

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA EX-AGENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DAS ADI 2797-DF E 2860-DF

ARTUR FERRARI DE ALMEIDA

Mestrando em Direito Econômico pela USP.
Bacharel em Direito pela UFBA.

EDUARDO FERREIRA JORDÃO

Mestrando em Direito (LL.M) pela London School of Economics (LSE).
Mestrando em Direito Econômico pela USP. Bacharel em Direito pela UFBA.

1. INTRODUÇÃO.

Em setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2797-DF e 2860-DF, relatadas pelo Min. Sepúlveda Pertence e ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).¹ Por maioria de votos (7x3), declarou-se a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei Federal n.º 10.628/02. Este diploma legislativo alterara o artigo 84 do Código de Processo Penal, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

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

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

¹ Dada a identidade dos objetos das duas ações, o Relator determinou que fossem os respectivos autos apensados para julgamento conjunto.

² O artigo 84 do CPP, antes destituído de parágrafos, possuía a seguinte redação: “A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade”.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

A nova redação conferida ao *caput* do art. 84 do CPP apenas cuidou de adaptá-lo às alterações constitucionais na organização do Poder Judiciário. Excluiu, assim, a referência aos “Tribunais de Apelação” – vez que estes foram substituídos pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal – e acresceu o Superior Tribunal de Justiça no rol das cortes competentes para processar e julgar os casos de foro por prerrogativa de função. Por esta razão, o *caput* não foi objeto de impugnação pelas associações autoras das ações antes aludidas.

A real inovação introduzida pela Lei 10.628/02 consistiu no acréscimo de dois parágrafos ao art. 84 do CPP, exatamente os dispositivos impugnados nas ADI e, ao final, reputados inconstitucionais pelo STF.

A decisão do Supremo Tribunal Federal produz eficácia contra todos e possui efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF). Trata-se, pois, de precedente dotado de força normativa formal. Aos operadores jurídicos – e àqueles sujeitos à sua hipótese aplicativa – resta segui-lo. É óbvio, no entanto, que da força normativa formal dos precedentes não decorre, *ipso facto*, o poder de convencimento de suas razões. Cumpre à dogmática examinar a coerência na fundamentação das decisões jurídicas e, quando for o caso, demonstrar a insuficiência das soluções adotadas pelos órgãos incumbidos de concretizar a Constituição.³ A tanto se propõem os autores destas linhas.

1.1. O nosso objeto de análise: a constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP.

Este sub-item tem a função de justificar a exclusão da análise da constitucionalidade do § 2º do art. 84, do CPP. Sucede que este dispositivo merece juízo autônomo, cujo conteúdo pode ser formulado através da seguinte questão: *viola a Constituição o dispositivo que, à míngua de previsão expressa da CF, estabeleça hipótese de competência por prerrogativa de foro para a ação de improbidade?* O juízo de constitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, a seu turno, pode ser formulado através de questionamento completamente diferente do anterior: *é constitucional estender, através de lei, a competência especial por prerrogativa de função relativa a atos administrativos do agente público a período posterior ao exercício da função?*

Como as regras do § 1º e do § 2º são, do ponto de vista lógico-jurídico, independentes entre si, não havendo como deduzir que a inconstitucionalidade da primeira acarretará, *ipso iure*, a da segunda (e vice-versa), conclui-se que é

³ Como observou Robert ALEXY, “*en gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor*” (in *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Tercera reimpressão, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 32).

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

possível – ou mesmo recomendável - que se proceda a um juízo autônomo para cada uma dessas regras.⁴

Perceba-se, assim, que o objetivo deste texto é perquirir se é conforme à Constituição estender, por lei ordinária, a competência por prerrogativa de função a ex-agentes, tão somente para o julgamento dos atos praticados no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo.

Pretende-se examinar cada um dos argumentos utilizados pelos Ministros da Corte Suprema para decretar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, de modo a demonstrar-lhes a improcedência. A conclusão, portanto, já se adianta, para posterior desenvolvimento: o referido dispositivo é perfeitamente constitucional. Seu comando não apenas se alinha com os valores inscritos na Constituição, como é deles diretamente extraível. Vejamos.

2. DAS RAZÕES QUE FUNDAMENTARAM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 84 DO CPP.

A leitura dos votos dos Ministros permite a identificação de três argumentos para fundamentar o veredicto de procedência das ADI referidas, em relação ao § 1º do art. 84. São eles:

- (i) O Poder Legislativo teria contrariado interpretação já consolidada pela Corte Suprema no cancelamento da Súmula n. 394, o que, por si só, já implicaria a inconstitucionalidade deste dispositivo;
- (ii) Por estender a ex-ocupantes de cargos públicos a prerrogativa de foro, o dispositivo seria inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia;
- (iii) A previsão importaria criação indevida de hipótese de competência originária, violando o rol taxativo da Constituição Federal.

A seguir, passa-se a analisar, de forma destacada, os argumentos apresentados.

3. A ANÁLISE DAS RAZÕES DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 84 DO CPP.

3.1. O primeiro argumento: a contrariedade à interpretação consolidada do STF.

⁴ Apenas a expressão “observado o disposto no § 1º”, constante do § 2º do art. 84 do CPP, é que deve merecer a mesma solução do § 1º do art. 84, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade. Só a ela deve se estender, pois, o mesmo juízo de constitucionalidade atribuído ao § 1º do art. 84, vez que a expressão citada nada mais fez do que repetir uma imposição já constante do § 1º, e visto não haver neste restrição da extensão da competência por prerrogativa de foro ao processo penal, tanto que veicula o termo “o inquérito ou a ação judicial”, ao invés de “o inquérito ou a ação penal”.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

3.1.1. O entendimento do STF.

No julgamento objeto do presente trabalho, entendeu-se que, ao introduzir o § 1º ao artigo 84 do CPP, o Poder Legislativo procurou privar de efeitos o cancelamento da Súmula 394, levado a cabo na Questão de Ordem suscitada no Inquérito 687-SP, relatado pelo Min. Sydney Sanches.⁵ Dito de outro modo, a ação legislativa teria visado a re-estabelecer a tese sumulada, derrubada pelo STF. Segundo as palavras do relator e condutor da maioria, o Min. Sepúlveda Pertence:

*“O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada no Inq 687-QO, 25.8.97, rel o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. (...) Em contrário, porém, da minha proposta, no Inq 687 prevaleceu o cancelamento puro e simples da Súm. 394, por entender a maioria do Tribunal ser inaceitável em qualquer hipótese, à luz da Constituição, que a incidência da regra de foro especial por prerrogativa da função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava”.*⁶

Essa tese também foi encampada pelo Procurador Geral da República, à época o Dr. Geraldo Brindeiro, em seu parecer: *“deve ser declarado inconstitucional o § 1º, do art. 84, do CPP, introduzido pela Lei n.º 10.628/02, bem como a expressão ‘observado o disposto no § 1º’, constante do § 2º, in fine, por violar o art. 2º e o caput, do art. 102, da Constituição da República, na medida em que constituem afronta à exegese da norma constitucional (art. 102, I, b e c) adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao cancelar a Súmula 394 e expressamente estabelecer que a tese nela substanciada não se refletiu na Constituição de 1988”.*

A nós, em contrapartida, parece que (i) ao introduzir o § 1º no art. 84 do CPP, o Poder Legislativo *não procurou* re-estabelecer entendimento jurisprudencial ultrapassado pelo STF por meio do cancelamento da Súmula 394 (uma vez que a tese ali consubstanciada era bastante mais ampla do que os

⁵ A doutrina já defendia este posicionamento. Cf., exemplificativamente, Marcelo FIGUEIREDO, *Proibidade Administrativa (Comentários à Lei 8.249/92, 5. ed. (atualizada e revista)*, São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 21-23; Marcelo Santos TEIXEIRA, “Foro competente para o julgamento de agentes políticos por ato de improbidade administrativa”, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, vol. 21, jan./jun. 2003, pp. 81-82; Hugo Nigro MAZZILLI, “O foro por prerrogativa de função e a Lei 10.628/02”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, n. 18, fev./mar. de 2003, p. 36.

