia previsão expressa no sentido da exigibilidade de prestação de contas perante órgão federal, diferente da Constituição em vigor, ex vi do disposto no art. 71, inciso VI. 2. Nesse contexto, as verbas repassadas à municipalidade não estavam sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle da União. Afasta-se, pois, a incidência da Súmula n. 208, sendo aplicável à espécie o comando da Súmula n. 209 do STJ. Precedente do STF. 3. Agravo regimental desprovido, mas com reconsideração da decisão agravada para reconhecer a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para processar e julgar o feito, tendo em vista a

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, de aplicação imediata (art. 1º, parágrafo único, do CPP).

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pela sua 3ª Secção, embora sem se pronunciar explicitamente, aceitou a constitucionalidade da lei, fixando a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação criminal contra ex-prefeito acusado de prática de atos ilícitos decorrentes da sua gestão pública.

O mesmo entendimento foi firmado pela 3ª Secção, no julgamento do Conflito de Competência n. 37.806, de São Paulo, relatado, em 12.03.2003, pelo Ministro Gilson Dipp, com ementa assim posta:

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PREFEITO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.° 10.628/02. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. I. O advento da Lei n. 10.628/02, que modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, determinou a prevalência da competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após o fim do exercício da função pública. II. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Suscitado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao processar e julgar o Agravo de Instrumento n. 313.238-5/1-00, da Comarca de Diadema, afirmou, de modo contrário, que: Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de incompetência de foro por prerrogativa de função, pois 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 dos bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação

penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente cível, não obstante possa ser ajuizada a competente ação penal.

Ressaltamos que, não obstante o posicionamento assumido pela 3ª Secção do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Especial, mesmo depois da vigência da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, tem decidido pela não prerrogativa do foro em se tratando de ação de improbidade administrativa.

Citamos duas decisões. A primeira foi proferida no AgRg na Petição nº 1.885 - PR, julgada em 16.6.2003. A Corte Especial, nesta oportunidade, acolheu voto-vista proferido pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do teor que passamos a transcrever:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a pedido de abertura de investigação de atos de improbidade administrativa, que teriam sido praticados pelo Governador do Estado do Paraná, Jaime Lerner.

Entendeu o eminente relator que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para decidir requerimento de abertura de processo ou procedimento de improbidade administrativa.

Pedi, então, vista dos autos para melhor exame da matéria.

Afirma a ora agravante que o então Governador teria praticado atos de improbidade administrativa porque não determinou o pagamento de crédito judicial, objeto de precatório.

Dispõe o art. 105,1, da Constituição Federal, que é esta Corte competente para processar e julgar, originariamente os Governadores dos Estados nos crimes comuns.

A ação de improbidade administrativa não tem caráter penal.

Assim, como salientado por Guilherme de Souza, 'não se pode transformar' 'a força' o 'que é cível em matéria criminal, somente para justificar o foro privilegiado', concluindo que 'as ações por improbidade administrativa têm caráter civil, implicam em medidas reparatórias e preventivas de ordem civil e administrativa, não se deslocando à esfera penal (*Código de Processo Penal Comentado*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 184, Coment. 5-C).

Coerente com esse entendimento, tenho que improbidade administrativa refoge à competência desta Corte porque a prerrogativa de foro de Governador é para ilícitos criminais, nos termos previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte Especial, com o meu voto de adesão. A ementa desse julgado se encontra assim redigida:

Competência do Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade administrativa. Conselheiro do Tribunal de Contas. Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei nº 8.429/ 92, ainda que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais.

Nos termos do art. 105,1, *a*, da Constituição da República, a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa. Nesse contexto, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação. Improcedência da reclamação. Votos vencidos" (RCL nº 780-AP, rel. p/ acórdão Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 07.10.2002).

Peço vênia para transcrever o voto por mim proferido naquela ocasião e que se encontra assim redigido.

'Sr. Presidente, a questão atinente à competência para julgar as ações de improbidade já foi examinada por esta Corte Especial e amplamente debatida.Na época, recordo-me de que foi decidida pelo voto de desempate que tive o ensejo de proferir quando na Presidência: portanto, a matéria já foi objeto de deliberação.

Alerto V. Exas para essa questão a fim de que tenham tal aspecto em conta, porque, desde então, vários Colegas vieram a integrar esta Corte Especial. Não se pode deixar de se observar que o tema foi amplamente debatido e, desse debate, restou uma solução no sentido de que, se as ações de improbidade não são causas criminais, não há de se aplicar o foro por prerrogativa de função, previsto no texto constitucional.

A matéria é tipicamente constitucional. Nesse contexto, penso que deveríamos prestigiar a decisão anterior, mesmo porque o tema será, sem dúvida alguma, enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, c o será porque é de índole eminentemente constitucional. Por que alterarmos esse posicionamento e termos de regressar a uma posição anteriormente sustentada, caso haja, em seguida, uma decisão em sentido diverso do Supremo Tribunal Federal?

A Corte deve manter estabilidade quanto aos seus entendimentos adotados, especialmente em matéria de alta significação como esta.

