

## Ampliação do foro privilegiado de Prefeitos, Ministério Público e combate à corrupção *lato sensu*: a inconstitucionalidade da proposta de Emenda 358/2005

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini\*

Visa a presente tese demonstrar a inconstitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, no que diz respeito à nova redação do inciso X do artigo 29, e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, que ampliam e perpetuam o foro privilegiado de Prefeitos.

A proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, aprovada no Senado Federal no fim de 2006, está pronta para votação na Câmara dos Deputados, com o que estarão definidas novas mudanças na Constituição Federal, finalizando-se a denominada reforma do Poder Judiciário, iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004.

Apesar de alguns avanços, essa proposta de emenda possui dois dispositivos que merecem muita atenção da sociedade brasileira e dos congressistas da atual legislatura, na medida em que estabelecem a ampliação das prerrogativas de foro para agentes políticos, cujas graves conseqüências vão além de mera formalidade.

Trata-se da nova redação do inciso X do artigo 29, que estabelece o “julgamento do Prefeito, por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, perante o Tribunal de Justiça”; e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, que dispõe que “a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função” (*caput*). E mais, que “a ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo” (parágrafo único).

Tais propostas de reforma constitucional contém, no mínimo, as seguintes novas regras: 1ª) os Prefeitos passam a ser processados perante o Tribunal de Justiça, não apenas em matéria de responsabilidade criminal – como é hoje –, bem como em relação à sua responsabilidade civil e por ato de improbidade administrativa; 2ª) os detentores de prerrogativa de foro, como é o caso dos Prefeitos, mantêm o privilégio de serem julgados pelo tribunal, em razão dos atos ilícitos cometidos no exercício do mandato, mesmo após a

cessação do exercício das funções, não mais retornando o processo para a instância comum, como é atualmente; 3ª) em regra especial, para que não subsista qualquer dúvida, a ação de improbidade haverá de ser distribuída perante o tribunal competente, para aqueles agentes públicos detentores de prerrogativa de foro, em matéria criminal, alterando o atual regime de competência para o julgamento da ação de improbidade junto a primeira instância.

Embora outras conseqüências possam ser tiradas das mudanças em curso, apresentase conveniente focalizar-se as alterações atinentes à ampliação das prerrogativas dos Prefeitos, com a conseqüente dilatação das competências dos tribunais, em especial dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Essas novas regras, a nosso ver, trarão conseqüências práticas indesejáveis. No lugar de aumentarem a eficiência do Poder Judiciário e do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, dentre os quais avultam o combate ao arbítrio, à ineficiência administrativa e à corrupção, inversamente, contrariando o interesse geral, se estará reduzindo a eficiência do controle judicial sobre as administrações municipais, com violação, portanto, do princípio constitucional da eficiência, dentre outros princípios a seguir estudados, retirando-se dos Promotores de Justiça e dos Juizes de Direito de 1ª Instância, as respectivas atribuições para investigar, processar e julgar cada um dos 5560 Prefeitos brasileiros.

No lugar de uma rede nacional de Promotores de Justiça e Juizes de Direito capilarmente distribuídos pelos mais de oito milhões de quilômetros quadrados do nosso imenso País, autoridades essas residentes nas comarcas dos rincões mais distantes do território nacional, e, portanto, prontas para detectar os desvios cometidos e tomar rapidamente as providências devidas e *in loco*, todo esse aparato de Justiça, formado por milhares de agentes, será substituído, em cada um dos Estados da Federação, por apenas um Procurador-Geral de Justiça, e, provavelmente, por somente um pequeno colegiado de Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça Estadual, o que não é razoável e proporcional.

Com efeito, é humanamente impossível ao Chefe do Ministério Público do Estado, por maior que seja a sua assessoria, exercer as atribuições de fiscalizar, investigar e processar todo e qualquer Prefeito de Município integrante do território do Estado-membro, bem assim da Câmara do Tribunal de Justiça para o julgamento de todos os casos envolvendo os alcaides de Municípios sob a sua jurisdição.

O atraso ou a não prestação dos serviços públicos em questão parecem inevitáveis, diante de tão pequena estrutura, desproporcional ao problema, o que gerará maior desprestígio da Justiça e a elevação dos níveis de impunidade. Os princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, certamente não foram cogitados pelos autores, redatores e revisores da Emenda 358/2005.

