

**EXTENSÃO DO FORO POR
PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA O
REDIMENSIONAMENTO DA COMPETÊNCIA
ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS**

**EXTENSION OF SPECIAL JURISDICTION BY
PREROGATIVE FUNCTION TO CIVIL ACTIONS
FOR ADMINISTRATIVE MISCONDUCT:
CONSTITUTIONAL LIMITS TO RESIZING
ORIGINAL'S COURT JURISDICTION**

*Alexandre de Castro Coura**
*Gustavo Senna Miranda***

RESUMO

Esta pesquisa analisa a (in)constitucionalidade da Emenda nº 85/2012, que alterou a Constituição do Estado do Espírito Santo, ampliou a competência originária do Tribunal de Justiça e estendeu o foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Foro especial. Prerrogativa de função. Ações civis.

* Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); professor do Programa de Pós-Graduação em sentido estrito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e do Departamento de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); promotor de Justiça; membro do Conselho Deliberativo do Centro de Aperfeiçoamento Funcional do MPES. Contato: alexandrecura@ig.com.br

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); professor de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV); promotor de Justiça; dirigente do Centro de Apoio e Defesa do Patrimônio Público do MPES. Contato: gmiranda@mpes.gov.br

ABSTRACT

This paper critically analyzes the extension of special jurisdiction by prerogative function and the arguments for judicial review of the 85^a Amendment to the Constitution of Espírito Santo State, in Brazil.

Keywords: Judicial review. Special jurisdiction. Functional prerogative. Civil actions.

INTRODUÇÃO

No dia 9 de julho de 2012, foi publicada a Emenda à Constituição (EC) do Estado do Espírito Santo de nº 85. Tal norma ampliou a competência originária do Tribunal de Justiça e os limites materiais do foro especial por prerogativa de função de agentes públicos estaduais e municipais, até então restritos aos crimes comuns e de responsabilidade. A partir de então, o art. 109, I, da Constituição Estadual passou a contar com a alínea “h”, com a seguinte redação:

Art. 109 – Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça:

I - Processar e julgar, originariamente:

[...]

h) nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo, aqueles que tenham foro no Tribunal de Justiça por prerogativa de função, previsto nesta Constituição; [...].

Com efeito, a EC nº 85 suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa proposta por ocupantes dos cargos de vice-governador do Estado, de deputado estadual, de prefeito municipal, de secretário de Estado, de procurador-geral do Estado, de juiz de Direito ou de membros do Ministério Público. Isso porque a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo foi ampliada para julgamento de todas as ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de tais agentes públicos, independentemente da matéria.

Todavia, considerando a possibilidade de controle de constitucionalidade da pretensão normativa concretizada pela EC nº 85/2012, é relevante analisar criticamente certos aspectos da ampliação do foro especial por prerrogativa de função à luz da Constituição da República. Nesse sentido, deve-se verificar:

- a) se a extensão do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa fere o princípio da simetria federativa e extrapola limites materiais impostos pelo Poder Constituinte Originário, que destinou tal instituto aos crimes comuns e de responsabilidade, conforme se infere do art. 102, I, “b” e “c”, e do art. 105, I, “a”, da Constituição da República;
- b) se a norma estadual esculpida pela EC nº 85/2012 pode, ainda que reflexamente, interferir na competência dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais, definida na própria Constituição da República. Paralelamente, cumpre verificar se eventual ressalva à aplicação da EC nº 85/2012 aos processos sujeitos à competência da Justiça Federal (ou de outros órgãos jurisdicionais com competência expressa na Constituição da República) se coadunaria com a natureza jurídica do instituto do foro especial por prerrogativa de função ou se, pelo contrário, evidenciaria a insustentabilidade de um modelo de competência originária exclusivo para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, independentemente de paralelo na Constituição Federal;
- c) se dificuldades pragmáticas associadas à concretização do disposto na EC nº 85/2012, como a sobrecarga de processos no Tribunal de Justiça, a distância do local de produção de provas e a concentração de funções nos órgãos do Ministério Público que atuam perante os tribunais podem obstacularizar a efetivação de garantias constitucionais, como o acesso à Justiça e a duração razoável do processo. Ainda nessa seara, se argumentos e óbices de caráter pragmático podem ser considerados juridicamente relevantes para a afirmação da inconstitucionalidade da EC nº 85/2012.

Assim, o presente trabalho consiste em análise crítica da ampliação do foro especial por prerrogativa de função por ato normativo do poder constituinte estadual, à luz da Constituição da República e do paradigma do Estado Democrática de Direito.

Para tanto, serão discutidas as premissas da emenda constitucional em questão, expostas na justificativa que acompanhou o projeto aprovado no Estado do Espírito Santo. Em seguida, será analisado o delineamento constitucional do foro especial por prerrogativa de função na história do constitucionalismo brasileiro e, especialmente, na Constituição da República de 1988. Nesse contexto, serão destacados alguns limites constitucionais para o tratamento normativo do foro especial por prerrogativa de função, como os relacionados com a simetria federativa e a exigência de coerência sistêmica à luz do paradigma constitucional federal. Ainda será demonstrada a relevância jurídica de questões práticas, como a sobrecarga dos tribunais e o distanciamento do local dos fatos para o controle de constitucionalidade da EC nº 85/2012. Por fim, serão identificados obstáculos causados por tal emenda à duração razoável do processo e ao acesso à Justiça, bem como riscos de retrocesso social e de violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

Dessa forma, independentemente das questões relacionadas com o processo legislativo para alteração da Constituição do Espírito Santo (que não se incluem no objeto da presente análise), pretende-se responder à indagação acerca da (in)constitucionalidade material da extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade, como estabelecido pela EC nº 08/2012, em prol da garantia da supremacia da Constituição da República e da efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA NA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE ENSEJOU A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO ESPÍRITO SANTO

Na proposta da emenda constitucional nº 07/2012 (da qual decorreu a EC nº 08/2012), a Assembleia Legislativa expôs os motivos para ampliação material das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função dos agentes públicos referidos no art. 109, I, da Constituição

do Estado do Espírito Santo. Em síntese, a justificativa apresentada divide-se em dois eixos argumentativos:

Primeiramente, a tese das competências implícitas na Constituição Federal e a necessidade de lógica e coerência no sistema punitivo estatal foram utilizadas para legitimar a extensão do foro especial por prerrogativa de função na seara penal para outras formas de responsabilização que possam resultar em suspensão ou perda dos direitos políticos ou perda da função pública ou de mandato eletivo.

Na justificativa da emenda, afirmou-se que o Poder Constituinte Originário teria autorizado, implicitamente, a criação e o desenvolvimento de prerrogativa de foro para as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, na esteira da aplicabilidade de um regime jurídico punitivo unitariamente concebido, especialmente com relação às ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo.

Para corroborar tal conclusão, ressaltou-se a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

- (i) decisão do Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no ano de 2008, que afirmou a competência daquela Corte para processar e julgar seus próprios Ministros nas ações de improbidade administrativa, ao invés dos juízos de primeiro grau (Pet. 3.211-0/DF, Relator para Acórdão Min. Menezes Direito);
- (ii) diversos julgados em que o Superior Tribunal de Justiça estendeu às ações de improbidade administrativa as normas constitucionais que preveem, na esfera penal, foro por prerrogativa de função para determinadas autoridades e agentes públicos (STJ - AgRg na MC 18692/RN. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 20/03/2012).

Em seguida, o disposto no art. 125, § 1º, da Constituição da República, que deixou a cargo da Constituição Estadual a fixação da competência dos Tribunais de Justiça, foi utilizado para sustentar a conclusão de que o Poder Constituinte Estadual poderia ampliar as matérias que ensejam o foro especial por prerrogativa de função, independentemente da matéria e da simetria federativa.

Nesse sentido, afirmou-se que a inexistência de emenda à Constituição da República criando prerrogativa de foro para os agentes públicos e autoridades federais, no sentido proposto pela Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012, não configuraria impedimento para o exercício da competência prevista no art. 125, § 1º, da Constituição Federal por parte do poder constituinte derivado estadual.

Ademais, salientou-se que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as Constituições Estaduais podem elencar as autoridades estaduais e municipais sujeitas ao foro especial por prerrogativa de função, independentemente da existência de simetria com a Constituição Federal.

Entretanto, para aprofundamento da análise da EC nº 085/2012 à luz da Constituição da República e do paradigma do Estado Democrático de Direito, tais argumentos merecem alguns esclarecimentos.