Há que se observar, ainda, que está em andamento uma reforma constitucional, e, ao que tenho, nada se alterou no texto constitucional pertinente. Nenhuma proposta concreta foi adotada até o momento, visando atribuir o privilégio de foro por prerrogativa de função no tocante às ações de improbidade. Sabemos que isso gera algumas dificuldades, más não é possível que, em razão de exceções, deixemos de aplicar uma regra constitucional e façamos essa alteração de

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

entendimento depois de existir orientação desta Corte a respeito da matéria.

Com essas ponderações, reportando-me à fundamentação do voto anteriormente proferido, acompanho a divergência iniciada pelo eminente Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, julgando improcedente a reclamação'.

Com esses esclarecimentos, acompanho o eminente Relator e nego provimento ao agravo regimental".

A Corte Especial, em data de 18.06.2003, pronunciou-se em igual sentido, ao julgar o Agravo Regimental na Petição n. 1.936, da relatoria do Ministro GILSON DIPP. Foi mantida, na ocasião, decisão monocrática assim desenvolvida:

Trata-se de ação de improbidade proposta por Edirce Silveira Lopes, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná, em face de não recebimento de crédito judicial, que dera origem a precatório requisitório.

Na exordial, pugna-se pela instauração de processo investigatório em desfavor da autoridade apontada como requerida, a fim de que através de ampla produção de provas, sejam tornados indisponíveis todos os bens necessários ao ressarcimento dos danos pretensamente sofridos pela parte autora.

Decido.

A teor da jurisprudência dominante nesta Corte, falece competência ao Superior Tribunal de Justiça para analisar processos em que se discute atos de improbidade administrativa. Ademais, a prerrogativa de foro quanto aos atos de Governador de Estado está relacionada à ação penal, sendo certo que a presente hipótese traduz

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

improbidade administrativa, cuja natureza refoge à competência expressa preconizada na Carta Política de 1988. Sobre o tema, segue o seguinte precedente:

Competência do Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade administrativa. Conselheiro do Tribunal de Contas. Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei n. 8429;92, ainda que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais. Nos termos do art. 105, I, "a", da Constituição da República, a competência originária deste Tribunal é para a ação penal, o que não se confunde com a ação judicial para apuração de ato de improbidade administrativa, de natureza administrativa. Nesse contexto, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação. Improcedência da reclamação. Votos vencidos. (RCL 780-AP, Corte Especial, Relator p/ acórdão: Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, D. J. de 07/10/1002).

Ante o exposto, negou seguimento ao processo, com esteio no art. 34, XVIII do RISTJ. Publique-se. Intime-se. Brasília(DF, 05 de novembro de 2002. Ministro Gilson Dipp - Relator.

A Corte Especial não considerou a superveniência da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

O panorama acima descrito é o que vigora, na atualidade, sobre a constitucionalidade ou não da Lei supramencionada.

A palavra final está com o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme já assinalamos, por ter sido chamado a se pronunciar sobre esses aspectos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade já referidas.

Salientamos que o Ministério Público Federal, em parecer apresentado pelo Procurador-Geral da República, opinou pela

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

inconstitucionalidade do § 1º da Lei n. 10.628, entendendo, contudo, inconstitucional, parcialmente, o § 2°.

As razões do Ministério Público, em resumo, são:

a) somente o Supremo Tribunal Federal é que teria competência para interpretar a norma constitucional que dispõe sobre a sua própria competência originária, e não o legislador ordinário;

b) houve, conseqüentemente, violação ao art. 2º, da Constituição da República, por ter sido atingido o princípio da independência e da harmonia dos poderes;

c) o legislador, no § 1°, usurpou competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, conforme determina o art. 102 da Carta Magna;

d) a lei ordinária não pode interpretar a Constituição, com o defeito de revogar exegese mais recente da Corte quando cancelou a Súmula nº 394.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, invoca a doutrina americana sobre o assunto, assinalando:

42. 1° viola o princípio da independência e harmonia dos poderes e usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião máximo da Constituição, segundo o caput do art. 102. A lei neste ponto interpreta a Constituição, na verdade, revogando a exegese mais recente do Supremo Tribunal Federal e lembra o caso emblemático *Marbury v. Madison* da Suprema Corte Americana.

43. Aliás, como se sabe, toda a teoria *judicial review* começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do *Chief Justice Marshall*, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

competência originária para a Suprema Corte relativa ao *writ of mandamus*. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em lei ('Statutes') do Congresso.

44. A situação aqui não é exatamente a mesma, porque havia jurisprudência consolidada em Súmula do Supremo Tribunal Federal interpretando a Constituição de 1946 e leis federais, convivendo com a vigência da Constituição Federal de 1988 durante mais de dez anos. E, além disso, a lei não criou competência originária propriamente, mas, na verdade, a recriou, após, abolida por interpretação da CF 88, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

45. A decisão majoritária proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Inquérito n. 687-E, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, estabeleceu que: 'A tese substanciada nessa Súmula (394) não se refletiu na Constituição de 1988, acompanhando o relator os eminentes Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio e, o então Presidente, Carlos Velloso'.

46. Não vejo, pois, como deixar de considerar que o § 1º do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela recentíssima Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, tenha afrontado a decisão do Supremo Tribunal Federal, que cancelou a Súmula 394, por maioria de votos, ainda que entenda, como entendo, ser correta a posição minoritária da Corte.