Tais mudanças não merecem vingar, porque somente beneficiarão injustamente os Prefeitos dos mais de cinco mil Municípios brasileiros, que passarão a ter verdadeira imunidade, tornando-se irresponsáveis por seus atos, o que produzirá a elevação dos desmandos, impunidade e mais corrupção, ante a ausência de controle judicial, em contraposição aos princípios da legalidade, moralidade e da probidade administrativa, comportamentos esses que se tornarão exemplos para os administrados, alimentando o ciclo vicioso da impunidade e da criminalidade, presente em toda a sociedade.

É necessário que entendamos que o exemplo é dado por aqueles que comandam o País, queiram ou não, para o bem ou para o mal. Se queremos construir para o futuro das novas gerações uma sociedade justa e solidária, a impunidade e a corrupção devem ser

combatidas prioritariamente. Caso contrário, estaremos realimentando a secular marca da sociedade brasileira, timbrada por históricas e crescentes injustiças e desigualdades, que na atual quadra já atingiram o nível do insuportável, colocando sob fogo cerrado os direitos básicos de qualquer cidadão – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade – e o próprio Estado Democrático de Direito.

Não bastasse a violação das normas-princípio da eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, probidade administrativa e legalidade, o que já seria suficiente para a rejeição do projeto de reforma da Constituição, outras razões igualmente recomendam a rejeição das mudanças constitucionais sob análise.

Com efeito, os somente vinte e sete Procuradores-Gerais de Justiça, chefes, em cada Estado da Federação, do respectivo Ministério Público Estadual, certamente não são as autoridades ministeriais mais apropriadas para o exercício das atribuições de fiscalizar, investigar e processar Prefeitos.

A primeira razão é prática. Não é possível que o Procurador-Geral, sediado na Capital, e detentor de um grande número de competências administrativas, políticas e funcionais, previstas na Constituição, na Lei Orgânica Nacional, na Lei Orgânica Estadual, nos Códigos de Processo etc., possa fiscalizar com adequação e eficácia o que ocorre em cada Município do território estadual. Sem Promotores suficientes, as investigações não são realizadas e os casos não são levados ao Poder Judiciário, o que pragmaticamente importa na própria supressão do constitucional princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não podemos esquecer que os Juízes e Tribunais são inertes (princípio da inércia), funcionando apenas quando provocados. Se o Ministério Público não provoca por meio do oferecimento das denúncias criminais ou das petições iniciais das ações de improbidade, os processos judiciais não nascem, transformando o Poder Judiciário em mero expectador dos desmandos cometidos pelos demais poderes.

Não se deve ignorar que o direito é instância da realidade,<sup>1</sup> não podendo ser produzido esquecendo-se os fatos da vida, a não ser que a oculta intenção do legislador seja criar algo ineficaz, desprovido de condições de concretização, um modelo meramente formal, o que não se admite possa ocorrer.

O segundo motivo é funcional: o Procurador-Geral de Justiça não é vitalício no cargo, exercendo mandato por dois anos, o que gera a descontinuidade dos serviços prestados pelo Ministério Público, contrariando os princípios da continuidade e da regularidade dos serviços públicos. Para o desempenho de uma atividade que deve ser permanente, é necessário que tenhamos agentes públicos titulares e estáveis no exercício de tais complexas, continuadas e relevantes tarefas.

---

<sup>1</sup> Leciona Eros Grau que: “Parece-me virtuosa a referência a ela – à *doutrina real do direito* – como campo no qual praticamos o pensar (a busca dos significados), e não meramente o conhecer (a busca da verdade). Insisto em que não há, no direito, o *verdadeiro*, mas o *aceitável* (justificável). A *doutrina real do direito* é, fundamentalmente, mas não exclusivamente, um *sistema semiológico*, ao passo que a teoria jurídica formal é um sistema *lógico*. O direito, de resto, não é uma *questão científica*, porém uma *questão política* (Oscar Correas 1982/13).

