

# FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL FEDERAL

---

Alexandre de Castro Coura<sup>1</sup>  
alexandrecura@ig.com.br

Gustavo Senna Miranda<sup>2</sup>  
gmiranda@mpes.mp.br

**Resumo:** O presente artigo busca analisar a (in)constitucionalidade das tentativas de extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa pelo poder constituinte derivado reformador nos estados-membros da federação. Aplicando-se método indutivo, foi realizado estudo de caso e avaliado o cenário evidenciado no Espírito Santo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012. Dessa forma, serão tratados a teoria das competências implícitas e o princípio da simetria, como limites ao poder constituinte estadual. Serão também apresentados argumentos pragmáticos juridicamente relevantes para o controle de constitucionalidade cabível nessa matéria e discutido o risco de retrocesso social e da proteção insuficiente a bens fundamentais nesses casos.

**Palavras-chave:** Foro especial. Prerrogativa de função. Poder constituinte estadual. Ações civis. Simetria.

**Sumário:** **1.** Introdução **2.** Exposição de motivos da Emenda nº 85/2012 à Constituição do Estado do Espírito Santo. **3.** Argumentos empregados no controle incidental de inconstitucionalidade da EC nº 85/2012. **4.** Sobre a inaplicabilidade da tese das competências implícitas segundo o Supremo Tribunal Federal. **5.** Simetria Federativa e a incoerência sistemática decorrente da criação de prerrogativa de foro nas ações de improbidade pelo Poder Constituinte Estadual. **6.** Argumentos operacionais e pragmáticos: sobrecargados tribunais

---

1 Pós-doutorado como *Visiting Scholar na American University Washington College of Law e Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center – Washington D.C.* Mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Ex-professor adjunto do Departamento de Direito da UFES. Promotor de Justiça do estado do Espírito Santo.

2 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça. Dirigente do Centro de Apoio e Defesa do Patrimônio Público do MPES.

e distanciamento do local do fato. **7.** Risco de retrocesso social e a violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente aos bens jurídicos fundamentais. **8.** Considerações Finais. **9.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

À luz da Constituição Federal, poderia o poder constituinte derivado estadual restringir a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas em face de agentes públicos ocupantes de cargos determinados?

Em outras palavras, pode ser considerada compatível com a Constituição Federal uma emenda constitucional estadual que amplie competência originária de Tribunal de Justiça para julgamentos que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de certos agentes públicos?

Para responder a tais indagações, o presente artigo empregará método indutivo, com base em estudo de caso ocorrido no Estado do Espírito Santo, em que foi publicada a Emenda Constitucional de nº 85, no dia 9 de julho de 2012, tratando exatamente dessa matéria.

Tal norma ampliou a competência originária do Tribunal de Justiça (TJES) e os limites materiais do foro especial por prerrogativa de função de agentes públicos estaduais e municipais, até então restrito aos crimes comuns e de responsabilidade. Nesse caso, a competência originária do TJES foi ampliada para julgamento de todas as ações que pudessem resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo de tais agentes públicos, independentemente da matéria.

Com efeito, a emenda constitucional estadual suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas por ato de improbidade administrativa propostas em face dos ocupantes dos cargos de Vice-Governador do Estado, de Deputado Estadual, de Prefeito, de Secretário de Estado, de Procurador-Geral do Estado, de juiz de direito ou de membros do Ministério Público.

Considerando que pretensão semelhante já foi tentada e pode ser reiterada em outros estados-membros da República Federativa do Brasil, busca-se discutir o seguinte:

1. Se a extensão do foro especial por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa fere o princípio da simetria federativa e extrapola limites materiais impostos pelo Poder Constituinte Originário, que destinou tal instituto aos crimes comuns e de responsabilidade, conforme se infere do artigo 102, I, *b* e *c*, e artigo 105, I, *a*, da Constituição da República;
2. Se a norma esculpida pelo Poder Constituinte Estadual pode, ainda que reflexamente, interferir na competência dos tribunais regionais federais e dos juízes federais, definida na própria Constituição da República;
3. Se dificuldades pragmáticas associadas à concretização dessa prerrogativa de foro para ações de improbidade, como a sobrecarga de processos no Tribunal de Justiça, a distância do local de produção de provas e a concentração de funções nos órgãos do Ministério Público que atuam perante os tribunais, podem obstaculizar a efetivação de garantias constitucionais como o acesso à justiça e a duração razoável do processo. Ainda, nessa seara, se argumentos e óbices de caráter pragmático podem ser considerados juridicamente relevantes para a afirmação da inconstitucionalidade desse tipo de emenda constitucional estadual.

Assim, o presente artigo consiste em análise crítica da ampliação do foro especial por prerrogativa de função por ato normativo do Poder Constituinte Estadual, à luz da Constituição da República e do paradigma do Estado Democrática de Direito.

Nesse sentido, serão retomados alguns argumentos trabalhados em artigo publicado na ocasião da supracitada proposta de emenda à Constituição do Estado do Espírito Santo<sup>3</sup> e, também, analisados os fundamentos verificados, posteriormente, no controle incidental de constitucionalidade efetivado pelo TJES.

