A LEI FEDERAL Nº 10.628/02 E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Carlos Augusto Alcântara Machado, Promotor de Justiça de Sergipe, Mestre em Direito Constitucional e Professor de Direito Constitucional da UFS, UNIT, IELF, ESMESE, ESMPSE. Autor do livro *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição* (Ed. Atlas). Palestra proferida no *V Encontro do Ministério Público do Estado de Sergipe*, em 19 de dezembro de 2003, em Aracaju-SE (Hotel Parque dos Coqueiros).

RESUMO: Foro por prerrogativa de função. *Perpetuatio jurisdictionis.* Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 da Lei nº 10.628/2002. A Lei Federal nº 10.628/2002, ao garantir o foro especial por prerrogativa de função para ex-autoridades públicas, define competência originária para os tribunais não prevista no rol taxativo da Constituição Federal e das Constituições Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: Competência, *perpetuatio jurisdictionis*, ex-autoridades públicas, ação penal e improbidade administrativa.

ABSTRACT: Court for prerogative of function. *Perpetuatio jurisdictionis*. The inconstitucionality of the §§1º and 2º of the article 84 of the law 10.628/2002. When the federal law no. 10.628/2002 guarantees special court for prerogative of function to former public autorities, it defines ORIGINÁRIA competence to the tribunals which is not established in the firm roll of the Federal Constitution and State Constitutions.

KEY WORDS: competence; p*erpetuatio jurisdictionis;* former public autorities; penal AÇÃO; administrative DISHONESTY.

Durante mais de três décadas vigorou no Supremo Tribunal Federal entendimento cristalizado no enunciado da **Súmula nº 394,** *verbis*:

> *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.*

Tal posicionamento possibilitava às autoridades, após a cessação da função anteriormente exercida, a manutenção da prerrogativa de foro, caso o crime tivesse sido praticado no exercício do mandato ou da função pública.

A Súmula editada em 03 de abril de 1964, foi revogada em 25 de agosto de 1999. O Informativo STF nº 159, noticiou o relevante fato:

> *Concluído o julgamento de questão de ordem na qual se discute o cancelamento ou a revisão da Súmula 394 do STF ("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.") (v. Informativos 149 e 69). O Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394 por entender que o art. 102, I, b, da CF - que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, 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 - não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo. (...). Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito* ex nunc. *Em conseqüência, o Tribunal resolveu a questão de ordem dando pela incompetência originária do STF e determinou a remessa dos autos à justiça de 1º grau competente. Leia em Transcrições a íntegra do voto do Min. Sydney Sanches,*

> *relator.* ***Inq 687-SP (QO)*** *e Inq 881-MT (QO), rel. Min. Sydney Sanches; AP 313-DF (QO), AP 315-DF (QO), AP 319-DF (QO) e Inq 656-AC (QO), rel. Min. Moreira Alves, 25.8.99.*

Como bem registrado no conteúdo da ementa do acórdão referido no Informativo (**Questão de Ordem no Inquérito nº 687-4/SP**), a Súmula cancelada foi elaborada a partir de uma interpretação ampliativa das normas da Constituição de 1946 e das Leis nºs. 1.079/50 e 3.258/59. E mais: **a tese consubstanciada na súmula não se refletiu na Constituição de 1988**. O atual texto constitucional, ao estabelecer a competência dos tribunais, notadamente a dos tribunais superiores, não contemplou a prerrogativa de foro para ex-autoridades ou ex-mandatários. Concluíram os Ministros do STF que a competência originária dos tribunais tem como objetivo a garantia do exercício do cargo ou do mandato e não proteger quem o exerce ou, o que seria pior, quem deixou de exercê-lo.

Ao final, agregaram mais uma lúcida conclusão: *as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos*.

