

Recurso em Sentido Estrito

EXMO. SR. DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE XXX,

AUTOS: Ação penal n.001/2002

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

RECORRENTE: Ministério Público Estadual

RECORRIDOS: XXX

PEÇA: XXX

SUBSCRITOR: Promotor João Gaspar Rodrigues

O Ministério Público Estadual, através deste Promotor de Justiça, vem tempestivamente nos termos do art. 581, II, do Código de Processo Penal, interpor o presente **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** contra a decisão de fls. 210, pelas razões que em seguida passará a expor, requerendo, desde já, a subida do presente recurso nos próprios autos para o Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas, a teor do art. 583, III, CPP:

DO OBJETO DO RECURSO

Nos autos em epígrafe, que cuidam de crime praticado por ex-agente político (ex-prefeito), a MMA. Juíza em despacho de fls. 210, com base na Lei n. 10.628, de 24.12.2002, declinou da competência do juízo monocrático de XXX para processar e julgar o feito. Eis em rápidas pinceladas a *quaestio* que desafia o presente recurso.

DO DIREITO

1-Introdução

A vontade primitiva e soberana do poder constituinte originário (cujo titular é o povo) organiza o Estado e traça o governo, assinalando-lhe as funções e as competências para o seu exercício. São estabelecidos

limites fundamentais e intransponíveis pelas vias ordinárias¹. E para que tais limites não sejam erroneamente interpretados ou esquecidos, a Constituição faz-se escrita (a que se ligam as idéias de supremacia e rigidez constitucionais), requerendo forma e procedimento especiais para eventual mudança nos limites traçados originariamente. É a chamada auto-instituição da mutabilidade.

É óbvio que a Constituição não pode ser um monumento jurídico fechado e inadaptável às mudanças técnicas, econômicas e sociais. Esta imutabilidade absoluta feriria de morte a eficácia de suas normas. E por isto, com razão, pondera Araújo de Castro:

A Constituição não pode ficar imutável: precisa ficar de acordo com as condições sociais e políticas da época. Sem isso, inobservada ou violada irá, pouco a pouco, perdendo sua autoridade com evidente descrédito das instituições e grave inconveniente para a vida nacional².

Não há perda de tempo em tal reflexão: “a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns”; a legislatura não pode, numa simples penada, reformá-la, seja retirando-lhe disposições ou acrescentando-lhe novos comandos ou sentidos. E se tal fosse possível, reconstituindo tempos sepultados pela poeira da história, as constituições escritas seriam absurdos esforços do povo em limitar um poder de sua natureza ilimitável, no dizer de Marshall. E o próprio Marshall, pioneiro do moderno constitucionalismo, dava à questão, em tempos recuados, o prumo que até hoje é seguido: “qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo”³.

Entre nós, Rui Barbosa⁴ ensinava que

a superioridade da Constituição às leis ordinárias concretiza-se

¹ O texto constitucional não se limita a estatuir as bases formais da ordem jurídica. Ele contempla um sistema de valor ou uma ordem de valor que impede a transformação do juízo de constitucionalidade em simples episódio de conhecimento. A Constituição nasce, ademais, como “elemento do pensamento, mas de fenômenos sociais, políticos e econômicos, que visam atender a valores positivados numa dada época, concretizando as aspirações de determinados momentos” (Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 70).

² *Reforma constitucional*, 1924, p. 07.

³ *Apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, p. 11. Esta é uma das correntes sobre a natureza do ato inconstitucional. A outra é liderada por Kelsen e entende que o ato é anulável. Nesta última, a decisão teria a natureza desconstitutiva ou constitutivo-negativa.

⁴ *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, em: *Trabalhos jurídicos*, pp 70-71.

logo na função judicial de custodiar a primeira contra as segundas.(...) Se a legislatura se acha investida apenas em faculdades restritas, todo ato, que exorbite desses limites, é desautorizado, *ultra vires* (em linguagem forense), isto é, exorbitantes das forças do poder legislativo, e baldos, portanto, de vigor.