⁶ No mesmo sentido, cf. o voto do Min. Celso de Mello: *“Cabe enfatizar, de outro lado, por necessário, que o § 1º do art. 84 do CPP, tal como redigido, traduz hipótese virtualmente idêntica àquela prevista na Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, que foi cancelada quando do julgamento do Inq 687-QO/SP (...)”.*

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

comandos do dispositivo legal inserido); e (ii) ainda que isto houvesse realmente ocorrido, não constituiria razão suficiente para determinar a inconstitucionalidade deste § 1º, cuja consonância ou dissonância com os dispositivos constitucionais haveria de ser (ainda) materialmente verificada.

Pois bem. Para proceder a uma análise racional do julgamento das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, parece-nos indispensável voltar os olhos à questão de ordem do Inquérito 687-SP e verificar o objeto e o alcance da decisão nela havida, pois é exatamente este o precedente violado, na visão do STF, pela Lei 10.682/02. Vamos a ela.

3.1.2. O cancelamento da Súmula 394.

Na questão de ordem surgida no Inquérito 687-SP, o STF decidiu à unanimidade pelo cancelamento da Súmula 394, que estabelecia o seguinte: *"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício"*. Esta Súmula contava com décadas de existência e não se respaldava em nenhum dispositivo expresso da Constituição de 1988 ou das constituições anteriores. Tratava-se de uma típica construção pretoriana.

Segundo o relator do processo e suscitante da questão de ordem nele havida, o Min. Sydney Sanches, *"a tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, b, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar 'os membros do Congresso Nacional', nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c")"*.

Em seguida, o Relator anota que, se o instituto da prerrogativa de foro, tal como posto na Constituição de 1988, já não encontra precedente no Direito Comparado, quanto mais a ampliação de seus efeitos a ex-exercentes de cargos ou mandatos. Aduz, ainda, que a prerrogativa de foro, por se tratar de uma "espécie de privilégio", deveria ser interpretada restritivamente. Finalmente, observa que, à época em que a Súmula 394 foi aprovada, os casos de exercício de prerrogativa de foro junto ao STF eram escassos, o que não mais se verificava. Daí propor que: *"a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela [Súm. 394], ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não*

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento”.

Esses são os fundamentos do cancelamento da Súmula adotados pelo Relator e apresentados ao Plenário no seu voto. Contudo, ainda não é o momento de questioná-los.⁷ É que a intenção deste item *não* é defender que a Súmula 394 não deveria ter sido cancelada. O que se pretende é demonstrar (i) que não é correto supor que a lei n. 10.682/02 tenha pretendido ressuscitá-la; e (ii) que mesmo que isto se houvesse verificado, não constituiria razão suficiente para a declaração de inconstitucionalidade desta lei.

Seja notado atentamente quão estreitos são os contornos específicos deste item 3.1. Será sustentado que o primeiro argumento utilizado para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP é improcedente, demonstrando que o seu comando *não equivale* àquele que emanava da Súmula cancelada (v. itens 3.1.3 e .3.1.4) e que isto não seria suficiente para declarar a inconstitucionalidade deste dispositivo – deveria o STF, ainda, ter analisado a sua consonância ou dissonância (material) com as disposições constitucionais (cf. item 3.1.5).

3.1.3. A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence.

Demonstrando concordar apenas em parte com as razões expostas pelo Relator, o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista, propugnou pela edição de nova súmula, a dizer que *"cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional"*.

Defendia o ministro mineiro, em resumo, que a competência especial por prerrogativa de função não deveria prevalecer para *qualquer crime cometido durante o exercício funcional* (como estabelecia a literalidade da Súmula 394), mas apenas para os crimes cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo*. Este teria sido o sentido que se quis dispor no enunciado da referida Súmula. Fundamentou-se esta argumentação no fato de que tal era o conteúdo dos acórdãos que motivaram a elaboração da súmula. Sustentou o eminente ministro mineiro que *"a súmula não é uma norma livremente criada pelo Tribunal quando a aprova: é uma proposição descritiva da orientação jurisprudencial documentada nos acórdãos que refere"*. Na oportunidade, citou diversos dos acórdãos a que referia a Súmula 394, para demonstrar a correção do seu entendimento.

E completou: *"Segue-se que deve ser corrigido, mediante cancelamento e edição de outro, o verbete que não guarda fidelidade à jurisprudência que*

⁷ Por serem logicamente oponíveis também e especificamente à constitucionalidade da lei n. 10.682/02, serão estes argumentos enfrentados ao final (cf. item 3.4), após aqueles que figuraram expressamente no julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

pretendeu retratar. É o que sucede com a Súm. 394, quando o seu enunciado literal faz abstração de um dado relevante, presente em todos os acórdãos nela invocados com pertinência; o ser um crime propter officium o objeto do processo para a qual se afirma persistir a competência por prerrogativa de função do acusado ao tempo de sua prática”. Em resumo, entendia que a súmula pecara por excesso – a tese nela inscrita fora além daquilo que efetivamente constituía o entendimento da Corte.

O Min. Nelson Jobim, por sua vez, assentou que *“a observação feita pelo ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, levam-me, necessariamente, a valorizar essa distinção, para que remanesça na competência do Tribunal – não obstante as observações do Ministro Moreira Alves – aquelas praticadas no exercício da função específica estarem vinculadas a atividades do próprio indiciado”.*

Conforme esta interpretação constitucional, a prerrogativa de foro teria sido estabelecida para o julgamento de atos criminosos que tivessem relação com o desempenho da função, independentemente da ação criminal iniciar-se antes ou depois do mandato; não deveria prevalecer, pois, para *qualquer crime cometido durante o exercício funcional*, mas apenas para os crimes cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo*. Tendo sido o ato criminoso perpetrado *na função e em razão da função*, deveria prevalecer a prerrogativa de foro. Este foi o entendimento que levava à elaboração da Súmula 394, cujo enunciado trespassara os limites dos fatos que o motivaram. Nas palavras do Min. Nelson Jobim: *“o teor literal da Súm. 394 vai além da jurisprudência que pretendeu retratar”.*

3.1.4. O significado e o alcance das decisões do STF na Questão de Ordem surgida no Inquérito 687-SP.

A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, adotada ainda pelos Ministros Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, foi rechaçada pelos outros sete integrantes da Corte, que optaram pelo mero cancelamento da súmula. Convém precisar o significado e o alcance destas duas decisões (tanto a de cancelar a súmula como a de não editar súmula substitutiva), porque é o seu conteúdo que será confrontado com o conteúdo da Lei n. 10. 682/02, para aferir se há contradição entre eles.

Em relação à decisão de cancelamento da súmula, deve-se frisar que ela não implica a adoção de entendimento que lhe é diametralmente oposto. Dito de outro modo, cancelar uma súmula não equivale a firmar o entendimento jurisprudencial antitético. É pura lógica: o fato de uma proposição ser falsa não implica que a sua contrária seja necessariamente verdadeira.⁸ Assim, o fato de a

⁸ Atente-se à precisa lição de Alaôr Caffé ALVES: *“A Lógica das oposições apresenta uma forma ‘média’ de aplicação, numa relação de oposição cujo nome é ‘contrariedade’ (entre proposições contrárias e não contraditórias). Esta relação, como ainda iremos ver, dá-se entre proposições universais opostas: ‘todo*

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

Súmula 394 ter sido cancelada não significa necessariamente que o entendimento da Suprema Corte brasileira era o de que *“caso o inquérito ou a ação penal relativas aos crimes cometidos durante o exercício funcional sejam iniciados após a cessação de tal exercício, não prevalece a competência especial por prerrogativa de função”*. Tanto isto é verdade que quatro dos ministros que concordaram com o cancelamento da súmula não estariam dispostos a concordar com esta última proposição.

