



Leia voto do ministro Celso de Mello sobre foro especial

08/10/2005

No julgamento que declarou a inconstitucionalidade do foro especial para ex-autoridades, o ministro Celso de Mello acompanhou o relator, ministro Sepúlveda Pertence, e votou pela não concessão do privilégio para ex-autoridades. O julgamento foi feito no último dia 15. Por sete votos a três, o Supremo Tribunal Federal revogou o artigo 1º da Lei 11.628/02.

Para o ministro Celso de Mello, o Congresso Nacional não tem legitimidade para restringir ou ampliar a competência originária do STF, do STJ, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados. “É uma indevida ingerência normativa do Congresso Nacional.” De acordo com ele, somente por emenda à Constituição se poderia modificar a competência dos tribunais.

“Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos, nada pode justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinado privilégio, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos que não mais se acham no desempenho da função pública.”

Leia a íntegra do voto

15/09/2005 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.797-2 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se de ação direta **na qual se questiona** a validade jurídico-constitucional dos **§§ 1º e 2º** que foram acrescentados **ao art. 84** do Código de Processo Penal **pela Lei nº 10.628**, de 24/12/2002. **Eis o teor** dos dispositivos **ora impugnados** na presentesede de controle normativo abstrato:



“Art. 84. (...)§ 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.”
(grifei)

A autora (CONAMP), ao questionar a legitimidade constitucional das normas objeto da presente ação direta, **assim expôs**, em seus aspectos essenciais, as razões consubstanciadoras de sua pretensão de inconstitucionalidade:

“Com esses dispositivos, o legislador ordinário arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal, além de se arvorar, desastradamente, em intérprete maior da Constituição.

Com efeito, é cediço que constitui tradição vetusta do ordenamento jurídico pátrio que a repartição da competência jurisdicional, máxime da competência originária para processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade, é fixada na Constituição da República, de forma expressa e exaustiva, vedada qualquer interpretação extensiva.

Se assim é com relação ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores, aos tribunais regionais federais e aos juízes federais, **também o é** com relação aos tribunais estaduais, cuja competência também há de ser fixada, em sede constitucional estadual, segundo expreso mandamento da Constituição Federal (...).

.....

Ora, definir é pôr limites e, se os limites da competência dos tribunais estão no texto constitucional, quer federal, quer estadual, não pode o legislador ordinário ultrapassá-los, acrescentando nova competência ao rol exaustivo posto na Constituição, como se poder constituinte fosse.



.....

Inúmeros são, também, os julgados desse colendo Supremo Tribunal Federal, relativamente à falta de sua competência originária para processo e julgamento de ação popular contra o Presidente da República, por se tratar de matéria não contemplada no exaustivo rol de competência fixado em sede constitucional.

Não pode, pois, a lei ordinária, como o Código de Processo Penal, **regular matéria** que só pode ter sede constitucional.

O que já se expôs é bastante para demonstrar a inconstitucionalidade de ambos os parágrafos, aqui questionados.

Especificamente quanto ao § 1º, ora impugnado, o legislador ordinário se arvora em intérprete do texto constitucional, no que diz respeito à própria competência dos tribunais, inclusive dessa Suprema Corte, dando-lhe interpretação divergente daquela já firmada por esse Tribunal Maior, consubstanciada no cancelamento da Súmula 394, que tinha o seguinte enunciado:

‘Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.’

Ora, se o intérprete maior da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, já decidiu, há quase um lustro, que o texto constitucional não contempla a hipótese de prorrogação do foro por prerrogativa de função, quando cessado o exercício desta, não pode o legislador ordinário editar norma de natureza constitucional, como se esta tivesse o condão de compelir a Suprema Corte a voltar à interpretação, já abandonada, de uma norma da Constituição.

Já quanto ao § 2º, o legislador ordinário, a par de travestir-se em poder constituinte e, também em intérprete da Constituição, tal como quanto ao § 1º, pretende revelar, ainda, poderes premonitórios ou servir-se do seu mister legislativo como forma de pressão sobre esse Supremo Tribunal Federal, pois o tema nele posto constitui questão que é objeto de julgamento em curso.

*Assim, ambos os parágrafos ora impugnados **ofendem não apenas** o artigo 102, I; 105, I; 108, I e 125, § 1º, da Constituição Federal, **mas também** a independência e a harmonia dos poderes do Estado, cravado no artigo 2º da mesma Constituição Republicana.” (grifei)*

Vê-se, pois, que a controvérsia jurídica ora em exame, **analisada** em seus aspectos essenciais, **põe em evidência** um ponto que se revela **impregnado** de inquestionável relevo, **consistente no reconhecimento da possibilidade**, ou não, de o Congresso Nacional, **mediante** legislação comum, **alterar, reduzir ou ampliar** – como na espécie – a competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais **e** dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Ou, em outras palavras, **considerado** o contexto ora em exame, **cabe** formular a seguinte indagação: **pode**, o Congresso Nacional, **no exercício** de sua competência legislativa comum, **mediante** simples lei ordinária, **modificar**, sob qualquer aspecto, **o rol de atribuições jurisdicionais originárias** das Cortes acima referidas, **para**, nesse complexo de poderes, introduzir **novas** competências, **sem incidir**, com tais alterações, em violação ao texto constitucional?