Dessa forma, pretende-se contribuir para reflexão crítica no âmbito dessa matéria e subsidiar controle incidental de constitucionalidade eventualmente requerido em outros estados da federação, bem como o controle direto a ser realizado pelo STF, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) já proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) no caso do ES.

3 Cf. COURA; MIRANDA, 2012.

## 2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA EMENDA Nº 85/2012 À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Na proposta da Emenda Constitucional nº 07/2012 (da qual decorreu a EC nº 85/2012), a Assembleia Legislativa expôs os motivos para ampliação material das hipóteses de foro especial por prerrogativa de função dos agentes públicos referidos no art. 109, I, da Constituição do Estado do Espírito Santo. Em síntese, a justificativa apresentada divide-se em dois eixos argumentativos:

a. A tese das competências implícitas na Constituição Federal e a necessidade de lógica e coerência no sistema punitivo estatal foram empregadas para legitimar a extensão do foro especial por prerrogativa de função na seara penal para outras formas de responsabilização que possam resultar suspensão ou perda dos direitos políticos ou perda da função pública ou de mandato eletivo.

Na justificativa da emenda, afirmou-se que o Poder Constituinte Originário teria autorizado, implicitamente, a criação e o desenvolvimento de prerrogativa de foro para as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, na esteira da aplicabilidade de um regime jurídico punitivo unitariamente concebido. Para corroborar tal conclusão, ressaltou-se a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup> e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>5</sup> nesse sentido.

b. O disposto no art. 125, § 1º, da Constituição da República, que deixou a cargo da Constituição Estadual a fixação da competência dos Tribunais de Justiça. Tal dispositivo constitucional foi utilizado para sustentar a conclusão de que o Poder Constituinte Estadual poderia ampliar as matérias que ensejam o foro especial por prerrogativa de função, independentemente da matéria e da simetria federativa.

Nesse sentido, afirmou-se que a inexistência de emenda à Constituição da República criando prerrogativa de foro para os agentes públicos e autoridades federais no sentido proposto pela Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012 não configuraria impedimento para o exercício da competência prevista no art. 125, § 1º, da Constituição Federal por parte do Poder Constituinte Derivado Estadual.

---

4 Pet. 3.211-0/DF, Relator para Acórdão Min. Menezes Direito.

5 AgRg na MC 18692/RN. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 20.3.2012.

Mais uma vez, esse argumento foi corroborado com referência a decisões pretéritas do STF, as quais haviam reconhecido a possibilidade de as Constituições estaduais elencarem hipóteses de foro por prerrogativa de função.

Todavia, em sede de controle incidental de constitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo se posicionou de maneira diametralmente oposta, conforme se verificará a seguir.

### **3. ARGUMENTOS EMPREGADOS NO CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EC Nº 85/2012**

O plenário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) teve a oportunidade de debruçar sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 85/2012. O julgamento se deu em caráter incidental (art. 97, da Constituição Federal) nos autos da ação civil de improbidade administrativa nº 0534649-14.2010.8.08.0024, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de três requeridos, com fundamento nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

Em linhas gerais, a referida ação havia sido ajuizada perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória. Após a instrução e o julgamento, o magistrado proferiu decisão sustentando sua incompetência absoluta para o processamento do feito, diante do art. 109, I, *h*, da Constituição Estadual (alterado pela EC nº 85/2012).

Remetido os autos para o Tribunal de Justiça, o Desembargador Relator Ney Batista Coutinho, inicialmente, ratificou a competência do primeiro grau para o processamento do feito. No entanto, sua argumentação se circunscreveu à demonstração de como os Tribunais Superiores e o próprio TJES haviam decidido em casos análogos.<sup>6</sup>

O Pleno do TJES passou a se manifestar acerca de sua competência para o processamento e o julgamento das ações de improbidade administrativa “originárias” (fundadas no art. 109, I, *h*, da Constituição Estadual). Alguns votos foram lançados<sup>7</sup>, até que

6 O Des. Ney Batista Coutinho trouxe aos autos os seguintes julgamentos demonstrando que a competência seria do primeiro grau: STJ, AgRg na Rcl n. 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe em 26.9.2013; STF, Pet nº 5.080/DF, Decisão Monocrática Min. Celso de Mello, DJ em 1.8.2013; STF, Rcl nº 15.831/DF, Decisão Monocrática Min. Marco Aurélio, DJ em 20.6.2013; STF, Rcl nº 15.131/RJ, Decisão Monocrática Min. Joaquim Barbosa, DJ em 4.2.2013; STF, Rcl nº 15.825/DF, Decisão Monocrática Min. Carmen Lúcia, DJ em 13.6.2013; STF, Rcl nº 2.509/BA, Decisão Monocrática Min. Rosa Weber, DJ em 6.3.2013; TJES, Segunda Câmara, AI nº 24129008850, Rel. Des. Carlos Simões, DJ em 20.3.2013; TJES, Segunda Câmara, AI nº 24139002877, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, DJ em 5.6.2013.