No que concerne à decisão de não editar nova súmula, ela não significa *necessariamente* que a tese nela proposta tenha sido rechaçada pelo Tribunal. Esta é apenas *uma* das razões que poderiam explicar a não edição de uma súmula. Outras há, como a inoportunidade da ocasião, falta de maturação a respeito do novo entendimento etc. No caso, o conteúdo dos votos dos Ministros não deixa claro qual foi a razão determinante para a refutação da proposta do Min. Pertence. Muito claramente: o fato de um tribunal ter deixado de editar súmula consagrando determinada tese não permite supor que esta tese não encontre aceitação em seu seio.⁹

Feitas estas observações, logo se nota que a Lei 10.628/02 não reestabeleceu o conteúdo da Súmula 394, contrariando o entendimento do STF. Com efeito, o § 1º do art. 84, do CPP, não restaurou a permanência da prerrogativa de foro após o mandato para os crimes cometidos durante o exercício funcional (como fazia a Súmula 394) – apenas o afirma para o julgamento dos

*homem é sábio’ e ‘todo homem não é sábio’. Vê-se claramente que estas duas proposições não podem ser verdadeiras simultaneamente. Se uma é verdade, a outra é necessariamente falsa. Mas, se partirmos da falsidade de uma, não temos certeza lógica de que a outra seja verdadeira. Isto porque esta outra pode ser também falsa. Quer dizer: as duas proposições (contrárias) podem coincidir na falsidade, mas não na verdade. De fato, do ponto de vista formal, se podemos entender que é falso que ‘todo homem é sábio’ (do ponto de vista material, nem todos os homens são efetivamente sábios), não podemos tirar que seja necessariamente verdadeiro que ‘todo homem não é sábio’ (como de fato é falso, visto que existem homens sábios, embora nem todos o sejam)” (in *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 3. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2003, pp. 151-152).*

⁹ Não se ignora que este entendimento contraria até mesmo a interpretação que o próprio ministro Sepúlveda Pertence, responsável pela propositura da edição da nova súmula, concedeu ao refutamento de sua proposta pela maioria da Corte, no julgamento das Adins 2797-DF e 2860-DF. Segundo a sua visão exposta nesta oportunidade, decidira a maioria do Tribunal *“ser inaceitável em qualquer hipótese, à luz da Constituição, que a incidência da regra de foro especial por prerrogativa da função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava”*. Parece-nos, de todo modo, não haver motivo para supor que a interpretação deste ministro à decisão da Corte de não elaborar nova súmula goze de certa “autoridade”, apenas por ter sido ele quem a propôs. Tal qual uma lei aprovada pelo Parlamento, uma decisão judicial, cumpridos os seus requisitos de formação, *desprende-se* do órgão que a prolatou, é dizer, tem existência independente dele. Não é porque um determinado juiz ou Tribunal, através da decisão “2”, *resolve* que a sua decisão “1 tem o conteúdo “x”, que isso corresponderá à verdade; no caso, o Tribunal apenas *prescreve* – enunciado, pois, prescritivo, e não meramente descritivo – o que *deve ser* entendido por decisão “1”. Sobre o assunto, além da clássica lição de Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 392-95, cf. também Riccardo GUASTINI, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 7-8.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

crimes e atos de improbidade administrativa – que são atos cometidos *na* função e *em razão* da função. Não houve, pois, tentativa do Legislativo de *resgatar* entendimento sumular já superado. O referido dispositivo não estabelece deva prevalecer a competência especial por prerrogativa de função para o julgamento de *todo* ilícito cometido *durante* o exercício funcional, como dispunha a Súmula cancelada. Segundo o aludido § 1º, prevalecerá a prerrogativa de foro apenas e tão somente para os ilícitos cometidos *no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo*.

Observe-se, por outro lado, que as ponderações que conduziram ao cancelamento da Súm. 394 giraram em torno de questionamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional nos crimes comuns.¹⁰ Matéria, pois, mais restrita do que aquela objeto do § 1º introduzido pela Lei 10.628/02 ao art. 84 do CPP, que, de um lado, ao se referir a “atos administrativos do agente”, não se circunscreveu aos crimes comuns, objeto do debate da Questão de Ordem do Inquérito 687-SP e da Súm. 394, e, de outro, ao se referir ao “agente”, não se limitou – como na decisão da questão de ordem sob comento – a deputados e senadores.¹¹

Curiosamente, deve-se registrar que, na questão de ordem no Inquérito 718-8/SP (anterior ao julgamento das ADIns 2797-DF e 2860-DF), o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, pronunciou-se na mesma direção para a qual aqui se caminha. Nesta ocasião, restou consignado, em acórdão também relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, que a Lei 10.628/02 “*não restabeleceu o critério da Súmula 394, segundo o qual o simples fato de o crime ter sido praticado ao tempo em que o indiciado ou denunciado exerciam o cargo ou o mandato determinava, para a sua persecução, a correspondente competência originária por prerrogativa de função. No diploma invocado – mais restrito que a fórmula intermediária por mim proposta quando o Tribunal cancelou a Súmula 394 – só induz à prorrogação da prerrogativa de foro se o crime atribuído ao ex-dignitário for relativo a ato administrativo por ele praticado no exercício da função. Desse modo, sequer, por exemplo, o crime praticado no*

¹⁰ O Min. Sepúlveda Pertence reconheceu essa circunstância em seu voto: “*Aliás, no Inq 687 - assim como nos demais inquéritos e ações penais, conjuntamente apreciados -, quando se decidiu pelo cancelamento, sem ressalvas, da Súm. 394, cuidava-se unicamente de procedimentos criminais contra congressistas (...)*”.

¹¹ Em sentido análogo, Fernando TOURINHO FILHO anota que o § 1º do art. 84 do CPP apenas “*tentou vivificar a Súm. 394 do STF, porquanto sua restauração se deu parcialmente. Ali se diz persistir o foro da prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, quanto ‘aos atos administrativos do agente’... E quanto às condutas que não decorram de atos administrativos? Um homicídio, um estelionato, um atentado violento ao pudor, uma calúnia, uma injúria, enfim, uma conduta despregada da função administrativa?*” (in “Da competência pela prerrogativa de função”, RT 809/400).

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

exercício de funções legislativas de mandato parlamentar é alcançado pelo dispositivo”¹².

Seguindo esta linha de raciocínio, resta demonstrada a improcedência do primeiro argumento que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. Se o STF houvesse dado por bem declarar a *constitucionalidade* do referido dispositivo, não estaria, em absoluto, agindo em contradição com o que decidira no julgamento do Inquérito 687-SP QO, quando cancelara a Súmula 394, ou – o que é o mesmo – não estaria reconsiderando a questão; estaria, isto sim, decidindo sobre coisa diversa. Sob outro ângulo: o Poder Legislativo, ao editar a Lei 10.682/02, não procurou “afrontar à exegese da norma constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal”, mas apenas dispôs sobre uma questão até então não-decida pela Corte Constitucional brasileira.

3.1.5. A interpretação autêntica da Constituição por meio da elaboração de legislação ordinária.

Cumpra, todavia, ir ainda mais além. Admita-se que, ao introduzir o 1º do art. 84 do CPP, o Poder Legislativo, tenha, de fato, procurado reverter a decisão estabelecida pelo STF na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP. Neste caso, restará verificar se, nas palavras do eminente Relator, “*lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República*”.

Antes de prosseguir, torne-se o posicionamento dos autores destas linhas tão claro quanto possível. Reitere-se que o entendimento aqui defendido é o de que a lei n. 10.682/02 não contrariou entendimento consagrado pela Suprema Corte. Só isto já é bastante para afastar a tese da inconstitucionalidade do 1º do art. 84 do CPP por suposta tentativa de reaver entendimento jurisprudencial superado. De todo modo, parece-nos que, ainda que esta contrariedade de fato existisse, não se verificaria, aí, nenhuma inconstitucionalidade *autônoma*, independente da verificação de uma eventual violação constitucional material. É dizer: para a decretação da inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, não é suficiente que a Corte Suprema faça referência a jurisprudência anterior sua, por ele contrariada, dando-se por encerrada a questão. Não há inconstitucionalidade pelo mero fato de o legislador interpretar autonomamente a Constituição de modo diverso do que fez o STF – ela haverá apenas quando a lei editada for, após sua análise, entendida como *materialmente* contrária ao texto constitucional.