DELINEAMENTO CONSTITUCIONAL DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Em face do princípio do duplo grau de jurisdição, o conhecimento das demandas cabe, em regra, aos órgãos jurisdicionais de primeira instância. Em situações excepcionais, desde que legitimada pelo sistema constitucional, a competência desses órgãos poderá ser suprimida, como ocorre no denominado foro por prerrogativa de função, regra de determinação de competência em que se considera o cargo ou a função pública desempenhados pelo requerido.

Nessa seara, analisar o delineamento constitucional do foro por prerrogativa de função é fundamental para uma correta compreensão dos limites e possibilidades do Poder Constituinte Derivado Estadual no tratamento da matéria. Com efeito, a partir da análise sistemática das normas sobre o foro por prerrogativa de função existentes na Constituição Federal, será possível perceber em que sentido a extensão do foro especial às ações de improbidade compromete a supremacia da Constituição Federal.

No plano conceitual, a competência de foro por prerrogativa de função pode ser definida como o poder conferido aos tribunais superiores de processar e julgar determinados agentes acusados da prática de

infrações penais. Tal tratamento diferenciado decorre da relevância do cargo ou função pública que exercem. Portanto, o foro por prerrogativa de função é um critério de determinação de competência originária dos tribunais, que leva em conta a função pública desempenhada pelo réu.

Nesse ponto, vale destacar que a Constituição Federal consagra o foro por prerrogativa de função em matéria criminal, estando tal limitação enraizada na tradição jurídica brasileira.

No plano histórico, o foro por prerrogativa de função, conforme se extrai de lição de André Medeiros do Paço, deita raízes na última fase do Império Romano (Século V), quando, por influência do Direito Canônico, foi transplantado para os senadores o julgamento dos próprios pares quando da prática de crimes, a exemplo dos eclesiásticos, que também detinham foro especial.¹

Acerca da influência sobre as Constituições brasileiras, é importante destacar que já nas Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, no reinado de Felipe II, da Espanha – que efetivamente foi a única das três Ordenações (também Afonsinas e Manuelinas) que teve aplicação efetiva no Brasil –, já se vislumbram indícios da existência do foro por prerrogativa de função. Nesse diploma, existiam privilégios na aplicação de pena em relação aos nobres, aos quais se reservava a pena pecuniária (multa), enquanto as penas mais drásticas eram destinadas aos peões (os cidadãos comuns dos dias atuais), dentre as quais castigos pesados e humilhantes, conforme disposto no título XXXVIII, do Livro V das Ordenações Filipinas.²

Portanto, tais ordenações já consagravam precedentes de privilégio para determinadas pessoas, conforme a posição social ocupada, o que consubstancia a inspiração para a disciplina do foro por prerrogativa de função no desenvolvimento das Constituições brasileiras.

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, nota-se que o foro por prerrogativa de função sempre foi estabelecido para o julgamento de causas penais, ressalvando-se as hipóteses de exclusão de qualquer responsabilidade, como a do Imperador na Constituição de 1824 (art. 99).

Assim, em primeira instância, a Constituição do Império de 1824, em seu art. 47, previu a competência do Senado para julgar: a) os crimes comuns cometidos pelos membros da Família Imperial, ministros de Es-

tado, conselheiros de Estado, senadores e deputados durante o mandato; b) os crimes de responsabilidade dos secretários e conselheiros de Estado. Também previu foro especial para o então Supremo Tribunal de Justiça na Capital do Império, para “[...] conhecer dos delictos, e erros de Officio, que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, II).³

Com a Proclamação da República, foi promulgada a Constituição de 1891 (24-2-1891), que previa a competência para julgar o Presidente da República pelo Senado Federal (nos crimes de responsabilidade)⁴ e do Supremo Tribunal Federal (nos crimes comuns),⁵ e que a acusação caberia à Câmara dos Deputados.⁶

Em seguida, a Constituição de 16 de julho de 1934, além de criar um Tribunal Especial para o julgamento dos crimes de responsabilidade praticado pelo Presidente da República (art. 58), retirando da competência do Senado tal atribuição, deu nova denominação ao Supremo Tribunal, que passou a se chamar “Corte Suprema”, aumentando o número de pessoas a serem julgadas originariamente pelo órgão jurisdicional, quando acusadas de crimes comuns.⁷

Na sequência, em 10 de novembro de 1937, foi outorgada pelo Estado Novo a Constituição de 1937, que, apesar de manter o foro por prerrogativa de função, determinou algumas alterações, como a criação do Conselho Federal (art. 50), que passou a ter competência para julgar o “Presidente” da República por crimes de responsabilidade,⁸ além de consagrar uma imunidade temporária em favor de tal autoridade em relação a atos estranhos às suas funções.⁹ Vale destacar que, durante tal período, foi publicado o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3-10-1941), que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, que previu que a competência para julgamento de agentes com foro por prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação (art. 84).

Com o advento da Constituição de 1946, foi prevista a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar, pela prática de crimes comuns, o Presidente da República,¹⁰ sendo, ainda, alterado o nome dos Tribunais de Apelação para Tribunais de Justiça, não havendo alterações de grande relevância em relação à competência originária da referida Corte Suprema para o julgamento de crimes comuns.

Por sua vez, a Constituição de 1967 manteve a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do Presidente da República, também sem grandes alterações em relação aos outros agentes. Porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, promulgada pela Junta Militar, os deputados e senadores, que até então eram julgados pela prática de crime por um juiz criminal de primeiro grau, passaram a ostentar o foro por prerrogativa de função de serem julgados perante o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, à luz da evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, nota-se que a tradição em relação à competência de foro por prerrogativa de função dos tribunais sempre foi mencionada pelo texto constitucional e restrita à prática de crimes comuns, reservando-se ao Senado Federal, em determinadas épocas, o julgamento dos denominados “crimes de responsabilidade”.

Em outras palavras, constata-se que o foro por prerrogativa de função foi cunhado constitucionalmente para abarcar o julgamento de demandas penais, ressalvada apenas a competência específica para julgamento de ações constitucionais, como o mandado de segurança, o *habeas data* contra atos de determinadas autoridades ou, ainda, as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade.

Nesse ponto, o paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988 não foi diferente. Afinal, o Poder Constituinte Originário previu o foro por prerrogativa de função apenas em matéria criminal, ressalvada, em casos expressos, a competência para o julgamento de ações constitucionais, como o mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade, *habeas corpus* e *habeas data*.

De outro lado, restou ao Poder Constituinte Derivado a possibilidade de tratar da competência do Tribunal de Justiça nas constituições estaduais, desde que observados limites decorrentes do sistema consagrado pela Constituição Federal. Isso porque, por se tratar de foro especial privativo dos tribunais, a disciplina do foro por prerrogativa de função deverá ser regida pela Constituição Federal e, em casos de simetria, pelas Constituições Estaduais, conforme se depreende do art. 125, § 1º, da Constituição Federal.¹¹

Assim, lembrando que eventuais alterações nas Constituições Estaduais para ampliação das matérias vinculadas à “prerrogativa

de foro” devem guardar consonância com o sistema instituído pela Constituição Federal, analisar-se-á também a disciplina do foro por prerrogativa de função no âmbito da Constituição Federal de 1988, demonstrando-se a inexistência de paralelo a legitimar a EC nº 85/2012.

O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para sistematizar análise dos dispositivos da Constituição Federal que se referem ao foro privativo originário, serão apresentados os contornos constitucionais da competência dos seguintes tribunais:

a) Supremo Tribunal Federal

Conforme se infere do art. 102, I, “b” e “c”,¹² da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, por infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-presidente da República¹³, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, caberá o julgamento dos ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (ressalvando-se o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, caso em que o julgamento estará afeto ao Senado Federal), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Necessário destacar que, na expressão “crimes comuns”, compreendem-se todas as infrações penais (crimes e contravenções), considerados delitos comuns ou especiais (eleitorais e militares). Somente ficam de fora os já referidos crimes de responsabilidade. Quando praticados pelo Presidente da República, vice-presidente da República, ministros do Supremo Tribunal Federal, pelos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, pelo procurador-geral da República e pelo advogado-geral da União, os crimes de responsabilidade estarão sujeitos a julgamento político pelo Senado Federal, conforme dispõe o art. 52, I e II, da Constituição Federal.