Nesse esquema teórico rudemente traçado, a Constituição tem como objetivo precípua e intransferível organizar as linhas mestras do Estado, delimitando com cores fortes e indeléveis até onde determinado órgão ou agente pode ir e em que medida as funções públicas podem ser exercidas⁵. Qualquer lei afrontadora de tais princípios tem pespegado em seu nascedouro um triste fim: a inconstitucionalidade.

Kelsen, ainda em 1914 (antes da publicação de sua *Teoria pura do direito*, em 1934), apreciando a questão relativa à lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, esclarecia que não se cuidava, propriamente, de um injusto (*Unrecht*), em sentido jurídico, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico (*rechtlich überhaupt nichts*)⁶.

2-Inconstitucionalidade material

A doutrina constitucional distingue a inconstitucionalidade em *formal* ou *orgânica* e *material*, considerando razões de conteúdo da norma ou regras de caráter procedimental. Paralelamente, fala-se ainda em *inconstitucionalidade por ação* e *por omissão*; *inconstitucionalidade originária* e *superveniente*. E por fim, há a doutrina que registra a chamada *inconstitucionalidade de normas constitucionais*. Tema este inçado de polêmica.

Interessa-nos discutir aqui, a inconstitucionalidade material. Façamos antes, porém, um paralelo discriminador entre as duas espécies: formal e material, para melhor apreender (pelo contraste) o alcance desta última.

As duas categorias de inconstitucionalidade radicam-se na origem do defeito que macula o ato combatido. A formal busca os vícios formais que ferem o ato normativo em si, independentemente de seu conteúdo,

⁵ "A Constituição é um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual de uma maneira total, exaustiva e sistemática se estabelecem as funções fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles...", diz García-Pelayo (*Apud* Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 09).

⁶ Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 19.

atendo-se, particularmente, aos pressupostos e procedimentos referentes à sua gênese (inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental e violação de regras de competência). A inconstitucionalidade material, por sua vez, busca os vícios materiais relacionados com o próprio conteúdo do ato, decorrentes de uma conflituosidade com princípios e disposições assentados na Constituição. Mas não é só isso. A inconstitucionalidade material não envolve apenas o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, “mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo”⁷.

Nada impede que as duas espécies de inconstitucionalidade (formal e material) ocorram simultaneamente.

A Constituição, enquanto complexo normativo, pode se sujeitar a mutações em decorrência de uma interpretação evolutiva, configurando o que doutrinariamente é chamado de *mutações constitucionais*; esta mutação, entretanto, não pode derivar do arbítrio do legislador. Em boa técnica, na verdade, não se trata, propriamente, no primeiro caso, de mudança da Constituição (em sua letra ou espírito), mas de alteração no significado emprestado à norma (que em tese é suscetível e receptível a uma variação múltipla de significados), pois no dizer de Häberle, a norma jurídica somente existe como norma jurídica interpretada⁸. Como de resto, o conteúdo integral de toda a ordem jurídica torna-se conhecido através da interpretação.

É evidente, portanto, que toda modificação ou alteração instituída pelo legislador que afronte o texto ou o espírito constitucionais, será tida inelutavelmente com a nódoa da inconstitucionalidade, desafiando, em consequência, todos os meios tendentes à sua declaração e extirpação.

O controle de constitucionalidade, neste ritmo, se predispõe em suas diversas modalidades, ao nobre objetivo de impedir o enfraquecimento, destruição ou perda de identidade do Estado de Direito democrático, numa espécie de suicídio sob a forma da legalidade, no

⁷ À validade formal e material, Maria Helena Diniz designa de validade condicional e validade finalística. Será condicionalmente válida a norma, se a autoridade que a criou for tecnicamente competente e agiu de conformidade com as normas de sua competência. E a validade finalística se dá se o elaborador da norma agiu dentro dos fins (conteúdo) estabelecidos pelo ordenamento. Portanto, para ser válida, a norma precisará estar integrada no ordenamento, retirando sua validade de outras normas que condicionam a competência e determinam os fins (*Norma constitucional e seus efeitos*, p. 27).

