

A inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02

Walter Gustavo da Silva Lemos

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho são algumas considerações sobre o novo texto do artigo 84 do Código de Processo Penal, dispondo sobre a sua existência no mundo jurídico está em perfeita harmonia com as normas constitucionais ou não.

Em princípio, é necessário voltar ao tempo em que a Lei que modificou o texto do presente artigo, ainda estava tramitando no Congresso Nacional, para vermos que os ditames legais foram por demais apressados. Que as evidências da legislação em causa própria estão por demais configuradas no novo texto.

A partir da promulgação da Lei 10.628/02, percebemos que os entendimentos de vários tribunais e de alguns juristas estão no campo da inconstitucionalidade da norma ordinária, por estar em claro atentado à nossa Lei maior.

Mas, é evidente que tais afirmações devem ser embasadas em argumentos que possam demonstrar o afrontamento a vários princípios enumerados na nossa Constituição, como também em artigos definidos pela mesma. É necessário ir a fundo, pesquisar, analisar e chegar a um entendimento, vendo as duas vertentes, os dois lados, para chegar a uma cognição melhor e mais plena sobre a matéria.

Transpassado o período de estudo e análise, posicionar-se é a mais natural atitude, estando com os nossos colegas juristas como fundamentos básicos, e, estes, estão pela inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, dizendo ainda, que não há a causa para a continuidade desse malefício em nosso ordenamento jurídico.

Mas, para expor esse nosso posicionamento, é claro recorrermos a quem nos deu sustentação teórica para tal feito, e com base nas palavras de muitos, chegarmos às nossas, que ecoam juntos com de alguns doutrinadores ilustres que veremos ao longo do presente trabalho.

A PROMULGAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 6.295/02

Mesmo com controvérsia no mundo jurídico do Projeto de Lei nº 6.295/02, o nosso Congresso Nacional promulgou nova matéria, alterando o artigo 84 do Código de Processo Penal, proporcionando aos ex-exercentes de função pública, os mesmos privilégios dos que exercem tais funções.

Deixaram no mesmo patamar de igualdade as pessoas que estão exercendo os cargos públicos e, que necessitam das prerrogativas de suas funções para o bom funcionamento do ente público, e as pessoas que já passaram pelos cargos públicos.

A doutrina já escrita sobre o assunto, antes mesmo da promulgação da Lei, posicionava-se contra essa nova postura, pois é necessário entender que as prerrogativas de função são privilégios para que a pessoa física que está prestando tal serviço ao Estado possa exercer suas atribuições sem interferência externa, para o bem do andamento do serviço público. As prerrogativas de função são justamente garantias do Estado para o funcionamento do mesmo.

Porém, os nossos ilustres legisladores, conhecedores do nosso Direito, e beneficiários da nova lei, não importaram com as posições dos nossos doutrinadores, nem dos nossos juristas renomados de vários tribunais, passando por cima do dever funcional para legislar em causa própria.

Vários Tribunais e Ministérios Públicos já explanavam entendimentos contrários à nova lei antes mesmo de sua promulgação, na vã expectativa de sensibilizar o nosso Congresso Nacional.

À época o jurista Dalmo de Abreu Dallari já se posicionava contra essa tramitação e já dizia “embora seja escandalosamente inconstitucional esse projeto foi estranhamente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, onde se supõe que haja conhecedores da Constituição”.

No final de dezembro de 2002, esse projeto de lei acima referido foi promulgado e transformado em lei, esta que recebeu o nº 10.628, e alteraram o artigo 84 do nosso Código de Processo Penal, concedendo-lhe dois parágrafos que tiveram os seguintes textos: “parágrafo 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.” E o parágrafo 2º ganhou a seguinte forma: “A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429/92, 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 parágrafo 1º”.

DO FORO PRIVILEGIADO

A competência determinada pela prerrogativa de função é bem clara quando se enaltece a função que a pessoa exerce, tendo em vista a dignidade do cargo e nunca, da

pessoa que exerce. É fácil visualizar os princípios da utilidade da ordem pública, da ordem e da subordinação para a necessidade desse foro especial.

O respaldo legal vem justamente dessa necessidade de assegurar o pleno exercício da função para que esta, em sua dignidade, nunca seja atingida.

Para isso, a Constituição de 1988 explanou sobre a matéria, distribuindo entre os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça, a competência para o julgamento de cada ente público, especificando cada caso e cada lugar onde será julgado.

Dessa forma, coube a matéria constitucional dispor sobre o assunto, pois cabe a ela a determinação da competência dos Tribunais Superiores.

E, caindo na hierarquia das leis, passando para as leis infraconstitucionais, é justamente no artigo 84 do Código de Processo Penal que há disposição sobre a prerrogativa de função. Então, a necessidade de mudança no artigo 84 do CPP feita pela Lei nº 10.628/02 não existe, mas para o bem de poucos foras feito, e sem nenhuma discussão maior sobre o assunto.