Embora não mencionados na Constituição Federal, também terão foro por prerrogativa de função, perante o Supremo Tribunal Federal,

o advogado-geral da União, o chefe da Casa Civil e da Controladoria-Geral da União, uma vez que referidos cargos foram elevados ao *status* de ministro de Estado, por força de Medida Provisória (nº 2.216-37), transformada na Lei nº 10.683/2003. Também atualmente se insere nesse seletivo grupo o presidente do Banco Central, cujo cargo foi equiparado ao de ministro de Estado pela Medida Provisória nº 207/2004, depois convertida na Lei nº 11.036, de 22 de dezembro de 2004, estendendo o mesmo *status* a vários cargos de Secretarias (art. 25).

b) Superior Tribunal de Justiça

Segundo o art. 105, I, “a” da Constituição Federal, ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar, originariamente, os governadores dos Estados e do Distrito Federal pelos crimes comuns. Em alguns Estados-membros, há previsão, em suas Constituições Estaduais, do juízo de admissibilidade feita pela Assembleia Legislativa, o que vem sendo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ferir a simetria em relação às normas constitucionais federais que se referem ao julgamento do Presidente da República.¹⁴

Também caberá ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade porventura praticados pelos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, pelos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

O que se afirmou sobre a expressão “crimes comuns” em relação à competência do STF aplica-se à competência do STJ, sendo desnecessária a repetição.

Importante observar que, nos crimes de responsabilidade, os governadores serão julgados pela respectiva Assembleia, configurando julgamento político, da mesma forma que ocorre com o Presidente da República. As condutas consideradas crimes de responsabilidade do governador do Distrito Federal são objeto da Lei nº 7.106/1983 e, quanto aos governadores dos Estados, da Lei nº 1.079/1950.

c) Superior Tribunal Militar

A competência da Justiça Militar restringe-se aos crimes militares (art. 124 da CF), e que a competência do Superior Tribunal Militar, em matéria de foro privativo originário, encontra-se extremamente esvaziada. Isso porque, como já destacado, tanto em relação ao STF, quanto ao STJ, a expressão “crimes comuns” compreende todos os crimes, inclusive militares, ressalvados os crimes de responsabilidade.

Atualmente, de acordo com a Lei nº 8.719, de 19 de outubro de 1993, que deu nova redação ao art. 6º (alínea “a” do inc. I) da Lei de Organização Judiciária da Justiça Militar (Lei nº 8.457/1992), o STM tem competência originária para processar e julgar, apenas nos crimes militares definidos em lei, os oficiais gerais das Três Armas, com exceção de seus comandantes, uma vez que o julgamento desses agentes públicos por crimes comuns e de responsabilidade caberá ao STF (art. 102, I, “c”, redação determinada pela Emenda Constitucional nº 23/1999).

d) Tribunal Superior Eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral teve sua competência originária totalmente esvaziada com a Constituição Federal de 1988. No que diz respeito à competência do STF e do STJ, eis que o julgamento dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral caberá ao primeiro, enquanto o dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais ficará afeto ao segundo, sepultando antiga previsão contida no art. 22, I, “d”, do Código Eleitoral.

e) Tribunal Regional Federal

Conforme o disposto nos arts. 108, I, e 109, XI, da CF, cabe aos Tribunais Regionais Federais 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.

f) Tribunais de Justiça Estaduais

Pela análise dos arts. 29, X,¹⁵ e 96, III,¹⁶ da Constituição Federal, nota-se que, na Carta Magna, de forma expressa, foi prevista a com-

petência dos Tribunais de Justiça dos Estados para julgar os prefeitos municipais pela prática de crime comum, bem como os membros do Ministério Público e os juízes estaduais pela prática de crime, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Importante destacar que, em relação ao julgamento das infrações político-administrativas previstas no Decreto-lei n.º 201/1967 (art. 4º), o julgamento dos prefeitos municipais caberá às Câmaras Municipais, nos termos das respectivas Leis Orgânicas.

Dessa forma, após a análise sistemática das competências delineadas na Constituição da República, é possível constatar que o Poder Constituinte Originário jamais estabeleceu competência originária de qualquer tribunal para julgamento de ações de improbidade administrativa, independentemente do cargo ou função do requerido, o que consubstancia parâmetro de observância obrigatória para alteração das Constituições Estaduais.

Por consequência, a ampliação da competência originária do Tribunal de Justiça promovida pela EC n.º 85/2012 vai de encontro ao modelo instituído pela Constituição da República, que estabeleceu foro especial por prerrogativa de função tão somente em matéria penal (crimes comuns e de responsabilidade). Lembre-se, nesse sentido, de que, dentre as ações extrapenais cujo julgamento incumbe originariamente aos tribunais, não houve previsão para as ações por ato de improbidade, pois as únicas ações civis referidas na Constituição Federal foram o mandado de segurança, o *habeas data* e a ação direta de (in)constitucionalidade.

Logo, considerando que as ações por ato de improbidade administrativa são espécies do gênero ações civis públicas (coletivas), conclui-se que a competência para processar e julgar o agente ímprobo deve ser assegurada a juiz de primeiro grau (estadual ou federal)¹⁷ em regra, do local do dano, nos termos do art. 2º, da Lei n.º 7.347/85. Inexistindo dano ao erário, será competente ao juiz do local do ato ímprobo (como ocorre, por exemplo, nas hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei n.º 8.429/92), em face da regra do microssistema prevista no art. 209 da Lei n.º 8.069/90¹⁸ (Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual, ao afastar a competência do juízo do lugar da sede do ente público lesado, facilita a colheita de provas e contribui para a duração razoável do processo.

DA INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA A LEGITIMAR A EXTENSÃO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO ÀS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Acerca da tese das competências implícitas referida na justificativa da EC nº 85/2012, constata-se que o próprio Supremo Tribunal Federal a tem refutado, sistematicamente, no exame das tentativas de extensão do foro especial por prerrogativa de função existente em matéria penal às ações civis por ato de improbidade administrativa.

De fato, em particular decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que compete ao próprio Pretório Excelso o julgamento de ação de improbidade contra ato de seus ministros.

No entanto, o fundamento central da tese vencedora foi o de que a lógica do sistema judiciário impediria que ministros do Supremo Tribunal Federal pudessem perder o cargo em decorrência de decisão de juiz de primeiro grau. Logo, tal decisão não corrobora a tese da “competência implícita complementar” referida na justificativa da emenda e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do STF, o ministro Carlos Britto apenas afirmou que, embora a Constituição da República não tenha previsto hierarquia entre juízes no plano funcional, a jurisdição, em si mesma, é hierarquizada, obedecendo a um sistema rigoroso de escalonamento. Por consequência, seria contraditório um ministro do STF sofrer sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, dentre elas a perda do cargo, em decorrência de decisão de um juiz de primeiro grau. A ementa do julgado foi assim redigida:

Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento

da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.¹⁹

A rigor, o STF somente realizou uma adequação de seu entendimento tradicional a uma situação específica, sob o fundamento de que o sistema escalonado de jurisdição impediria o reconhecimento da competência do juiz de primeiro grau para julgar ação de improbidade administrativa em face de ministro do STF.

Por isso, tal decisão não é apta a sustentar sequer os precedentes do STJ, muito menos a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal teria consagrado a tese da competência implícita dos tribunais (foros especiais) para o julgamento das ações de improbidade administrativa propostas em face de agentes públicos e autoridades detentores de foro especial por prerrogativa de função em matéria penal. Afinal, diferentemente das premissas fundamentadoras da decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, inexistente hierarquização, seja funcional, seja jurisdicional, entre o magistrado de primeiro grau e as demais autoridades externas ao Poder Judiciário.

Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência a respeito da matéria, negando a adequação do entendimento afirmado na supracitada Questão de Ordem a outros casos, conforme exposto a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRERROGATIVA DE FORO. APLICAÇÃO A AGENTES POLÍTICOS. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. **I - A prerrogativa de função para prefeitos em processo de improbidade administrativa foi declarada inconstitucional pela ADI 2.797/DF.** II - Agravo regimental improvido. (STF, AI 678927 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-07 PP-01831)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEI 10.628/02, QUE ACRESCENTOU OS §§ 1º E 2º AO ART. 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 2.797. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O Plenário do Supremo, ao julgar a ADI 2.797, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal.

II - Entendimento firmado no sentido de que inexistente foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

III - No que se refere à necessidade de aplicação dos entendimentos firmados na Rcl 2.138/DF ao caso, observo que tal julgado fora firmado em processo de natureza subjetiva e, como se sabe, vincula apenas as partes litigantes e o próprio órgão a que se dirige o concernente comando judicial.