7 Até a divergência, votaram acompanhando o Relator Ney Batista Coutinho: Des. Adalto Tristão, Des. Manoel Rabelo; Des. Annibal de Rezende Lima; Des. Sérgio Gama; Des. Carlos Mignone; Des. Catharina Barcellos; Des. Ronaldo de Sousa; Des. Samuel Brasil; Des. Carlos Simões. Declarou-se suspeito o Des. José Luiz Barreto Vivas. Declarou-se impedido o Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama.

houve a manifestação do Des. Namyrr Carlos de Souza, do Des. Dair Bregunice e da Des. Eliana Munhós, alertando para necessidade de juízo incidental de (in)constitucionalidade acerca da Emenda nº 85/2012.

Superados alguns esclarecimentos, o Des. Namyrr Carlos de Souza pediu vista dos autos. Ao abrir o voto de divergência, alertou que a decisão necessariamente deveria passar pela análise incidental da constitucionalidade da referida emenda, não se limitando à declaração ou não da competência.

A fundamentação da decisão do Des. Namyrr Calos de Souza passou pelos seguintes eixos: I) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/2002, a qual trazia novas hipóteses de prerrogativa de foro por função inclusive em ações civis, serve de parâmetro para demonstrar os limites do Poder Decorrente e a atribuição da competência dos Tribunais de Justiça; II) O Poder Decorrente deve observar o princípio da simetria para determinar a competência dos Tribunais de Justiça. Dessa forma, como não há qualquer regramento na Constituição Federal sobre prerrogativa de foro por função nas ações de improbidade administrativa, não estaria o legislador constituinte estadual autorizado a criar essa nova hipótese.

O voto proferido pelo Des. Namyrr Carlos de Souza firmou-se vitorioso<sup>8</sup> e, por maioria, foi exercido o controle difuso de inconstitucionalidade da referida norma de modo a determinar a competência do juízo de primeiro grau para o processamento do feito.

O cenário exposto pela decisão do TJES desvela questões que devem ser discutidas para além do cenário capixaba, visto que se está diante de um tema que transcende debates estritamente regionais. Por esse motivo, os próximos tópicos demonstrarão como a prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa estabelecida pelo Poder Constituinte Reformador Estadual carece de sustentabilidade em face do sistema constitucional federal.

#### **4. SOBRE A INAPLICABILIDADE DA TESE DAS COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Acerca da tese das competências implícitas referida na justificativa da EC nº 85/2012, constata-se que o próprio Supremo

<sup>8</sup> Acompanharam a divergência: Des. Namyrr Carlos (Relator da divergência); Des. Annibal Lima; Des. Sérgio Gama; Des. Carlos Amaral; Des. Carlos Mignone; Des. Catharina Novaes; Des. Ronaldo Sousa; Des. Carlos Simões; Des. William Couto; Des. Samuel Brasil; Des. Álvaro Bourguignon; Des. Dair José Bregunice; Des. Telêmaco Antunes; Des. Willian Silva; Des. Eliana Munhós; Des. Fábio Clem; Des. Convocado Luiz Guilherme Risso; Des. Substituta Hermínia Azouri. Acompanharam o relator: Des. Ney Batista Coutinho (Relator, e manteve o voto); Des. Adalto Tristão; Des. Manoel Rabelo. Não se manifestaram: Des. João Paulo Calmon (impedido); Des. Convocado Jorge Henrique Valle (Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória).

Tribunal Federal (STF) a tem refuta do, sistematicamente, no exame das tentativas de extensão do foro especial por prerrogativa de função existente em matéria penal às ações civis por ato de improbidade administrativa.

De fato, em particular decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, o Plenário do STF assentou que compete ao próprio Pretório Excelso o julgamento de ação de improbidade contra ato de seus Ministros.

No entanto, o fundamento central da tese vencedora foi o de que a lógica do sistema judiciário impediria que Ministros do STF pudessem perder o cargo em decorrência de decisão de juiz de primeiro grau. Logo, tal decisão não corrobora a tese da “competência implícita complementar” referida na justificativa da emenda e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ).<sup>9</sup>

A rigor, o STF somente realizou uma adequação de seu entendimento tradicional a uma situação específica, sob o fundamento de que o sistema escalonado de jurisdição impediria o reconhecimento da competência do juiz de primeiro grau para julgar ação de improbidade administrativa em face de Ministro do STF.

Por isso, tal decisão não é apta a sustentar sequer os precedentes do STJ, muito menos a conclusão de que o STF teria consagrado a tese da competência implícita dos tribunais (foros especiais) para o julgamento das ações de improbidade administrativa. Afinal, diferentemente das premissas fundamentadoras da decisão na Questão de Ordem nº 3.211-0, inexistente hierarquização, seja funcional, seja jurisdicional, entre o magistrado de primeiro grau e as demais autoridades externas ao Poder Judiciário.

Na verdade, o próprio STF manteve sua jurisprudência a respeito da matéria, negando a adequação do entendimento afirmado na supracitada Questão de Ordem a outros casos. Nessa linha, é possível afirmar que não há que se falar em prerrogativa de função em ações cíveis para os seguintes cargos: prefeito<sup>10</sup>, secretários de Estado<sup>11</sup> e demais agentes políticos que porventura gozem da prerrogativa na esfera penal<sup>12</sup>.

9 Petição 3211, Questão de Ordem, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13.3.2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-00061 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 148-163.

