

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628/2002

Rogério Tadeu Romano

Procurador Regional Eleitoral

I – A LEI Nº 10.628

A Lei n.º 10.628 alterou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal estabelecendo que:

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

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

Tal disposição editada no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique tem, por sua característica temporal e circunstancial, evidentes aspectos polêmicos.

De um lado, estão aqueles que entendem que estamos perante um crime de responsabilidade; de outro, estão os que vêem uma evidente inconstitucionalidade formal do dispositivo.

Isso não pára por aí, pois, tal norma jurídica deve ser vista sob uma evidente ótica teleológica que levará a análise de seu conteúdo sob o bojo de uma justiça ideal igualitária, do princípio da República e do seu domínio da norma.

II – O NOVO ART. 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

No passado, o Ministro Hahnemann Guimarães¹ entendeu que o impeachment é instituto de direito criminal, cuja disciplina, mesmo com relação aos Estados, compete exclusivamente à União Federal.

Tal opinião foi refutada por Castro Nunes, Edgar Costa, Orozimbo Nonato, Lafayette de Andrade, sublinhando o caráter político do instituto.

A opinião de Paulo Brossard² é de que os impropriamente chamados crimes de responsabilidade, enquanto infrações políticas, não são crimes, mas ilícitos de natureza política, como política é a pena a eles cominada.

Foi como decorrência dessa ilação, que o próprio Brossard³, pelo que considera marcante natureza política do instituto, entende que o término do mandato, por exemplo, ou a renúncia ao cargo trancariam o impeachment ou impedem a sua instauração, com arrimo em: Story, Von Holst, Tucker, Watson, para o direito constitucional americano e Martinez Ruiz, para o direito argentino⁴.

Penso que não foi uníssona tal posição na Corte Suprema brasileira, de ver tal pena como política, a que se aplica no processo de responsabilidade.

Seria o impeachment uma técnica adotada pela Constituição para proteger-se de ofensas do Chefe do Poder Executivo e a pena, através dele aplicável, nada de criminal, mas política? Assim entendia Felisberto Freire, sustentando que o impeachment era um processo político, tendo o STF, em 1895, aceito a tese (caso do Capitão José Joaquim Pereira).

Sabe-se que, em 1918, o Supremo Tribunal Federal, no caso do General Caetano de Faria contra a Assembléia Legislativa de Mato Grosso passou a adotar a tese de Epitácio Pessoa, no

sentido de ver o impeachment como processo misto (político-penal). É certo que Paulino Ignacio Jacques⁵ relata a existência de votos vencidos, como o do Ministro Viveiros de Castro.

Em 1916, Aníbal Freire⁶ se manifestou favorável a natureza mista do impeachment, no mesmo sentido de Eptácio Pessoa, adotada por Paulino Jacques, à luz da doutrina exposta por Esmein, Bryce e Tocqueville.

Penso que a tendência do Supremo Tribunal Federal, fazendo a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam o previsto no art. 37, § 4.º, e regulado pela Lei n.º 8.429/92, e o regime do crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, "c", disciplinado pela Lei n.º 1.079/90, é entender que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei n.º 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade⁷.

Na ADIn 1.901-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 03.02.2003, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que os crimes de responsabilidade configuram matéria penal e não política, declarou a inconstitucionalidade da expressão "*sob pena de crime de responsabilidade*", contida no § 2.º do art. 162 da Constituição do Estado de Minas Gerais, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).

Ora, improbidade é ilícito de natureza civil, administrativa e política, sem natureza penal.

III – A REVOGAÇÃO DA SÚMULA 394

Mas o certo é que o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula n.º 394, porque entendeu que o foro por prerrogativa de função não continuava, após o exercício do cargo (Rev. Crim. n.º 113.102-DJ, de 06-11-87, pg. 24.443).

Em virtude disso, extinto o mandato, não subsiste o foro especial. Já entendia-se, desta forma, no RE n.º 73.922, Relator Min. Antônio Neder, quando se apoiou a não vigência daquela Súmula. Contra estava a Constituição paulista, que, à época, dava aos deputados estaduais o foro especial do Tribunal de Justiça, ao tempo do exercício do mandato (art. 32, § 2.º).

Isso quer dizer que o foro especial só existe nos limites do exercício do mandato e esta é a posição do STF, no Inquérito n.º 687, São Paulo, DJ de 09.11.01, julg. 25.08.99. Isso porque o art. 102, I, "b", não contempla, por exemplo, ex-ministros, não explicitando a Constituição ao atribuir tal autoridade que deixou o exercício do mandato.

IV – O § 2º DO ART. 84

Se isso não bastasse, o § 2.º do referido art. 84, com a redação dada pela Lei n.º 10.628/2002, determina que "a ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão de função pública".

Aqui a lei foi mais além: não protege o exercício do cargo, mas protege a quem a exerce, em nítida afronta a razoabilidade, pois os privilégios de foro não devem ser tratados ampliativamente, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, o que desafia qualquer lógica de justiça.

Como a Constituição nada disse sobre competência, não poderia o legislador infraconstitucional tratar da matéria.

Desrespeitada com o novo art. 84 do CPP está a igualdade cidadã⁸.

Ferem-se, barbaramente, normas constitucionais de competência, que são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais.

Bem explicita J. J. Gomes Canotilho⁹ que a competências dos órgãos constitucionais são, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição e que não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu.

Com isso se quer dizer que nenhuma norma infraconstitucional poderá restringir ou ampliar as regras de competência judicial estabelecidas na Constituição Federal em relação aos órgãos judiciários por ela criados, incluindo: STF, STJ, TRF's, Tribunais de Justiça.