Ademais, o que me parece suficiente a justificar perseverança no trato do modo de pensar assim designado – pois a *doutrina real do direito* não designa, para mim, senão isso, um *modo de pensar o direito* –, o que me parece suficiente a justificá-lo, dizia, é o fato de que a sua compreensão plena (do direito) transcende a análise exclusivamente da norma. Não se trata apenas de afirmar que o direito é norma, decisão e ordenamento e estrutura, mas, sobretudo – repito –, que o direito é instância da realidade. E que o direito é apreendido do exterior: é uma criação do homem, não redutível às categorias e modelos rígidos da lógica formal (Menezes Cordeiro 1989/LXI)”. (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 35-36).

A terceira razão é eminentemente política, pois a eleição, nomeação e eventual recondução do Procurador-Geral de Justiça, verdadeiramente, o Promotor-Geral de Justiça do Estado, envolve conjecturas que ultrapassam as esferas estritamente funcionais, tornando-o refém de sua própria condição de agente político.

Como cediço, o Procurador-Geral de Justiça do Estado é escolhido por um processo político misto, que envolve o próprio Ministério Público, na elaboração de uma lista tríplice formada por Promotores ou Procuradores de Justiça, após eleição interna, e a escolha de um dos nomes pelo Governador do Estado. Esse processo político pode expor o eleito e escolhido Procurador-Geral, a pressões políticas das mais diversas, inclusive aquelas inconfessáveis, escusas, como a própria cobrança da nomeação, por futura manipulação do escolhido no exercício das funções ministeriais, vigiado facilmente pelos detentores do poder,<sup>2</sup> controle que se torna muito difícil de ocorrer, quando a atribuição está disseminada entre vários agentes.

Não se deve esquecer que Platão, na antiguidade, desiludiu-se com a política ateniense, cujo governo se degenerou de injustiça em injustiça, levando-o a abandonar o seu ideal de participação política, alimentado desde a juventude.<sup>3</sup> Não se tem notícia de que algo tenha mudado no decorrer da história da humanidade. Entender que o processo de nomeação do Procurador-Geral não está envolto a uma verdadeira miríade de interesses políticos, é agir com ingenuidade, que não se compactua com o universo político.

O Procurador-Geral de Justiça é responsável pela representação externa do Ministério Público Estadual, aí incluída a gestão política dos assuntos de interesse da Instituição junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, como, por exemplo, a aprovação de projeto de lei para a criação de cargos, fixação de vencimentos, proposta orçamentária etc. Entregar ao Procurador-Geral toda a atividade de política externa do Ministério Público e atribuir-lhe o dever de fiscalizar, investigar e processar Prefeitos, agentes políticos ligados visceralmente aos Partidos Políticos, aos Deputados e ao Governador, é, no mínimo, fonte de desnecessário e não recomendável constrangimento, porque dessa relação não se descarta a velada e ilegal omissão do Procurador-Geral, em prejuízo do interesse público.

Não é difícil imaginar que poderá o Procurador-Geral se ver diante do difícil e concreto dilema decorrente do jogo político, não raramente perverso, de negociar a aprovação dos projetos de interesse do Órgão, em troca de sua conviência com desmandos administrativos; ou, então, de impor arrematado prejuízo ao Ministério Público e seus membros, cujos interesses administrativos, econômicos e políticos seriam rejeitados, em nome do altaneiro exercício das funções ministeriais, na fiscalização, investigação e processamento dos responsáveis por crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade administrativa. Aliás, a expressão popular “engavetador-geral” não pode ser esquecida, porquanto representativa dessa degeneração, queiramos ou não.

Não se deve esquecer que os Procuradores-Gerais são seres humanos, e, portanto, detentores dos defeitos e qualidades comuns a todos. Apesar do elevado nível de formação e educação desses homens e mulheres públicos, a condição pessoal desses agentes, por si só, não lhes garante contra as pressões a que estão sujeitos. Ao contrário disso, a própria

---

<sup>2</sup> Michel Foucault, cuidando das características do poder, assevera que ele é um tipo de organização do espaço, que ele disciplina o controle do tempo, e que a vigilância é um dos seus principais instrumentos de controle. (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**; organização e tradução de Roberto Machado, 23ª edição. São Paulo: Edições Graal Ltda., 2007, p. XVII-XVIII).