Tenho para mim, Senhora Presidente, **que o Congresso Nacional não dispõe desse poder**, tal como pude assinalar, nesta Suprema Corte, **em despacho** cujo teor está assim ementado:

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92). AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU QUE É DEPUTADO FEDERAL. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE SUA PRERROGATIVA DE FORO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MESMO TRATANDO-SE DE PROCESSO DE NATUREZA CIVIL. POSTULAÇÃO QUE BUSCA SUPORTE JURÍDICO NA LEI Nº 10.628/2002. IMPOSSIBILIDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, MEDIANTE SIMPLES LEI ORDINÁRIA, REDUZIR, AMPLIAR OU MODIFICAR A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTANGIBILIDADE DESSE COMPLEXO DE ATRIBUIÇÕES JURISDICIONAIS MEDIANTE ATIVIDADE LEGISLATIVA ORDINÁRIA, EIS QUE AS HIPÓTESES DEFINIDORAS DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA SUPREMA CORTE RESULTAM DE MATRIZ CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO QUE TEM APOIO EM ANTIGO PRECEDENTE FIRMADO POR ESTA SUPREMA CORTE (1895).

A **QUESTÃO** DA PRERROGATIVA DE FORO ‘RATIONE MUNERIS’. O SIGNIFICADO **REPUBLICANO** DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS: UM VALOR **NECESSÁRIO** À CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE. **RELEVÂNCIA HERMENÊUTICA** DA IDÉIA REPUBLICANA. **DOCTRINA JURISPRUDÊNCIA. A QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE** DA LEI Nº 10.628/2002. **IMPOSSIBILIDADE** DE RECONHECIMENTO DESSE VÍCIO JURÍDICO, **POR DECISÃO MONOCRÁTICA** DO RELATOR, **NO ÂMBITO** DOS TRIBUNAIS.

NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO CASO, DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97). PRÉVIA AUDIÊNCIA, PARA ESSE EFEITO, DO SENHOR PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

(Pet 3.270/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” **Informativo/STF** nº 370/2004)

É por tal razão que entendo revelar-se **desvestida** de legitimidade jurídico-constitucional a Lei nº 10.628/2002, **especialmente** se esse diploma legislativo for analisado **na perspectiva** das atribuições jurisdicionais **que a própria** Constituição da República **deferiu** a esta Suprema Corte, **considerando-se**, para esse efeito, de um lado, **razões de ordem doutrinária** (ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada**”, p. 2.681/2.683, item n. 17.3, 2ª ed., 2003, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “**Ação Popular**”, p. 120/130, 1994, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, “**O Inquérito Civil**”, p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, “**Probidade Administrativa**”, p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros; WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, “**Probidade Administrativa**”, p. 318/321, item n. 71, 2001, Saraiva; MARINO PAZZAGLINI FILHO, “**Lei de Improbidade Administrativa Comentada**”, p. 173/175, item n. 3.5, 2002, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, p. 558, item n. 7, 23ª ed., 2004, Malheiros; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, Vol. 2, p. 117, 1992, Saraiva; SÉRGIO MONTEIRO MEDEIROS, “**Lei de Improbidade Administrativa**”, p. 176/177, 1ª ed., 2003, Juarez de Oliveira; FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA, “**Foro Privilegiado para Julgamento de Atos de Improbidade Administrativa, Seu Casuísmo e Atecnias Flagrantes**”, “in” *Jornal Trabalhista*, JTb Consulex, p. 11/12, XX/963, v.g.), **e tendo em vista**, de outro, que a competência do Supremo Tribunal Federal – **precisamente** por revestir-se de extração constitucional (**à semelhança do que sucede** com a competência do Superior Tribunal de Justiça **e** dos Tribunais Regionais Federais) – **submete-se**, por isso mesmo, **a regime de direito estrito** (RTJ 43/129 – RTJ 44/563 – RTJ 50/72 – RTJ 53/766 – RTJ 94/471 – RTJ 121/17 – RTJ 141/344 – RTJ 159/28 – RTJ 171/101-102, v.g.), **não podendo**, desse modo, **ser ampliada nem restringida** por legislação **meramente** comum (ordinária **ou** complementar), **sob pena de frontal desrespeito** ao texto da Lei Fundamental da República.