⁸ Verdadeiramente, a hermenêutica constitucional e a evolução normativa da Constituição irmanam-se numa afinidade funcional indissociável.

dizer de Hesse⁹. De evitar, enfim, que a ordem constitucional vigente seja destruída, em sua substância ou nos seus fundamentos.

Além destes objetivos, a fiscalização da constitucionalidade das leis representa, nos Estados em que vige a democracia, um meio eficaz de defesa da minoria contra a maioria (representada pelo Parlamento).

3-Do controle difuso: declaração incidental de inconstitucionalidade

O modo processual de provocar o exame da questão constitucional assume uma importância fundamental, vez que a ele liga-se o próprio exercício da função garantidora da Constituição em sua integridade. De tão subida relevância reveste-se a matéria que ao longo do constitucionalismo chegou-se a aventar uma espécie de ação popular como instrumento de controle de constitucionalidade. Mas Kelsen, se não o idealizador da idéia, pelo menos o mais famoso divulgador, apontou inconvenientes que a desaconselhariam (as lides temerárias movidas por móveis pouco ou nada nobres: vingança, perseguição etc.). A idéia da ação popular (para controle de constitucionalidade, bem dito) com a mesma rapidez com que grelou, de igual modo murchou, dado o sem-número de inconvenientes.

O grande desafio da fiscalização e do controle de constitucionalidade das leis, em seu berço e no evolver histórico, foi o de criar formas processuais disciplinadoras desse controle. De acordo com autorizado escólio de Canotilho, se entende por processo constitucional “o conjunto de regras e atos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos atos normativos”¹⁰.

No Brasil, o juízo de constitucionalidade é provocado por intermédio de dois modelos básicos bem definidos: o *controle difuso* (de origem norte-americana) e o *controle concentrado* (previsto, por primeiro, na Constituição austríaca de 1920-1929 e dominante na Europa).

No sistema difuso, o controle de constitucionalidade é confiado a todos os órgãos jurisdicionais e a questão constitucional pode ser arguida como um *incidente* ou como *prejudicial*. No concentrado, outorga-se a um tribunal especial o monopólio da censura e a questão

⁹ *Grundzüge des Verfassungsrechts*, p. 261.

¹⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4ª. ed., 1986, p. 783.

constitucional assume um caráter de *principalidade*, mesmo que suscitada numa relação processual concreta.

Para os efeitos práticos desta abordagem, interessa-nos o descortino do controle difuso, razão pela qual será, doravante, nosso itinerário único.

O controle difuso é inaugurado no Brasil ainda na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, §1º, “a” e “b”) e incorporado na Constituição de 1891, no art. 59, §1º, “a”: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra”.

Comentando o dispositivo constitucional, Rui Barbosa esclarece e espanca as dúvidas então reinantes:

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério¹¹.

Mas a perplexidade do meio jurídico diante da inovação não recuava, mesmo com a lição doutoral do consagrado mestre. As dúvidas só cessaram com a edição da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que explicitou o sistema difuso de controle de constitucionalidade, consagrando a seguinte disposição:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição (art. 13, §10).

¹¹ Rui Barbosa, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 54.

Nos dias que correm, o controle difuso, concreto ou incidental, é utilizado para a verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário¹².

É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva. E ainda acrescenta que a questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal¹³.

O interesse público subjacente à matéria é tão patente que não se faz necessário a alegação das partes ou litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar aplicação ao ato normativo inconstitucional, a despeito da inércia das partes.

É regra assentada entre os estudiosos no assunto, referendada na prática pela jurisprudência que “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese”¹⁴.

A questão de inconstitucionalidade deverá ser relevante para o julgamento da causa, sendo “inadmissível a arguição *impertinente*, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”¹⁵.