¹² O aludido acórdão recebeu a seguinte ementa: “*EMENTA: Supremo Tribunal Federal: competência penal originária por prerrogativa de função após a cessação da investidura: L. 10628/02. 1. O art. 84, § 1º. C.Pr.Pen, introduzido pela L. 10628/02 não restabeleceu integralmente a cancelada Súm. 394: segundo o novo dispositivo a competência especial por prerrogativa de função só se estende após cessada a investidura determinante se a imputação for relativa a ‘atos administrativos do agente’.* 2. *Por isso, independentemente do juízo sobre a constitucionalidade ou não da lei nova – objeto da ADIn 2797 –, não compete ao STF a supervisão judicial de inquérito em que indiciado ex-Deputado Federal por suspeita de participação de desvio de subsídios da União a entidade privada de assistência social, cuja direção integrava*”.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

Foi exatamente este o raciocínio construído pelo Min. Eros Grau. Em seu voto, que iniciou a divergência no julgamento em análise, reconheceu que “o *acréscimo do § 1º ao artigo 84 do Código Processo Penal pela Lei n. 10.628/02 reavivou o texto da antiga Súmula 394 desta Corte, anteriormente cancelada em sede de Questão de Ordem levantada no Inquérito n. 687-4, decidida pelo Plenário em 25.08.99*”; não obstante, entendeu que “o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei¹³, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional”.¹⁴

De acordo com o divergente entendimento do Min. Pertence, qualquer lei ordinária que pretenda impor determinada interpretação da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional; quando, além disso, o mesmo diploma legislativo procura contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal, surge também a inconstitucionalidade material: “*admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.*”.

Parece-nos acertado o posicionamento do Min. Eros Grau por não haver, no sistema constitucional de 1988, vedação a estabelecimento, pelo Legislador ordinário, de nova interpretação à Constituição. Em suas palavras: “*sendo o legislador também intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso,*

¹³ Note-se que o Ministro Eros Grau ressalva da possibilidade de o Legislativo “discordar” do Judiciário a hipótese em que este último Poder já haja se pronunciado sobre a constitucionalidade de determinada lei. É dizer: uma lei julgada inconstitucional, obviamente, não pode ser reeditada.

¹⁴ O Procurador Geral da República, em seu parecer, fez referência aos embates entre os Poderes sobre o significado e o alcance das disposições constitucionais na experiência norte-americana: “*É verdade que, como acentua o ilustre constitucionalista de Harvard Professor Laurence Tribe, podem existir “competing interpretations” da Constituição pelos três Poderes. Nas suas próprias palavras: “And it is clear that, despite the growth of federal judicial power, the Constitution remains in significant degree a democratic document – not only written, ratified and amended through essentially democratic processes but indeed open at any given time to competing interpretations limited only by the values which inform the Constitution’s provisions themselves, and by the complex political processes that the Constitution creates – processes which on various occasions give the Supreme Court, Congress, the President, or the states, the last word in constitutional debate.” (Vide American Constitutional Law, 2nd. ed.; The Foundation Press, New York, 1988, p. 41-42). Mas é da essência do controle jurisdicional de constitucionalidade, em caso de confronto, que a última palavra sobre a Constituição (ainda mais quando se trata de definição de sua competência originária) seja da Suprema Corte, como reconhece Tribe, sendo obrigatória para os demais Poderes suas interpretações da Constituição (“The Court’s interpretations of the Constitution are binding on other government actors”) (ibid. p. 35). (Vide ainda Laurence H. TRIBE, Constitutional Choices, Harvard University Press, Cambridge and London, 1995; e On Reading the Constitution, id., 1991).*”

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição”.

Uma leitura da Constituição que vede a possibilidade de o Legislativo, em sua função legiferante, interpretar o texto constitucional, além de ser pouco plausível – já que, em maior ou menor medida, todo ato legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla – permite ao Judiciário um acúmulo de poder sem qualquer possibilidade de contestação no plano jurídico, e cria, assim, uma desigualdade entre os Poderes que fere a cláusula pétrea constante do art. 2º da CF.

A fim de evitar esse efeito perverso e juridicamente irreversível, uma leitura constitucional desse jaez há de ser afastada, em prol de outra que permita ao Legislativo atuar como intérprete constitucional, mas que, ao mesmo tempo, conceda ao STF a última palavra sobre o sentido das disposições da Constituição. Há de ser afastada, dessa forma, a pecha de inconstitucionalidade formal imputada à Lei 10.628/02, visto possuir o Legislativo a competência para, através da emanção de leis, interpretar a Constituição, embora sem o caráter de definitividade conferido à interpretação exercida pela Suprema Corte; se inconstitucionalidade houver nesse diploma legislativo, ela se refere ao seu conteúdo, i.e., tem caráter material.

Ainda que, no caso específico da ADIns 2797-DF e 2860-DF, seja razoável supor que a análise material do § 1º do art. 84 do CPP pudesse levar ao mesmo resultado do julgamento (a declaração da sua inconstitucionalidade), o que se critica é justamente o procedimento adotado pela Suprema Corte, que se limitou a fazer referência a um seu (suposto) entendimento anterior. Uma análise mais cautelosa da constitucionalidade material do dispositivo poderia fazer a Corte repensar o seu posicionamento em relação à questão, historicamente dos mais contraditórios.

3.2. O segundo argumento: a suposta violação ao princípio da isonomia.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello desenvolveu o segundo argumento fundamental para a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP. Este ministro sustentou que, ao estender a ex-ocupantes de cargos públicos a prerrogativa de foro, o dispositivo *ofendeu o princípio da isonomia*, importando injustificável tratamento desigual entre ex-ocupantes de cargos públicos e os demais cidadãos. Entendeu que a prerrogativa de foro deve ser lida da forma como posta literalmente na Constituição, é dizer, apenas para aqueles que se encontrarem no exercício da função, sendo a atualidade do exercício do mandato ou da função o fator de legitimação de tal prerrogativa.

Ainda no mesmo voto, o Min. Celso de Mello critica a vigente Constituição, que, no seu entender, *“ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na*

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática e seletiva de poder, cometeu censurável distorção na formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe (“ex parte principis”) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade”.

Ou esta crítica é improcedente ou deve ser estendida a algumas repúblicas contemporâneas, cujos ordenamentos constitucionais também estabelecem a extensão da prerrogativa de foro a que alude o § 1º do art. 84 do CPP, isto é, a ex-ocupantes de alguns cargos públicos e no que se refere aos atos funcionais que tiverem cometido. Os casos da Itália¹⁵, Espanha¹⁶ e França¹⁷ podem ser exemplificados, como apontou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto à QO do Inquérito 687-SP.

Neste ponto, as questões principais são: (i) se a manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional constituiria “privilégio pessoal” ou prerrogativa, e (ii) se ela é razoável e justificável.

No que atine à primeira questão, deve ser rememorado que a manutenção da prerrogativa de função a que se refere o dispositivo infirmado não é relativa ao julgamento de qualquer crime do ex-exercente da função pública relevante, mas apenas aos atos de improbidade administrativa, cometidos no desempenho da função e em razão dele.

É lógico, destarte, que a prerrogativa não é conferida à pessoa ex-titular do relevante cargo – porque se assim fosse abarcaria todos os crimes por ele cometidos. Como a manutenção da prerrogativa é reservada aos atos cometidos

¹⁵ No art. 96 da Constituição atual da Itália, lê-se que: “*Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale.*”.