Veja-se, portanto, **que a impossibilidade jurídica** de ampliar-se **ou** de modificar-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal **incide**, diretamente, **sobre** o Congresso Nacional, **quando** no exercício de suas funções legislativas ordinárias, **pois** – insista-se – **é de direito estrito** a definição **constitucional** das hipóteses **que se referem** às atribuições jurisdicionais originárias desta Corte Suprema.

A razão de ser **que justifica** esse entendimento **apóia-se** em um dado de extremo relevo, **fundado** na necessidade de se estabelecer, **em torno** desse complexo de atribuições jurisdicionais originárias do Supremo Tribunal Federal, um círculo de proteção **que impeça indevida** ingerência normativa, em sede

meramente legislativa, do Congresso Nacional, de cujas funções ordinárias **excluiu-se** a possibilidade de **validamente** interferir, **mediante** legislação comum, **na esfera de competência originária** desta Suprema Corte.

Diversa, no entanto, **bem diversa, é a possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sua condição de intérprete final da Constituição, **proceder à construção exegética** do alcance **e** do significado das cláusulas constitucionais que definem a própria competência originária desta Corte.

Impende considerar, no ponto, **em ordem a legitimar** esse entendimento, a **formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos**, cuja doutrina, **construída** pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), **ênfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização **dos fins** que lhe foram atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o **autorizado** magistério de MARCELO CAETANO (“**Direito Constitucional**”, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cuja observação**, no tema, **referindo-se** aos processos **de hermenêutica** constitucional – **e não** aos processos de elaboração legislativa – **assinala** que, “*Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos*” (grifei).

Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional – **consoante** adverte CASTRO NUNES (“**Teoria e Prática do Poder Judiciário**”, p. 641/650, 1943, Forense) – **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, **mediante interpretação judicial** (e não legislativa), **conferir eficácia real** ao conteúdo **e** ao exercício de dada competência constitucional, **consideradas** as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais **e** dos Tribunais de Justiça, **tais como expressamente relacionadas** no texto **da própria** Constituição da República.

Não constitui demasia lembrar, neste ponto, Senhora Presidente, **a lição definitiva** de RUI BARBOSA (“**Comentários à Constituição Federal Brasileira**”, vol. I/203-225, **coligidos e ordenados** por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja **precisa** abordagem **da teoria dos poderes implícitos** – **após referir** as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO – **assinala**:

*“Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, **não só para o nosso regime**, mas para todos os regimes. **Essa verdade** fundada pelo bom senso **é a de que – em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios**; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, **implicitamente** lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...)*

.....

*Quer dizer (princípio indiscutível) que, **uma vez conferida** uma atribuição, **nela se consideram envolvidos todos os meios necessários** para a sua execução regular.*

***Este**, o princípio; **esta**, a regra.*

.....

***Trata-se**, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte – **o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios** (...).*

.....

***A questão**, portanto, **é saber da legitimidade** quanto ao fim que se tem em mira. **Verificada** a legitimidade deste fim, **todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios** que a ele forem claramente adaptáveis, **todos os meios** que não forem proibidos pela Constituição, **implicitamente se têm concedido** ao uso da autoridade **a quem se conferiu** o poder.” (grifei)*

***Essa percepção do tema**, no entanto, **porque** peculiar ao processo de interpretação constitucional, **notadamente** aquela dada pelo Poder Judiciário, **não legitima** a possibilidade de o Congresso Nacional, **mediante** utilização da teoria dos poderes implícitos ou decorrentes, **formular**, no plano de suas funções, leis ordinárias interpretativas **da própria** Constituição da República.*

Vê-se, portanto, que são inconfundíveis – porque **inassimiláveis** tais 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 posta sob reserva absoluta de Constituição**.

Vale ter presente, no ponto, ante sua **inquestionável pertinência**, a precisa lição de ROGÉRIO PACHECO ALVES (*“Improbidade Administrativa”*, p. 734/735, Capítulo II, item n. 7.1.2, 2ª ed., 2004, Lumen Juris), **em magistério** no qual põe em destaque as claras limitações constitucionais **que incidem e restringem** a função legislativa **ordinária** do Congresso Nacional:

*“Cumpre asseverar, de pronto, a evidente inconstitucionalidade das inovações introduzidas pela Lei nº 10.628/2002 uma vez que não é possível estender as hipóteses de competência originária **ratione personae** do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, previstas taxativamente na Constituição Federal (arts. 102, 105 e 108), através de lei ordinária. Nessa linha, é importante perceber que **sempre** que a Constituição Federal desejou cometer ao legislador ordinário a disciplina do tema fez-se expressa referência neste sentido, bastando verificar, por exemplo, o que estabelecem os seus arts. 111, § 3º, 121 e 124, parágrafo único, relativamente à competência das Justças do Trabalho, Eleitoral e Militar. Em resumo, **somente por intermédio de emenda ao texto constitucional** tornar-se-á possível o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em moldes diversos dos atuais, havendo caudalosa jurisprudência do STF no sentido de seu caráter de direito estrito (previsão **numerus clausus**).”*

