

COMENTÁRIOS À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º
4.870/ES

COMMENTS TO THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION N.º 4.870/ES



Felipe Cazuo Azuma ¹

A ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, protocolada em 17 de outubro de 2012 e julgada em 15 de dezembro de 2020, teve como objeto o artigo 109, inciso I, alínea 'h' da Constituição Estadual do Espírito Santo. A referida alínea, do referido artigo, foi inserida através da Emenda Constitucional n.º 85/12 e criou uma nova hipótese de foro por prerrogativa de função.

Palavras-Chaves: Inconstitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Constituição do Estado do Espírito Santo.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado. E-mail: felipe@abdadvocacia.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2027761233637159>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9379-4740>.



José Laurindo de Souza Netto²

The direct action of unconstitutionality n.º 4.870/ES, file don October 17, 2012 and judged on December 15, 2020, had as its object the article 109, item I, item 'h' of the State Constitution of Espírito Santo. The referred paragraph, of the referred article, was inserted through Constitutional Amendment n.º 85/12 and created a new hypothesis of jurisdiction by prerogative of function.

Keywords: Unconstitutionality; Federal Court of Justice; Constitution of the State of Espírito Santo.

² Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem a finalidade de tecer comentários sobre a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES.

Esta ação foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sob o fundamento de ofensa ao princípio da simetria já que a EC n.º 85/12 estendeu as hipóteses de foro por prerrogativa de função a ações que não tenham natureza criminal, mas que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo, como é o caso da ação de improbidade administrativa.

Em 15 de dezembro de 2020 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a referida ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 109, inciso I, alínea h, da Constituição do Estado do Espírito Santo, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 85/2012.

Segue a ementa da decisão do plenário do Supremo, com grifos inexistentes no texto original:

EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n.º 85/12, do Estado do Espírito Santo, que acrescentou a alínea h ao art. 109, inciso I, da Constituição estadual. Criação de nova hipótese de foro por prerrogativa de função. Ações de natureza civil que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo. Ofensa ao princípio da simetria. Precedentes. Inconstitucionalidade. **1. Por obra do constituinte originário, foi fixada a primazia da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF/88). Contudo, extraem-se do próprio texto constitucional outorgas pontuais aos estados membros da competência para a elaboração de normas de cunho processual.** Destaca-se aqui a possibilidade de a constituição estadual definir as causas afetas ao juízo natural do Tribunal de Justiça, desde que atendidos os princípios estabelecidos na Lei Fundamental (art. 125, CF/88). **2. A Emenda Constitucional n.º 85/12, do Estado do Espírito Santo, ao estender as hipóteses de foro por prerrogativa de função a ações que não tenham natureza criminal, mas que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo, como é o caso da ação de improbidade administrativa, contrariou o princípio da simetria e foi de encontro à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.** Precedentes: ADI n.º 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 19/12/06; ADI n.º 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 19/12/06; Pet n.º 3.240-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, DJe de 22/8/18. 3. Modulam-se os efeitos da decisão para que não alcance os processos já transitados em julgado. **4. Ação julgada procedente. (grifo nosso).**

A metodologia atribuída ao presente artigo, quanto aos meios, se trata de uma investigação que tem como suporte uma pesquisa bibliográfica. Esta por sua vez, consolida-se por meio de livros contidos no acervo pessoal do autor, bem como em buscas de livros, artigos e jurisprudências disponíveis *on-line*.

1 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 85/2012

Sabe-se que as emendas constitucionais são fruto do poder constituinte derivado reformador, uma vez que são instrumentos utilizados para a alteração do trabalho do poder constituinte originário, através do acréscimo, da modificação ou da supressão de normas, como bem lecionam Antônio José e Miguel Feu Rosa (1998).

A matéria introduzida pela PEC (Proposta de Emenda Constitucional), se estiver em perfeita harmonia com os limites indicados pela própria constituição¹, incorporar-se-á ao texto originário e a ela será atribuída força normativa de constituição.