É por isso que declarar a inconstitucionalidade da matéria é de total relevância, pois está estampada claramente. Quando acima falamos que a dignidade importante em questão é a do cargo, como conceber que a pessoa que passou pelo cargo e este não mais o exerça, continue com os mesmos respaldos de quando o exercia. É hilário, é estapafúrdio entender essa lei, mas é conveniente haver essa lei.

A dignidade foge agora à necessidade do cargo e recai na pessoa que o ocupa, deturpando o objeto jurídico para qual o instituto fora criado. Há uma presente diferenciação nas pessoas, ultrapassando demoralizadamente, o princípio da Isonomia, dentre outros.

Sobre o atentado ao instituto do Foro Privilegiado, o jurista Renato Flávio Marcão, dispõe que “os manipuladores da lei se esqueceram que o privilégio é me razão do exercício da função pública e não do cidadão. Deturparam o fundamento de base da regra, em benefício próprio. Advogaram em causa própria. Usaram das funções para estabelecer em benefícios próprios privilégios injustificados, inconstitucionais, o que por si só resvala no artigo 37 da Constituição Federal, ferindo de morte princípios como a da legalidade, da impessoalidade e moralidade, estando tal conduta a reclamar as consequências jurídicas decorrentes.”

Sobre o parágrafo 2º do novo texto legal instituído pela Lei acima discutida, é comprovadamente irregular sua promulgação, posto que questões de prerrogativa de foro especial por função é matéria a ser discutida em caráter de Emenda Constitucional, pois aumentar as competências de nossos Tribunais somente será aceita dessa maneira.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 84 DO CPP

O novo texto do artigo 84 do Código de Processo Penal em seu parágrafo 1º acrescenta ao rol dos que detêm o foro privilegiado por prerrogativa de função, aqueles que já não exercem mais as mesmas, aqueles que já estiveram no exercício da função.

Como vimos nas explicações claras sobre foro privilegiado, se entende que esta prerrogativa está relacionada ao cargo público, pois este necessita de prerrogativa, e nunca da pessoa em si, somente da pessoa enquanto detentora do cargo. A entidade pública necessita de que haja foro privilegiado nesses casos normais para garantir o bom andamento nos serviços públicos, para que os ocupantes das funções possam exercer seus cargos com maior segurança.

Entretanto, os nossos ilustres legisladores, em causa evidentemente própria, resolveram ampliar o leque de beneficiados pelas prerrogativas de função para aqueles que nela não se encontra mais. É uma tentativa bem-sucedida de resguardar para si e para seus beneficiários privilégios que não merecem, que não são dignos.

Essa determinação legal, esse novo ordenamento jurídico, afronta estampadamente o Princípio da Isonomia, tratando de forma desigual iguais perante a lei. Esse parágrafo 1º do artigo 84 é totalmente equivocado em sua concepção, quanto mais em sua aplicação na vida cotidiana.

Só o pensamento de tal proposta já seria um absurdo no mundo jurídico, pois se a prerrogativa é pela função como aceitar uma incongruência em permanecer o privilégio além do exercício da função legal, imagine a promulgação de tal ordenamento, mas estamos no Brasil, num Congresso estranho às necessidades legais brasileiras e somente preocupados com as suas necessidades legais, com as leis que lhes beneficiam.

É necessário lembrar que o quando a autoridade pública encerra seu ciclo em sua função, volta a ser um mero cidadão, como sempre o foi, não sendo merecedor de tal privilégio. A prerrogativa não lhe cabe mais por não haver interesse do Estado em realçar essas autoridades que estiveram em exercício de função e já não exercem, o interesse do Estado é garantir o pleno trabalho da autoridade pública, como garantir um privilégio desses para um ex-exercente? É no mínimo incabível, no mínimo, sem sustentação teórica, a não ser o benefício pela própria classe política.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 84 DO CPP

O parágrafo 2º acrescentado ao artigo 84 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 10.628/02, legislou sobre a competência especial dos tribunais, matéria esta que só compete a ser disposta em norma constitucional, posto que só reserva-se à nossa Carta Magna disposição para tal feito.

O novo texto desse artigo, na inclusão do seu 2º parágrafo estipula que nas ações oriundas de improbidade administrativa, os agentes que dela sofrem terão os mesmos foros privilegiados criminalmente, conforme está disposto na Constituição sobre responsabilidade penal comum dos agentes.

A nossa Carta Magna é bastante clara quando dispõe sobre as competências dos nossos Tribunais, sejam eles estaduais ou os superiores, posto que só compete a este texto legal legislar sobre a matéria.