Relativamente aos Tribunais de Justiça, também é vedado à lei ordinária federal ampliar sua competência originária, sendo **o § 1º** do art. 125 da Constituição Federal bastante claro **ao estabelecer** que ‘A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça’, o que decorre da própria conformação federativa.” (grifei)

Cabe referir, também, quanto ao tema ora em análise, o autorizado magistério doutrinário de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO (*“O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02”*, *“in”* Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, p. 438/461, **442**, item n. 3, 2ª ed., 2003, Malheiros):

“A **competência** do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais foi estabelecida, **taxativa e restritivamente, pela Constituição Federal. Não há como, sem contrariar** os arts. 102, 105 e 108, **entender** que a lei federal **possa** definir competência para aqueles Tribunais **ou** ampliá-las **para além dos limites já traçados** pelo legislador constituinte. **Mudar competência** destes Tribunais **é objeto de Emenda Constitucional. Nunca de lei ordinária federal.**” (grifei) Essa **mesma** abordagem da matéria é exposta pelo eminente Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em obra doutrinária (“**Jurisdição e Competência**”, p. 63, item n. 46, 13ª ed., 2004, Saraiva) da qual

extraio a seguinte e expressiva passagem:

“A competência fixada na Constituição **apresenta-se exaustiva e taxativa**: dispositivo **algum** de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), **poderá reduzir ou ampliar** tal competência.” (grifei)

O ilustre Professor FÁBIO KONDER COMPARATO (“**Competência do Juízo de 1º Grau**”, “in” “**Improbidade Administrativa - 10 Anos da Lei n. 8.429/92**”, p. 119/129, **124**, 2002, Del Rey – ANPR), por sua vez, **também conclui**, acertadamente, **pela impossibilidade** de o legislador comum criar **novas** hipóteses de prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, **asseverando**, para tanto, **que**, “no regime constitucional brasileiro em vigor, seguindo a linha diretriz de **todas** as nossas Constituições republicanas, mas diversamente do que dispunha a Carta Imperial, **o sistema é de reserva exclusivamente constitucional** para a criação de privilégios de foro. (...). O legislador **não tem competência** para tanto” (grifei).

Esse mesmo **correto** entendimento – que **não** reconhece, **ao legislador ordinário**, a possibilidade de outorgar prerrogativa de foro, “*ratione muneris*”, a **determinados** réus, **nas ações civis** por improbidade administrativa – **tem sido prestigiado** pela jurisprudência dos Tribunais em geral, **como o evidenciam**, dentre outras, as seguintes decisões:

“**COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação de improbidade administrativa. Conselheiro do Tribunal de Contas. Não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça** processar e julgar **ação de improbidade administrativa** fundada na Lei 8429/92, **ainda** que o réu tenha privilégio de foro para as ações penais.

Nos termos do art. 105, I, a, da Constituição da República, **a competência originária** deste Tribunal é para a ação penal, **o que não se confunde** com a ação judicial para apuração de ato de improbidade

administrativa, de natureza administrativa. **Nesse contexto**, também não é do STJ a competência para decidir medida cautelar preparatória daquela ação.

Improcedência da reclamação."

(**Reclamação 780/AP**, Rel. p/ o acórdão Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, **Corte Especial do E. STJ – grifei**)

"Ação penal promovida **contra ex-delegado geral** da polícia civil do Estado. **Competência por prerrogativa de função** estabelecida pelo art. 74, II, da Constituição Estadual, **atribuindo** ao Tribunal de Justiça a competência para o julgamento nas infrações penais comuns **e** nos crimes de responsabilidade imputados ao delegado geral da polícia civil. **Cessaçã do exercício** do cargo de delegado geral da polícia civil. **Não prevalecimento** da competência por prerrogativa de função. **Revogaçã**, pelo Excelso Pretório, **da Súmula 394**. Entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal de que a edição da lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, **não importou** na repristinação da Súmula 394. (**Inq. (QO) 718-SP**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23.4.2003). **Delegado Geral da Polícia Civil, que deixa a função, não é mais delegado geral**, mas delegado em favor de quem a Constituição Estadual **não estabeleceu** foro por prerrogativa de função. A **competência** por prerrogativa de função **só pode ser estabelecida por norma constitucional**. (...). **A competência originária do Tribunal de Justiça é estabelecida pela Constituição Estadual**, na forma do art. 125, § 1º da Constituição Federal, **e a competência originária** dos Tribunais Federais foi estabelecida **pela Constituição Federal**. A **modificação** de norma constitucional **só pode ser feita** pelo legislador constitucional **e não** pelo legislador ordinário. **A interpretação** das normas constitucionais e legais **a respeito** da competência **compete** aos juízes e Tribunais, **e não ao legislador ordinário**. (...)."