IV - Agravo regimental improvido (grifo nosso).²⁰

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - CONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE OFÍCIO, DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL - MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA - DESCABIMENTO - AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES** - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se revela aplicável o princípio 'jura novit curia' ao julgamento do recurso extraordinário, sendo vedado, ao Supremo Tribunal Federal, quando do exame do apelo extremo, apreciar questões que não tenham sido analisadas, de modo expresse, na decisão recorrida. Precedentes. - **Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau** (grifo nosso).²¹

Ante o exposto, percebe-se que, mesmo após a decisão da Questão de Ordem 3.211 - 0, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que não há foro especial por prerrogativa de função em ação

civil pública por improbidade administrativa, inexistindo competência implícita na Constituição da República a justificar tal conclusão.

Exatamente nesse sentido, destaca-se o voto do relator do Agravo de Instrumento nº 678.927 – ministro Ricardo Lewandowski – que contou com a adesão dos ministros Dias Toffoli, Carmem Lúcia e Marco Aurélio, ocasionando unanimidade na decisão tomada pela 1ª Turma do STF:

Desse modo, apesar de o agravado insistir na tese de que seu recurso não versa sobre a aplicação do art. 84 do CPP e dos fundamentos da ADI 2797, verifica-se que, conforme restou consignado na decisão agravada, o caso em questão diz respeito, justamente, à prerrogativa de foro em ação de improbidade administrativa em relação a agentes políticos. Ou seja, a decisão agravada encontra-se de acordo com entendimento jurisprudencial dessa Corte.

Ressalto, ainda, que não merece prosperar o argumento de que a Rcl. 2128 e da Pet 3.211 – QO/DF se aplicam ao presente caso, uma vez que tratam de situações totalmente distintas.

É que, em ambos os casos, ao contrário do que alega o agravante, **não houve o reconhecimento desta Corte de que os agentes políticos possuem prerrogativa de foro nas ações civis de improbidade administrativa** (grifo nosso).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese das competências implícitas para extensão do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade, contrariando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão.

Aliás, em recente decisão, publicada no dia 6 de julho de 2012, o atual presidente do STF, o ministro Ayres Britto, indeferiu pedido de liminar requerido na Ação Cautelar nº 3183, reconhecendo expressamente que **precedentes do STF deixaram claro que os agentes políticos não detêm foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa**. Na ocasião, ele destacou decisão do STF no RE nº 560.863, de relatoria do ministro Cezar Peluso, transitada em julgado em fevereiro de 2010.²² Na mesma linha, vale citar as seguintes decisões do STF: AI nº 554.398 AgR (Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19-10-2010),

que reafirmou a inexistência do foro especial por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, por unanimidade, com a presença de quatro ministros que atualmente compõem o Pretório Excelso (Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Cármen Lúcia); no mesmo sentido, o AI n.º 506.323 AgR (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 2-6-2009), também decidido por unanimidade, com a participação dos ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo e Eros Grau.

Reforçando a consistente posição do STF e demonstrando a fragilidade da premissa utilizada para justificar a EC n.º 85/2012, vale reproduzir a elucidativa lição de Joaquim José Gomes Canotilho²³ acerca da ideia de competência implícita:

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.

Agora, cumpre realizar alguns esclarecimentos acerca do segundo eixo argumentativo da justificativa apresentada para a emenda constitucional em tela. Trata-se da tese da desnecessidade de simetria federativa para a alteração intentada pela EC n.º 85/2012.

A SIMETRIA FEDERATIVA E A INCOERÊNCIA SISTÊMICA DECORRENTE DA EC Nº 85/2012

De fato, constata-se que a jurisprudência do STF tem reconhecido a possibilidade de as Constituições Estaduais ampliarem o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal, sem observância da simetria em relação aos agentes e autoridades federais. Ou seja, o Poder Constituinte Estadual poderá, ao definir a competência originária do Tribunal da Justiça Estadual, ampliar o rol de agentes públicos e autoridades locais que terão o foro especial em matéria penal (crimes comuns e de responsabilidade). Nesses casos, a exigência de simetria federativa tem sido dispensada.²⁴

No entanto, ao contrário do que insinua a justificativa apresentada para a criação da EC nº 85/2012, o Poder Constituinte Derivado Estadual está sujeito a limites constitucionais federais até mesmo para a definição do rol de agentes detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal.

Nesse sentido, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o STF considerou inconstitucional a inclusão dos delegados de Polícia no rol de agentes detentores do foro especial por prerrogativa de função pelo Poder Constituinte do Estado de Goiás, sob o fundamento de que tal medida configuraria inadmissível empecilho ao exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.²⁵

Logo, na mesma esteira, é possível aferir a inconstitucionalidade da extensão do foro especial por prerrogativa de função produzida pela EC nº 85/2012, em razão dos semelhantes obstáculos criados para o exercício do mister constitucional de controle externo da Administração Pública e da tutela da probidade administrativa por parte do Ministério Público.

Ademais, a reforçar tal aferição de inconstitucionalidade, deve-se salientar que a hipótese trazida pela EC nº 85/2012 é bem distinta daquela referida na justificativa da emenda.

Isso porque, ao invés de ampliar o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade, o Poder Constituinte Derivado Estadual

alargou as próprias matérias que ensejam a competência originária do Tribunal de Justiça, transcendendo a esfera penal. Em outras palavras, transmudou o instituto foro especial por prerrogativa de função, extrapolando a órbita penal e alcançando as ações civis por ato de improbidade administrativa, sem qualquer paralelo ou simetria com a Constituição da República.

Por isso, sequer os precedentes do STF acerca da dispensa de simetria federativa se aplicam ao caso em tela. Afinal, reconheceram apenas a possibilidade de o Poder Constituinte Estadual, ao definir a competência dos Tribunais de Justiça, ampliar o rol de agentes e autoridades públicas detentores de foro especial por prerrogativa de função, desde que respeitados os limites decorrentes da Constituição da República.

Num aspecto muito mais abrangente, a EC nº 85/2012 estendeu materialmente o foro especial por prerrogativa de função exclusivamente no Estado do Espírito Santo, para alcançar também as ações civis por ato de improbidade, e não apenas o julgamento de crimes comuns e de responsabilidade. Nesse caso, é necessário um paralelismo mínimo entre a Constituição Estadual e a Constituição da República, em observância à simetria federativa, o que não se verifica no caso concreto, que configura grave contradição sistêmica e patente inconstitucionalidade.

Lembre-se de que a redação da EC nº 85/2012 suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas em face dos ocupantes dos cargos de vice-governador do Estado, de deputado estadual, de prefeito municipal, de secretário de Estado, de procurador-geral do Estado, de juiz de Direito ou de membros do Ministério Público. Isso porque a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo foi ampliada para julgamento de todas as ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de tais agentes públicos, independentemente da matéria.

Assim sendo, cumpre também indagar, especificamente, se tal emenda padece de inconstitucionalidade ao intentar a supressão da competência originária dos magistrados federais de primeiro grau, a

qual é estabelecida diretamente pela Constituição da República. No mesmo sentido, qualquer tentativa de interferência na competência dos Tribunais Regionais Federais, por ato normativo estadual, há de se questionada.

Nesse passo, seria igualmente questionável eventual construção hermenêutica que, em nome de uma “interpretação conforme” a Constituição Federal, buscasse restringir a aplicação da EC nº 85/2012 aos processos federais – mantendo intacta a competência da Justiça Federal (e de outros órgãos jurisdicionais com competência expressa na Constituição da República). Afinal, tal ressalva hermenêutica apenas evidenciaria a insustentabilidade de um modelo de competência originária exclusivo para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, independentemente de paralelo na Constituição Federal, pois levaria à afirmação de que, em primeiro grau, apenas os magistrados estaduais, e não os federais, perderiam a competência de julgar, por ato de improbidade administrativa, os ocupantes dos cargos de vice-governador do Estado, deputado estadual, de prefeito municipal, de secretário de Estado, de procurador geral do Estado, de juiz de Direito ou de membros do Ministério Público.

Logo, também por essa via, constata-se a inconstitucionalidade da EC nº 85/2012, na medida em que: a) o poder constituinte estadual não pode alterar a competência dos juízes e tribunais federais, já definida pela Constituição da República; b) a criação de eventual ressalva à aplicação da emenda aos processos de competência da Justiça Federal demonstraria a inadequação entre o fim a que se prestou (evitar a perda do cargo ou suspensão de direitos políticos por decisão de magistrados de 1º grau) e o meio estabelecido (extensão da competência originária do Tribunal de Justiça do Espírito Santo), afrontando o caráter substantivo do devido processo legal e a exigência de proporcionalidade dos atos normativos, parâmetros já utilizados pelo STF no controle de constitucionalidade.