A respeito, concluiu o parecerista: Assim, é que deve ser declarado inconstitucional o § 1º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei n. 10.629/02, bem como a expressão "observado o disposto no § 1º", constante do § 2°, *in fine*, por violar o art. 2º e o caput, do art. 102, da Constituição da República, na medida em que constituem afronta à

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

exegese da norma constitucional (art. 102,1, *b* e *c*) adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula 394 e expressamente estabelecer que a tese nela substanciada não se refletiu na Constituição de 1988.

No que tange ao § 2° da Lei n. 10.628/02/o parecer do Ministério Público Federal foi pela sua parcial inconstitucionalidade, sem incluir a parte final (observado o disposto no § 1º).

Registramos os trechos principais da fundamentação desenvolvida no mencionado parecer:

52. Efetivamente, ainda não houve um pronunciamento conclusivo acerca da natureza jurídica da improbidade administrativa. Nada obstante, é possível delinear algumas características.

53.0 ato de improbidade administrativa é definido em lei e de sua prática decorre sanção imposta ao agente público, ou àquele que com ele age, que viole o dever ético e os imperativos morais que lhe impõe o manuseio da *res publica*. Decorrem da expressa previsão contida no § 4.° do art. 37 da Carta Maior, que a Lei nº 8.429/92 veio a lume para regulamentar.

54. A despeito de maiores considerações, revela-se indiscutível que o ato de improbidade traz duas marcas indeléveis: a *tipicidade legal* (só é ato de improbidade aquele definido em lei como tal) e a imposição de sanções previstas em lei (*sanctio iuris*).

Mais adiante, defende o Ministério Público Federal:

58. O que o § 2º do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, faz, na verdade, é reconhecer caráter penal (criminal) aos atos de improbidade administrativa. E isso pode o Congresso Nacional em tese fazer por ser a União Federal

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

competente para legislar privativamente sobre Direito Penal (CF 88, art. 22, inc. I, c/c art. 48).

59. Não nos parece que a norma legal tenha aqui criado propriamente novas hipóteses de competência de Tribunais por prerrogativa de função, como sustentado na inicial. O que ela diz é que se o funcionário (por equívoco) ou a autoridade tem "*prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública*" para ser processado e julgado pela prática de crime comum (e isto obviamente já deverá estar previsto na Constituição), no caso de cometimento de ato de improbidade administrativa - a que se dá caráter penal - a ação de improbidade prevista na Lei nº 8.429/92 será proposta "perante o Tribunal competente".

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

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

62. É que a improbidade administrativa é prevista no art. 37, § 4º, da CF 88 e nada leva a concluir pela norma lá inserta, o caráter penal que se pretende agora dar ao ato de improbidade. Pelo contrário, o seu caráter administrativo - e de Direito Administrativo - sobressai do

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

próprio contexto constitucional em que é inserida a norma ao referir-se aos servidores públicos e aos princípios da administração pública.

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

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

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

66. Vale salientar, aliás, que o próprio advogado subscritor da inicial desta ação, o ex-Procurador-Geral da República ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, *sustenta também, como doutrinador, o caráter penal dos atos de improbidade administrativa em geral, que é exatamente*

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

o que pretende estabelecer o § 2° introduzido pela Lei n. 10.628/02, ora impugnada. Diz S.Exa*, verbis:*

Porque ato de improbidade administrativa é, na sua essência, crime de responsabilidade (também denominado, quiçá com maior propriedade, de infração político-administrativa), praticável não só pelo presidente da República, mas por todo e qualquer agente público, a Lei n. 1.079/50 estendeu sua aplicação aos Ministros de Estado (art. 13), aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), ao Procurador-Geral da República (art. 40), aos governadores e secretários dos estados-membros (art. 74), fazendo questão de repetir, relativamente a cada um deles, que o procedimento incompatível Com a dignidade, a honra e o decoro do cargo atenta contra a probidade da Administração e é crime de responsabilidade. POR SE TRATAR DE CRIME DE RESPONSABILIDADE, O PROCESSO E JULGAMENTO DOS AGENTES PÚBLICOS, SEJAM OU NÃO AGENTES POLÍTICOS, AOS QUAIS SE IMPUTA A AUTORIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, HÃO DE OBEDECER ÀS REGRAS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE FIXADAS.

(*Vide "Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro", in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais*, Malheiros Ed., São Paulo, 2001, p. 86 e segs.).

67. Não nos parece, contudo, que lei ordinária sobre Direito Penal (na verdade, incluindo normas no CPP) possa simplesmente conferir caráter criminal aos atos administrativos em geral que configurem improbidade administrativa, segundo a Lei nº 8.429792, 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. Todavia, é também a própria Constituição que distingue o conceito de crimes de responsabilidade e as sanções próprias e específicas, assim como os

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

órgãos do Judiciário ou do Legislativo competentes para processá-los e julgá-los.

68. E este Colendo Supremo Tribunal Federal tem reconheci do em inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade a competência privativa da União Federal para legislar sobre crimes de responsabilidade, com fundamento no art. 22, inc. I.