10 STF, AI 678927 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 2.12.2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-07 PP-01831.

11 STF, AI 554398 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19.10.2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 PUBLIC 16-11-2010 EMENT VOL-02431-01 PP-00147.

12 AI 506323 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 2.6.2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009. EMENT VOL-02367-06 PP-01095 RT v. 98, n. 888, 2009, p. 152-154 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 107-111.

Ante o exposto, percebe-se que, mesmo após a decisão da Questão de Ordem 3.211 – 0, o STF manteve o entendimento de que não há foro especial por prerrogativa de função em ação civil pública por improbidade administrativa, inexistindo competência implícita na Constituição da República a justificar tal conclusão.

Reforçando a consistente posição do STF e demonstrando a fragilidade da premissa utilizada para justificar a EC nº 85/2012, vale reproduzir a elucidativa lição de Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 549) acerca da ideia de competência implícita:

A força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competências complementares implícitas: (1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.

Agora, cumpre realizar alguns esclarecimentos acerca do segundo eixo argumentativo da justificativa apresentada para a emenda constitucional em tela. Trata-se da tese da desnecessidade de simetria federativa para a alteração intentada pela EC nº 85/2012.

## **5. SIMETRIA FEDERATIVA E A INCOERÊNCIA SISTÊMICA DECORRENTE DA CRIAÇÃO DE PRERROGATIVA DE FORO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE PELO PODER CONSTITUINTE ESTADUAL**

De fato, constata-se que a jurisprudência do STF tem reconhecido a possibilidade de as Constituições Estaduais ampliarem o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal, sem observância da simetria em relação aos agentes e autoridades federais. Ou seja, o Poder Constituinte



Estadual poderá, ao definir a competência originária do Tribunal da Justiça Estadual, ampliar o rol de agentes públicos e autoridades locais que terão o foro especial em matéria penal (crimes comuns e de responsabilidade). Nesses casos, a exigência de simetria federativa tem sido dispensada.<sup>13</sup>

No entanto, ao contrário do que insinua a justificativa apresentada para a criação da EC nº 85/2012, o Poder Constituinte Derivado Estadual está sujeito a limites constitucionais federais até mesmo para a definição do rol de agentes detentores do foro especial por prerrogativa de função em matéria penal. A título de exemplo, mencione-se a vedação da prerrogativa de foro aos delegados de polícia no Estado de Goiás, conforme decisão em sede de controle concentrado.<sup>14</sup>

Logo, na mesma esteira, é possível aferir a inconstitucionalidade da extensão do foro especial por prerrogativa de função produzida pela EC nº 85/2012, em razão dos semelhantes obstáculos criados para o exercício do mister constitucional de controle externo da Administração Pública e a tutela da probidade administrativa por parte do Ministério Público.

Ademais, a reforçar tal aferição de inconstitucionalidade, deve-se salientar que a hipótese trazida pela EC nº 85/2012 é bem distinta daquela referida na justificativa da emenda.

Isso porque, em vez de ampliar o rol de sujeitos detentores do foro especial por prerrogativa de função nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade, o Poder Constituinte Derivado Estadual alargou as próprias matérias que ensejam a competência originária do Tribunal de Justiça, transcendendo a esfera penal.

Por isso, sequer os precedentes do STF acerca da dispensa de simetria federativa se aplicam ao caso em tela. Afinal, reconheceram apenas a possibilidade de o Poder Constituinte Estadual, ao definir a competência dos Tribunais de Justiça, ampliar o rol de agentes e autoridades públicas detentoras de foro especial por prerrogativa de função, desde que respeitados limites decorrentes da Constituição da República.

Num aspecto muito mais abrangente, a EC nº 85/2012 estendeu materialmente o foro especial por prerrogativa de função, exclusivamente no Estado do Espírito Santo, para alcançar também as ações civis por ato de improbidade, e não apenas o julgamento de

<sup>13</sup> ADI MC 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, pleno, 15.5.2002, DJ 6.9.2002, p. 66; ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 1.12.2004, DJ 6.11.2006, p. 29; ADI 541-3/PB, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, pleno, 10.5.2007, DJ 06.09.2007, p. 35.

<sup>14</sup> ADI 2.587/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, pleno, 01.12.2004, DJ 6.11.2006, p. 29.

crimes comuns e de responsabilidade. Nesse caso, é necessário um paralelismo mínimo entre a Constituição Estadual e Constituição da República, em observância à simetria federativa.

Lembre-se que a redação da EC nº 85/2012 suprimiu a competência ordinária dos magistrados de primeiro grau no Estado do Espírito Santo para julgar ações civis públicas que se enquadrem no art. 109, I, h, da Constituição Estadual.

Assim sendo, cumpre também indagar, especificamente, se tal emenda padece de inconstitucionalidade ao intentar a supressão da competência originária dos magistrados federais de primeiro grau, a qual é estabelecida diretamente pela Constituição da República. No mesmo sentido, qualquer tentativa de interferência na competência dos Tribunais Regionais Federais, por ato normativo estadual, há de ser questionada.