Mas, o nosso Congresso Nacional, dentro de sua enorme sapiência jurídica, ultrapassou as competências das Leis Ordinárias, dispondo nelas matérias que só competem à Constituição, querendo impor a estes Tribunais competência maior do que lhes cabem, instituindo que os crimes de responsabilidade por improbidade dos agentes públicos sejam também julgados como se fossem crimes comuns, matéria esta que está plenamente disposto no nosso texto constitucional.

É no mínimo infame a Lei nº 10.628/02, pois não há necessidade para tal feito, não há nexos em sua matéria, há sim uma deturpação da moral do nosso Congresso, legislando para as suas próprias responsabilidades ou para a de terceiros mal intencionados, ao invés de pensar no bem do erário público, estando este ligado diretamente ao bem estar social.

Era necessária uma discussão maior sobre o tema em sua fase de projeto de lei ainda, para não recair sobre o erro que infelizmente observa-se atualmente, onde se deixa pensar sobre a legislação plena e evidente em causa própria.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFRONTADOS PELA LEI Nº 10.628/02

Para melhor visualização das normas constitucionais que o novo texto do artigo 84 do Código de Processo Penal afronta convém irmos item por item, enumerando os princípios desrespeitados.

Primeiramente, o maior ferimento à nossa Carta Magna acontece perante o Princípio da Isonomia, pois neste está disposto na Constituição que todas as pessoas detêm o direito de igualdade, tendo as mesmas chances, oportunidade, e, principalmente, direitos e deveres como cidadão. É claro, que todos nós do mundo jurídico já sabemos tanto sobre esse princípio que se torna repetitivo maior explicação.

A Lei nº 10.628/02 em renovando o texto do artigo 84, atribuindo-lhe dois novos parágrafos, que dispõe no primeiro parágrafo sobre a continuação do foro especial por prerrogativa de função mesmo após já ter cessado o tempo de exercício desta, e no segundo sobre.

É claro que esta Lei privilegia poucas pessoas, poucos mortais que detiveram esses cargos já privilegiados, mas mesmo esses cidadãos deixando os seus cargos voltam a ser mero cidadão, normal como qualquer outro, não sendo merecedor dessas prerrogativas, que o próprio nome já expõe facilmente, por função. O novo texto atribuiu direito a algumas pessoas, que fizeram por merecê-lo por determinado tempo, mas não pelo resto de suas vidas. A prerrogativa por função é temporal, é ligado ao cargo que a pessoa ocupa, e nunca para a pessoa em si. A nova Lei afronta nessa parte o princípio aqui exposto, pois viola a igualdade entre os cidadãos.

O princípio da Legalidade foi deverás afrontado pela lei já citada, por criar situação privilegiada pela os indiciados nos delitos de improbidade administrativa, gerando benefício contrário ao que a Constituição e as leis brasileiras pregam sobre o tema.

Sobre o Princípio da Moralidade convêm falarmos sobre como a Lei nº 10.628/02 afrontou esse princípio constitucional, pois essa moral badalada nesses casos não é a moral comum, mas sim uma moral jurídica, diferente, estudada, científica, onde os atos administrativos devem ser feitos a partir desse elemento ético de conduta.

Ao dispor sobre a matéria o douto jurista Hely Lopes Meirelles bem disse “Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”.”

A Lei nº 10.628/02 por mais que detenha toda a legalidade, passando por todos os trâmites para a sua promulgação, não é uma lei ética, não é uma lei coerente, não obedece a esses pressupostos, devendo os entes administrativos julgarem a seu foro íntimo não utilizarem dessa malfadada lei, e em usando, que o Judiciário não conheça e não constitua tal direito. É claro que não cabe ao Judiciário o papel de legislar, nunca coube, mas vale o papel de não aceitar uma lei inconstitucional, que fere os princípios legais básicos.

Perante o Princípio da Impessoalidade, certo é dizer que está também afrontando ao constante na nossa Carta Magna, pois há o preceito de que o cargo público é impessoal, a pessoa que por um momento está revestida desse direito de estar presente ao cargo, responde como detentor daquele cargo e não como cidadão normal. Os direitos e deveres ao cargo são diferentes, são inflados pela representatividade que o mesmo detêm.

Proporcionar aos que não estão mais no cargo privilégios que são impessoais é atentar contra a nossa norma máxima, é fazer existir uma aberração jurídica sem tamanho, é conceder a cidadãos comuns privilégios como se detentores de cargos públicos fossem, ou mesmo instituir a atemporalidade aos detentores dos cargos, pois estes seriam tratados sempre com vitaliciedade em relação aos cargos que um dia exerceram. É errado, é absurdo, mas é real.

POSICIONAMENTOS DE ALGUNS TRIBUNAIS

Mesmo os legisladores tentando alcançar seus objetivos legais, sejam estes válidos ou não, sempre esbarram na jurisprudência, pois uma lei não sobrevive sem que a jurisprudência lhe conceda o total amparo para que isso aconteça.