A lei ordinária fere formalmente a Constituição Federal que não estabelece qualquer hipótese de foro privilegiado para antigos agentes políticos e muito menos, na mesma linha da ação popular, que também vela pelos princípios da legalidade, moralidade, estabelece tratamento especial nos casos de improbidade, que não é crime.

Bem esclareceu Marcelo Figueiredo¹⁰ que os ocupantes de cargos eletivos são protegidos pela imunidade criminal. Tais imunidades alcançariam o processo criminal, os crimes, não se estendendo as cominações civis ou ao ressarcimento civil.

Mesmo o Presidente da República poderia sofrer a incidência da Lei n.º 8.429/92, salvo no caso de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, a teor do impeachment regulado pela Lei n.º 1.079/50.

Superada, pois, esta a tese exposta por E. Magalhães Noronha¹¹ para quem a lei ordinária pode ampliar as hipóteses de competência.

V – A INFRINGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Fere a Lei n.º 10.628, de 2002, a competente estrutural do princípio democrático, qual seja a igualdade, cujo campo de incidência é dos direitos fundamentais.

O moderno Estado de Direito tem como campo primacial a correção das desigualdades.

Aliás, é de John Rawls a utilização do princípio da diferença, que, em sua forma mais simples, deve ser assim interpretado:

“As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo: (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades¹²”.

Tal teoria é baseada em direito, num contrato social de deveres. Esse o modelo a seguir, diante de nosso princípio conformador atinente ao art. 1.º da CRFB, na proteção às liberdades básicas em nome do direito à igualdade e não numa visão utilitarista baseada em metas.

Esse o norte do moderno Estado de Direito: a igualdade, como elemento estruturador da Democracia.

Aliás, a forma República de Governo implica no princípio da responsabilidade civil de todos os titulares de cargos eletivos, ressaltando as imunidades específicas necessários à segurança do mandato, como expõem Gomes Canotilho e Vital Moreira¹³.

VI – CONCLUSÕES

Por ser assim, é inconstitucional a redação do artigo 84 do CPP, dada pela Lei n.º 10.628, que se não bastasse, fere o **substantive due process**, na medida em que conflita com o razoável¹⁴, devendo ser caso de nulificação pelo Poder Judiciário.

Hoje, tal dispositivo subsiste face a negativa de liminar em ADIn cujo efeito vinculante ou não deve ser estudado em sede própria (ADIn n.º 2.797).

A decisão de indeferimento da liminar, emações de controle abstrato de constitucionalidade, como ressaltado por Teori Zavascki¹⁵ não tem efeito vinculante, não

impedindo, por isso, que se promova o controle difuso de inconstitucionalidade do preceito normativo questionado, nos termos do art. 480 do CPC.

Aliás, já se acentuou, na Rep. 1.391 (RTJ 124:81) que a liminar antecipa, na ADIn, os efeitos da futura declaração de uma inconstitucionalidade aparente ao primeiro exame.

Bem concluiu o Ministro Carlos Velloso, em voto (vista), no Inquérito n.º 687-9, São Paulo, que o foro por prerrogativa de função constitui, na verdade, um privilégio, que não se coaduna com os princípios republicano e democrático. O princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático, como se lê, por exemplo: art. 5.º, *caput*, I, art. 150, II, art. 151, II, art. 7.º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV, art. 3.º, III, art. 43, art. 170, VII.

A Súmula n.º 394, hoje revogada, se baseou em argumentação do Ministro Victor Nunes Leal (Recl. n.º 473, RTJ 22/47), que não era baseada em jurisprudência tranqüila¹⁶. *Data venia*, não é razoável, com todas as licenças, que “*presume o legislador que os Tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele*”. Tal ilação é um desprestígio indevido e ilógico à 1.ª Instância, cada vez mais imparcial, com juízes aprovados em concorridos e difíceis concursos de provas e títulos.

¹ Revista Forense, v. 125 e 126.

² O impeachment, São Paulo, ed. Saraiva, 1992, pg. 413.

³ O impeachment, pg. 134.

⁴ La Constitución Argentina Anotada con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nota ao art. 45, pg. 215 e 216, apud Brossard, obra citada, pg. 134.

⁵ Direito Constitucional, RJ, Forense, 7.ª ed., 1974, pg. 253.

⁶ Do Poder Executivo na República brasileira.

⁷ Reclamação n.º 2.138-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, 20.11.2002.

⁸ Renato Flávio Marcão, Foro Especial por Prerrogativa de Função.

⁹ Direito Constitucional, Liv. Almedina.

¹⁰ Probidade Administrativa, São Paulo, Malheiros, 2.ª ed., 1997, pg. 24.

¹¹ Curso de Direito Processual Penal, São Paulo, Saraiva, 11.ª ed., 1979.

¹² Uma Teoria da Justiça, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

¹³ Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, pg. 89.

¹⁴ Já, em 1798, no caso *Calder vs Bull*, antes, portanto do famoso caso *Marbury vs Madison* (1803), que marcou o início da doutrina do *Judicial Review*, a Suprema Corte americana, numa visão de vida, liberdade e patrimônio, entendeu que os atos legislativos que ferissem os princípios fundamentais ofendem o devido processo legal.

¹⁵ Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional, São Paulo, RT, 2001, pg. 151.

¹⁶ Percebe-se de voto-vista, na QCr 427(GO), que, não obstante a orientação na Súmula n.º 394, houve objeções devendo ser referênciado julgamento no RCr 491, de 15.12.23 (Caso *Epitácio Pessoa x Mário Rodrigues*), invocando-se jurisprudência de 25.01.1842 em que velho Supremo Tribunal de Justiça assegurou foro especial a um juiz municipal por faltas cometidas na substituição de Juiz de Direito, não obstante ter deixado função. Contra tal posição veja-se HC n.º 33.440, rel. Min. Nelson Hungria.