E esta relevância encontra-se presente no feito ora recorrido, constituindo-se a arguição em verdadeira *prejudicial*, cuja apreciação é indispensável para o prosseguimento, visto que a lei taganteada dispõe sobre matéria de competência.

Na Representação n. 1.016, julgada em 20.09.1979, o Min. Moreira Alves gizou alguns comentários sobre a declaração de inconstitucionalidade *incindenter tantum* que merecem transcrição:

Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes à época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e

¹² Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 199.

¹³ Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, pp. 111 e 113.

¹⁴ Lúcio Bittencourt, *ob. cit.*, p. 118.

¹⁵ José Carlos Barbosa Moreira, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 204.

que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte¹⁶.

A faculdade de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade das leis é inerente à função jurisdicional, o que autoriza a todo juiz posto diante de um decreto normativo incompatível com a Constituição, o dever de apreciar e se manifestar sobre a inconstitucionalidade. Outro não é o ensinamento de Lúcio Bittencourt:

Não importa isso, porém afirmar que a faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade é privativa do Supremo Tribunal. Não. Ela é consectária da função jurisdicional e, por conseguinte, cabe a quem quer que legitimamente exerça esta última. Todos os tribunais e juizes, federais ou locais, ordinários ou especiais, delas dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República. Poderá, porém, o juiz singular de primeira instância dizer da constitucionalidade? De acordo com nosso ponto de vista, anteriormente exposto, de que esse poder é inerente ao exercício da função jurisdicional, é óbvio que a resposta afirmativa se impõe¹⁷.

A doutrina nacional é pacífica neste sentido:

Pontes de Miranda: “Os juizes singulares podem decretar a nulidade da lei, por ser contrária à Constituição, pois do que decidirem há sempre recurso” (*Comentários à Constituição de 1946*, 2ª. ed., vol. V, p. 299).

Dircêo Torrecillas Ramos: “Qualquer juiz pode negar-se a aplicar lei que ele considere inconstitucional” (*O controle de constitucionalidade por via de ação*, Ed. WVC, p. 25).

Sahid Maluf: “Pelo sistema brasileiro, pode qualquer juiz considerar inconstitucional uma lei, e, conseqüentemente, deixar de aplicá-la no caso em espécie” (*Direito constitucional*, 1980, p. 63).

Castro Nunes: “Em qualquer processo, seja de que natureza for, é possível levantar a questão constitucional; em qualquer ação, qualquer processo, sem exceção, até por via de reclamação poderia ser discutida a inconstitucionalidade...” (RF 118:407, *apud* M^a Helena Diniz, *Norma*

¹⁶ *Apud* Gilmar Ferreira Mendes, *ob. cit.*, p. 257.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 35.

constitucional e seus efeitos, p. 144).

Maria Helena Diniz: “No Brasil, qualquer tribunal, qualquer juiz pode decretar ante um caso concreto a inconstitucionalidade” (*Ob. cit.*, p. 145).

4. A legitimidade do Ministério Público na arguição incidental ou prejudicial de inconstitucionalidade

Não se pode negar, em sã consciência, que o interesse quanto à inconstitucionalidade das leis configura um interesse público de primeira grandeza (indispensável, inclusive, para a democracia, na medida em que representa uma defesa da minoria contra o arbítrio da maioria, no dizer de Kelsen), o que aumenta grandemente a responsabilidade institucional dos órgãos públicos, no controle difuso, quando impelidos, por força do ofício, a aplicar uma lei manifestamente inconstitucional.

O Ministério Público como instituição constitucional independente incumbida de defender a ordem jurídica e o regime democrático, assume um compromisso impostergável na fiscalização da constitucionalidade das leis, seja no modelo concentrado, seja no modelo difuso. Alça-se como dever de todo e qualquer membro do MP, quando depare-se com norma ou decreto manifestamente inconstitucionais, fazer uso dos meios processuais adequados para extirpar o cancro jurídico. Outra não pode ser a providência, diante do interesse público que cerca a questão constitucional.