Tratando da matéria e louvando o novo tratamento do tema pelo STF, averbou, com propriedade, o magistrado federal **Geraldo Magela e Silva Meneses**:

> *estima-se que a recente compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal resultará em celeridade no julgamento dos casos em que estejam envolvidas ex-autoridades. Isso porque a apuração dos fatos dar-se-á no local onde estes ocorreram – e não a partir de Brasília (sede dos Tribunais Superiores) ou das Capitais (onde se localizam os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados) – , sem a necessidade da expedição de cartas de ordem para diligências probatórias. Bem mais ágil procederá o órgão julgador à coleta de provas para embasar a decisão do juízo. Enfim, há uma perspectiva de maior eficácia do processo penal em face da nova interpretação e aplicação da lei"* (*Foro por prerrogativa de função: Nova*

diretriz do STF - Cancelamento da Súmula 394), SINTESE, outubro/99.

Diante do novo e acertado posicionamento, proporcionou-se a remessa de milhares de processos para a primeira instância do Judiciário, cabendo ao Juízo de primeiro grau, a partir do julgamento da questão de ordem pelo Excelso Pretório – *ex nunc* – , dar prosseguimento aos feitos em curso, mantendo-se válidos os atos praticados.

A alteração da compreensão da matéria, como explicitado, rigorosamente, não se trata de inovação substancial e uma novidade absoluta.

Desde o início do séc. XIX, nos Estados Unidos da América, cristalizou-se o entendimento da taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais Superiores. **Alexandre de Moraes**, em erudito estudo (*"Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional" in* **www.justiça.sp.br/artigo16.htm**, acesso em 26 de novembro de 2003), ensina que a Suprema Corte americana firmou o posicionamento em histórica decisão relatada por seu *Chief Justice* John Marshall (1 Cranch 137 – 1803), no conhecido caso *Marbury v. Madison.*

A idéia da taxatividade constitucional das competências originárias dos tribunais superiores, como averbou o notável constitucionalista do Estado de São Paulo, nasceu com a idéia de supremacia constitucional por meio do controle da constitucionalidade.

E de que trata o caso sempre citado nos manuais de Direito Constitucional, como a origem do controle da constitucionalidade, mas nem sempre explicitado? Vejamos:

No ano de 1801, o Presidente da República dos Estados Unidos da América, John Adams, nomeou Marbury, para o cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia. Como se encontrava no final do mandato, o Presidente da República não logrou empossar o nomeado. Assumiu a Presidência Thomas Jefferson e determinou ao seu Secretário de Estado (Madison) que não desse posse a Marbury. Sentindo-se lesado Marbury ajuizou uma ação na Suprema Corte, requerendo que o Poder Judiciário fizesse cessar a ilegalidade, determinando sua nomeação.

Marbury fundamentou o seu pedido na Lei Judiciária de 1789 que conferia competência ao Poder Judiciário para corrigir ilegalidades eventualmente praticadas por agentes do Poder Executivo.

O Juiz John Marshall, enfrentando a matéria, sem embargo de reconhecer a ilegalidade, concluiu pela impossibilidade de julgar o caso sob apreciação, porquanto não poderia a lei infraconstitucional (Lei Judiciária de 1789) conferir competências ou mesmo ampliar o campo de atuação (competências) da Suprema Corte, delimitado taxativamente pela Constituição. A lei, por conseguinte, padecia do vício de inconstitucionalidade.

Como conclui **Alexandre de Moraes**, é uma compreensão bicentenária (no direito constitucional norte-americano) e centenária na doutrina e jurisprudência nacionais.

Em 24 de dezembro de 2002, pouco mais de três anos após a histórica decisão da Suprema Corte de Justiça (revisando a Súmula 394), foi promulgada a **Lei Federal nº 10.628**. Promoveu-se uma alteração no art. 84 Código de Processo Penal, passando o dispositivo a vigorar com a questionável 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 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 administrativa, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.*

Os novos dispositivos trouxeram importantes conseqüências ao processo penal e civil, porquanto, considerando o disposto no art. 2º

do Código de Processo Penal e no art. 1.211 do Código de Processo Civil, entrarão em vigor de imediato, aplicando-se aos processos pendentes.