Nesse passo, seria igualmente questionável eventual construção hermenêutica que, em nome de uma “interpretação conforme” a Constituição Federal, buscasse restringir a aplicação da EC nº 85/2012 aos processos federais – mantendo-se intacta a competência da Justiça Federal (e de outros órgãos jurisdicionais com competência expressa na Constituição da República). Afinal, tal ressalva hermenêutica apenas evidenciaria a insustentabilidade de um modelo de competência originária exclusivo para o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, independentemente de paralelo na Constituição Federal, pois levaria à afirmação de que, em primeiro grau, apenas os magistrados estaduais, e não os federais, perderiam a competência de julgar, por ato de improbidade administrativa.

Logo, também por essa via, constata-se a inconstitucionalidade da EC nº 85/2012, na medida em que: I) o Poder Constituinte Estadual não pode alterar a competência dos juízes e dos tribunais federais; II) a criação de eventual ressalva à aplicação da emenda aos processos de competência da Justiça Federal demonstraria a inadequação entre o fim a que se prestou (evitar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos por decisão de magistrados de 1º grau) e o meio estabelecido (extensão da competência originária do Tribunal de Justiça do Espírito Santo), afrontando o devido processo legal material e a proporcionalidade dos atos normativos, critérios já utilizados pelo STF.

Por fim, vale lembrar que o próprio Poder Constituinte Originário teve a oportunidade de criar o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, mas

não o fez. Ora, a especialidade de foro poderia constar, de modo expresso, nos dispositivos que cuidaram da matéria (artigos 29, X, 102, I, *b e c*, e 105, I, *a*), mas tal opção não foi acolhida pela Constituição da República Federativa do Brasil. Por consequência, há de se reconhecer “silêncio eloquente” do Poder Constituinte Originário, o que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Poder Constituinte Derivado Estadual, sem o mínimo respaldo na Constituição da República. Afinal, como lembra Lenio Luiz Streck (2004, p. 563), o princípio da simetria “nada mais é do que um *bis in idem*, na medida em que a *ratio* do federalismo brasileiro, ao contrário do norte-americano, é exatamente a de ser simétrico”.

Por todo o exposto, conforme a situação criada a partir da EC nº 85/2012 e as razões debatidas, a criação de hipóteses de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa pelo Poder Constituinte Reformador Estadual não encontra respaldo na simetria federativa. Ao contrário, essa pretensão de alteração viola tal princípio além de desestruturar o regime de competência federal, por meio de restrições indevidas.

Por si só, a argumentação do presente tópico já daria as balizas necessárias para criticar a reprodução dessa extensão da competência originária dos tribunais em outros estados da Federação, tal qual ocorreu no ES. No entanto, vale também destacar certos argumentos de ordem pragmática que apresentam notável relevância jurídica para a presente discussão.

## **6. ARGUMENTOS OPERACIONAIS E PRAGMÁTICOS: SOBRECARGA DOS TRIBUNAIS E DISTANCIAMENTO DO LOCAL DO FATO**

Outro obstáculo à consagração do foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa relaciona-se à sobrecarga dos tribunais brasileiros, o que se deve a variados fatores, como a amplitude legal dos procedimentos e a falta de recursos materiais e humanos, nos termos do diagnóstico realizado pelo Ministério da Justiça, intitulado “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro”.<sup>15</sup>

Para exemplificar, no tocante a matéria de improbidade administrativa, apenas do Estado do Espírito Santo, foram propostas 1.224 ações, no período de 1992 a 2009 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, p. 106):

<sup>15</sup> Cf. propostas em: <<http://www.stf.gov.br/seminario>>. Acesso em: 3 dez. 2005.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO			
Tabela 3: <b>Quantitativo das Ações de Improbidade Administrativa instauradas por Entrância e Comarca de Ocorrência - Período: 1992-2009</b> (Conclusão)			
<b>Entrância</b>	<b>Comarca</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
1ª	Pedro Canário	35	9,54
	Mantenópolis	22	5,99
	Conseição do Castelo	10	2,72
	Presidente Kennedy	12	3,27
	Boa Esperança	14	3,81
	Rio Novo do Sul	11	3,00
	São José do Calçado	13	3,54
	Alto Rio Novo	09	2,45
	Fundão	13	3,54
	Pinheiros	11	3,00
	Ibatiba	05	1,36
	Ibitirama	06	1,63
	Laranja da Terra	15	4,09
	Mucurici * (e Ponto Belo)	11	3,00
	Piúma	14	3,81
	Rio Bananal	09	2,45
	Santa Maria de Jetibá	06	1,63
	Atílio Vivacqua	07	1,91
	Jaguará	06	1,63
	Marilândia	11	1,91
	Montanha	06	1,63
	Santa Leopoldina	04	1,09
	Santa Teresa* (c São Roque do Canaã)	04	1,09
	Venda Nova do Imigrante	05	1,36
	Água Doce do Norte	04	1,09
	Alfredo Chaves	03	0,82
	Anchieta	04	1,09
	Bom Jesus do Norte	16	4,36
	Dores do Rio Preto	04	1,09
	Itarana	06	1,63
	João Neiva	08	2,18
	Muniz Freire	05	1,36
	São Domingos do Norte	07	1,91
	Apiacá	10	2,72
	Jerônimo Monteiro	03	0,82
	Marechal Floriano	07	1,91
	Águia Branca	09	2,45
	Iconha	03	0,82
	Itaguaçu	03	0,82
	Muqui	08	2,18
Vargem Alta	08	2,18	
<b>Sub-Total</b>		<b>367</b>	<b>100,00</b>
<b>TOTAL GERAL</b>		<b>1.124</b>	<b>-</b>