A emenda constitucional publicada em 09 de julho de 2012 trouxe, em seu preâmbulo, a seguinte finalidade: "Estabelece foro no Tribunal de Justiça para aqueles que nele tenham foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição Estadual, nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo".

Em outras palavras, a norma cria nova hipótese de foro por prerrogativa de função, relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa.

Para isso, acrescentou ao inciso I do artigo 109 da Constituição Estadual do Espírito Santo, a alínea "h", com a seguinte redação: "nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo, aqueles que tenham foro no Tribunal de Justiça por prerrogativa de função, previsto nesta Constituição".

Percebe-se, portanto, que a referida emenda buscou criar uma nova hipótese de foro por função àqueles que fossem réus em ações que pudessem resultar na suspensão ou perda de direitos políticos ou na perda de função pública ou de mandato eletivo, como ações de improbidade administrativa, por exemplo.

2 FUNDAMENTOS DA ADI N.º 4.870/ES

A ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sustentou que a emenda constitucional supracitada teria violado os arts. 22, inciso I; 25; e 125 da Constituição Federal, assim como o

¹ A exemplo, cita-se o artigo 60 da Constituição Federal, em seus incisos I, II, III e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º.

art. 11 do Atodas Disposições Constitucionais Transitórias, haja vista que o dispositivo questionado, ao estabelecer sistemática processual diversa da que prevista na Constituição Federal para conhecimento e julgamento de ação civil pública por improbidade administrativa, rompeu com o modelo federal estabelecido pela Constituição Federal.

Segue a transcrição dos artigos supracitados, respectivamente:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Segundo a parte autora, ao legislar sobre matéria processual, "estabelecendo foro por prerrogativa de função para ações civis, a Assembleia Legislativa daquele Estado invadiu a competência legislativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal)".

Alegou, ainda, que as prerrogativas de foro são hipóteses excepcionais adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, já que ofendem o princípio democrático da igualdade, por estabelecerem privilégios, apenas podem ser estabelecidos pela Constituição Federal, de modo que não há que se falar na criação de hipótese de foro por prerrogativa de função por meio de Constituição Estadual.

E de fato, o instituto do foro privilegiado, por si só, é uma ofensa ao princípio constitucional supracitado, isto porque oferece um tratamento diferenciado a certos indivíduos. É de se concordar, portanto, que tamanha "ofensa" só possa ser autorizada pela Constituição Federal da República.

3 COMENTÁRIOS SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N.º 4.870/ES

Em análise ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES se deu em total acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário bem como com o texto constitucional vigente em nosso país.

Como bem afirmado pelo Ministro Dias Toffoli, relator da referida ação, esta tratava, essencialmente, dos limites da competência dos estados para dispor, em

suas constituições, sobre as atribuições dos respectivos tribunais de justiça.

Mais do que isso, sobre a possibilidade dos estados federativos, ao disporem sobre o aludido tema, instituírem hipótese de foro por prerrogativa de função não prevista na Constituição Federal.

Conforme já afirmado, há a possibilidade de modificação/adição/supressão do poder constituinte originário por meio do poder constituinte derivado.

Ocorre que este poder constituinte derivado encontra seus limites na própria Constituição outorgada pelo poder constituinte originário.

Sabe-se que, de fato, o constituinte originário, na Carta Magna de 1988, autorizou aos estados federados para que se autoorganizem e elaborem suas próprias cartas políticas (art. 25, caput, da CF).

Entretanto, conforme o art. 11 do ADCT, cada Constituição Estadual deverá obedecer aos princípios instituídos na Constituição Federal.

Em se tratando do tema do foro por prerrogativa de função, há que se destacar que a jurisprudência da Corte Suprema vem se consolidando com o passar dos anos, ao firmar entendimento de que não é possível que as Constituições Estaduais ampliem tais possibilidades.

Isto porque, as normas referentes ao tema aludido são amplamente contempladas pela Carta Maior, inclusive em âmbitos estaduais e municipais, não havendo espaço para qualquer tipo de ampliação.