(**JTJ/SP, Lex, vol. 274/562-563**, Rel. Des. PAULO SHINTATE – **grifei**)

Cabe advertir, de outro lado, que a competência originária **dos Tribunais estaduais** "será definida na Constituição do Estado" (**CF**, art. 125, § 1º) **e regulada**, no ponto, **por lei estadual** de organização judiciária, de iniciativa do Tribunal de Justiça local.

As únicas exceções à cláusula inscrita **no art. 125, § 1º**, da Constituição Federal **acham-se descritas** no próprio texto da Lei Fundamental da República, **no ponto** em que esta **fixa**, diretamente, em "*numerus clausus*", **hipóteses** de competência originária das Cortes judiciárias locais: **(a) para o julgamento** de ações penais originárias promovidas **contra** Prefeitos Municipais (**CF**, art. 29, X) **e contra**

Juízes estaduais e membros do Ministério Público local, **ressalvada**, quanto a estes últimos, a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 96, III) e (b) **para o exame da ação direta interventiva** ajuizada com a finalidade de viabilizar a intervenção do Estado-membro no Município (CF, art. 35, IV).

O fato, Senhora Presidente, **é que a competência dos Tribunais de Justiça** locais, **notadamente** aquela de caráter originário, **é regida** por normas fundadas na Constituição da República, na Carta Política **dos próprios** Estados-membros e nas leis **estaduais** de organização judiciária.

É por essa razão, como salientam os autores (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “*op. cit.*”, p. 444, item n. 3, v.g.) – que o próprio Código de Processo Civil **não define** as causas sujeitas à competência originária dos Tribunais estaduais (art. 93), **precisamente por respeitar**, no tema, **a cláusula de reserva de Constituição**, que exclui, da esfera do legislador comum da União, a definição das matérias que podem ser incluídas no âmbito das atribuições jurisdicionais originárias dessas mesmas Cortes judiciárias estaduais.

Não se pode desconsiderar que a Constituição Federal, **no art. 125, § 1º**, expressamente outorgou, **ao Estado-membro**, a possibilidade de definir, **no texto de sua própria Constituição**, a competência do Tribunal de Justiça local.

Não cabe, desse modo, ao legislador comum **da União**, tal como este o fez, **impropriamente**, ao editar a Lei nº 10.628/2002, modificar, ampliar **ou** reduzir o rol de competências originárias das Cortes judiciárias **locais**, pois essa tarefa **foi explicitamente deferida**, com exclusividade, pelo legislador constituinte, **aos próprios Estados-membros**.

Cabe ter presente, neste ponto, o autorizado magistério de UADI LAMMÊGO BULOS (“**Constituição Federal Anotada**”, p. 1.074, 5ª ed., 2003, Saraiva), **para quem “Cabe à Constituição do Estado regular a competência dos Tribunais de Justiça (...)”, sem prejuízo da regulação, por legislação estadual**, dos demais temas pertinentes à organização judiciária local.

Impende referir, de outro lado, a **precisa** lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, p. 34, 2ª ed., 1999, Saraiva), **segundo a qual “Quer a Constituição que a competência dos tribunais estaduais seja fixada pela respectiva Carta Magna, e, assim, não fique a mercê da legislação ordinária. O fito dessa norma é dar maior estabilidade a essas regras”** (grifei).

Cumpre assinalar, ainda, por necessário, **na linha** desse entendimento, que a **jurisprudência** desta Suprema Corte (**RTJ 140/26**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 175/548**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **com fundamento** no art. 125, § 1º, da Constituição Federal, **tem enfatizado caber, às próprias Constituições Estaduais**, a fixação da competência originária das Cortes judiciárias locais:

“Justiça dos Estados: competência originária dos tribunais locais: matéria reservada às Constituições estaduais.

1. A demarcação da competência dos tribunais de cada Estado é uma raríssima hipótese de reserva explícita de determinada matéria à Constituição do Estado-membro, por força do art. 125, § 1º, da Lei Fundamental da República; o âmbito material dessa área reservada às constituições estaduais não se restringe à distribuição entre os tribunais estaduais da competência que lhes atribua a lei processual privativa da União; estende-se – quando a não tenha predeterminado a Constituição Federal – ao estabelecimento de competências originárias **ratione muneris**, assim, as relativas ao mandado de segurança segundo a hierarquia da autoridade coatora.

2. Não confiada pela Constituição respectiva a um dos tribunais estaduais, a competência originária para certo tipo de processo, há de seguir-se a regra geral de sua atribuição ao juízo de primeiro grau, que não pode ser elidida por norma regimental.”