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

70. A inconstitucionalidade do § 2º, pois, é a nosso ver parcial, sem redução de texto, para conferir interpretação conforme a Constituição (na linha dos cinco votos já proferidos na Reclamação n. 2.138/DF), considerando aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

71. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é, preliminarmente, no sentido do conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade; e, no mérito, pela sua procedência em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, bem como da expressão "*observado o disposto no § 1º", constante do § 2°, in fine*, também acrescido pela mesma lei ao referido art. 84, salvo se o Supremo Tribunal Federal novamente reexaminar sua posição quanto ao cancelamento da Súmula 394, nos termos do item 51 acima; e ainda para declarara inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, conferindo interpretação conforme a Constituição ao mencionado § 2°, para

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

Ao Colendo Supremo Tribunal Federal cabe proferir a última palavra sobre a pretensão do reconhecimento da inconstitucionalidade dos parágrafos 1° e 2º da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

Enquanto não for julgado as duas ADIns que tratam do assunto, teremos que conviver com uma situação de instabilidade no campo competência! por prerrogativa de função, o que não presta homenagem à segurança jurídica desejada pela cidadania.

A análise dos parágrafos 1º e 2° da Lei n. 10. 628, de 24 de dezembro de 2002, pela doutrina

Os doutrinadores, com raríssimas exceções, têm manifestado posicionamento pela inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos.

Com propósitos informativos, citamos alguns trabalhos publicados a respeito, extraindo dos mesmos os trechos mais significativos para o tema.

Inicialmente, fazemos referência ao que RENATO FLAVIO MARCÃO, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, mestre em Direito Penal e Processo Penal, escreveu, conforme artigo publicado via internet, *site*: http: //www.jus.com.br.

O autor referido, após analisar algumas definições de competência, de especificar a sua divisão e de conceituar foro por prerrogativa de função, defende, expressamente, a inconstitucionalidade dos mencionados parágrafos, afirmando:

5. A inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal.

A matéria atinente ao foro especial, após a cessação do exercício da função pública, já fora objeto de longa discussão que terminou com o cancelamento da Súmula 394 (13) pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em 1999, ficando soberanamente decidida a questão, porquanto manifesto o pensamento da mais Alta Corte de Justiça da Nação.

Revigorada a discussão, da forma como veio ao mundo jurídico a fixação do foro especial aos ex-exercentes de funções públicas padece de inconstitucionalidade.

Aliás, referindo-se ao Projeto 6.295/02 ao tempo de sua tramitação, DALMO DE ABREU DALLARI já advertia que 'embora seja escandalosamente inconstitucional esse projeto foi estranhamente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados, onde se supõe que haja conhecedores da Constituição'.

Na mesma ocasião o ilustre Jurista apontava, ainda, a existência de enorme incongruência na proposta, pois, dizia ele referindo-se ao projeto: 'ao mesmo tempo em que se fala que a competência privilegiada é 'por prerrogativa de função' acrescenta-se que tal privilégio permanece 'após a cessação daquele exercício funcional', ou seja, quando a pessoa já não está mais exercendo a função, não havendo, portanto, qualquer interesse público na concessão do privilégio'.

A inconstitucionalidade decorre evidente, já que nos precisos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...", e a ampliação decorrente do disposto no § 1° do art. 84 do CPP cria aos ex-exercentes de funções públicas tratamento diferenciado em relação aos demais cidadãos, cumprindo anotar que as razões que justificam e legitimam o foro especial por prerrogativa de função aos que estão no exercício de

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

determinadas funções públicas visam o interesse público, pois, conforme lembra DALMO DE ABREU DALLARI, referindo-se à competência delimitada pelo art. 102 da CF: Esse privilégio de somente ser processado perante o Supremo Tribunal Federal impede que os que estejam no exercício daquelas funções sofram processos em diferentes pontos do país, o que poderia ser contrário ao interesse público, uma vez que todos esses personagens estão sediados na Capital da República e a necessidade de irem a outros pontos do País para se defenderem em processos poderia prejudicar o bom exercício da função. O art. 84 do Código de Processo Penal reafirma esse privilégio, que denomina prerrogativa de função, pois, como dispõe a Constituição, só beneficia pessoas por estarem no exercício de certas funções, concedendo-lhes foro privilegiado.

Não é por outra razão a lição de LUIZ FLÁVIO GOMES no sentido de que 'esse foro especial só tem sentido, portanto, enquanto o autor do crime está no exercício da função pública. Cessado tal exercício (não importa o motivo: fim do mandato, perda do cargo, exoneração, renúncia etc), perde todo o sentido o foro funcional, que se transformaria (em caso contrário) em odioso privilégio pessoal, que não condiz com a vida republicana ou com o Estado Democrático de Direito'.

Os manipuladores da Lei *se esqueceram* que o privilégio é em razão do exercício da função pública e não do cidadão. Deturparam o fundamento de base da regra, em benefício próprio. Advogaram em causa própria. Usaram das funções para estabelecer em benefício próprio privilégios injustificados, inconstitucionais, o que por si só resvala no art. 37 da Constituição Federal, ferindo de morte princípios como o da *legalidade, impessoalidade e moralidade*, estando tal conduta a reclamar as conseqüências jurídicas decorrentes.

Na feliz expressão de ROBERTO DELMANTO, a nova regra 'desmoraliza a igualdade cidadã'.