Fonte: Órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

Com base no diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa elaborado pelo Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, percebe-se a demanda crescente nessa área, comprovada pelo número de ações propostas a cada ano, no período em análise (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, p. 103):



Fonte: Órgão do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo e Arquivos

A Figura A demonstra uma progressiva ascendência no número de ações de improbidade administrativa propostas no período de 1992 a 2000, seguida por uma fase de declínio entre 2001 e 2002 e a retomada de modesto crescimento entre 2003 e 2006. Os dados revelam um aumento expressivo no quantitativo de ações propostas nos anos de 2007 e 2008, seguido de um leve declínio em 2009.

Projetando tal tendência ao plano nacional, evidencia-se, ainda mais, o perigo da premissa intentada pela EC nº 85/2012, caso reiterada nos 26 estados do Brasil, o que atingirá um total de 5.565 (cinco mil, quinhentos e sessenta e cinco) municípios. Imaginem-se os dados estatísticos acerca da demanda relativa aos processos de improbidade administrativa e as consequências da atribuição da competência originária aos tribunais de justiça de todo o País.<sup>16</sup> Haverá número suficiente de desembargadores? Haverá número suficiente de procuradores de Justiça? E os demais recursos humanos disponíveis na Comarca da Capital?

Nesse passo, o foro especial para o julgamento das ações de improbidade administrativa acabará importando em retrocesso, na

<sup>16</sup> Só para se ter uma ideia, estima-se que atualmente tramitam cerca de 863.173 processos nos tribunais de Justiça dos Estados. No Espírito Santo, de acordo com dados do Tribunal de Justiça Estadual tramitam cerca de 17.598 processos, para um pequeno número de desembargadores (Fonte: Jornal A Gazeta, de 23.2.2005, Caderno de Política, p. 13).

contramão da reforma do Poder Judiciário. Isso porque, enquanto a reforma busca aliviar a carga dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de proporcionar condições para que tais órgãos cumpram seu papel constitucional precípua, a extensão do foro especial às ações de improbidade provocará uma sobrecarga de demandas originárias nessas cortes.<sup>17</sup>

Outro argumento que merece atenção diz respeito ao distanciamento dos tribunais ao local do fato. A transferência da tarefa de instrução dos processos de improbidade para os tribunais acentua a relevância da discussão acerca da estrutura dos órgãos jurisdicionais de segundo grau, notadamente em razão do distanciamento do local da prática dos atos a serem apurados.

Em se tratando de processo de julgamento de competência originária, como destacou o Ministro Sydney Sanches<sup>18</sup>, haverá necessidade de que o respectivo relator tenha que agir como um juiz de primeiro grau na colheita de provas. Tal incumbência esbarra na característica estrutural dos tribunais, órgão não vocacionado constitucionalmente para a colheita de provas (reservada a hipóteses excepcionais), problema que não é simplesmente resolvido pela possibilidade de descentralização prevista no art. 107, §§ 3º e 6º, da Constituição Federal.

Ora, não se pode negar que, em muitas ações de improbidade, a produção de prova testemunhal é necessária. Em muitos casos, seria imperioso o deslocamento do relator para a comarca em que reside a testemunha, ou, então, a expedição de carta de ordem para o juízo do local do dano, obstáculos à duração razoável do processo e ao próprio acesso à justiça.

Ademais, a pretensão de ampliar o foro especial às ações de improbidade também desconsidera que é no local dos fatos que a comunidade perceberá, com maior visibilidade, a resposta da Justiça

17 Cf. RTJ 179/930. É oportuno destacar a seguinte parte do voto do eminente Ministro: "26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de inquéritos, queixas ou denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse. 27. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas conseqüências, quando, nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-la a tempo e hora? 28. Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. 29. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles. Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos relatores que atuam como verdadeiros juizes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394".

18 Julgamento da Questão de Ordem arguida no Inquérito Policial nº 687-SO, que levou o plenário do STF ao cancelamento da súmula 394. Cf. RTJ 179/930.

para os agentes ímprobos, e não em local distante. Por isso, é tão importante o processamento e o julgamento dos atos de improbidade administrativa pelo juízo do local do dano, o que incrementa a prevenção geral, na medida em que será mais visível para a comunidade a resposta do Judiciário. Apenas dessa forma, a atuação do Poder Judiciário alcança, em sua plenitude, efeito simbólico e pedagógico, de modo a inibir outros agentes ímprobos e a combater a sensação social de impunidade.

Daí decorre o escopo atribuído ao Poder Constituinte Originário e ao Legislador Federal, qual seja, proporcionar uma instrução mais rápida e efetiva, com a consagração do julgamento dos atos de improbidade administrativa no local do dano, pelo juiz de primeiro grau.