Nesse sentido, foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI n.º 2.556/MA, julgada em 15 de maio de 2019:

Como disse, a Constituição Federal fez uma escolha. Como regra, ela estabeleceu a dupla instância. A regra é de que, não só com base no princípio do juiz natural, mas no princípio da igualdade, todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. Excepcionalmente, a Constituição Federal estabeleceu, como disse, exceções em nível federal, estadual e municipal, não se limitou somente às autoridades federais. Ela já foi estabelecendo uma cláusula. A manutenção da interpretação do Supremo Tribunal Federal - que, obviamente, aqui, por justiça, é a interpretação que vem sendo dada - continuaria permitindo realmente algo absolutamente fora dos padrões normais. Nada justifica que 4.578 vereadores sejam processados pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Não há nem a proximidade com o fato, a possibilidade de uma investigação mais próxima, sendo que, se a Constituição quisesse, teria feito, no art. 29, com os vereadores, em relação ao foro, o que fez com a imunidade material. Quando quis a previsão da imunidade material igual a deputados federais, o fez. Quando não quis a extensão de um foro, não o fez. Então, essa é a interpretação que me parece mais consentânea com o conjunto da Constituição. A prerrogativa de foro é uma excepcionalidade - a meu ver, em vários casos, uma boa excepcionalidade, mas é

uma excepcionalidade - que a Constituição Federal estabeleceu. A abertura por parte do § 1º do art. 125 transformaria a exceção em regra. Se, amanhã, todos os estados, pela Constituição estadual, quiserem estender livremente o foro, poderiam fazê-lo.

Nota-se, como é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao afirmar a não possibilidade de ampliação, por meio das Constituições Estaduais, das hipóteses de foro por prerrogativa de função.

O Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI n.º 2.553/MA, apresentou entendimento diverso, ao afirmar que o constituinte estadual é legitimado para apresentar outras hipóteses de foro por prerrogativa de função desde que se observe uma "mínima equivalência" com o modelo instituído pela Constituição Federal.

E, mesmo se utilizando desde entendimento, concluiu que a hipótese criada pela referida EC 85/12 não se compara aos cargos para os quais a Constituição de 1988 previu a prerrogativa.

Em suas assertivas palavras:

Em nenhum momento a Constituição de 1988 cogita de foro por prerrogativa de função para o julgamento de autoridades processadas por atos de improbidade administrativa, sendo esse um claro limite à competência dos estados para dispor sobre o tema em suas constituições.

Sobre o tema, ainda, vale destacar a precisa decisão do Ministro Roberto Barroso quando do julgamento da PET n.º 3.240-AgR, o qual possui a seguinte ementa, com grifos inexistentes no original:

Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. **Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa.** 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. **O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade**

administrativa, de natureza civil. **Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (Pet 3.240-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 22/8/18) (grifo nosso).

Assim, dois foram os grandes fundamentos que fizeram com que os Ministros do Supremo Tribunal Federal votassem pela procedência da ADI n.º 4.870/ES, quais sejam: **a)** O fato de que o constituinte estadual deve, sempre, respeitar os limites impostos pela Constituição Federal; e **b)** O fato de que a jurisprudência do Supremo é uníssona ao afirmar a impossibilidade de extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, as quais foram previstas estritamente na Carta Magna.

O voto do Ministro Relator foi seguido por todos os outros Ministros, à exceção do Min. Marco Aurélio, o qual divergiu em relação aos efeitos da modulação aplicada.

Por fim, ao segundo argumento, cabe aqui um destaque: Um dos maiores problemas enfrentados pelos operadores do direito é a divergência de entendimentos dos julgadores. É possível que duas ações iguais, propostas na mesma comarca, obtenham resultados diferentes, com base única e exclusivamente no entendimento divergente dos Juízes daquela comarca.

O fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar de entendimentos anteriores como fundamento para julgar a ADI em análise, demonstra a importância de uma jurisprudência consolidada para a segurança do ordenamento jurídico.