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

Deixando as funções públicas, as ex-autoridades voltam a ser cidadãos comuns, devendo, em razão da igualdade constitucional, se submeterem a processo e julgamento como qualquer outro cidadão comum. Trata-se de ex-exercente de função pública, não havendo qualquer interesse/público legitimador de modificação da regra.

Note-se, por derradeiro, que a competência dos Tribunais vem delimitada no texto constitucional e a norma infraconstitucional não pode ampliar o rol de competências dos Tribunais conforme estabelecido, inclusive em razão de princípios como os da hierarquia e verticalidade das normas.

A título de exemplo, frise-se que a Constituição Federal estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República e o Vice-Presidente, não mencionando qualquer possibilidade de processar c julgar ex-Presidente ou *ex*-Vice.

Diante de tais circunstâncias, flagrante a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, decorrente da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

A inconstitucionalidade do § 2° do art. 84 do Código de Processo Penal.

Conforme dispõe o art. 37, § 4°, da Constituição Federal, 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'.

É de todo perceptível, ante a literalidade e clareza do texto constitucional, que as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade não se confundem com as de natureza penal. Evidentemente,

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

e, por conseqüência, não há que se confundir improbidade administrativa com ilícito penal. O inverso constitui erro grosseiro, d*ata maxima venia*.

A doutrina é tranqüila a respeito do tema; nesta seara não reinam disceptações.

Bem, por isso, autores de nomeada e os Tribunais sempre entenderam que, sendo a ação de improbidade administrativa cuidada na Lei 8.429/92 de natureza civil, ainda que proposta contra autoridades que gozem de foro especial por prerrogativa de função para efeitos penais, 'deve ser processada e julgada em primeira instância, por não caber o deslocamento de foro para o Supremo Tribunal Federal sem expressa previsão constitucional'.

Por ser a competência originária do Supremo Tribunal Federal de direito estrito, não se admite o foro especial por prerrogativa de função para as ações civis de improbidade administrativa.

Nesse sentido WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR traz à colação em sua preciosa obra o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme segue: 'A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstâncias de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da corte, para os efeitos criminais c mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade' (STF, TP, AgRg em Petição 693-4-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, 12-8-1993, DJU, 1º mar. 1996, p. 5013)'.

Em sua conhecida obra, MARINO PAZZAGLINI FILHO destaca o voto do Min. CELSO DE MELLO, que com clareza solar elucida a matéria nos seguintes termos: 'Com efeito, não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal,

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102,1, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituirão Brasileira de 1998*, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776)'.

Diante de tal quadro, resta evidente que não pode o legislador ordinário ampliar o âmbito estrito de competências da Suprema Corte.

Como se vê, distinguindo a Constituição Federal os âmbitos de incidência da improbidade administrativa e do direito penal, não pode o intérprete, o juiz, e tampouco o legislador, confundi-los impunemente, e para a lei que não observa tais limites a *sanção inevitável* é o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Não é por outra razão que após a edição da Lei n. 10.628/02 a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiçado Ministério Público do Estado de São Paulo expediu recomendação aos Membros do Ministério Público, em caráter normativo, para que arguam, 'nos processos de sua atribuição porventura alcançados pela nova lei, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, a fim de possibilitar o exercício do controle difuso de constitucionalidade, pelos órgãos do Poder Judiciário', e no texto da referida recomendação se fez constar o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, no sentido de que: A competência do STF é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os efeitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade' (STF, Pleno, RJ 159/28, rei. Min. ILMAR GALVÃO).

Também consta da referida recomendação: 'O mesmo raciocínio vale para os demais Tribunais Superiores (com a única exceção do TST- CF, art. 111, § 3°, o que obviamente não interfere no raciocínio aqui exposto, dada a absoluta especificidade da jurisdição trabalhista). Nesse contexto, o STF julgou inconstitucional artigo do Código Eleitoral (lei ordinária) que pretendia atribuir competência ao TSE para conhecer de mandado de segurança contra ato do Presidente da República, em matéria eleitoral (RTJ 109/909)'. E segue: 'Também os Tribunais Regionais Federais (e bem assim os próprios juizes federais) têm prevista na Constituição, de forma taxativa, a sua competência, que 'somente pode ser ampliada ou reduzida por emenda constitucional, contra ela não prevalecendo dispositivo legal hierarquicamente inferior". 'Quanto aos Tribunais de Justiça, é também expressa a Constituição Federal, ao estatuir que sua competência 'será definida na Constituição do Estado' (art. 125, § 1º). Não pode esta ser ampliada pelo legislador ordinário. Tanto é assim que o STF considerou revogados os dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura que dispunham sobre competência dos tribunais estaduais (HC 77.583-1-PR, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 18.9.98, p. 7)'.

Ao cuidar da competência do Supremo Tribunal Federal o art. 102, inc. I, alínea "a", da Constituição Federal, não incluiu em seu rol as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, não sendo demais relembrar que o art. 37, § 4°, da Constituição Federal cuidou de expressar a impossibilidade de confusão das jurisdições civil e penal, para os atos de improbidade e para os ilícitos penais, respectivamente. De tal sorte, a confusão proposta não se justifica dentro de um raciocínio lógico e inteligente, fazendo concluir que razões outras, diversas da técnica

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

jurídica, e distantes do interesse público, é que empolgaram a malfadada disposição legal ora combatida.