Por fim, vale lembrar que o próprio poder constituinte originário teve a oportunidade de criar o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, mas não o fez. Ora, a especialidade de foro poderia constar, de modo expresso, nos dispositivos que cuidaram da matéria (arts. 29, X, 102, I, alíneas “b” e “c”, e

105, I, alínea “a”), mas tal opção não foi acolhida pela Constituição da República Federativa do Brasil. Por consequência, há de se reconhecer “silêncio eloquente” do poder constituinte originário, o qual é repleto de sentido e efeitos no caso ora analisado, na medida em que permitiu, justamente, a consagração de relevantes distinções entre as esferas de responsabilidades penal, política e civil, o que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo poder constituinte derivado estadual, sem o mínimo respaldo na Constituição da República.

Realmente, no tocante ao foro especial por prerrogativa de função, a Constituição da República tratou, analiticamente, dos crimes comuns e de responsabilidade (art. 102, I, “b” e “c”, art. 105, I, alínea “a”, art. 52, I e II), mas não estabeleceu qualquer ressalva à improbidade administrativa tratada no art. 37, § 4º. Logo, tal parâmetro deverá ser observado pelo poder constituinte estadual, como dever de simetria. Afinal, como lembra Lenio Luiz Streck,²⁶ o princípio da simetria “[...] nada mais é do que um *bis in idem*, na medida em que a *ratio* do federalismo brasileiro, ao contrário do norte-americano, é exatamente a de ser simétrico”.

SOBRECARGA DOS TRIBUNAIS

Outro obstáculo à consagração do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa relaciona-se com a sobrecarga dos tribunais brasileiros, sabidamente abarrotados e congestionados, o que se deve a variados fatores, como a amplitude legal dos procedimentos e à falta de recursos materiais e humanos, nos termos do diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça, intitulado “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro”.²⁷

No que toca à matéria de improbidade administrativa, apenas do Estado do Espírito Santo, foram propostas 1.224 ações, no período de 1992 a 2009, conforme exposto na seguinte tabela:²⁸

Extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa: limites constitucionais para o redimensionamento da competência originária dos tribunais

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Tabela 3: Quantitativo das Ações de Improbidade Administrativa instauradas por Entrância e Comarca de Ocorrência - Período: 1992-2009 (conclusão)

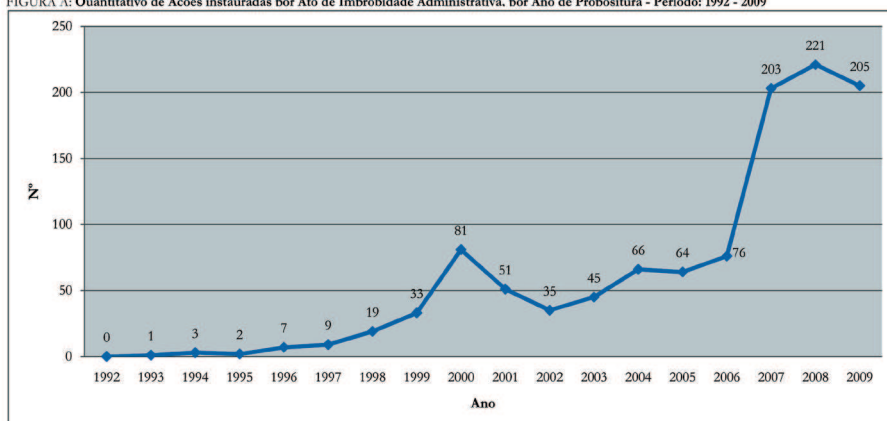
Entrância	Comarca	Nº	%
1ª	Pedro Canário	35	9,54
	Mantenópolis	22	5,99
	Conceição do Castelo	10	2,72
	Presidente Kennedy	12	3,27
	Boa Esperança	14	3,81
	Rio Novo do Sul	11	3,00
	São José do Calçado	13	3,54
	Alto Rio Novo	09	2,45
	Fundão	13	3,54
	Pinheiros	11	3,00
	Ibatiba	05	1,36
	Ibitirama	06	1,63
	Laranja da Terra	15	4,09
	Mucurici* (e Ponto Belo)	11	3,00
	Piúma	14	3,81
	Rio Bananal	09	2,45
	Santa Maria de Jetibá	06	1,63
	Atílio Vivacqua	07	1,91
	Jaguaré	06	1,63
	Marilândia	11	3,00
	Montanha	06	1,63
	Santa Leopoldina	04	1,09
	Santa Teresa* (e São Roque do Canaã)	04	1,09
	Venda Nova do Imigrante	05	1,36
	Água Doce do Norte	04	1,09
	Alfredo Chaves	03	0,82
	Anchieta	04	1,09
	Bom Jesus do Norte	16	4,36
	Dores do Rio Preto	04	1,09
	Itarana	06	1,63
	João Neiva	08	2,18
	Muniz Freire	05	1,36
	São Domingos do Norte	07	1,91
	Apiacá	10	2,72
	Jerônimo Monteiro	03	0,82
	Marechal Floriano	07	1,91
	Águia Branca	09	2,45
	Iconha	03	0,82
	Itaguaçu	03	0,82
	Muqui	08	2,18
Vargem Alta	08	2,18	
	Sub-Total	367	100,00
	TOTAL GERAL	1.124	-

Fonte: Órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

Com base no diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa elaborado pelo Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, percebe-se a demanda crescente nessa área, comprovada pelo número de ações propostas a cada ano, no período em análise (1992-2009).²⁹

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

FIGURA A: Quantitativo de Ações instauradas por Ato de Improbidade Administrativa, por Ano de Propositura - Período: 1992 - 2009



Fonte: Órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

A Figura A demonstra uma progressiva ascendência no número de ações de improbidade administrativa propostas no período de 1992 a 2000, seguida por uma fase de declínio entre 2001 e 2002 e a retomada de modesto crescimento entre 2003 e 2006. Os dados revelam um aumento expressivo no quantitativo de ações propostas nos anos de 2007 e 2008, seguido de um leve declínio em 2009.

Projetando tal tendência em nível nacional, evidencia-se, ainda mais, o perigo da premissa intentada pela EC nº 85/2012, caso reiterada nos 26 Estados no Brasil, o que atingirá um total de 5.565 municípios. Imaginem-se os dados estatísticos acerca da demanda relativa aos processos de improbidade administrativa e as consequências da atribuição da competência originária aos Tribunais de Justiça de todo o País.³⁰ Haverá número suficiente de desembargadores? Haverá número suficiente de procuradores de Justiça? E os demais recursos humanos disponíveis na Comarca da Capital?

Nesse passo, o foro especial para o julgamento das ações de improbidade administrativa acabará importando em retrocesso, na contramão da reforma do Poder Judiciário. Isso porque, enquanto a reforma busca aliviar a carga dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de proporcionar condições para que tais órgãos cumpram seu papel constitucional precípua, a extensão do foro especial às ações de improbidade provocará uma sobrecarga de demandas originárias nessas cortes.³¹

DISTANCIAMENTO DOS TRIBUNAIS DO LOCAL DOS FATOS

A transferência da tarefa de instrução dos processos de improbidade para os tribunais acentua a relevância da discussão acerca da estrutura dos órgãos jurisdicionais de segundo grau, notadamente em razão do distanciamento do local da prática dos atos a serem apurados.

Em se tratando de processo de julgamento de competência originária, como destacou o ministro Sydney Sanches,³² haverá necessidade de que o respectivo relator tenha que agir como um juiz de primeiro grau na colheita de provas. Tal incumbência esbarra na característica estrutural dos tribunais, órgão não vocacionado constitucionalmente para a colheita de provas (reservada a hipóteses excepcionais), problema que não é simplesmente resolvido pela possibilidade de descentralização prevista no art. 107, § § 3º e 6º, da Constituição Federal.

Ora, não se pode negar que, em muitas ações de improbidade, a produção de prova testemunhal é necessária. Em muitos casos, seria imperioso o deslocamento do relator para a comarca em que reside a testemunha, ou, então, a expedição de carta de ordem para o juízo do local do dano, obstáculos à duração razoável do processo e ao próprio acesso à Justiça.

Ademais, a pretensão de ampliar o foro especial às ações de improbidade também desconsidera que é no local dos fatos que a comunidade perceberá, com maior visibilidade, a resposta da Justiça para os agentes ímprobos, e não em local distante. Por isso, é tão importante o processamento e o julgamento dos atos de improbidade administrativa pelo juízo do local do dano, o que incrementa a prevenção geral, na medida em que será mais visível para a comunidade a resposta do Judiciário. Apenas dessa forma, a atuação do Poder Judiciário alcança, em sua plenitude, efeito simbólico e pedagógico, de modo a inibir outros agentes ímprobos e a combater a sensação social de impunidade.