Assim, a providência de remessa dos autos para a primeira instância, ocasionada por força do cancelamento da Súmula nº 394, ficará sem efeito, retornando os autos aos tribunais de origem, para o processos penais, caso os ilícitos tenham sido praticados no exercício das funções públicas e sejam decorrentes de atos administrativos. Em se tratando de ação de improbidade, os feitos terão que obedecer ao mesmo procedimento, tornando-se incompetentes os juízos de primeiro grau, nas hipóteses de prerrogativa de foro. De imediato, lamentavelmente, o próprio STF, na seara penal, determinou a aplicação da lei, desde que, em face da sua literal disposição, a imputação fosse "**relativa a atos administrativos do agente**" (Inq –QO – n. 718-SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Informativo STF nº 308, ed. de 12 a 16 de maio de 2003).

Tenho para mim que as alterações levadas a efeito pela Lei nº 10.628/02 são inconstitucionais.

Partilhando desse entendimento, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a mencionada lei (ADIN nº 2797). Foi negada a liminar em 07 de janeiro de 2003. O Procurador-Geral da República já se manifestou nos autos, pelo reconhecimento, em parte, da inconstitucionalidade.

Assim informa o *site* STF, no acompanhamento processual da ADIN:

> Recebimento dos Autos da Procuradoria Geral da República, em 19 de fevereiro de 2003, com parecer no sendito do conhecimento da presente ação direta de incnstitucionalidade; e, no mérito, pela sua procedência em parte, para declarar a inconstitucinalidade do § 1º, do art. 84, código de processo penal, introduzido pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, bem como da expressão "observado o disposto do § 1º, constante do § 2º, in fine, também acrescido pela mesma lei ao referido art. 84, salvo se o Supremo

> Tribunal Federal novamente reexaminar sua posição quanto ao cancelamento da Súmula 394, nos termos do intem 51 acima; e ainda para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, conferindo interpretação conforme a Constituição ao mencionado § 2º, para considerá-lo aplicável apenas quando se trate de hipóteses de atos de improbidade administrativa configuradores de crimes de responsabilidade.

Esse o atual estágio processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade que levou a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, como já mencionado, a liminar foi negada e a lei impugnada continuará aplicável e em vigor até decisão final.

No dia 22 de setembro de 2004, a ADI 2797 (juntamente com a ADI 2860) entrou em pauta e o eminente Relator Min. Sepúlveda Pertence proferiu voto pela procedência de ambas as ações (voto noticiado no Informativo STF nº 362). Salientou o ministro em seu voto que o §1º do art. 84 do CPP constitui reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394, ocorrido no julgamento do Inq 687 QO/SP (DJU de 9.11.2001), cujos fundamentos a lei nova estaria a contrariar, e no qual se entendera que a tese sumulada não se refletira na CF/88 (Enunciado 394 da Súmula: "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"). Asseverou ser improcedente a alegação de que o cancelamento da Súmula 394 se dera por inexistir, à época, previsão legal que a consagrasse, já que tanto a súmula quanto a decisão no Inq 687 QO/SP teriam derivado de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. **Declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 84 do CPP** por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. **Declarou, também, a inconstitucionalidade do §2º do art. 84 do CPP**. Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a

competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do §1º do citado artigo. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do §4º do art. 37 da CF ("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.") e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Salientou, ainda, que a Constituição Federal reservou às constituições estaduais, com exceção do disposto nos artigos 29, X e 96, III, a definição da competência dos seus tribunais (CF, art. 125, §1º), o que afastaria, por si só, a possibilidade da alteração dessa previsão por lei federal ordinária. Concluiu que o eventual acolhimento, no julgamento da Rcl 2138/DF, da tese de que a competência constitucional para julgar crimes de responsabilidade se estenderia às ações de improbidade, não prejudicaria nem seria prejudicado pela declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 84, já que a competência dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que aquela para julgar os crimes comuns.