(**RTJ 185/711**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **grifei**)

Cabe acentuar, por pertinente, **que a discussão** em torno da validade constitucional da Lei nº 10.628/2002 – **consideradas as premissas** em que esse debate se trava, **versando a possibilidade**, ou não, **de a lei ordinária ampliar a competência originária** do Supremo Tribunal Federal (**e** de outras Cortes judiciárias cujas atribuições **também** se achem **unicamente** definidas em sede constitucional) – **confere impressionante atualidade ao precedente histórico** que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **firmou** no caso “*Marbury v. Madison*”, em 1803, **quando** aquela Alta Corte **enfaticamente assinalou** que o delineamento constitucional de suas atribuições originárias **foi concebido** pelos “*Founding Fathers*” com o claro propósito **de inibir** a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, **impedindo-o de proceder**, em sede de legislação **meramente ordinária**, **a indevidas ampliações** da competência daquele Tribunal, **fazendo**, do rígido círculo traçado **pelo Artigo III** da Constituição americana, **um instrumento de proteção** do órgão de cúpula do Poder Judiciário, **em face** do Poder Legislativo **daquela** República.

Vale mencionar, neste ponto, a **observação** feita por BERNARD SCHWARTZ (“**A Commentary on the Constitution of the United States**”, Part I, p. 367, n. 143, 2ª ed., 1963, The Macmillan Company, New York), a **propósito** do alto significado político-jurídico **de que se revestiu** a decisão proferida em “*Marbury v. Madison*”:

*“Even more important, as a consequence of the original jurisdiction of the highest Court **being derived** from the basic document itself, **is the placing** of such jurisdiction **beyond** Congressional control. **This has been settled** ever since **Marbury v. Madison**. The statute held unconstitutional there was one which was construed as vesting the Supreme Court with the original jurisdiction to issue writs of mandamus. Chief Justice Marshall rejected the contention that, since the organic clause assigning original jurisdiction to the high bench contained no express negative or restrictive words, the power remained in the legislature to assign original jurisdiction in that Court in cases other than those specified. On the contrary, said Marshall, a negative or exclusive sense must be given to the cases of original jurisdiction spelled out in Article III.*

.....

*The statute at issue in **Marbury v. Madison**, was ruled invalid **because it sought to give** the Supreme Court **original jurisdiction** in a case **not specified** by Article III. Under **Marbury v. Madison**, then, the Congress **may not enlarge the original jurisdiction** of the high bench. **But the reasoning** of that great case **applies with equal force** to legislative attempts **to restrict** the Supreme Court’s original jurisdiction. **The constitutional definition** of such jurisdiction **deprives** Congress of **any** power to define it. **The legislative department may neither extend nor limit the terms of the organic grant.**” (grifei)*

É importante rememorar, neste ponto, **que o Supremo Tribunal Federal**, há 110 anos, em decisão **proferida** em 17 de agosto **de 1895** (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSÉ HYGINO), **já advertia**, no final do século 19, **não ser lícito** ao Congresso Nacional, **mediante** atividade legislativa comum, **ampliar, suprimir ou reduzir** a esfera de competência da Corte Suprema, **pelo fato** de tal complexo de atribuições jurisdicionais **derivar**, de modo imediato, **do próprio texto constitucional, proclamando**, então, naquele julgamento, a **impossibilidade** de tais modificações por via **meramente** legislativa, **“por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)”** (“*Jurisprudência/STF*”, p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional – grifei).

Em suma, Senhora Presidente, o Congresso Nacional **não pode** – simplesmente porque **não dispõe, constitucionalmente**, dessa prerrogativa – ampliar (**tanto quanto** reduzir **ou** modificar), **mediante**

legislação comum, **a esfera de competência originária** do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais **e** dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Nem se diga, de outro lado, que o Congresso Nacional, **revivendo** uma prática **que pertenceu** ao Poder Legislativo **sob** a Carta Política do Império do Brasil (**art. 15, incisos VIII e IX**), **poderia**, hoje, **anacronicamente**, mediante atividade legislativa, **interpretar** a Constituição, **tal como sucedeu**, p. ex., **já no final** do período regencial, com a Lei nº 105, de 12/05/1840 (**a denominada** Lei de Interpretação), **que fixou** a exegese **de determinados** preceitos da Constituição imperial, **consubstanciados** no Ato Adicional de 1834.

Menos viável, ainda, revelar-se-á tal possibilidade, **se se considerar** que a interpretação **consustanciada** na Lei nº 10.628/2002 **afeta exegese** que o Supremo Tribunal Federal, **em sua condição institucional** de guardião da Lei Fundamental, **deu ao próprio texto** da Carta Política.

A esse respeito, cabe rememorar **as procedentes razões** que foram expostas no douto voto do eminente Relator:

“46. A indagação que assim logo se põe é saber *se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República.*

47. A resposta é negativa.

.....

50. O ponto está em que *às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição.*

.....

57. De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente

inconstitucional.

58. Tanto pior se, de sobra, **contraria a jurisprudência** do Supremo Tribunal: aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte.

.....