No que toca aos reflexos da EC nº 85/2012 nas atribuições dos órgãos do Ministério Público, o mesmo problema pode ser endereçado aos procuradores de Justiça. Diferentemente dos promotores de justiça, os membros do MP em segundo grau estão distantes dos fatos, dificuldade que não será solucionada, simplesmente, pela eventual delegação da função de investigar. Afinal, tal delegação privará o órgão do Ministério Público de uma experiência relevante para a elaboração da ação e para a atuação a frente do processo, além de outros problemas relacionados aos possíveis questionamentos jurídicos vinculados ao princípio do Promotor Natural.

Em síntese, a pretensão intentada pela EC nº 85/2012 menospreza as dificuldades decorrentes da distância entre o tribunal e o fato, que se refletem na produção de provas, na efetividade da investigação, no acesso à justiça e na duração razoável do processo.

Esses dois argumentos (sobrecarga dos tribunais e distanciamento do fato) convergem na violação dos pilares na sistemática do processo civil: a celeridade e a duração razoável do processo.

Nota-se que o fator tempo é um dos pontos mais delicados do Direito Processual<sup>19</sup>, tanto que essa temática vem sendo

19 Nesse sentido é a posição de Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide (In: Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 278), que invocando lição de Mario Chiavario, observam: “Não há questão mais problemática do que o relacionamento do processo com o fator tempo. Ninguém desconhece que o processo é uma relação jurídica dinâmica que se projeta necessariamente numa equação temporal, a partir de sua proposição até seu desfecho. Como ensina MARIO CHIAVARIO (**Processo e garanzie della persona**. Milão: Giuffrè, 1982, v. 2, p. 205), ‘o processo é uma entidade, por sua natureza, destinada a desenvolver-se no tempo, por mais breve que possa ser o intervalo que separa o início do próprio processo da decisão final’. É inquestionável, portanto, que o processo, enquanto dimensão durável num determinado trato temporal – curto ou longo, pouco importa –, não pode dispensar o conceito de tempo a que está intimamente vinculado”.

objeto constante de preocupação entre os operadores jurídicos<sup>20</sup>, notadamente com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema. Isso tem acarretado busca de alternativas para que os litígios tenham uma solução célere, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional não seja prestada tardiamente, fulminando ou comprometendo seriamente o direito daqueles que batem às portas do Judiciário. Por isso, o que acontecerá no futuro configura preocupação central do Direito, uma vez que ele traz consigo a função de estabilizar expectativas de comportamento.<sup>21</sup>

Com isso, não se está se afirmando que a questão da celeridade do processo seja o único caminho para sua efetividade. Porém, é inquestionável que a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional conspira contra o processo, vulnerando o princípio do devido processo legal processual<sup>22\_23</sup>.

Com efeito, qualquer iniciativa dos poderes derivados, inclusive do Poder Constituinte Estadual, que venha a comprometer esse direito é flagrantemente inconstitucional, pois além de conflitar com a sistemática constitucional tratada nos tópicos anteriores, também viola o princípio do devido processo legal e a duração razoável do processo.

Destarte, o direito de toda pessoa ser julgada tempestivamente, sem dilações indevidas, acaba sendo um obstáculo constitucional e pragmático para que se tenha a consagração do foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Os argumentos pragmáticos narrados no presente tópico já serviram de parâmetro para decisões do STF. Duas podem ser tratadas como as mais eloquentes: a constitucionalidade do prazo

20 "A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação de efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente. Talvez o maior problema enfrentado pelo operador e pelo consumidor do processo seja a compatibilização entre esses dois valores opostos: a urgência na entrega de tutela e necessidade de investigação dos fatos constitutivos de direito pleiteado" (BEDAQUE, 2003, pp. 114-115).

21 Nesse passo são oportunas as colocações de Niklas Luhmann, autor que entende que a discussão em torno da ideia de tempo está implícita na própria noção de sistema jurídico. Com efeito, para o referido autor "A estreita relação entre o direito e o tempo já se insinua na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas – mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável. A expectativa contém um horizonte futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito" (**Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985, p. 166).

22 Sobre a temática tempo e processo confira a excelente obra de José Rogério Cruz e Tucci (1998). Aliás, destaca o referido autor que "A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza; compromete a segurança jurídica e, por isso, chega até a influir na eficiência da economia" (Ibid., p. 12).

23 Cf. DINAMARCO, 2002, p. 894.



em dobro por parte da Defensoria Pública<sup>24</sup> e a possibilidade de o Ministério Público intentar a Ação Civil *Ex Delicto*<sup>25</sup>. As duas decisões se valerem da técnica da “Lei ainda Constitucional” ou “Inconstitucionalidade Progressiva”, de modo que tais regramentos só seriam constitucionais até que as defensorias fossem efetivamente estruturadas.

Todo esse contexto demonstra como os argumentos pragmáticos, associados aos princípios basilares do processo civil, devem ser tomados como referências no sentido de se afastar por completo a normatividade proposta pela EC nº 85/2012 e por outros estados da Federação que venham a adotar posturas semelhantes.