¹⁶ “*A Constituição de 1958 (art. 68, 2) – observa o Min. Pertence – “restringiu a competência da Haute Cour de Justice (“Alta Corte de Justiça”) aos crimes funcionais dos ministros; mas que a prerrogativa se entende compreensiva dos processos contra ex-ministros, por delitos cometidos em razão da função, se extrai de que nela, há alguns anos, hajam sido julgados e condenados Abel Bonnard, ex-ministro do governo de Vichy (Em DEBBASCH e outros. Droit Constitutionell e Institutions Politiques. Economica, 1990, p. 754) e Edmond Hervé, ex-Ministro da Saúde, no caso do “sangue contaminado”.*”

¹⁷ Especial atenção deve ser dada ao caso espanhol, pois, como observou o Min. Pertence, “*a Constituição deste país, tal como a brasileira, não restringe ao delitos propter officium a competência da Sala Penal do Tribunal Supremo para os processos criminais contra Deputados e Senadores (art. 71, 3) ou contra o Presidente e os demais membros do Governo (art. 102, 2). Também como na dicção da Súmula. 394, essa prerrogativa de foro se vinha reputando extensiva a ex-ministros ou ex-membros do Parlamento, acusados por fatos ocorridos durante a investidura, independente da sua natureza. Em 1991, contudo, o Tribunal Supremo a restringiu, quando findo o mandato do acusado no curso do processo, “a los hechos que estuvieran en relación o conexión con el ejercicio de la función inherente al mandato representativo entendiendo que la protección que la inmunidad entrarta se hace a la función e no al funcionario (post officium vel in contemplatione officii)”. Observe-se que o Tribunal explicita que a perpetuação da prerrogativa para além do período de exercício da função pública configura-se em proteção ao cargo – e não à pessoa que o exerceu”.*”

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

no desempenho da função e em razão dele, é incontestável que ela guarda relação com a função – e não com a pessoa que a exerceu.

Haveria *privilégio* e não *prerrogativa* se fossem abarcadas pela extensão do foro aspectos da esfera jurídica de ex-agentes e ex-autoridades estranhos às atividades funcionais, e se não houve limitação temporal a essa extensão. Protege-se o exercente da função pública apenas indiretamente – não há outra maneira de proteger a função se não protegendo o responsável por sua condução.¹⁸

Em relação à segunda questão, não há como negar que a manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional confere ao titular do relevante cargo público protegido maior tranqüilidade para exercê-lo, sem temer as dificuldades que enfrentará após o exercício do cargo em razão de decisões tomadas neste período.

Imagine-se, v.g., a quantidade de ações por supostos atos de improbidade administrativa nas quais teria que se defender um ex-Presidente da República. E observe-se que tais ações correrão perante juízos singulares de diferentes Estados e diferentes municípios da Federação, de modo que não é difícil prever a dificuldade (quicá impossibilidade) que este ex-exercente do mais relevante cargo público nacional terá para defender-se.¹⁹ Por outro lado, é evidente que este entendimento possibilita a ação maliciosa dos inimigos políticos deste ex-exercente de função pública ou de quem teve interesses contrariados em razão de suas ações.

A manutenção do foro especial mesmo após o exercício funcional, portanto, é inegavelmente razoável e justificável. Isto porque a perpetuação da prerrogativa serve ao interesse público, na medida em que possibilita o melhor e mais tranqüilo desempenho de relevante função pública. Como assentou o Min. Pertence, “*é fugir ao senso das realidades evidentes negar que, para a tranqüilidade no exercício do cargo ou do mandato – se para essa tranqüilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro – ao seu titular mais importa tê-lo assegurado*”

¹⁸ J. A. PIMENTA BUENO recusava vislumbrar na competência por prerrogativa de função um privilégio, e dizia que ela não se estabelecia “por amor aos indivíduos”, mas em função do “caráter, cargo ou funções que eles exercem”. Cf., a respeito, Frederico MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, 2. ed., p. 206-07.

¹⁹ Indispensável mencionar que, de acordo com o entendimento fixado pela maioria dos ministros no julgamento da Reclamação n.º 2138, ex-Presidentes da República e demais ex-agentes políticos não sofrerão mais esse risco, visto que o STF estabeleceu a interpretação de que os agentes políticos, genericamente considerados, não são capazes de praticar atos de improbidade administrativa, mas sim crimes de responsabilidade, não se lhes aplicando, pois, a Lei 8.429/92. Proferiram votos nesse sentido os ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso; contra, o Min. Carlos Velloso. Embora a maioria já formada no bojo da aludida Reclamação garanta a manutenção deste entendimento, os autos encontram-se sob vistas do Min. Joaquim Barbosa, motivo pelo qual ainda não foi finalizado o seu julgamento e restou prejudicado o acesso dos autores do presente trabalho ao entendimento vitorioso já estabelecido. Este texto, portanto, não leva em consideração as razões e conseqüências deste julgado.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

para o julgamento futuro dos seus atos funcionas do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem. (...) mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro”.

Não se pode descurar que uma interpretação limitativa do instituto da prerrogativa de foro serve a criar um desestímulo àqueles que manifestem o pendor de desempenhar os altos postos da máquina estatal. Antevendo as dificuldades de se defender devidamente diante das inevitáveis ações que sofreriam após o exercício da função – ações essas que, repita-se, correriam perante juízos singulares de diferentes Estados e diferentes municípios da Federação –, tais sujeitos decerto receariam a carreira pública.

A inevitabilidade do aforamento de ações de improbidade contra ex-agentes é justificada pelo necessário descontentamento provocado por suas ações governamentais em algum setor da sociedade civil. Não se sabe de Governo algum que tenha agradado a todos os setores sociais e ideologias, que tenha conquistado a unanimidade. Não se deve, ademais, admitir que o mero ajuizamento de ações seja bastante para comprovar a improbidade do exercício funcional, o que se faz implicitamente ao destituir os ex-agentes de instrumentos institucionais de defesa dos atos que foram por eles praticados no período do exercício funcional e apenas em razão dele. Impedir que a prerrogativa de função alcance os ex-agentes significa podar-lhes a faculdade de, quando em atividade, estabelecer políticas públicas necessárias ao atendimento de interesses públicos, mas desagradáveis a determinados atores sociais.

De outra banda, atente-se para o fato de que, em se entendendo que a prerrogativa de função só prevalece durante o exercício da função, estar-se-ia possibilitando fácil manipulação do princípio do juiz natural, conforme expõe o Ministro Sepúlveda Pertence:

“É preciso lembrar haver entre os detentores do foro por prerrogativa de função ocupantes de cargos dos quais são demissíveis ad nutum: é o caso, no plano federal, dos Ministros de Estados. Parece repugnante ao princípios, especialmente à garantia do juiz natural, que a competência originária do Supremo Tribunal para julgá-los seja precária e fique à mercê da vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que possa elidir a qualquer tempo, tanto para prejudicar quanto para favorecer o ministro processado. (...) E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela - cancelada a Súm. 394 -, bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria. Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade.”

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

O entendimento que ora se refuta permite, ainda, que o autor da ação de improbidade administrativa adie maliciosamente a sua interposição para fazê-lo apenas quando o acionado não mais exerça o cargo público e, já sem contar com a prerrogativa de foro, tenha maior dificuldade para defender-se.

Diante dessas considerações, resta evidente não ter ocorrido qualquer vilipêndio ao princípio da igualdade com a inserção do § 1º ao art. 84 do CPP. A distinção havida no dispositivo é perfeitamente justificável e deveu-se simplesmente à efetivação do princípio da isonomia: estabeleceu-se tratamento desigual a cidadãos desiguais.²⁰ O agente que teria o foro especial exerceu função pública relevante, e, destarte, em razão da magnitude do cargo e para o seu melhor desempenho, deve contar com esta proteção.²¹

3.3. O terceiro argumento: a suposta criação de novas competências originárias de tribunais

Por fim, ainda segundo a posição vencedora no julgamento sob análise, o § 1º do art. 84 do CPP afigura-se inconstitucional por criar, sem a devida autorização, competências originárias para os tribunais federais: “*Em linha de princípio*” – anota o Min. Sepúlveda Pertence – “*no plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República, salvo quando esta mesma remeta à lei sua fixação*”.²²

²⁰ Nunca é demais retornar às célebres palavras do discurso de Ruy BARBOSA: “*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade*” (in *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro, Organizações Simões, 1951, p. 31). Não se interditam, enfim, quaisquer desequiparações - a vedação alcança apenas as “nuas preferências” (naked preferences), expressão usada no direito norte-americano para fazer referências a discriminações arbitrárias ou impertinentes (Cf. Cass SUSTEIN, “Naked Preferences and the Constitution”, *Columbia Law Review*, 84 (7): 1689, 1984).

²¹ A esse respeito, lúcidas as observações de Humberto ÁVILA: “*A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. (...) Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito*” (in *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 93-94). Em direção semelhante, defende Noberto BOBBIO: “*A igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo*” (in *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 15 e 20).