A respeito diz Alfredo Buzaid:

“A fiscalização da constitucionalidade das leis representa o interesse de toda a coletividade empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos manifestamente inconstitucionais e capazes de por em risco a estrutura do Estado”¹⁸.

Não é para esquecer que, genericamente, independente do direito posto, o Ministério Público é incumbido de exercer a fiscalização da legalidade. É uma função que justifica inclusive a institucionalização da função.

5- A total inconstitucionalidade da lei 10.628, de 24.12.2002

Independente do histórico de nascimento da Lei n. 10.628/2002,

¹⁸ Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, p. 107.

conspurcado por interesses medianeiros em nada ligados à nobreza da legislação, do Direito ou da justiça, de todos conhecidos (até porque amplamente discutido e criticado nas impiedosas manchetes midiáticas), ela é flagrante e manifestamente inconstitucional nas disposições inovadoras previstas nos §§ 1º. e 2º., de seu art. 1º.

Eis o teor literal das disposições:

O art. 84 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941– Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§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.

Vemos que o parágrafo primeiro da lei fala numa espécie de prorrogação da prerrogativa de foro para o ex-agente público que detinha um foro especial para julgamento por seus crimes em razão do exercício de função pública. A lei refere que “a competência especial... prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. Tenta o legislador manter uma prerrogativa mesmo depois de cessada o exercício da função pública. Não é preciso repetir que toda e qualquer prerrogativa só se justifica quando do exercício de função pública. Sem o efetivo e legítimo exercício de uma função pública não há que se falar em prerrogativa. É liçãoomezinha nos meios publicísticos, embora crônica e inexplicavelmente ignorada pelos nossos legisladores e até por nossos tribunais (retratada na discussão vicinal que resultou, finalmente, na revogação da Súmula 394).

No momento em que cessa a função pública, a prerrogativa antes existente passa a ser, se usada, um odioso e inconstitucional privilégio

(daí porque preferível para o foro especial instituído pela citada lei a designação preciosa de foro privilegiado).

A questão aqui discutida, guardadas as proporções, equivale essencialmente à que discutimos em 2001, no XIV Congresso Nacional do Ministério Público, sediado em Recife/Pernambuco. Lá tratamos da inconstitucionalidade do art. 234 da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) que conservava a prerrogativa de porte de arma especial ao Procurador da República aposentado. Dizíamos àquela oportunidade¹⁹:

Num regime autoritário, prerrogativa se confunde com privilégio e vice-versa. Quando, entretanto, o regime é democrático, onde o Estado de Direito e a justiça imperam soberanamente, a confusão antes apontada desaparece. Na democracia, todo e qualquer favorecimento que não tenha um temperamento jurídico apresenta-se chocante e por isso mesmo ilegítimo.

Num Estado de Direito, *prerrogativa* não se confunde com *privilégio*. A prerrogativa liga-se a uma função pública com o objetivo de assegurar aos agentes que a executam garantias para que efetivamente cumpram-na. Neste sentido, a prerrogativa não se justifica como um favor especial concedido ao agente, mas em proveito de um interesse público consistente no desempenho otimizado da respectiva função pública. Já o privilégio constitui-se numa benesse de caráter pessoal e discriminatório, com quebra da igualdade que deve vigor entre os indivíduos. Quando se dá dentro do serviço público normalmente vem viciada com a pecha da ilegalidade ou abuso de poder, animada pelo nepotismo, filiotismo e apadrinhagem. A diferença básica é que o privilégio é bastante em si, não apresenta nenhuma instrumentalidade; ao contrário da prerrogativa que visa algo além de seu simples gozo: o desempenho reto de uma função pública.