Daí decorre o escopo atribuído ao Poder Constituinte Originário e ao legislador federal, qual seja, proporcionar uma instrução mais rápida e efetiva, com a consagração do julgamento dos atos de improbidade administrativa no local do dano, pelo juiz de primeiro grau.

No que toca aos reflexos da EC nº 85/2012 nas atribuições dos órgãos do Ministério Público, o mesmo problema pode ser endereçado aos procuradores de Justiça. Diferentemente dos promotores de Justiça, os membros do MP em segundo grau estão distantes dos fatos, dificuldade que não será solucionada, simplesmente, pela eventual delegação da função de investigar. Afinal, tal delegação privará o Ministério Público de uma experiência relevante para a elaboração da ação e para a atuação à frente do processo, além de outros problemas relacionados com possíveis questionamentos jurídicos vinculados ao princípio do promotor natural.

Em síntese, a pretensão intentada pela EC nº 85/2012 menospreza as dificuldades decorrentes da distância entre o tribunal e o fato, que se refletem na produção de provas, na efetividade da investigação, no acesso à Justiça e na duração razoável do processo.

PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Nota-se que o fator tempo é um dos pontos mais delicados do Direito processual,³³ tanto que essa temática vem sendo objeto constante de preocupação entre os operadores jurídicos, notadamente com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a consequente mudança de perfil dos usuários do sistema. Isso tem acarretado busca de alternativas para que os litígios tenham uma solução célere, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional não seja prestada tardiamente, fulminando ou comprometendo seriamente o direito daqueles que batem às portas do Judiciário. Por isso, o que irá acontecer no futuro configura preocupação central do Direito, que traz consigo a função de estabilizar expectativas de comportamento.³⁴

De fato, da justiça tardia deriva um estranho e paradoxal sentimento de impunidade e de injustiça, até mesmo por parte do réu, quando a demanda é decidida após um excessivo lapso temporal, seja julgada procedente, seja improcedente. É totalmente equivocado, portanto, o bolorento ditado popular de que “A justiça tarda, mais não falha”. A cada dia, reclama-se uma justiça mais célere e efetiva, porém com respeito ao conteúdo mínimo das garantias fundamentais do processo. Com efeito, tal questão configura uma das grandes preocupações dos processualistas modernos.³⁵

Com isso, não se está se afirmando que a questão da celeridade do processo seja o único caminho para sua efetividade. Porém, é inquestionável que a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional conspira contra o processo, vulnerando o princípio do devido processo legal processual,³⁶ razão pela qual Cândido Rangel Dinamarco observou que “[...] os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à vida dos direitos constituem ameaça à efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida nas Constituições modernas – e ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais se vem firmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva”.³⁷

Aliás, a preocupação do legislador é tão gritante, que a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, consagrou expressamente o direito fundamental de ser julgado em um prazo razoável, como se percebe pelo novo inciso LXXVIII, acrescentado pela referida emenda ao art. 5º da Constituição Federal, que diz: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com efeito, qualquer iniciativa dos poderes derivados, inclusive do Poder Constituinte Estadual, que venha a comprometer esse direito é flagrantemente inconstitucional, pois, além de conflitar com a supracitada norma, também viola o princípio do devido processo legal, do qual aquele é corolário natural. Destarte, o direito de toda pessoa ser julgada tempestivamente, sem dilações indevidas, acaba sendo um obstáculo constitucional e pragmático para que se tenha a consagração do foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa, seja por meio de interpretação jurisprudencial, seja por meio de inovação normativa.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO VIOLAÇÃO AO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A previsão de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, no contexto atual, ameaça o direito à razoável duração do processo, causando inequívocos danos à coletividade,

já que o julgamento pela prática desses atos, pelos efeitos deletérios que ostentam, merecem resposta rápida e efetiva do Poder Judiciário.

As dificuldades começam pelo rito, uma vez que o recebimento da inicial da eventual ação civil pública será realizado por órgão colegiado, vale dizer, dos integrantes de determinada câmara, órgão especial ou de todo tribunal, a depender do caso concreto e da previsão do respectivo regimento interno. Imagine-se, então, se houver pedido de vista por parte de um dos julgadores, ou de cada um deles. Todos que militam na Justiça criminal conhecem muito bem o quanto é moroso o recebimento de uma ação penal em grau de competência originária, em alguns casos chegando há anos, o que é debitado ao ultrapassado rito previsto na Lei nº 8.038/1990, totalmente inadequada para os dias atuais.

Soma-se a isso o número limitado dos membros dos tribunais e sua própria estrutura (já destacada), ainda insuficiente para absorver toda a demanda que poderá existir com as ações de improbidade.

Ademais, por se tratar de julgamento de competência originária, será necessário que a atuação do relator seja semelhante a de um juiz de primeiro grau na colheita de provas, havendo necessidade de se colher, em muitos casos, prova testemunhal de pessoas residentes em local distante da sede do respectivo tribunal. Assim, de duas uma: ou o relator se deslocará para a comarca em que reside a testemunha, a fim de ouvi-la; ou, então, determinará a expedição de carta de ordem para o juízo do local do dano, para que se ouça eventual testemunha.

Ora, é inegável que, na prática, a exemplo do que já ocorre com a Justiça criminal, a primeira opção raramente será utilizada, o que se deve a diversos fatores, dentre os quais se destacam questões de ordem econômica. Portanto, é quase certo que os tribunais se valerão da segunda opção, ou seja, da expedição de carta de ordem, sabidamente um ato processual moroso na Justiça brasileira, infelizmente ainda de baixa utilização dos mais avançados meios tecnológicos. Poder-se-ia objetar com o argumento de que tal problema poderá ser solucionado com disponibilização de mais recursos para o Judiciário. Porém, até que isso se concretize de fato, muitos recursos públicos já terão escorridos pelos inúmeros ralos da corrupção que campeia, infelizmente, na administração pública brasileira.

Em conclusão, os prejuízos para a tutela do patrimônio público e para a probidade administrativa serão incalculáveis. Em muitos casos, haverá um enorme risco de irreversibilidade, o que, indubitavelmente, é um forte motivo para a não consagração do foro por prerrogativa de função, fato que revela a inconstitucionalidade das propostas de emenda à Constituição que objetivam consagrar o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

A RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS ARGUMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 85/2012

Reconhecendo a relevância jurídica de argumentos pragmáticos no controle de constitucionalidade, por exemplo, aqueles relacionados com a falta de estrutura do Tribunal de Justiça para robusta ampliação de suas competências originárias, o Supremo Tribunal Federal aferiu a constitucionalidade da Lei nº 1.060/50, que atribui prazo em dobro ao defensor público para manifestar-se nos autos. Ao decidir o caso, o Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade do mencionado artigo enquanto a Defensoria Pública não estiver devidamente habilitada ou estruturada:

EMENTA: - Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. 'Habeas Corpus'. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza,

sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. 'Habeas Corpus' deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro (HC 70.514, julgado em 23/03/1994).

Na mesma linha, diante do aparente descompasso entre o art. 68 do Código de Processo Penal e os arts. 127 e 134 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal empregou argumentos pragmáticos relacionados com a falta de estrutura da Defensoria Pública para declarar tal norma "ainda constitucional".

No caso, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição intermediária entre estado de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade (RE 341.717-SP), abraçando a chamada teoria da inconstitucionalidade progressiva, conforme se infere da ementa a seguir:

RE 341.717-SP - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES.

Ante o exposto, constata-se que os argumentos pragmáticos referentes à falta de recursos estruturais e humanos dos tribunais para ampliação desarrazoada de competência originária pelas Constituições Estaduais são também relevantes no processo de controle de constitucionalidade da EC nº 85/2012.

Corroborando tal conclusão, demonstrou-se que o art. 68 do Código de Processo Penal foi considerado constitucional em todos os seus efeitos até que cada Estado da Federação brasileira crie e estruture a instituição da Defensoria Pública.

Na mesma linha, vale lembrar o controle de constitucionalidade realizado em relação à Lei n.º 8.560/92, que disciplinou a possibilidade de investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento. Tal lei, em seu art. 2º, § 4º, estabeleceu que: “[...] se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”.

Da leitura do dispositivo, vê-se que foi repassada ao Ministério Público a legitimidade extraordinária para atuar em defesa do menor, como substituto processual em interesse individual, em concorrência com a atribuição constitucional da Defensoria Pública.

Ao aferir a constitucionalidade da norma, o STF corroborou a premissa aqui defendida, acerca da relevância de argumentos pragmáticos para o controle de constitucionalidade, adotando o fundamento de que a inexistência de Defensoria Pública devidamente instalada no Estado de São Paulo legitimaria a afirmação de compatibilidade constitucional da norma.