Historicamente, as hipóteses de foro privilegiado sempre foram objeto de previsão constitucional, não se deixando a regulamentação da matéria para a legislação de menor envergadura".

DANNI SALES SILVA, Promotor de Justiça no Tocantins, em artigo intitulado "Lei n. 10.628/02: um privilégio inconstitucional ataca o controle da improbidade administrativa", publicado, também, no site: hltp: //www.jus.com.br, assinala:

"DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI Nº 10.628/02

Suplantando os comentários acerca da imoralidade do provimento legislativo em análise, cabe abordar agora acerca de outra inconstitucionalidade material.

Uma norma jurídica deriva sua validade de outra norma jurídica superior, trata-se da teoria gradualista da ordem jurídica, que se compõe de normas escalonadas hierarquicamente: uma norma individualizada vale porque foi criada de conformidade com uma lei; e esta deriva sua validade da Constituição, enquanto tenha sido estabelecida por um órgão competente e na forma prescrita constitucionalmente.

Percebe-se então que, dentro da atividade legiferante de elaboração de leis ordinárias, em específico, deve prevalecer uma relação de estrita compatibilidade vertical, entre esta e a Constituição vigente. Isto porque, o desencontro e a contradição da vontade constitucionalmente estabelecida e da inteligência da lei ordinária, eiva de inconstitucionalidade material a *novatio legis*, desde que se apure que o conteúdo de tal norma não se ajusta aos preceitos da constituição. Assim,

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

os instrumentos normativos que forem incompatíveis com a Constituição perdem sua validade, manifestando-se então o princípio de eficácia constitucional que domina toda a estrutura normativa do País.

Na visão de JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'tudo isto demonstra a unidade da ordem jurídica nacional, que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal. Esta se encontra na cúspide da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama seus princípios informadores e dele recebe, por reflexão, os impulsos revivificantes da dinâmica social, para, depois, por emanações, voltar a convalidar os novos conteúdos axiológicos que a vão enriquecendo no evolver cultural da comunidade'.

Respeitando pois, a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico pátrio, vê-se que a Lei n. 10.628/ 02 denota, desde o seu nascedouro, estar eivada de uma inconstitucionalidade material flagrante, tendo em vista que desrespeita e contraria a imposição implícita da Carta Magna, a qual, estipulou foro privilegiado apenas para os crimes de responsabilidade e delitos penais.

Analisando o art. 37 § 4º da Constituição, percebe-se que o ato de improbidade administrativa tem natureza jurídica de ilícito civil, até porque, a ação de improbidade prospera sem prejuízo das sanções penais e administrativas, sendo inquestionável que, o ato de improbidade não detém nenhuma ligação com a figura política dos crimes de responsabilidade, não podendo ser confundido com estes.

Definida a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, o constituinte, por conseguinte, disciplinou em alguns artigos disperso pelo texto constitucional foros por prerrogativa de função àqueles que exercem algumas funções públicas relevantes.

No art. 102, inc. I, "alíneas "b" e "c", da Constituição Federal, o constituinte estabeleceu foro por prerrogativa de função aos

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

julgamentos de infrações penais comuns e a crimes de responsabilidade, utilizando-se do silêncio eloqüente ao deixar de se referir às ações de natureza civil, não estabelecendo, pois, qualquer prerrogativa por função aos agentes políticos para serem julgados por atos de improbidade administrativa no Supremo Tribunal Federal.

Na visão de JONAS SIDNEI SANTIAGO, 'se quisessem tê-lo feito, quando da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, os Deputados e Senadores poderiam, mas não o quiseram, deixando as prerrogativas de função no Supremo Tribunal Federal apenas para os casos de crimes comuns e os crimes de responsabilidade (Lei n. 1.079/50). Nada mencionaram quanto aos "atos de improbidade administrativa", que nasciam com contexto próprio, no art. 37, § 4°, da mesma Constituição, e que, posteriormente, foram tratados, especificamente, na Lei n. 8.429/92'.

De forma semelhante aconteceu no art. 105, inc. I, alínea "a", da Carta Magna, que somente mencionou o foro por prerrogativa de função para crimes comuns de governadores de Estado e outras autoridades. E, nesse caso, sequer tratou de crime de responsabilidade para Governadores, mas apenas para magistrados de Tribunais de Justiça e regionais e Tribunais de Contas, além de membros do Ministério Público que oficiem perante Tribunais. Sendo que, quanto aos Prefeitos Municipais foi assegurado o julgamento perante o Tribunal de Justiça *sendo pacífico até então ante a jurisprudência pátria que: O foro privilegiado concedido pelo art. 29, X, da CF a Prefeito Municipal em razão do cargo, diz respeito somente aos casos de responsabilidade penal, não se estendendo aos de natureza civil". (TJ- SP- 2ª Câmara de Direito Público- Apelação Cível n. 278.064-1/9*).

Na contra-mão destes dispositivos constitucionais, veio a Lei n. 10.628/02, outorgando prerrogativa de foro para as ações de

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

improbidade administrativa, contrariando vedação constitucional implícita e desrespeitando o silêncio do constituinte. Quando o Constituinte deixou de ampliar a prerrogativa de foro para ilícitos civis e para julgamento dos atos de improbidade administrativa, era porque não queria que assim fosse. Por esta razão, imperioso verificar o descompasso de conteúdo entre a lei em exame e os dispositivos constitucionais aventados, restando afirmar que a norma ordinária está em atrito com a *Paramount law*, estando por conseguinte maculada pela inconstitucionalidade material.

DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI N. 10.628/02.

Importante lembrar que, em nenhuma das últimas emendas sofridas pela Constituição Federal foi aventada a questão de modificara 'competência' para o julgamento de atos de improbidade. Sendo que, o Poder Constituinte Derivado (Reformador) não ampliou em momento algum a jurisdição dos Tribunais para os julgamentos das ações cíveis ou para atos de improbidade administrativa.

Entretanto, incutindo em profunda confusão acerca dos conceitos de competência e jurisdição, veio o legislador por via de Lei Ordinária nos apresentar a Lei n. 10.628/02, tumultuando os critérios de repartição de jurisdição estampado na Constituição Federal.

Para explicar as razões que levam a inconstitucionalidade formal da Lei n. 10.628/02, façamos, pois, uma diferenciação entre competência e jurisdição, institutos que detêm etimologia e conceitos distintos.

PONTES DE MIRANDA na sapiência que lhe é peculiar ensina que competência é critério de repartir a jurisdição. 'O conceito de jurisdição é de direito material constitucional; o de competência, fora das incidências especiais do direito constitucional, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, de direito judiciário material, na parte de

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

organização judiciária, isto é, na parte que determina quais são os juizes e suas classes, e de direito processual, no que respeita às regras abstraías de atribuição das demandas aos juizes'.

Percebe-se pois, que o desavisado (ou malicioso) legislador confundiu as noções de jurisdição com as de competência, vindo a invadir por meio de Lei Ordinária a atribuição constitucionalmente assegurada ao Poder Constituinte Reformador, que é o de repartir a jurisdição.

O Constituinte foi claro ao discriminar foro privilegiado apenas em matéria penal e em delito de responsabilidade^ vê-se, pois, que o legislador omitiu-se de forma proposital a respeito da 'competência' para perquirição dos delitos civis, em específico dos atos de improbidade administrativa, não podendo a Lei Ordinária ampliar os horizontes de atuação jurisdicional dos tribunais que têm sua jurisdição fixada na Constituição Federal. O legislador incidiu em um vício de inconstitucionalidade formal objetiva, dada a invasão da lei ordinária sobre atribuição constitucional reservada exclusivamente às emendas constitucionais".

Filiou-se a corrente que defende a inconstitucionalidade das normas questionadas, ADELSON ANTÓNIO PINHEIRO, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, em trabalho denominado de "O foro por prerrogativa de função após a cessação da função pública e a constitucionalidade da Lei n. 10.628/2002", publicado na internet, *site*: http:/ /www.jus.com.br.

No item 5, ao defender a inconstitucionalidade dos § § 1º e 2°, afirma o autor:

4. Princípio da igualdade ou da isonomia e o princípio da razoabilidade justificador de eventual discrímen.

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

O art. 5º da Constituição estabelece que todos são iguais perante a lei. Naturalmente que o artigo em questão não pode ser lido como se todos devessem sempre ser tratados de forma igual em decorrência da entrada em vigor de uma determinada lei, pois para que o princípio da igualdade seja observado, normalmente são necessárias desigualdades que levam a uma igualdade efetiva, ou pelo menos se aproxima da mesma. Há diferença entre a igualdade formal e a igualdade material. Daí a máxima aristotélica de que é preciso tratar os iguais igualmente e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Para que o princípio da igualdade seja observado, deve haver uma tríplice finalidade limitadora do mesmo: limitação ao legislador, ao interprete e ao particular. O legislador deve observar o princípio ao criar a lei, sem que descambe para diferenciações abusivas, podendo a lei sofrer a pecha de inconstitucionalidade, inclusive, fundamentada na violação ao aludido princípio. O intérprete deve aplicar a lei, sempre que possível, de forma a que não haja arbitrariedades. Decorre daí inúmeros mecanismos jurisdicionais que visam a uniformizar a interpretação das leis aos diversos casos concretos, para que sejam evitados que casos iguais sejam decididos de forma diferente (apesar de sabermos que isto quase sempre ocorre). Finalmente, o particular deve observar a igualdade no trato com seus semelhantes, não podendo realizar discriminações desprovidas de critérios razoáveis, arriscando-se, caso contrário, a ser responsabilizado civil e penalmente por eventuais abusos em suas condutas ilegais.

Também releva estabelecer a diferença existente entre a igualdade na lei e perante a lei. A igualdade na lei dirige-se ao legislador, no processo de sua formação, não podendo incluir fatores discriminatórios que atentem contra a isonomia dos destinatários da norma. A igualdade perante a lei pressupõe a existência da lei apta a produzir seus efeitos, sendo dirigida à sua aplicabilidade aos demais poderes estatais e aos

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

particulares, evitando-se discriminações desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade.

Interessa neste trabalho a igualdade na lei, que deve ser observada pelo legislador em sua nobre missão de lazer leis, para o povo e para satisfação do interesse próprio daquele.