E mais adiante:

A prerrogativa só se justifica diante do exercício da função pública, se o aposentado não exerce mais função, não há que se falar em prerrogativa, a não ser como dádiva por gratidão, o que não se

¹⁹ João Gaspar Rodrigues, *Porte (especial) de arma a membro aposentado do MP: inconstitucionalidade*, Livro de Teses, Vol. III, p. 277. A tese foi aprovada por maioria, inclusive com votos favoráveis de inúmeros aposentados presentes ao conciliábulo científico.

coaduna e nem se posta como argumento jurídico de rebate. Cai-lhe bem sim a pecha de privilégio, e aí o argumento de gratidão ou respeito pelos serviços prestados tem pertinência embora não retire a erronia da prescrição legal. Erronia que descamba para a inconstitucionalidade por malferir o princípio da isonomia. Até aqui já impõe-se uma conclusão: se o aposentado não pode desempenhar função afeta à atividade-fim do Ministério Público, via de consequência, não pode desfrutar de prerrogativas, quaisquer que sejam elas (p. 278).

Destarte, não se pode falar em prerrogativa de foro para ex-agentes políticos (ex-prefeito, ex-governador, ex-presidente, ex-promotor, ex-juiz etc.). Cessada a função, desaparece toda e qualquer prerrogativa, inclusive a de foro.

Se consultarmos a Constituição Federal veremos que o foro especial de julgamento por crimes comuns e de responsabilidade é instituído em relação a agentes públicos em efetivo exercício da função (prefeito, governador, presidente etc.). Em nenhum momento, refere-se a Constituição a ex-prefeitos, ex-governadores ou ex-presidentes.

O art. 29 dispõe o seguinte:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

O art. 102, I, “b”, por sua vez dispõe:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, **o Presidente da República, o Vice-Presidente**, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

E por fim, o art. 105, I, “a”, reza:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar,

originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Se a Constituição não estende a prerrogativa de foro a ex-agentes públicos (muito justamente, diga-se de passagem), com que direito arroga-se o legislador de concedê-la? Nenhum, ousou dizê-lo. São normas constitucionais insuscetíveis de restrição, direta ou indiretamente (como parece ser o caso da lei combatida). E por não dispor do poder de alargar indevidamente a vontade do constituinte originário, o ato legal ora taganteado se ressentir de inculcável inconstitucionalidade.

Foi uma escolha do constituinte originário calcada em critérios técnicos (prerrogativa = função pública) e não políticos (como agora quer optar o legislador), ressaltando a legitimidade da norma correspondente, na medida exata em que atende aos ideais e aos sentimentos de justiça da sociedade; e ao legislador não é lícito optar por algo sequer cogitado na Constituição Federal. A equação é simplicíssima. Qualquer bordejo nesta questão, o resultado é a inconstitucionalidade pura e simples, a requerer sua declaração desassombrada. E contrariando a noção popular de justiça e a consciência jurídica dos membros da comunidade autoriza um passo além: o direito de resistência e desobediência civil²⁰.

Nem é preciso dizer, por soar óbvio, que o único capaz de fazer opções políticas com extensão quase ilimitada²¹ é o constituinte

²⁰ "Quando houver abuso de poder para exercer opressão irremediável, surge o direito de resistência, que, no sentido amplo, reconhece aos cidadãos, em certas condições, a recusa à obediência, a oposição às normas injustas, à resistência, à opressão e à revolução. Tal direito concretiza-se pela repulsa a preceitos constitucionais discordantes da noção popular de justiça; à violação do governante da idéia de direito de que procede o poder, cujas prerrogativas exerce; e pela vontade de estabelecer uma nova ordem jurídica, ante a falta de eco da ordem vigente na consciência jurídica dos membros da coletividade" (M^a Helena Diniz, *ob. cit.*, p. 97). Para arredondar o argumento, e por amor da precisão, é preciso dizer que a desobediência civil é uma legítima defesa do cidadão, uma forma particular de desobediência. O argumento é inserido no texto como uma forma de evidenciar o contraste da norma positiva combatida com o sentimento comunitário de justiça, não como dando a entender que o agente público poderia fazer uso de tal recurso. Para o desmonte de uma norma inválida, o agente do Estado dispõe de outros meios, como o que está sendo manuseado nesta peça.