<sup>3</sup> PLATÃO. **História da filosofia**. Organizado e redigido por: Bernardette Siqueira Abrão. Revisto por: Mirtes Ugeda Coscodai. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999, p. 46-47.

condição de Procurador-Geral, face a natureza política do cargo, a relevância das atribuições e o monopólio de competências constitucionais e legais, atrai e facilita o trabalho dos grupos de pressão, mesmo quando movidos por escusos interesses econômicos ou políticos.

Não possuindo natureza divina, há que se ter cautela no sentido de se preservar a autoridade dos Procuradores-Gerais de Justiça, para que não haja prejuízo na concretização dos serviços prestados pelo Ministério Público, normalmente geradores da incompreensão e hostilidade dos adversários diretos sob o crivo do *Parquet*, em seus procedimentos investigatórios e inquéritos civis instaurados pelas Promotorias de Justiça, e respectivas ações penais públicas e ações civis públicas, cujos destinatários finais não são os requeridos, mas a defesa do interesse público e a própria sociedade.

Para que esses serviços continuem a ser prestados, é recomendável que os milhares de Prefeitos desse país sejam fiscalizados, investigados e processados pelos milhares de Promotores de Justiça estaduais, bem assim julgados pelos correspondentes Juízes de Direito.

A revista VEJA, em edição de capa tratou do tema “UMA PRAGA NACIONAL: corrupção e inércia nas prefeituras desviam mais de 20 bilhões de reais por ano”. Em tal reportagem esse periódico faz um diagnóstico dessa verdadeira calamidade pública representada pelo desperdício, desvio e corrupção, sustentados pelo dinheiro público, movimentado pelas 5560 prefeituras do país, gerando um prejuízo estimado de 20 bilhões de reais.<sup>4</sup> Se se almeja verdadeiramente combater a noticiada pandemia administrativa, a opção pela ampliação do foro privilegiado dos Prefeitos, vêm contra esse projeto de proibidade na Administração Pública, que além de um compromisso constitucional, é um compromisso com o bem comum, com a República, com a Justiça, com a dignidade e a esperança de cada um dos brasileiros.

O direito não é apenas norma. O direito é também instância da realidade. E a realidade brasileira vem indicando que a prerrogativa de foro tem historicamente contribuído somente para manter intacto, o que Ruy Barbosa denominou outrora de “regime da impunidade”, ao comentar a absoluta ineficácia das disposições normativas destinadas a conter e sancionar a corrupção administrativa, pois “nós lhe passamos a mão pela cabeça e consolidamos no Brasil o regimen da impunidade”.<sup>5</sup>

Para se ter idéia do que estamos falando, no plano nacional, nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal não condenou nenhum político detentor de foro privilegiado junto a maior Corte do País, nas minguadas vinte e nove ações penais propostas, apesar da magnitude e repetição continuada dos escândalos, tudo indicando que essa indesejável tendência de impunidade, que naturalmente realimenta a corrupção administrativa, haverá de se firmar no âmbito dos Estados, com a aprovação da Emenda Constitucional 358/2005, pois esse projeto, evidentemente, não vem para salvaguardar a sociedade, mas, para imunizar políticos e administradores habituados a violar os já mencionados princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, proibidade administrativa etc., além, também, dos princípios republicano e da isonomia, porquanto ao serem beneficiados com a pretendida

---

<sup>4</sup> UMA PRAGA NACIONAL: corrupção e inércia nas prefeituras desviam mais de 20 bilhões de reais por ano. In: VEJA, São Paulo: Editora Abril, ed. 1851, ano 37, n.º 17, p. 40-47, 28-4-2004.

<sup>5</sup> BARBOSA, Ruy. **Comentários à constituição federal brasileira**, vol. III. São Paulo: Livraria Saraiva & Cia., p. 457-458.

reforma, passarão a integrar a casta dos impunes e desiguais, pois não passíveis, na prática, de responsabilidade por seus atos.<sup>6</sup>

Se nós brasileiros queremos uma verdadeira República, baseada na igualdade entre os cidadãos, na temporariedade dos mandatos políticos e na responsabilidade dos mandatários, as alterações de que estamos tratando não merecem aprovação. Ao contrário disso, tudo recomenda que os Prefeitos sejam julgados na primeira instância, pois a opção do constituinte em conferir-lhes foro privilegiado em matéria criminal nos Tribunais de Justiça, mostrou-se indesejável e ineficaz, por não permitir, na esfera da realidade, o controle judicial da moralidade administrativa.