Logo em seguida ao seu voto, o Min. Eros Grau pediu vista.

Indaga-se: Processualmente, enquanto a matéria não for julgada em definitivo pelo STF nada mais poderá ser feito? A tramitação dos processos criminais ou daqueles que envolvam improbidade administrativa terá que ocorrer, necessariamente, nos tribunais, mantendo-se a prerrogativa de foro?

Penso que não. Há uma outra solução.

Ninguém desconhece que o controle de constitucionalidade no Brasil segue duas vias ou dois caminhos que não se excluem. Mais do que isto, se completam. É o que se convencionou chamar de controle concentrado e controle difuso. Em relação ao controle concentrado, a matéria encontra-se *sub judice*, com o ajuizamento da ADIN 2797. Resta-

nos, ainda, o controle difuso, o incidente de inconstitucionalidade, controle por via de exceção ou defesa, controle de constitucionalidade aberto ou no caso concreto.

O controle de constitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Federal nº 10.628/02 poderá ser suscitado, sempre em casos concretos, nos processos em curso, nas ações que tramitam no Juízo de 1º grau ou que venham a tramitar. Como, via de regra, o titular da ação penal e de eventuais ações de improbidade é o Ministério Público, poderá a instituição guardiã da cidadania argüir o incidente e, caso julgado procedente, manter-se a competência.

Em Sergipe, de forma pioneira, o valoroso Promotor de Justiça Orlando Rochadel Moreira, então membro do Ministério Público do Município de Maruim, fazendo uso de um Recurso em Sentido Estrito nos autos do Processo-Crime nº 153/2001 (Comarca de Maruim), suscitou o controle difuso de inconstitucionalidade, apresentando, com argumentos relevantes, a falta de sintonia do atual texto do Código de Processo Penal com o sistema constitucional vigente (*Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* – Ano XIII – 2003 – nº 18, pp. 137/151). A argüição foi acatada pela Juíza de Direito Dra. Olga Silva Barreto, em 30 de junho de 2003. Do meu conhecimento, foi o primeiro passo no Estado.

Posta a questão, concluo, em síntese, com a indicação de alguns argumentos que, ao meu sentir, podem ser apresentados em desfavor da lei em foco, considerando a sua inconstitucionalidade:

> **a) A prerrogativa de foro**: Ensina **Júlio Fabbrini Mirabete**, no seu *Código de Processo Penal Interpretado* (Atlas, São Paulo, 2002, pp. 327), que a competência por prerrogativa de função é uma competência *ratione personae* (em razão da pessoa), ditada pela **função** da pessoa, bem como pela **dignidade do cargo exercido** e não do indivíduo que a merece. Essa foi uma das razões de o Supremo Tribunal Federal ter promovido o cancelamento da Súmula 394. Desinvestido da função pública que exercia, perde a pessoa o foro privilegiado, sendo injustificada a sua manutenção. Por se tornar cidadão comum, em homenagem

ao princípio da igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º da Lei das leis, deverá ser processado e julgado, observando as regras de competência comum. Caso contrário, estaríamos diante de uma discriminação irrazoável e despropositada. A prerrogativa é do cargo ou da função. Jamais da pessoa.

b) As Competências dos Tribunais: As competências originárias dos tribunais de superior instância, referidas na Lei fustigada (STF e STJ), como também dos Tribunais Regionais Federais são definidas na Constituição Federal. Os artigos 102, I; 105, I e 108, I, estabelecem, em número fechado, o campo de atribuição de cada um dos órgãos colegiados, não havendo espaço para atuação do legislador infraconstitucional. Quanto à competência originária dos Tribunais de Justiça, em consonância com o determinado no § 1º do art. 125 da Carta Magna, deverá ser definida nas Constituições de cada Estado-membro. Excepcionalmente, verificamos na Constituição Federal, definição das competências dos Tribunais de Justiça, como é o caso do art. 96, III. Porém, não é a regra. Em face do exposto, é de se concluir: A lei ordinária, não poderá, em nenhuma hipótese, instituir competência originária para os tribunais antes referidos. A Suprema Corte, enfrentando a matéria, tem se posicionado que "*a competência do STF é de direito restrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos*" (RTJ 159/28). No mesmo sentido, o voto do eminente **Min. Celso de Mello**, Relator do Ag. Rg. na Reclamação nº 1110-1/DF: a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a