Assim sendo, no processo de controle de constitucionalidade da EC n.º 85/2012, também é fundamental reconhecer que, além de natural, o órgão jurisdicional responsável deve ter condições materiais adequadas para julgar a causa que lhe é submetida, sob pena de inconstitucionalidade da regra de competência que ensejou tal situação.

Destarte, qualquer regra editada por norma infraconstitucional (inclusive emenda à Constituição) não pode se limitar à consagração de igualdade meramente formal, visto que o princípio da isonomia impõe que a igualdade também deve ser observada no plano substancial, o que só admite exceção mediante critérios de desigualação legitimados pela Constituição Federal. Todavia, no caso em questão, a EC n.º 85/2012 confere privilégios a um grupo de pessoas, entidades ou causas de serem julgadas por determinado juízo, diverso do comum,

sem que estejam amparadas numa real necessidade de desigualação, o que também afronta o princípio do devido processo legal em sua concepção substancial, já que as alterações pretendidas são desprovidas de razoabilidade.

O RISCO DE RETROCESSO SOCIAL

A pretensão de consagrar o foro por prerrogativa de função no julgamento das ações de improbidade administrativa poderá afetar a efetividade das ações coletivas no combate à improbidade administrativa, mormente da sua vertente mais nefasta: a corrupção.³⁸ A EC nº 85/2012 representa, portanto, um sério risco para o Estado Democrático de Direito.

Lembre-se, nesse plano, do papel cada vez mais crescente das ações de improbidade administrativa para a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado, na medida em que evita o desvio e também possibilita o resgate de recursos públicos desviados. Nesse passo, vale frisar que “[...] nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social”.³⁹

Aliás, sobre o princípio do retrocesso social, são oportunas as seguintes observações de Canotilho:

O legislador pode revogar estas disposições legais concretizadas, mas não se considera legitimado a anular, neutralizar ou reduzir o nível já alcançado da realização do princípio. A justificação do fenómeno é fornecida de várias maneiras: criação de um direito subjetivo público, alicerçamento de uma pretensão subjectiva derivada, proibição do *venire contra factum proprium*, princípio da confiança, autovinculação do legislador. Todavia, se as aproximadas concretizações do princípio não beneficiarem do pressuposto do *consenso básico* e da *radicação na consciência jurídica geral* continua por ficar a explicar a força heterovinculante ou heterodeterminante que se pretende atribuir à concretização legislativa. É que, nestes casos, não é apenas importante, sob o ponto de vista político, que o *retrocesso social* constitua um limite para o legislador, interessa também que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, esse retrocesso surja como arbitrariedade violador das imposições ou programa constitucional. Mais do que um simples ‘princípio de confiança’ do legislador ou de uma ‘justiça do sistema’ (*Systemgerechtigkeit*), prefere-se falar da *força dirigente irradiante* das normas constitucionais

directivas e da constitucionalização (pelo menos material) dos preceitos legais concretizadoras.⁴⁰

Ora, como afirmado, a ação civil pública por atos de improbidade administrativa é atualmente um importante mecanismo para a concretização dos direitos sociais já incorporados à Constituição Federal, sendo incabível a reversão do sistema no sentido de dificultar, sem apresentar qualquer medida compensatória, o exercício de tal ação, o que certamente ocorrerá, caso seja consagrado o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Daí por que é perfeitamente possível invocar o princípio de proibição de retrocesso social⁴¹ nessa seara, que também pode servir de barreira para a aprovação das propostas de emenda constitucionais que objetivam sacramentar o foro de prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Paralelamente, há de se considerar que o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa poderá também dificultar o papel dos tribunais nas garantias de respeito à Constituição Federal e à lei infraconstitucional. Isso porque haverá multiplicação de ações originárias perante essas cortes superiores, olvidando completamente a atual estrutura dos tribunais, já sobrecarregados para o atendimento da competência eleita pelo Poder Constituinte Originário.⁴²

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE AOS BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal não deixa dúvida acerca do dever fundamental de proteção suficiente da probidade administrativa, a fim de que os recursos públicos sejam corretamente aplicados, em prol das prestações estatais necessárias à efetivação de direitos de segunda dimensão, como o direito à saúde, educação, moradia e alimentação.

Assim, identifica-se um verdadeiro mandado constitucional de penalização para os agentes ímprobos. Daí se poder extrair da Constituição a exigência de efetividade no combate aos atos que caracterizam

atos de improbidade administrativa, sendo inconstitucional qualquer tentativa – legislativa ou judicial – de diminuir a eficiência da tutela do patrimônio público, do que depende a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado.

Assim, caso prevaleça a EC nº 85/2012, estar-se-á violando o princípio da vedação da proteção insuficiente, que configura um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, pois esse princípio – dentre outros significados – não significa apenas a vedação de proibição de excesso dirigida ao legislador e ao aplicador do Direito, mas, também, a vedação de proteção insuficiente de determinados direitos fundamentais para a pessoa humana.

Nesse sentido, vale lembrar a noção, enfaticamente defendida por Juarez Freitas, de que “[...] o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.⁴³

Destarte, tendo o poder constituinte originário erigido e definido medidas protetivas para a probidade administrativa, não cabe ao intérprete ou ao Poder Constituinte Derivado restringir esse alcance, sob pena de proteger de forma insuficiente referido bem jurídico, fundamental para manutenção do próprio Estado Democrático (e Social) de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que, no dia 9 de julho de 2012, a Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012 suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgamento das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa proposta em face dos ocupantes dos cargos de vice-governador do Estado, de deputado estadual, de prefeito municipal, de secretário de Estado, de procurador-geral do Estado, de juiz de Direito ou de membros do Ministério Público. Com tal emenda, a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo foi ampliada para julgamento de todas as ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de tais agentes públicos, independentemente da matéria.

Analisando a justificativa apresentada pela Assembleia Legislativa, na exposição de motivos da emenda, constatou-se a inconsistência dos argumentos apresentados, pois: a) o próprio Supremo Tribunal Federal tem refutado, sistematicamente, a tese da “competência constitucional implícita”, sustentando a impossibilidade da extensão jurisprudencial do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa; b) apesar de o STF ter admitido a possibilidade de as Constituições Estaduais ampliarem o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal, sem exigência de paralelo em relação ao cargo correspondente em nível federal, a jurisprudência desse tribunal impõe limites à atuação do Poder Constituinte Derivado Estadual nessa seara, os quais foram desrespeitados pela EC nº 85/2012. Ademais, a inovação trazida por tal emenda nada tem a ver com as exceções à simetria admitidas pelo STF, na medida em que transcende a esfera penal, diferentemente dos precedentes citados na própria justificativa.

Concluiu-se, portanto, que a referida ampliação da competência originária do Tribunal de Justiça pela EC nº 85/2012 vai de encontro ao modelo instituído pela Constituição da República, que estabeleceu foro especial por prerrogativa de função tão somente em matéria penal (crimes comuns e de responsabilidade). Destacou-se, nesse sentido, a existência de silêncio eloquente do Poder Constituinte Originário, que excluiu as ações por ato de improbidade do restrito rol de que enseja a competência originária dos tribunais.

Demonstrou-se, ainda, que a EC nº 85/2012 não poderia alterar a competência dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais, a qual se encontra definida na própria Constituição da República. Evidenciou-se, também por essa via, a insustentabilidade de um modelo de competência originária exclusivo para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, independentemente de paralelo na Constituição Federal e na Justiça Federal.