Se o Congresso Nacional quer verdadeiramente contribuir para a solução desse grande problema, que é a endêmica corrupção nacional, há, inicialmente, que reconhecer o problema, para, em seguida, adotando as medidas necessárias, criar as condições formais e materiais, constitucionais e legais, aparelhando o Ministério Público e o Poder Judiciário do século XXI, para enfrentar a arraigada e histórica corrupção administrativa.

No lugar da ampliação do foro privilegiado, os Prefeitos devem perder esse verdadeiro privilégio, fonte de imunidade e irresponsabilidade. A reforma que todos nós esperamos vem de encontro à revogação do atual inciso X do artigo 29 da CF, para o fim de submeter os Prefeitos a julgamento perante a primeira instância nos processos criminais e por ato de improbidade administrativa.

A reforma que a sociedade brasileira espera, é no sentido da supressão e rejeição do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, para que não se tenha a ampliação do foro para aqueles que deixaram as funções públicas, mantendo, outrossim, a ação de improbidade na primeira instância. A aprovação de alterações no sentido proposto, representará a derrota de alguns poucos, que não se atentaram para o compromisso constitucional de probidade na Administração Pública, e para os tratados internacionais firmados pelo Brasil nesse novo milênio, onde a corrupção e os corruptos não têm lugar, devendo ser combatidos e banidos pelos órgãos de controle do Estado, pela sociedade civil organizada e pelo cidadão, com todas as forças disponíveis, ante o mal que essas práticas produzem para a sociedade.

Os tempos são outros, e apesar de Platão ter-se afastado da política por não suportar conviver com a degeneração da sociedade, o seu ideal, para a felicidade coletiva, continua presente, pois os estudos que desenvolveu na Academia não geraram seu afastamento e alienação, mas a produção da *theoría* necessária para se conhecer o “Bem”, com o fito de iluminar e transformar a realidade.<sup>7</sup>

Essa é a luz que se almeja da maioria dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado da República, para que a política resgate o seu verdadeiro papel na sociedade, no lugar do desencanto de todos nós brasileiros.

Sendo assim, a título de conclusão, podemos afirmar que:

1º) o Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, não merece ser aprovado no que se refere à ampliação da prerrogativa de foro de prefeitos para as ações de improbidade administrativa (proposta de nova redação do inciso X do artigo 29 da CF, e do parágrafo único do artigo 97-A da CF), porquanto impedirá a concretização do controle judicial dos atos cometidos por esses agentes políticos;

---

<sup>6</sup> EM 10 ANOS, STF NÃO CONDENOU NENHUM POLÍTICO: desde 1996, tribunal responsável por julgar parlamentares e ministros concluiu 29 processos penais. São Paulo: O Estado de São Paulo, p. A8 - Nacional, 1802-2007.

<sup>7</sup> Obra citada, p. 52.

2º) o Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, não merece ser aprovado no que se refere à manutenção da prerrogativa de foro em razão de atos ilícitos cometidos no exercício do mandato, mesmo após a cessação do exercício das funções (proposta de redação do artigo 97-A da CF), na medida em que perpetuará o impedimento acima referido, imunizando esses agentes políticos;

3º) os dispositivos de que trata o projeto de emenda constitucional – proposta de nova redação do inciso X do artigo 29, e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único – são inconstitucionais, por violarem os princípios da eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, probidade administrativa e legalidade;

4º) esses dispositivos de que trata o projeto de emenda constitucional, igualmente atentam contra o princípio republicano e o princípio da igualdade;

5º) o interesse público primário e os direitos de cidadania recomendam que a reforma constitucional que interessa a sociedade, na atual ambiência de corrupção administrativa, é a de supressão do atual inciso X do artigo 29, submetendo os Prefeitos, como se dá com qualquer cidadão, a julgamento em primeira instância.

\*Promotor de Justiça Substituto de 2º Grau do Ministério Público do Estado do Paraná.

Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/tsmateus.doc>

Acesso em: 6 de junho de 2007