²² A mesma tese foi sustentada pelo MIN. CELSO DE MELLO. Segundo ele, haveria impossibilidade jurídica de ampliação ou modificação de competência originária dos tribunais pelo Congresso Nacional através de legislação infraconstitucional. No entanto, poderia o STF estabelecer o alcance das cláusulas constitucionais sobre a sua competência originária: “*vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque inassimiláveis tais*

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

Reconhece o ministro que, em diversas ocasiões, o STF e os demais tribunais pátrios admitem “hipóteses de extração pretoriana de competências implícitas”, razão pela qual, diz ele, a característica da exaustividade do rol das competências originárias deve ser vista *cum grano salis*. A inconstitucionalidade residiria na criação, por lei, de competência originária não prevista na Constituição. Só os Tribunais, e especialmente o STF, teriam autorização constitucional para, interpretando a Constituição, fixar os contornos de suas competências originárias. Jamais o Poder Legislativo.

O que se extrai da fundamentação do voto do eminente Min. Relator é que não pode a lei ser o instrumento jurídico de reconhecimento de hipóteses de competência originária determinada pela Constituição. Em outros termos, o § 1º do art. 84 do CPP é inconstitucional porque nele o Legislativo decidiu sobre assunto que não é da sua esfera de atribuições; não *necessariamente* porque o seu conteúdo seja contrário à Constituição.

Assente-se de imediato não ter havido inconstitucionalidade por violação dos dispositivos constitucionais que prevêm a competência originária dos tribunais. Assim como o STF, o Congresso Nacional é, no sentido kelseniano, um intérprete autêntico da Constituição, e desde que se pautar por critérios nela fundamentados, pode editar leis que, ultrapassando a literalidade dos dispositivos do texto constitucional, tragam em si interpretações analógico-extensivas deste documento, mesmo em matéria de competência dos órgãos constitucionais. Negar esse poder ao Legislativo é, como salientou o Min. Eros Grau (v. item 3.1.5, supra), conceder poder incontrastável ao STF para interpretar a Constituição, o que contraria a cláusula contida no art. 2º de seu texto. O Supremo tem a última palavra, não a única. Não há, pois, como supor, na ausência de disposição constitucional em sentido contrário, que apenas a Suprema Corte tenha autorização para interpretar o esquema constitucional de distribuição de competências.²³

Assim, deve restar claro que o dispositivo sob análise não *criou* nova hipótese de competência originária dos tribunais; diferentemente, explicitou uma competência que é necessariamente densussumível a partir de uma análise sistemática da Constituição.

situações – a possibilidade de interpretação, sempre legítima, pelo Poder Judiciário, das normas constitucionais que lhe definem a competência e a impossibilidade de o Congresso Nacional, mediante legislação simplesmente ordinária, ainda que editada a pretexto de interpretar a Constituição, ampliar, restringir ou modificar a esfera de atribuições jurisdicionais originárias desta Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça Estaduais, por tratar-se de matéria de reserva absoluta de Constituição”.

²³ Curioso observar que, quando o próprio STF lê as disposições constitucionais sobre sua competência para além da literalidade do texto da CF (cf. item 3.4.2), não costuma utilizar-se do argumento de que tais disposições são de direito estrito para vedar qualquer tipo de interpretação ampliativa, ao passo que, quando é o Legislativo quem o faz, aduz a Suprema Corte o mesmo argumento para vedar qualquer tipo de ampliação operada por aquele Poder.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

3.4. Os demais argumentos que poderiam ser opostos à constitucionalidade do § 1º ao art. 84 do CPP.

Devidamente enfrentados os três argumentos suscitados no julgamento das ADIn 2797-DF e 2860-DF para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, resta examinar as razões que levaram ao cancelamento da Súmula 394. É que, ainda que não se possa aceder à idéia de que a lei n. 10.682/02 teria pretendido re-estabelecer entendimento já ultrapassado pela Corte Suprema naquela oportunidade, isto não torna irrelevantes as razões ali utilizadas. Como elas podem ser logicamente opostas também (e especificamente) aos parágrafos introduzidos pela lei n. 10.682/02 deverão ser confrontadas neste estudo, para sublinhar-lhes a improcedência.²⁴ De outro modo, restariam irrespondidas algumas teses utilizadas para defender a inconstitucionalidade desta lei.

De acordo com o que se expôs no item 3.1.2, são as seguintes as razões que levaram ao cancelamento da Súmula 394, de acordo com o voto do Ministro Relator, Sydney Sanches: (i) a prerrogativa ali prevista não possui precedentes no Direito Comparado; (ii) não possui previsão constitucional; (iii) causa sobrecarga de processos nos Tribunais; (iv) as competências constitucionais e as prerrogativas de foro deveriam ser interpretadas restritivamente.

Nenhum destes argumentos determina a inconstitucionalidade seja da lei n. 10.682/02, seja da tese inscrita na Súmula 394.

No que respeita à afirmação de que o instituto da prerrogativa de foro e a ampliação de seus efeitos a ex-exercentes de cargos ou mandatos não encontram precedente no Direito Comparado, não há necessidade de maior detença: ela é simplesmente inverídica, como ficou claro no item 3.2, em que se aludiu, exemplificativamente, a dispositivos semelhantes nos ordenamentos de França, Itália e Espanha. Vamos às demais.

3.4.1. A ausência de previsão constitucional expressa.

O fato de a CF de 1988 e as demais constituições brasileiras que conviveram com o enunciado sumular não preverem expressamente a prerrogativa de foro para ex-autoridades e ex-mandatários nunca fora um obstáculo para que a Corte Suprema concluísse, através do Min. Victor Nunes Leal, que a *“correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse rezear que, cessada a função, seria julgado não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau*

²⁴ Ainda a este respeito, é fundamental perceber que não há nenhuma contradição no procedimento aqui adotado. É evidente que o fato de alguns argumentos poderem ser logicamente (em abstrato, antes da verificação de sua procedência, portanto) opostos a duas teses não significa que estas teses sejam equivalentes. Para comprová-lo, basta imaginar a quantidade de teses díspares que podem ser enfrentadas com os argumentos da interpretação restritiva ou do sobrecarregamento processual, por exemplo.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

*de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, freqüentemente, a condição de adversário da situação dominante. É, pois, em razão do interesse público do bom exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante, que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, como prerrogativa da função mesmo depois de cessado o exercício”.*²⁵

Nessa linha de pensamento, a extensão do julgamento dos atos funcionais para período posterior ao exercício do cargo ou mandato é uma medida indispensável para o atendimento dos fins que presidiram a previsão constitucional da prerrogativa de foro: as finalidades de tranqüilidade no exercício do cargo e de um exercício funcional expedito só serão atendidas se a aludida extensão se operar. Não é necessário haver texto constitucional explícito para que se chegue à conclusão da imperatividade da extensão da prerrogativa do foro para ex-agentes. A perquirição da teleologia do instituto conduz a tal conclusão.

Parece-nos que a extensão sob comento, operada pelo acréscimo do § 1º ao artigo 84 do CPP: (i) é *adequada*, pois realiza as finalidades que inspiram o instituto da prerrogativa de foro; (ii) é *necessária*, visto que não há outros meios menos gravosos de se atingir os fins aludidos; (iii) é *proporcional em sentido estrito*, pois o grau de restrição imposto a outros fins constitucionais é justificado. A aplicação do postulado da proporcionalidade ao caso nos revela que, em valendo a regra do art. 84, § 1º, outras regras e princípios não deixaram de ser devidamente aplicados.²⁶

Nesta mesma direção são as palavras do Min. Sepúlveda Pertence, na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP: “*se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro prerrogativo de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar a efetividade às inspirações da Lei Fundamental: essa, a correta postura hermenêutica assumida por nossos antecessores nesta Casa, faz mais de meio século e meio, para consolidar o entendimento que a Súm. 394 pretendeu traduzir. Não me impressiona, data venia, que a orientação da Súm. 394 jamais tenha sido explicitada no texto das sucessivas constituições da República (...) Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súm. 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu”.*

3.4.2. A questão do necessário caráter restritivo da interpretação.

²⁵ RTJ 22/50-51.