Por fim, foi revelada a relevância jurídica de questões pragmáticas, como a sobrecarga dos tribunais e o distanciamento do local dos fatos para o controle de constitucionalidade da EC nº 85/2012, especialmente em razão dos obstáculos causados à duração razoável do processo e ao acesso à Justiça, bem como pelos riscos de retrocesso

social e de violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

NOTAS

- 1 PAÇO, André Medeiros do. **Foro por prerrogativa de função: prefeitos municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21.
- 2 “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. Outros privilégios absurdos para os dias atuais eram previstos para os nobres (“Fidalgos e Cavalheiros”), como a proibição de uso de ferros (salvo nos casos de aplicação de pena de morte) quando de eventual prisão, bem como de aplicação de pena considerada vil, como açoites, corte de membros, forca, galés etc. Enquanto os peões... Sobre o tema conferir: PAÇO, André Medeiros do. **Foro por prerrogativa de função: prefeitos municipais**, 2000. p. 22-23.
- 3 Cabe destacar que, durante a vigência da Constituição do Império, foram editadas algumas leis disciplinando a matéria de crimes de responsabilidade e foro privativo, como a Lei de 15 de outubro de 1827, que foi o primeiro diploma legal a definir os crimes de responsabilidade; a Lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça e que tratava do foro por prerrogativa de função (repetindo regra existente na Constituição de 1824); e, finalmente, o Código de Processo Criminal do Império de 1832 (promulgado pela Lei de 29-11-1832), que, no Capítulo V, do título III (Procedimento Sumário), tratava do procedimento dos crimes de responsabilidade.
- 4 O processo e julgamento nesses casos (e também nos crimes comuns) foi posteriormente regulado pelo Decreto nº 27, de 7 de janeiro de 1892, possibilitando que os ministros de Estado também fossem julgados pelos referidos órgãos, quando presente a conexão com o Presidente da República.
- 5 Observe que tal previsão já constava do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.
- 6 Art. 53 combinado com os arts. 29 e 59, I, da Constituição de 1824.
- 7 Destaca André Medeiros Paço (op. cit., p. 31) que passaram a ser julgados pela Corte Suprema os seguintes agentes: “Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juizes dos tribunais federais e das cortes de apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, embaixadores e ministros diplomáticos”.
- 8 Cf. art. 86.
- 9 “Art. 87. O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas”.
- 10 Cf. art. 101, I, a.
- 11 “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.
- 12 A aliena “c” do art. 102, I, da CF, teve redação determinada pela Emenda Constitucional nº 23/1999.
- 13 Importante lembrar que, pela prática de crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República estarão sujeitos a julgamento político pelo Senado Federal, conforme dispõe o art. 52, I, da CF.
- 14 Cf. art. 86 da CF (“Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”).
- 15 “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará,

- atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] X – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”. Não obstante o inciso não faça menção expressa à prática de crime, o entendimento de que esse foi o sentido da regra encontra previsão pacífica na doutrina e jurisprudência, valendo-se de uma interpretação sistemático-teleológica.
- 16 Art. 96. Compete privativamente: “[...] III – aos Tribunais de justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.
- 17 Cf. súmula 208 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”. Vide, ainda, art. 109, I, CF: “Aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, ré, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.
- 18 “Art. 209. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.
- 19 Petição 3211, Questão de Ordem, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-00061 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 148-163.
- 20 STF, AI 554398 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00147.
- 21 AI 506323 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009. EMENT VOL-02367-06 PP-01095 RT v. 98, n. 888, 2009, p. 152-154 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 107-111.
- 22 Notícia publicada no *site* do Supremo Tribunal Federal, acessada dia 30 de julho de 2012, em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211799>
- 23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra- Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 549.
- 24 ADI MC 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, pleno, 15.05.2002, DJ 06.09.2002, p. 66; ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 01.12.2004, DJ 06.11.2006, p. 29; ADI 541-3/PB, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, pleno, 10.05.2007, DJ 06.09.2007, p. 35.
- 25 ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 01.12.2004, DJ 06.11.2006, p. 29.
- 26 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 200. p. 563.
- 27 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/seminario>>. Acesso em: 3 dez. 2005.
- 28 Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa no Estado do Espírito Santo: período 1992-2009. Coleção do Averso ao Direito. Vitória: MPES, 2011. v. 8, p. 106. ISBN 978-85-63256-07-2.
- 29 Diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa no Estado do Espírito Santo: período 1992-2009, *op. cit.*, p. 103.
- 30 Só para se ter uma ideia, estima-se que atualmente tramitam 863.173 processos nos Tribunais de Justiça dos Estados. No Espírito Santo, de acordo com dados do Tribunal de Justiça estadual tramitam 17.598 processos, para um pequeno número de desembargadores (Fonte: Jornal A Gazeta, de 23 de fevereiro de 2005, Caderno de Política, p. 13).
- 31 Cf. RTJ 179/930. É oportuno destacar a seguinte parte do voto do eminente Ministro: “26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de inquéritos, queixas ou denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até

- ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente ministro Sepúlveda Pertence, se reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse. 27. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas conseqüências, quando, nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-la a tempo e hora? 28. Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. 29. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles. Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos relatores que atuam como verdadeiros juizes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394”.
- 32 Julgamento da Questão de Ordem arguida no Inquérito Policial nº 687-SO, que levou o plenário do STF ao cancelamento da súmula 394. Cf. RTJ 179/930.
- 33 Nesse sentido é a posição de Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide (*in*: Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. I, p. 278), que, invocando lição de Mario Chiavario, observam: “Não há questão mais problemática do que o relacionamento do processo com o fator tempo. Ninguém desconhece que o processo é uma relação jurídica dinâmica que se projeta necessariamente numa equação temporal, a partir de sua proposição até seu desfecho. Como ensina MARIO CHIAVARIO (*Processo e garanzie della persona*. Milão: Giuffrè, 1982, v. 2, p. 205), ‘o processo é uma entidade, por sua natureza, destinada a desenvolver-se no tempo, por mais breve que possa ser o intervalo que separa o início do próprio processo da decisão final’. É inquestionável, portanto, que o processo, enquanto dimensão durável num determinado trato temporal – curto ou longo, pouco importa –, não pode dispensar o conceito de tempo a que está intimamente vinculado”.
- 34 Nesse passo são oportunas as colocações de Niklas Luhmann, autor que entende que a discussão em torno da ideia de tempo está implícita na própria noção de sistema jurídico. Com efeito, para o referido autor, “A estreita relação entre o direito e o tempo já se insinua na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas – mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável. A expectativa contém um horizonte futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito” (*Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985. p. 166).
- 35 “A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação de efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente. Talvez o maior problema enfrentado pelo operador e pelo consumidor do processo seja a compatibilizarão entre esses dois valores opostos: a urgência na entrega de tutela e necessidade de investigação dos fatos constitutivos de direito pleiteado” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114-115).
- 36 Sobre a temática tempo e processo, confira a excelente obra de José Rogério Cruz e Tucci (*Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998). Aliás, destaca o referido autor que “A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza;

- compromete a segurança jurídica e, por isso, chega até a influir na eficiência da economia” (Ibid., p. 12).
- 37 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 894.
- 38 a No voto (pendente de publicação) proferido na Reclamação nº 2.138-6-DF, o então ministro Carlos Velloso, com o brilhantismo que lhe é peculiar, destaca: “No ‘ranking’ dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse ‘ranking’ é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes públicos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção”.
- 39 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 706.
- 40 *Apud* ROTHENBURGO, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 47. Sobre tal princípio, vide também: BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III, especialmente p. 44-45.
- 41 Nesse passo, são oportunas as colocações de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins que, ao discorrer sobre o princípio em tela, observa que “[...] a proibição de retrocesso social representa um limite jurídico ao legislador, que se encontra submetido aos direitos sociais adquiridos. Faz transmutar para o Estado a obrigação antes positiva de concretizar o direito, em obrigação negativa, forçando-o a se abster de atentar contra a realização daquele direito fundamental social já estabelecido [...]. Concorrentemente, a vedação ao retrocesso social objetiva a preservação da harmonia do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito. Proporciona na comunidade um sentimento de certeza e tranquilidade em relação a bens e posições jurídico-subjetivas já alcançadas” (A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 402).
- 42 Como destaca Fernando Grella Vieira (VIEIRA, Fernando Grella. Ação civil pública de improbidade: foro privilegiado e crime de responsabilidade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**, 2005. p. 181), com fundamento nos ensinamentos de José Afonso da Silva, para que uma alteração legislativa acabe comprometendo o regular funcionamento dos tribunais “[...] não há necessidade de a norma expressamente suprimir ou obstar a competência do Poder. Basta que a proposta tenha aptidão, por exemplo, para restringir a esfera de competência por meio de mecanismos que irão inibir sua capacidade de exercer, com normalidade, as funções constitucionais que lhe são próprias e indelegáveis”.
- 43 FREITAS, Juares; **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 56-57.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra- Portugal: Edições Almedina, 2003.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. Milão: Giuffrè, 1982. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

FRANCO, Alberto Silva Franco; ZANOIDE, Maurício. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GACIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa no Estado do Espírito Santo: período 1992-2009**. Vitória: MPES, 2011. v. 8. (Coleção do Averso ao Direito).

PAÇO, André Medeiros do. **Foro por prerrogativa de função: prefeitos municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROTHENBURGO, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1998.

VIEIRA, Fernando Grella. Ação civil pública de improbidade: foro privilegiado e crime de responsabilidade. *In: MILARÉ, Edis. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Artigo recebido em: 12-11-2012

Aprovado em: 12-12-2012