²¹ Apenas teoricamente pode-se falar em limitação absoluta do poder constituinte originário. Na prática, há sempre uma limitação, seja por órgãos e instituições preexistentes, seja pelas naturais restrições impostas pelas forças sociais (ideológicas, institucionais e substanciais) aos representantes que vão exercê-lo.

originário (detentor de um poder soberano), dentro do universo de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, morais e sociais; ao legislador infraconstitucional, embora não se lhe vede certa discricionariedade, qualidade ínsita ao mister de legislar, antepõe-se-lhe como limite claro e intransponível, o bastião constitucional. *Nec plus ultra*.

Vem aqui muito a propósito a seguinte lição de Maria Helena Diniz:

É da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação. (...) A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas. Os elementos limitativos, que se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais, às garantias constitucionais, restringem a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito. (...)

Nenhuma norma, seja de direito público, seja de direito privado, pode contrariar o comando constitucional, sob pena de ser decretada sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. As normas constitucionais são supremas, a elas todos devem adequar-se.

A Constituição tem por escopo, privilegiando o princípio de constitucionalidade e o da legalidade, controlar a ação do Poder Público, não podendo, portanto, outorgar competências incontroláveis, que desequilibrem o uso dos poderes, que sirvam à opressão, aos interesses dos governantes, que sejam instrumento de desordem e anarquia²².

A hermenêutica constitucional admite a interpretação construtiva ou evolutiva, mas exclui, terminantemente, tanto a possibilidade de violação do texto constitucional, através de um afastamento ou desvio, quanto a hipótese de sua modificação, pela via interpretativa. Daí ressaltar Hesse que, quando o intérprete (e o legislador é o primeiro intérprete²³) se desvincula do texto constitucional, deixa ele de exercer atividade

²² Norma constitucional e seus efeitos, p. 14.

²³ Peter Häberle diz que "o legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição..." (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 27).

interpretativa, provocando alteração ou violação da norma, o que lhe é vedado²⁴.

Não é possível ao legislador ordinário criar lei que adultere a decisão fundamental do constituinte ou que implique em radical alteração nos objetivos visados na Carta Magna.

A Lei n. 10.628/02, ao criar a prerrogativa (leia-se privilégio) de foro para ex-agentes políticos, não apenas vai além da letra da Constituição Federal, como ultrapassa seu espírito, na medida em que o fim visado é ilegítimo. A providência legislativa é um contributo iniludível à impunidade²⁵ no país, retirando milhares de ações penais (e outro tanto de inquéritos) das mãos de milhares de juízes para por nas mãos de algumas dezenas. Se o fim da lei não é legítimo e nem se encaixa no âmbito da Constituição (letra e espírito), a conclusão óbvia é a inconstitucionalidade da dita lei por falta de validade constitucional.

Os métodos de interpretação constitucional, como diz Peter Häberle²⁶, devem está voltados para o atendimento do interesse público e bem-estar geral. E com isso, cabe indagar se uma lei que retira o julgamento de crimes funcional-administrativos, de amplo impacto na sociedade, das mãos de milhares de julgadores e repassa a alguns gatos pingados acomodados em tribunais superiores, atende aquilo que se convencionou chamar de interesse público? A resposta é intuitiva, e dá bem a idéia da nódoa que recai sobre a dita lei.

A realidade constitucional não é simplesmente aquela pintada pelo legislador ou até pelo judiciário, mas por todos os participantes do chamado *processo pluralista de interpretação*. “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”²⁷.

Os objetivos do legislador ao editar a Lei n. 10.628/2002 foram tão escusos que cometeu, além da inconstitucionalidade discutida, uma erronia técnica reveladora do pouco elogiável apuro jurídico: fez inserir no Código de Processo Penal novas regras de competência sobre ações cíveis (ação de impobridade - §2º). O âmbito próprio para agasalhar tal

²⁴ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade., pp. 318-319.