situações que extravasem os rígidos limites fixados em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Assim, especificamente em relação às competências por prerrogativa de função, considerando a sua especialidade, não devem ser interpretadas ampliativamente, como já decidiu o STF, em decisão citada anteriormente. Os dispositivos constitucionais colacionados, de superior hierarquia normativa, não se referem – nem sequer sinalizam – a ex-agentes públicos, políticos ou não. É prerrogativa inerente ao exercício do cargo.

c) A Improbidade Administrativa: Há muito restou sedimentado na doutrina e jurisprudência que a ação de improbidade administrativa não tem natureza criminal. O próprio art. 37, § 4º, da Lei Maior preceitua, com clareza solar, que as sanções impostas àqueles que incidirem em improbidade administrativa serão aplicadas, **sem prejuízo da ação penal cabível**. Farto entendimento jurisprudencial e doutrinário corroboram a tese ora esposada. O Superior Tribunal de Justiça, julgando a Reclamação nº 591/SP, deliberou que o fato de o tribunal ter competência para o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade de determinadas autoridades públicas, não autoriza a conclusão de enquadramento nessas atribuições do julgamento das mesmas autoridades por atos de improbidade administrativa, considerando sua natureza cível. Na mesma linha, o magistério de **Alexandre de Moraes** (*Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, São Paulo, 2002, pp. 1378/1380), citando, inclusive, diversos julgados também do STF; de **Wallace Paiva Martins Júnior** (*Probidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 289/289) e tantos outros. É tema pacífico. Ademais, considerando a sua natureza

particular cível, topograficamente, não poderia a disciplina da matéria (competência) constar de um Código de Processo Penal.

d) Precedentes Judiciais: A polêmica matéria já foi submetida ao crivo dos tribunais pátrios em controle difuso. O *site* ***Consultor Jurídico***, em edição de 12 de fevereiro de 2003, noticiou que a **9ª Câmara de Direito Público de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** reconheceu que a Lei nº 10.628/02 é inconstitucional. No caso concreto a Câmara, com tal decisão, rejeitou recurso (agravo de instrumento) de Prefeito de Dracena (SP), em Ação Civil Pública por suposto ato de improbidade, que pretendia deslocar a competência para o Tribunal de Justiça. Perfilhando similar entendimento, a decisão do **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, no autos da Ação Civil Pública nº 2003.002338-0. Destaque-se, ainda, acórdão do **Tribunal de Justiça do Paraná**, através de seu órgão especial, em 04 de abril de 2003, que, ao acolher, no julgamento de um *Habeas Corpus* (Nº 137.187-1), o pronunciamento do Ministério Público estadual, declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02. Eis a emenda do *decisum*: **PRERROGATIVA DE FORO – LEI 10.628/02 – EX-AGENTES – INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º GRAU**. Se a Constituição Federal prescreve que 'a competência dos tribunais estaduais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça' (art. 125, § 1º), é manifesta a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que concedeu prerrogativa de foro a ex-agentes, ampliando o rol de competência dos tribunais, o que só poderia ser feito pelo poder constituinte derivado, e nunca pelo legislador ordinário.

O **Tribunal de Justiça de Sergipe**, em duas importantes decisões, no final de dezembro/2003, já deu a sua contribuição. Destaco o julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 07/2003 (Acórdão nº 3911/2003 – Rela. Desa. **Marilza Maynard Salgado de Carvalho**), quando o Tribunal, em sua composição plenária, por unanimidade, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, do Código de Processo Penal.