62. Coisa diversa, convém repisar, **é a lei pretender impor**, como seu objeto imediato, **uma interpretação da Constituição**: aí, a questão é de inconstitucionalidade **formal**, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior.

63. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, **a lei interpretativa** da Constituição **acresça o de opor-se** ao entendimento da jurisdição constitucional, **às razões dogmáticas** acentuadas **se impõem** ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.

.....

65. Quando, ao contrário, **a lei ordinária** (ou o ato de governo) é que pretendam inverter a leitura da Constituição pelo órgão da jurisdição constitucional, **não pode demitir-se este** do seu poder-dever **de opor** o seu veto à usurpação do seu papel.

.....

67. 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.

68. Tenho, pois, por inconstitucional o § 1º do art. 84 CPrPenal, acrescido pela lei questionada."

(grifei)

Daí a correta lição expendida pelo ilustre magistrado ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE ("Revista de Direito Renovar", vol. 24/78-79, set/dez 02), **que também recusa**, ao Poder Legislativo, a possibilidade de, **mediante** verdadeira "*sentença legislativa*", **explicitar**, em texto de lei ordinária, **o significado da Constituição**.

Diz esse ilustre autor:

"Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada 'interpretação da Constituição conforme as leis', mencionada por Canotilho como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de 'mão trocada' se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos.

O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma 'legalidade da Constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis'.

Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exercia uma preferência como concretizador da Constituição. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação 'correta' do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto

constitucional, **razão pela qual** deve ser reconhecida como inconstitucional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este.”

(grifei)

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**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 179/912-913), **ocasião** em que esta Corte, **fundada** no princípio republicano, **corretamente** assinalou que “as prerrogativas de foro, **pelo privilégio**, que, de certa forma, conferem, **não devem ser interpretadas ampliativamente**, numa Constituição **que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns**, como o são, também, **os ex-exercentes** de tais cargos ou mandatos” (grifei).

Entendo, Senhora Presidente, **que o § 1º** do art. 84 do CPP, **introduzido** pela Lei nº 10.628/2002, **ao ampliar**, indevidamente, a esfera de competência **originária** do Supremo Tribunal Federal (**e** de outras Cortes judiciais), **também** incide **em outra grave** violação constitucional, **além** daquela referida no início **deste** voto, pois o diploma legislativo em causa – ao estender, **a ex-ocupantes** de cargos públicos, a prerrogativa de foro – **ofende o princípio republicano**, que traduz postulado essencial de nossa organização político- -constitucional.

A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, **analisada** na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, **demonstra** que as **sucessivas** Constituições de nosso País, **notadamente** a partir de 1891, **têm se distanciado**, no plano institucional, de um modelo **verdadeiramente** republicano.

Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil **não têm sido capazes** de refletir, em plenitude, as premissas **que dão** consistência doutrinária, **que imprimem** significação ética **e que conferem** substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, **fundados** em ideias e práticas de poder **que exaltam**, sem razão **e** sem qualquer suporte constitucional legitimador, o privilégio pessoal **e que desconsideram**, por isso mesmo, **de modo inaceitável**, um valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, **que se orienta** pelo vetor axiológico da igualdade.

Daí a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO (“**Constituição Federal Brasileira**”, p. 303/304, edição fac-similar, 1992, Brasília), **que associa**, à autoridade de seus comentários, a experiência de membro da **primeira** Assembléia Constituinte da República e, **também**, a de Senador da República **e** a de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*“Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, **porque a todos irmana e nivela o direito (...)**” (grifei) Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios, **ainda** que de índole funcional, **a certos** agentes públicos **que não mais se achem** no desempenho da função pública **cujo exercício lhes assegurava** a prerrogativa de foro *“ratione muneris”*.”*

É certo que a prerrogativa de foro – **cuja existência é justificada** pela necessidade de preservar-se a dignidade da função **e** de proteger-se a independência de seu exercício – **acha-se instituída** em nosso sistema constitucional. **Mas** instituída, Senhora Presidente, **considerado** o que dispõe a **própria** Constituição (**e somente** esta), **unicamente** para aqueles que se encontrem *“in officio”*, **nunca para os que não mais detenham** determinadas titularidades funcionais no aparelho de Estado.

As atribuições constitucionais das Cortes judiciárias, por isso mesmo, **devem** merecer interpretação **que impeça a expansão indevida**, mediante atividade legislativa comum, **da competência originária** dos Tribunais superiores, **para que não se privilegiem**, de um lado, **os ex-ocupantes** de cargos públicos, **e para que se não iniba**, de outro, **a aplicação ordinária** do postulado do juiz natural.

Entendo importante destacar, neste ponto, Senhora Presidente, que a **vigente** Constituição do Brasil – **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 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.

Ninguém ignora que a Carta Política **do Império** do Brasil, de 1824, **consagrou apenas** cinco (5) hipóteses de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal de Justiça, **que era o órgão de cúpula** do Poder Judiciário do regime monárquico (art. 164, II).