Dessa forma, vários Tribunais de Justiça como de Alçada, posicionam-se contra a Lei nº 10.628, declarando-a inconstitucional e em alguns casos, elacando os princípios que ela afronta.

O Tribunal de Justiça de Goiás, através do seu desembargador José Lenar de Melo Bandeira, manteve posicionamento pela inconstitucionalidade da norma, não a aplicando em casos concretos, decidindo totalmente contrário a ela.

No tocante ao parágrafo 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, o ilustre desembargador expõe tais pensamentos pela inconstitucionalidade dessa norma, “pelo duro golpe contra o princípio republicano da igualdade, pela usurpação da competência e pelo fomento à criminalidade política e à corrupção, sabido que muitos têm se valido de prerrogativas asseguradas pelas funções para delinquir impunemente”. É claro o entendimento desse egrégio tribunal quanto à esta norma, e quanto à sua inconstitucionalidade.

O mesmo Tribunal de Justiça de Goiás, sobre o parágrafo 2º do artigo 84 do CPP, incluindo pela Lei nº 10.628/02, já pacificou internamente a matéria, não concedendo o foro especial por prerrogativa de função em crimes de improbidade, reconhecendo assim, a total inconstitucionalidade de tal feito. Em palavras do nobre Desembargador Roldão Oliveira de Carvalho, o seu Acórdão ganhou a seguinte forma: “Queixa 79-9/226. Queixa. Lei Federal nº 10.628/02. Inconstitucionalidade da Ampliação da Prerrogativa de Foro para os Ex-exercentes de Cargo Público ou Mandato. 1 – a prerrogativa de foro estendida àqueles que já não exercem mandato ou cargo público não encontra justificativa do ponto de vista prático e materializa ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que já não existem riscos de prejuízo ao exercício do cargo antes ocupado, e empresta a um cidadão comum, maiores privilégios legais do que obteria outro, em iguais condições. 2 – sendo de exclusiva previsão constitucional a competência dos Tribunais, ela não pode ser ampliada por simples Lei ordinária, o que força a conclusão de que a Lei 10.628/02, que deu nova redação ao artigo 84 do CPP encontra-se marcada pela nódoa da inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade declarada incidentalmente.”

É claro perceber pela decisão no Nobre Desembargador em sua análise prática da matéria que não foi respeitada a Verticalidade das Leis, partindo da forma inversa da hierarquicidade, onde absurdamente, uma lei menor legisla sobre matéria de uma lei maior.

O Tribunal de Justiça de São Paulo segue a mesma tendência, indeferindo as ações que insurgem como preliminar a incompetência por foro privilegiado, negando o provimento sempre que possível, como no voto do ilustre Desembargador Antonio Rulli, não encontrando fundamento legal Constitucional para embasar tal lei.

O Acórdão por ele prolatado é de extrema clareza e disposição sobre o assunto, não fugindo do seu dever legal de menosprezar normas como esta que atacam diretamente a nossa Carta Magna, então vale lembrar suas palavras “da mesma forma, inexistente foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de prefeitos municipais, por ausência de previsão constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1ª Instância.” Assim, vemos que na prática os Tribunais já indeferiram a vida do novo texto acrescentado pela Lei, posto que não há como

descumprir a norma constitucional, sendo esta hierarquicamente superior a uma mera norma ordinária.

É claro que o bom andamento legal não será feito somente através de jurisprudência, posto que qualquer lei deve passar por toda uma análise constitucional antes de sua promulgação, e essa passou, mas por motivos obtusos e obscuros, a devida Comissão que analisa deixou passar esse deslize do legislador.

Quando acontecem esses lapsos, por melhor dizer, cabe então, aos magistrados e juristas em geral adequar a norma à realidade e aos princípios norteadores do Direito, para que assim possa buscar a verdadeira utilidade para o bem estar social. Dessa maneira, cabe agora, com a já promulgação, ao Judiciário rechaçar da vida legal nacional essa estapafúrdia incongruência jurídica.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho apontamos vários pontos cruciais para demonstrar a inconstitucionalidade da Lei nº 10628/02, que trouxe ao mundo jurídico a figura do foro privilegiado para a acusado de improbidade administrativa.

O foro privilegiado das pessoas que já não realizam a função pública é um afronta a Constituição Federal, pois da tratamento diferenciado a que não mais esta em condição especial.

Esta lei portanto é estranha ao mundo jurídico brasileiro, pois inconstitucional, demonstrando privilégio a quem não está mais em condição especial, devendo ser nitidamente expurgada de nossa legislação, sendo que o melhor remédio seria a sua revogação pelos poderes da República, para demonstra que nossos políticos detém a devida lisura em sua vida pública.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1533/A-inconstitucionalidade-da-Lei-n-10628-02>

Acesso em: 05/05/09.