De tudo que foi exposto, é de se reconhecer a **inconstitucionalidade formal e material** da Lei Federal Nº 10.628/02, pois em frontal linha de colisão a Carta Magna de 1988.

Registre-se, que , mesmo antes da promulgação da famigerada lei, como bem anota o ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e professor universitário, **Renato Flávio Marcão**, em artigo publicado em Revista Eletrônica, "a doutrina já vinha se pronunciando sobre o Projeto de Lei n. 6.295/02, que a ela deu origem, e a posição unânime direcionava para a inconstitucionalidade do mesmo, conforme se verifica nos ensinamentos de juristas de escol como **Dalmo de Abreu Dallari** (*Privilégios Antidemocráticos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 26; **Hugo Nigro Mazzili** (*Privilégio para julgar corruptos*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 32), **Luiz Flávio Gomes** (*Reformas penais : foro por prerrogativa de função*. Disponível na internet: http://www.ibccrim.org.br, 24.12.2002) e **Roberto Delmanto** (*Desaforo privilegiado*, Conamp em Revista, out./dez. 2002, n.º 1, 1ª ed., p. 29)".

Parecia ser matéria pacífica. Não foi. Todavia, ainda é tempo de buscar a correção dos rumos.

Invoco, por fim, o magistério de **Damásio de Jesus,** para, com ele, também afirmar que *"à luz da Constituição Federal de 1988, afigura-se inconstitucional a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública, Violam-se o regime democrático e o princípio da igualdade, pois com a cessação do exercício funcional o agente se equipara ao cidadão comum"* (*Foro por prerrogativa de Função*, Justilex – Ano II – n] 15 – Março de 2203, p. 22).

É de se destacar, no entanto, que a Corte das Cortes de Justiça, já iniciou o julgamento do Inquérito nº 2.010-QO- SP, conforme noticiado no *Informativo STF* nº 322 (22 a 26.09.2003), de 01 de outubro de 2003, e o Relator Min. Marco Aurélio Melo, no seu voto, manifestou-se pela inconstitucionalidade § 1º do art. 84 do CPP (redação da Lei nº 10.628/02):

Eis o texto anunciado no Informativo:

Verbete 394 da Súmula e Art. 84 do CPP

Iniciado o julgamento de questão de ordem suscitada em inquérito, em que se discute, ante a alteração dada ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei 10.628/2002, se persiste a competência desta Corte para o julgamento de ação penal instaurada contra ex-deputado federal, por crimes supostamente praticados no exercício do mandato ou em razão dele. O Min. Marco Aurélio, relator, considerando que a orientação firmada pelo STF quando do cancelamento do Verbete 394 da Súmula [Inq 687-SP (RTJ 179/912)] — no sentido de que a competência especial não alcança aqueles que não mais exercem o cargo ou mandato — consubstancia a interpretação constitucional que deve ser dada ao art. 102, I, *b* e *c* da CF/88, **proferiu voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, determinando a baixa dos autos a primeira instância**. Após, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence (CPP, 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).

Inq 2.010-QO-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 25.9.2003.(INQ-2010).

Recordo que a não concessão da medida liminar pleiteada na ADIN nº 2797 não impede o controle difuso, apesar de posicionamentos divergentes. A própria Suprema Corte, no julgamento da Rcl (QO) 2.063-RJ (05.06.2002), vencida a Ministra Relatora Ellen Gracie, conforme noticiado no *Informativo STF* nº 271, considerou que a decisão que indefere medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade não tem efeito vinculante.

Aguardemos a decisão final do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 2797 e no Inquérito 2.010, esperando que fulmine a lei vergastada. E enquanto isso não ocorre, encontra-se a nossa disposição o controle difuso para afastar a aplicabilidade da lei.

Avante!