4 A DIVERGÊNCIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

O Ministro Dias Toffoli, relator da ADI aqui em análise, em seu voto, posteriormente acompanhado

pelos outros Ministros, modulou os efeitos da decisão para que não alcançassem os processos já transitados em julgado, com fundamento na garantia da segurança jurídica (art. 27 da Lei n.º 9.868/99).

O Ministro Marco Aurélio, apesar de ter acompanhado o voto do relator em todos os outros aspectos, divergiu quanto à modulação dos efeitos da decisão, afirmando que deveriam, sim, alcançar até mesmo os processos já transitados em julgados, os quais sofreram as influências da EC 85/12.

Em suas palavras, afirmou que:

Proclamado o conflito com a Constituição Federal, sob o ângulo da higidez, mitiga-se esta, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como não alcançadas pelo surgimento dos efeitos da declaração, causas que ainda não tenham sido cobertas pela coisa julgada. Norma inconstitucional é natimorta. Formalizado o acórdão, é inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta. Tem-se o viés estimulante, consideradas as casas legislativas, no que incentivada a edição de norma à margem da Lei Maior, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, embora no campo indireto, ante modulação. Divirjo parcialmente do Relator, quanto à modulação dos efeitos da decisão.

Ocorre que a argumentação trazida pelo renomado Ministro não merece prosperar, uma vez que, conforme bem fundamentado pelo Relator, a não modulação dos efeitos da decisão colocaria em risco a segurança jurídica.

Destaca-se que a norma declarada inconstitucional entrou em vigência no ano de 2012, ou seja, inúmeros processos seriam afetados em caso de não modulação.

Vale lembrar que, apesar de ter sido declarada inconstitucional, a EC 85/12, quando de sua elaboração e aprovação, também passou por um processo de controle de constitucionalidade e, portanto, ao ser aprovada/publicada, era de se presumir que estivesse em consonância com a Constituição Federal.

Como ensina Luís Roberto Barroso (1998, p. 164 - 165):

(...) a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo

alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

O instituto da modulação é aplicado para projetar os efeitos da decisão do Supremo para o futuro, relativizando a regra geral de que as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma tenham efeitos retroativo, isto é, desde sua edição.

A Lei 9.869/99, em seu artigo 27, estabelece que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" possa "restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Ou seja, a modulação, para ser aplicada, deverá observar alguns requisitos, quais sejam: **a)** Segurança jurídica; **b)** Excepcional interesse social; **c)** Quórum de maioria de dois terços dos Ministros. Os dois primeiros requisitos não são cumulativos.

Desta forma, a modulação dos efeitos da decisão da ADI n.º 4.870/ES foi devidamente aplicada, uma vez que fundamentada na segurança jurídica e obedecido o quórum exigido para tal.

CONCLUSÃO

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, mais uma vez, trouxe à evidência a importância do controle de constitucionalidade, bem como se mostrou em perfeita consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e com o entendimento jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal.

O instituto do controle de constitucionalidade tem como objetivo manter todas as normas em harmonia com o disposto na Constituição Federal. Nada é válido se contraria a Constituição e, por isso, não pode existir no ordenamento jurídico.

Este controle é feito de maneira preventiva, antes da aprovação de uma norma e pode ser feito de maneira repressiva, após a sua promulgação, como foi o caso da EC 85/12, objeto da ADI aqui discutida.

Foi por meio deste controle repressivo que os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade presente na emenda constitucional aprovada na Constituição Estadual do Espírito Santo.

Desta forma, declarou-se, então, ser incompatível com a Constituição Federal uma norma de Constituição Estadual que disponha sobre nova hipótese de foro por prerrogativa de função, em

especial relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2018). Agravo Regimental na Petição nº 3.240/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 21 nov.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.553/MA. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753485650>. Acesso em: 21 nov.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.870/ES. Relator: Ministro Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2020. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: <https://www3.al.es.gov.br/arquivo/documents/legislacao/html/coe11989.html>. Acesso em: 21 nov. 2022.

JOSÉ, Antonio; ROSA, Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.