A **Constituição** promulgada em 1988, no entanto, **não foi capaz de igual parcimônia**, ao ampliar, **para quase 20 (vinte)**, as hipóteses de privilégio de foro, **além de conferir autorização aos Estados-membros** para incluir, nas Cartas estaduais, **outras novas hipóteses** de prerrogativa de foro perante os respectivos Tribunais de Justiça, **com ressalva**, apenas, para os casos de competência do Júri (**Súmula 721/STF**).

É certo que a prerrogativa de foro, **tal como prevista na Constituição da República**, acha-se estabelecida “*ratione muneris*”, **destinada a compor** o estatuto jurídico de **determinados** agentes públicos, **enquanto ostentarem** essa particular condição funcional, **porque** vocacionada, **sempre** nas hipóteses definidas no texto constitucional, a proteger aquele **que está a exercer ou a titularizar determinada** função pública, **não se estendendo**, porém, **por absoluta incompatibilidade** com o princípio republicano, **aos ex-ocupantes** de certos cargos públicos.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já se manifestou** no sentido de que, **tratando-se** de determinados **ocupantes** de cargos públicos, **inexiste**, quanto a eles, situação de privilégio de caráter pessoal. **Trata-se**, ao contrário, de uma prerrogativa **de ordem estritamente funcional**, que, **prevista** em sede constitucional, **destina-se a proteger** – **enquanto** derrogação extraordinária dos postulados da igualdade **e** do juiz natural – **aquele** que se acha **e que ainda** se encontra no desempenho de **determinado** ofício público.

Na verdade, **o que deve legitimar** o reconhecimento da competência originária do Supremo Tribunal Federal (e das demais Cortes judiciais) **deve ser**, unicamente, **a atualidade do exercício** do mandato **ou** da titularidade de determinadas funções públicas **que justificam a prerrogativa de foro**. **Nada deve conduzir** à preservação dessa competência originária, **ainda** que mediante invocação da “*perpetuatio jurisdictionis*”, **quando cessado** o desempenho funcional do cargo **ou** do mandato cuja titularidade **justificava** a aplicação, **sempre excepcional**, da regra constitucional concernente à prerrogativa de foro.

Por isso mesmo, Senhora Presidente, **e considerando** que o princípio republicano já se encontra **por demais mitigado** no atual texto constitucional, **entendo que não deva ele sofrer**, uma vez mais, nova derrogação, **notadamente** por via legislativa **meramente** ordinária, **que objetiva** conferir, **a ex-ocupantes** de cargos públicos **ou** de mandatos eletivos, o foro por prerrogativa de função, **que traduz**, em minha opinião – **não obstante** sua larga utilização pela Carta da República – **situação excepcional** que só deve ser permitida nas hipóteses **estritamente** autorizadas pela própria Constituição Federal.

Nem se diga, finalmente, Senhora Presidente, que as sanções impositivas **em sede** de ação civil por improbidade administrativa **revestem-se** de natureza penal, **em ordem** a justificar, **com tal qualificação**, o reconhecimento, na espécie, da legitimidade constitucional do diploma normativo **impugnado** nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

Não se questiona que os atos de improbidade administrativa **podem induzir** a responsabilidade penal de seu autor, **assumindo**, na diversidade dos tipos penais existentes, **múltiplas formas** de conduta delituosa.

Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa **também** assumem qualificação jurídica **diversa** daquela de caráter penal, **apta**, por isso mesmo, a viabilizar, **no contexto** da pertinente ação **civil** pública, a imposição das sanções **previstas**, expressamente, **no art. 37, § 4º**, da Constituição Federal, **que assim dispõe**:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” (grifei)

Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este **distingue**, de maneira muito clara, **entre** as sanções de índole civil **e** político-administrativa, de um lado, **e** aquelas de natureza criminal, de outro.

Daí a correta advertência formulada por ALEXANDRE DE MORAES (**“Constituição do Brasil Interpretada”**, p. 2.648, 2ª ed., 2003, Atlas):

“A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula ‘sem prejuízo da ação penal cabível’.

***Portanto**, o agente público, por exemplo, que, utilizando-se de seu cargo, apropria-se ilicitamente de dinheiro público, **responderá**, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, **por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilidade penal** por crime contra a administração, prevista no Código Penal ou na legislação penal especial.” (grifei)*

É tempo de concluir o meu voto, Senhora Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênica** para julgar integralmente **procedente** a presente ação direta, **em ordem a declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24/12/2002**, que acresceu, ao art. 84 do CPP, **os respectivos §§ 1º e 2º**, **acompanhando**, portanto, **o doutíssimo** voto proferido pelo eminente Relator.

É o meu voto.



Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2005-out-08/leia_voto_ministro_celso_mello_foro_especial/