²⁶ Sobre o postulado da proporcionalidade, consultar Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 104-119.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

Embora seja correto sustentar que as competências estabelecidas constitucionalmente devam ser interpretadas restritivamente, isso não significa haver vedação total e absoluta de soluções hermenêuticas que conduzam a uma expansão do rol de competências dos órgãos constitucionais para além da literalidade do texto da Constituição Federal.²⁷ Só se poderia supor uma vedação como esta se a própria Constituição expressamente determinasse que as competências nela previstas são taxativas e que, sob nenhuma hipótese, haveriam de ser ampliadas por via interpretativa. Não é o caso.

Não se deve esquecer que o STF, ao longo de sua história, já interpretou ampliativamente os dispositivos das diversas constituições que tratam da competência dos Tribunais, sob os quais recai igualmente a *vedação relativa* de interpretação extensiva.²⁸ No conflito de Jurisdição nº 6.113, julgado em 06/09/78, o Plenário do STF, em votação unânime, reconheceu, mesmo sem previsão expressa da CF de 1967/69 nesse sentido, competir originariamente aos Tribunais Regionais Eleitorais processar e julgar autoridades estaduais acusadas da prática de crime eleitoral, que, em crimes comuns, tenham no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função. A fundamentação da possibilidade de extensão da prerrogativa de função a casos não previstos expressamente na Constituição foi estabelecida pelo relator do feito, o Min. Moreira Alves, que asseverou:

“A competência por prerrogativa de função se situa, necessariamente, no segundo grau de jurisdição. As normas que a disciplinam não são, porém, excepcionais, em face das relativas à competência original residual dos

²⁷ No mesmo sentido do texto, cf. Sebastião B. de Barros TOJAL e Flávio C. CAETANO, “Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa”, in Cassio S. BUENO e Pedro Paulo de Rezende PORTO FILHO (coordenadores), *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*, 2. ed. (revista, atualizada e ampliada), São Paulo, Malheiros/ SBDP, 2003, pp. 395-98: “defendemos a plena possibilidade de se admitir a construção jurisprudencial por analogia como método interpretativo válido para a supressão de eventual lacuna existente na regra constitucional de fixação de competências”. Os autores pautam-se no conceito de *lacunas de regulamentação* fornecido por CANOTILHO, que se refere à incompletude de uma determinada regulamentação em conjunto da Constituição. Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 1197-98.

²⁸ Em Parecer juntado à Reclamação-STJ nº 591/98, Paulo BROSSARD aponta alguns precedentes do STF que se afastaram da interpretação literal da sua própria competência e da competência dos demais Tribunais pátrios. (*apud* Sebastião B. de Barros TOJAL e Flávio C. CAETANO, “Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa”, pp. 397-98). O Min. Eduardo Ribeiro, do STJ, em voto vencido proferido na Reclamação-STJ nº 591/98 deu um exemplo de como o STF viu-se forçado a se desvencilhar de uma interpretação estrita das competências constitucionais: “A atual Constituição determina, expressamente, que cabe aos Tribunais de Justiça o julgamento dos prefeitos. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, estabeleceu distinções. Tratando-se de crime eleitoral, será o prefeito julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral; se a acusação referir-se a crime federal, o julgamento far-se-á por Tribunal Regional Federal. Nenhuma disposição, entretanto, atribui, para isso, competência a tais corte. Vê-se que se admitiu fosse ampliado o que está explícito no texto, para fazer compreender outras hipóteses que, logicamente, tendo em vista o sistema, nele se haveriam de ter como contidas”.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

juízes de primeiro grau da mesma jurisdição, mas, simplesmente, especiais com relação a estas. Com efeito, ao contrário do direito excepcional, que retira da esfera da disciplina do direito comum um caso particular que, por si mesmo, deveria estar regido por este, e lhe dá tratamento especial para atender à natureza especial das relações e dos escopos que a tais matérias se referem. Por ser um sistema inteiro de normas particulares – o que não sucede com o direito excepcional –, o direito especial comporta a aplicação analógica, como acentua DEgni (L'Interpretazione della Legge, 2ª. Ed., nº 21, pág. 41, Napoli, 1909). Daí por que as normas sobre competência funcional – e nelas se situam as relativas à competência originária dos Tribunais (LIEBMAN, em nota à tradução brasileira das Instituições de Processo Civil de CHIOVENDA, vol. II, pág. 267) – são suscetíveis de ter suas lacunas preenchidas pela analogia ou pelos princípios gerais de direitos, como salienta FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, 2a. ed., nº 109, pág. 208), com referência às de competência por prerrogativa de função. Ora, a competência por prerrogativa de função é reconhecida em nosso sistema jurídico até por vários textos constitucionais federais, para, precipuamente, garantir a boa aplicação da justiça pela maior independência do Tribunal Superior”.

Na conclusão deste voto, o Min. Moreira Alves aduz que a via da analogia deveria ser empregada para cumprir o “dever de garantir a boa aplicação da Justiça”, de forma a estender a competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais – no tocante a crimes eleitorais – às mais altas Cortes com jurisdição eleitoral no âmbito dos Estados-membros, às autoridades estaduais que têm o Tribunal de Justiça como foro por prerrogativa de função em crimes comuns.

3.4.3. A sobrecarga de processos nos Tribunais.

Corretamente, Zacharias Toron sustenta que o argumento de que o Texto constitucional vigente não foi explícito em contemplar a prerrogativa de foro a ex-autoridades e ex-mandatários foi apenas aparentemente decisivo para o cancelamento da Súmula 394: “a partir de um horizonte puramente funcional, mas que de fato parece ter sido o decisivo, o voto-condutor do aresto em foco apresentou considerações relativas ao aumento de casos envolvendo ex-ocupantes de cargos públicos (...)”; em seguida, arremata: “a conclusão a que se chega é sombria e representa a antítese do que deve ser o funcionamento de uma Suprema Corte no Estado de Direito. É inconcebível que se altere o entendimento ligado a várias garantias constitucionais como a do juiz natural e a do devido

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

processo legal, não por conta da correta aplicação do direito, mas em razão da sobrecarga de processos”.²⁹

O STF apegou-se a tal *argumento transcendente ao ordenamento jurídico* – especulando sobre suposto efeito prático danoso (sobrecarga processual) da manutenção de um entendimento jurisprudencial que lhe conferia competência para processar e julgar originariamente ex-autoridades e ex-mandatários por crimes cometidos durante o exercício funcional – para cancelar a Súm. 394 e descurar dos argumentos institucionais (*imanescentes ao sistema jurídico*) já consolidados há décadas.³⁰

A fim de afastar corretamente esta construção jurisprudencial, que, repita-se, pauta-se por critério imanente ao sistema jurídico, seria necessário argumentar na linha da desnecessidade de extensão da prerrogativa de foro ao período posterior ao exercício do cargo ou do mandato à proteção das finalidades desse instituto – tranqüilidade, correção, sinceridade e independência moral no exercício do cargo ou mandato. No entanto, a leitura atenta dos votos e das discussões havidas na questão de ordem sob análise revelam que nada nesse sentido foi desenvolvido, de modo que o ônus argumentativo não foi superado. Parece-nos, então, que houve alteração não-fundamentada de posicionamento, quando se sabe que, em um Estado Democrático de Direito, os Tribunais – assim como os juízes singulares, que decidem monocraticamente – estão obrigados a alterá-los

²⁹ Alberto Zacharias TORON, “As ações penais e o foro por prerrogativa de função diante do novo § 1.º do art. 84 do CPP”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, ano 6, n. 12, julho-dezembro de 2003, São Paulo, p. 162.

³⁰ A classificação dos argumentos jurídicos entre institucionais (*imanescentes ao ordenamento jurídico*) e não-institucionais (*transcendentes ao ordenamento jurídico*) foi tomada de empréstimo de Humberto ÁVILA. Para o professor gaúcho, “a primeira grande divisão dos argumentos empregados na interpretação jurídica é aquela entre os argumentos institucionais e os não-institucionais. Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais — parlamentares, administrativos, judiciais —, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não-institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. (...) Como consequência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito. (...) Os argumentos transcendentes ao ordenamento jurídico passam a ser relevantes na interpretação no momento em que a linguagem e o sistema já não proporcionam uma justificação para a interpretação. Se o intérprete consegue construir um significado de acordo com argumentos lingüísticos e sistemáticos, não há razão suficiente para o recurso a outros argumentos. Não é noutro sentido que a doutrina constrói as etapas na argumentação jurídica: só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação.” (in “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2005).