²⁵ E se de acordo com o dogma rousseauiano o legislador “não pode fazer mal”, de igual modo “não pode promover a impunidade”.

²⁶ Ob. cit., p. 12.

²⁷ Peter Häberle, ob. cit., p. 13.

comando seria o Código de Processo Civil. Em qualquer outra hipótese poderíamos atribuir à cincada do legislador um cochilo de Homero, mas nestas condições não passa do reconhecimento do escasso aparato técnico que cerca a vontade legislativa do governo e a descomunal desfaçatez dos líderes políticos, que buscam o biombo do privilégio para lograr a impunidade.

Se o fim não é legítimo, se não está dentro do âmbito da Constituição, todos os meios criados, adaptados àquele fim, em desarmonia com a letra e o espírito da Constituição, são inconstitucionais. O raciocínio é tão singelo, e talvez, por isso mesmo, tão difícil de ser aceito e posto em prática.

No Brasil ocorre uma prática casuística em que o caso particular que enseja a produção legislativa não se repetiu nem meia dúzia de vezes, quando não tenha ocorrido apenas uma vez na mente tendenciosa, corporativa e vingativa do legislador, o que leva a lei brasileira a ser, muitas vezes, utilizada como instrumento de vingança ou de proteção ilegítima a grupos privilegiados. Um exemplo serve para ilustrar (sem descurar deste que discutimos a constitucionalidade). No ano de 2000, no dealbar da virada do milênio, o presidente da República participou de uma feira internacional onde estavam expostos diversos *stands*, entre os quais um do Brasil. Muito se comentou à época (pela imprensa nacional), que o valor gasto com o referido *stand*, administrado por um filho do respectivo chefe de governo, não condizia com o que fora apresentado efetivamente na feira, indício, portanto, de desvio de dinheiro público. De posse destes indícios, um membro do Ministério Público instaurou um inquérito civil para apurar as supostas irregularidades. Que fez então o referido presidente? Apelou ilegitimamente para a máquina legislativa, como antes houvera, talvez, apelado para o Tesouro Nacional. Moral da história é que foi editada uma lei de natureza penal (Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000) modificando o art. 339 do Código Penal que em sua redação original dispunha: “dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”, e que pela nova redação passou a ter o seguinte teor: “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, *instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém*, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Pôs o presidente então uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do promotor. Em vez de contratar um advogado, resolveu abeberar-se na fonte que

apresenta solução redentora: acionou seus prosélitos parlamentares e aprovou uma lei, certamente melhor que uma sentença judicial, pois desprovida da incerteza.

É melhor não saber como são feitas as leis e as salsichas, dizia sabiamente o antigo chanceler alemão Otto von Bismarck. O Ministério Público, através de seus membros, entretanto, não se permite esta sensibilidade e ignorância, e tem como dever inafastável buscar conhecer e discutir as formas espúrias como são elaboradas nossas leis, para tanto servindo-se do Judiciário (que regula a legitimidade da influência política nos domínios jurídicos). E dentro deste universo, impõe-se-lhe a obrigação jurídica de redimensionar a vontade legislativa nos estritos limites constitucionais, seja através do controle concentrado, seja por meio do controle difuso, como no presente caso.

Ex positis, requer o Ministério Público, diante da inconstitucionalidade decretável de ofício da Lei n. 10.628/2002 (especificamente de seu artigo 1º., §1º.), a reforma da decisão do órgão julgador *a quo*, seja em juízo de retratabilidade ou nas bancadas do tribunal *ad quem*, reafimando a competência do juízo monocrático de XXX para processar e julgar o feito. Requer ainda a subida do recurso nos próprios autos, nos termos do art. 583, III, CPP.

XXX, 08 de abril de 2003

JOÃO GASPAR RODRIGUES
Promotor de Justiça