Pelo princípio da razoabilidade, há situações em que torna-se plausível aparentes discriminações, pois caso contrário, a isonomia será flagrantemente violada. Nem sempre o legislador, o intérprete ou o particular podem tratar situações iguais de forma equivalente. Decorre daí a necessidade de tratamento desigual, como, v.g., a tabela progressiva do Imposto de Renda e a justiça gratuita aos mais necessitados. Porém, os critérios que estabeleçam diferenciações, seja na lei ou perante a lei, devem ser razoáveis, plausíveis, c não arbitrários, sem que haja justificativas para a distinção.

ALEXANDRE DE MORAES ensina que: 'a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos'.

Não se contraria o fato de o legislador criar leis que atendam as suas necessidades e seus interesses. Naturalmente, isto é necessário, em face da própria previsão constitucional de matérias que devem ser

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal que não são dirigidas aos representados, v.g., o previsto no art. 51, inc. IV e art. 52, inc. XIII. Ocorre que a lei não pode ser criada sem que seja atendido o princípio da igualdade, devendo haver razoabilidade e proporcionalidade nas eventuais discriminações que venham a ser previstas nos diversos instrumentos normativos. Se o aludido princípio for violado, a lei nasce com a pecha de inconstitucionalidade, podendo ser extirpada do ordenamento jurídico.

Diante do exposto, quanto ao princípio da isonomia, ao ser estendido o foro por prerrogativa de função, para após a cessação do exercício da função pública, parece-nos que houve inconstitucionalidade. Se -como meditado no item 2 - o que caracteriza a prerrogativa de função é a proteção ao cargo e não à pessoa, como explicar a nova lei que protege algo que não existe mais?

Evidente que o escopo da lei foi beneficiar a pessoa do ex-ocupante do cargo e não o cargo em si. E quando o benefício visa a pessoa, estamos tratando de privilégio, o que é diferente da prerrogativa que deve acompanhar o cargo. Se cargo ou função não existe mais, o seu ex-ocupante deve ser julgado no foro comum, igual a qualquer outra pessoa.

E é neste aspecto que reside a ausência de razoabilidade que justifique o privilégio em questão. Se a prerrogativa de função foi uma prerrogativa criada para proteger o cargo público contra ataques políticos e não o seu titular, o foro para o processo criminal e para a ação por improbidade administrativa ao término do mandato deveria ser o foro comum.

Assim sendo, o legislador, nos termos da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, criou um privilégio, o que é diferente de

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

prerrogativa. E entendemos que não haja amparo no princípio da razoabilidade para que fossem criados foros diferentes, um para os ex-ocupantes de cargo ou função públicos e outro para as demais pessoas, de acordo com as normas processuais penais. Uma vez criando desigualdade, sem critérios razoáveis ou plausíveis, descambou o legislador para a arbitrariedade. Simplesmente criou a lei para que fosse protegida a pessoa daquele que fica sem cargo ou função. Quem deixa de exercer função pública passa a ser um cidadão comum, não podendo ser tratado de forma diferente em relação aos demais cidadãos.

Inconstitucionalidade na ampliação da competência dos Tribunais Superiores por meio de lei ordinária.

Além de tudo que já foi exposto, o foro por prerrogativa de função e os casos em que a mesma pode ser prevista nas constituições dos Estados, já citado no item 2, vem previsto na Constituição Federal. Cumpre ressaltar que as competências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça (estes últimos, em alguns casos) vêm relaciona das na Constituição Federal.

Esqueceu-se o legislador que não poderia ocorrer a ampliação da competência destas cortes através de simples alteração na legislação infraconstitucional. Ao ser estendido o foro para após a cessação do exercício da função pública, com a alteração do art. 84 do Código de Processo Penal, houve ampliação da competência dos Tribunais Superiores, a qual é fixada através das normas constitucionais. Os processos que antes seriam julgados em primeira instância, passaram agora para competência dos Tribunais citados.

http://bdjur.stj.gov.br

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.

Assim procedendo, houve inconstitucionalidade formal, além da já citada inconstitucionalidade material em decorrência da violação do princípio da isonomia.

Conclusão.

Diante do exposto, conclui-se que a mudança ocorrida no art. 84, do Código de Processo Penal, pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002 é inconstitucional, material e formalmente, pois:

a. Ao estabelecer a ampliação do foro por prerrogativa de função, o legislador criou um privilégio, já que beneficia a pessoa e não o exercício da função pública, que deixa de existir.

b. Houve violação ao princípio da igualdade, pois não há razoabilidade para a distinção entre os ex-ocupantes de função pública e os demais cidadãos.

c. A competência dos Tribunais Superiores não poderia ser ampliada apenas por mera ampliação da previsão do art. 84, do Código de Processo Penal".

Realizamos, assim, uma amostragem de algumas das posições doutrinárias assumidas sobre o tema.

Em razão das funções que exercemos como julgador, por não termos, ainda, emitido qualquer decisão sobre o assunto, reservamo-nos para uma definição quando a tanto chamado.

O que devemos estimular, no presente, é a continuidade do debate sobre a questão para que as idéias lançadas contribuam, o mais rápido possível, para que o Colendo Supremo Tribunal Federal defina da legitimidade ou não dos dispositivos acima questionados, a fim de que as decisões contenham segurança jurídica.

DELGADO, José Augusto. O Foro por pregorrativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte I. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 68, p. 26-36, fev. 2004.