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

sempre através da demonstração da incorreção da forma de decisão prévia (CF, art. 93, IX).³¹

3.5. O argumento do juiz natural

Cumpre, ainda, mencionar a opinião de Tourinho Filho a propósito dos efeitos jurídicos do cancelamento da Súm. 394, por tocar em argumento não desenvolvido na Questão de Ordem do Inquérito 687-SP: o do juiz natural. Entende aquele processualista que, em razão da cláusula do juiz natural (art. 5.º, LIII, da CF), a competência deve fixar-se *no momento do fato*, o que equivale a dizer, diante do caso sob análise que caso a infração seja cometida durante o exercício funcional, a competência do Tribunal deve continuar, mesmo após o término da investidura do agente político em seu respectivo cargo.³²

Partindo do conceito de jurisdição de René Garraud – “*a jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no instante do cometimento da infração que lhe é imputada e não no dia em que o procedimento é instaurado*” –, entende Tourinho Filho que o cancelamento da Súmula não provocou mudanças na ordem jurídica, visto que ela fora editada *ex abundantia*, apenas repetira o que na Constituição já estava posto. Dito de outro modo, ainda que súmula nunca tivesse havido, a tese nela consubstanciada deriva diretamente do princípio constitucional do juiz natural.

*“Repensando sobre o assunto, a nós nos pareceu e nos parece que o cancelamento não alterava a competência dos Tribunais. Se a Constituição, nos arts. 29, X, 96, III, 102, I, b e c, 105, I, e 108, fixou a competência especial por prerrogativa de função para as pessoas ali citadas, evidente que essa competência persistiria mesmo após a cessação do exercício funcional, desde que a infração houvesse sido cometida durante o exercício do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação da função”.*³³

³¹ A respeito, observe-se, uma vez mais, a lição de Humberto ÁVILA: “*Como os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais, o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um afastamento argumentado. Há, portanto, uma proibição (relativa) de afastamento do precedente (Abweichungsverbot) com a conseqüente obrigação de indicar os critérios que irão substituir os anteriormente aplicados (Vorlangenpflicht)*” (in *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 10).

³² Fernando TOURINHO FILHO, “Da competência pela prerrogativa de função”, RT 809/399.

³³ Fernando TOURINHO FILHO, “Da competência pela prerrogativa de função”, RT 809/398-99. Complementa em seguida: “*Mas, ainda que se diga que, cessada a função, cessaria a prerrogativa, e que a prerrogativa estava sendo respeitada em decorrência da Súmula, é de se observar então que o preceito sumular já nascera inconstitucional, posto haver criado um juiz natural ao arripio do ordenamento, e, de conseqüente, todos aqueles que foram condenados pelos Tribunais em decorrência da Súm. 394 poderão ingressar no juízo revisional, em face da manifesta nulidade: juízo incompetente.*” (ob. cit., p. 399).

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

Neste sentido (e ainda mais amplamente do que o que determinava o § 1º ao artigo 84 do CPP), qualquer que seja a infração cometida durante o exercício da função pelos que gozam de prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal tenham início após a cessação da função, a competência por prerrogativa de função deve persistir, apenas sendo necessário indagar se, quando da prática da suposta infração, o agente estava no exercício da função.³⁴

4. Conclusão: a constitucionalidade do § 1º ao art. 84 do CPP.

À vista de todo o exposto, conclui-se, *data venia* da decisão já proferida pelo STF, ser constitucional a regra veiculada pelo § 1º do art. 84 do CPP. De um lado, não se pode dizer que o aludido dispositivo representa tentativa de reavivamento do que dispunha a Súm. 394, vez que ambos possuem objetos distintos; de outro lado, mesmo que se conceda que o enunciado sumular em questão e o § 1º do art. 84 do CPP possuem conteúdo normativos idênticos, o Poder Legislativo, dentro dos limites expostos no subitem 3.1.5. deste estudo, pode discordar de determinada interpretação do STF sem incorrer em inconstitucionalidade formal, por violação de competências da Suprema Corte.

Ademais disso, aduza-se que o § 1º do art. 84 do CPP não fere o princípio da igualdade, já que fundamenta o tratamento diferenciado entre, de um lado, ex-agentes e ex-autoridades, e de outro, os demais cidadãos, ao limitar a extensão da prerrogativa de foro aos *atos funcionais* e, dessa forma, buscar garantir a incolumidade da função pública exercida por tais agentes e autoridades, não a perpetuação de um privilégio. Neste sentido, não só a medida legislativa não constitui agravo aos valores constitucionais, como é decorrência necessária deles. Em outras palavras: a regra do § 1º do art. 84 é diretamente dessumível da Constituição, não sendo necessário haver texto constitucional explícito para que se chegue à conclusão da imperatividade da extensão da prerrogativa do foro para ex-agentes, uma vez que a perquirição da teleologia do instituto conduz inexoravelmente a tal conclusão.

É por isso que não se pode concluir, tal como o fez o STF, que o § 1º do art. 84 do CPP *criou* nova hipótese de competência originária dos tribunais, o que se procurou demonstrar no item 3.3. deste trabalho. O aludido dispositivo configura apenas uma interpretação autêntica, construída pelo Legislativo, das competências originárias outorgadas aos tribunais pela Constituição. Em outras palavras, ele explicitou, e não criou competências.

Finalmente, a mesma tese da imperatividade e constitucionalidade da regra sob análise se alcança por meio do argumento do juiz natural: como a competência jurisdicional deve fixar-se *no momento do fato*, caso a infração seja cometida durante o exercício funcional, os tribunais permanecerão competentes

³⁴ Fernando TOURINHO FILHO, “Da competência pela prerrogativa de função”, RT 809/400.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

para julgar os agentes políticos após o término da investidura do agente político em seu respectivo cargo.

Sob qualquer ângulo de análise, portanto, é perfeitamente constitucional o § 1º do art. 84 do CPP.

5. Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, Trad. Zilda H. S. Silva, São Paulo, Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Tercera reimpressão, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. “Improbidade administrativa: crime de responsabilidade”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev/mar de 2003.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 3. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2003.

ÁVILA, Humberto. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2005).

_____. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro, Organizações Simões, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*, 3. ed. (ampliada), São Paulo, Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2001.

CRETELLA JR., José. *Do Impeachment no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.249/92)*, 5. ed. (atualizada e revista), São Paulo, Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. “Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação”, *RDA* 204/65 e ss

GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 2. ed. (revista e ampliada), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 2. ed.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “O Foro por prerrogativa de função e a Lei 10.628/02”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev/mar de 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. “Competência para julgar ação de improbidade administrativa”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed., 1953, vol. II.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*, São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. “Responsabilidade de Governador”, *RT* 657/250-63.

SUSTEIN, Cass. "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, 84 (7): 1689, 1984.

TEIXEIRA, Marcelo Santos. “Foro competente para o julgamento de agentes políticos por ato de improbidade administrativa”, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, vol. 21, jan./jun. 2003.

TOJAL, Sebastião B. de Barros; CAETANO, Flávio C. “Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa”, *in* Cassio S. BUENO e Pedro Paulo de Rezende PORTO FILHO (coordenadores), *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*, 2. ed. (revista, atualizada e ampliada), São Paulo, Malheiros/ SBDP, 2003.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira ; ALMEIDA, Artur Ferrari . A competência especial por prerrogativa de função para ex-agentes públicos: uma análise do julgamento das ADI 2797-DF e 2860-DF. In: Fredie Didier Jr.; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Jr.. (Org.). Constituição e Processo. Salvador: JusPodivm, 2007, v. , p. 51-78.

TORON, Alberto Zacharias. “As ações penais e o foro por prerrogativa de função diante do novo § 1.º do art. 84 do CPP”, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, ano 6, n. 12, julho-dezembro de 2003, São Paulo.

TOURINHO FILHO, Fernando. “Da competência pela prerrogativa de função”, *RT* 809/400