## **7. RISCO DE RETROCESSO SOCIAL E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE AOS BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS**

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro foi conformada para que a competência originária dos tribunais seja residual em relação à competência dos juízes em geral, o que se nota pela análise da proporção reduzida de desembargadores em relação ao número de magistrados de 1º grau. Por isso, para além dos argumentos pragmáticos já abordados no item anterior, outras duas situações devem ser mencionadas.

Caso a prerrogativa de função se torne uma prática habitual pelos entes federados, tal qual intentado pela Assembleia Legislativa do Espírito Santo, torna-se iminente o risco de retrocesso social e a proteção deficiente aos bens jurídicos fundamentais.

A pretensão de consagrar o foro por prerrogativa de função no julgamento das ações de improbidade administrativa poderá afetar a efetividade das ações coletivas no combate à improbidade administrativa, mormente da sua vertente mais nefasta: a corrupção<sup>26</sup>. Logo, esse regramento significa uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

24 HC 70.514, julgado em 23.3.1994.

25 RE 341.717-SP – Relator: Min. Celso de Mello.

26 No voto (pendente de publicação) proferido na Reclamação nº 2.138-6-DF, o então Ministro Carlos Velloso, com o brilhantismo que lhe é peculiar, destaca: “No ‘ranking’ dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse ‘ranking’ é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes públicos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção”.

Lembre-se, nesse plano, o papel cada vez mais crescente das ações de improbidade administrativa para concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado, na medida em que evita o desvio e também possibilita o resgate de recursos públicos desviados. Nesse passo, vale frisar que “nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social” (STRECK, 2004, p. 706).

Aliás, sobre o princípio do retrocesso social são oportunas as seguintes observações de Canotilho (apud ROTHENBURGO, 1999, p. 47):

O legislador pode revogar estas disposições legais concretizadas, mas não se considera legitimado a anular, neutralizar ou reduzir o nível já alcançado da realização do princípio. A justificação do fenómeno é fornecida de várias maneiras: criação de um direito subjetivo público, alicerçamento de uma pretensão subjectiva derivada, proibição do *venire contra factum proprium*, princípio da confiança, autovinculação do legislador. Todavia, se as aproximadas concretizações do princípio não beneficiarem do pressuposto do *consenso básico* e da *radicação na consciência jurídica geral* continua por ficar a explicar a força heterovinculante ou heterodeterminante que se pretende atribuir à concretização legislativa. É que, nestes casos, não é apenas importante, sob o ponto de vista político, que o *retrocesso social* constitua um limite para o legislador, interessa também que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, esse retrocesso surja como arbitrariedade violador das imposições ou programa constitucional. Mais do que um simples “princípio de confiança” do legislador ou de uma “justiça do sistema” (*Systemgerechtigkeit*), prefere-se falar da *força dirigente irradiante* das normas constitucionais directivas e da constitucionalização (pelo menos material) dos preceitos legais concretizadoras.<sup>27</sup>

Ora, como afirmado, a ação civil pública por atos de improbidade administrativa é atualmente um importante mecanismo para garantia dos direitos sociais já incorporadas à Constituição Federal, sendo incabível a reversão do sistema no sentido de dificultar, sem apresentar qualquer medida compensatória, o exercício de tal ação, o que certamente ocorrerá, caso seja consagrada o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

---

<sup>27</sup> Sobre tal princípio vide também BARROSO, 2005, p. 44-45.

Daí porque é perfeitamente possível invocar o princípio de proibição de retrocesso social<sup>28</sup> nessa seara, que também pode servir de barreira para a aprovação das propostas de emenda constitucionais que objetivam sacramentar o foro de prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Paralelamente, há de se considerar que o foro por prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa poderá também dificultar o papel dos tribunais nas garantias de respeito à Constituição Federal e à lei infraconstitucional. Isso porque haverá multiplicação de ações originárias perante essas cortes superiores, olvidando completamente a atual estrutura dos tribunais, já sobrecarregada para o atendimento da competência eleita pelo Poder Constituinte Originário.<sup>29</sup>

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal não deixa dúvida acerca do dever fundamental de proteção suficiente da probidade administrativa, a fim de que os recursos públicos sejam corretamente aplicados, em prol das prestações estatais necessárias à efetivação de direitos sociais.

Assim, identifica-se um verdadeiro mandado constitucional de penalização para os agentes ímprobos. Daí poder-se extrair da Constituição a exigência de efetividade no combate aos atos que caracterizam atos de improbidade administrativa, sendo inconstitucional qualquer tentativa – legislativa ou judicial – de se diminuir a eficiência da tutela do patrimônio público, do que depende a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado.

Assim, caso prevaleça a competência originária dos tribunais nas ações de improbidade administrativa, estar-se-á violando o princípio da vedação da proteção insuficiente, que configura um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, pois esse princípio – entre outros significados – não significa apenas a vedação de proibição de excesso dirigida ao legislador e ao aplicador do direito, mas, também, a vedação de proteção insuficiente de determinados direitos fundamentais para a pessoa humana.

28 Nesse passo, são oportunas as colocações de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins (2004, p. 402), que ao discorrer sobre o princípio em tela, observa que “a proibição de retrocesso social representa um limite jurídico ao legislador, que se encontra submetido aos direitos sociais adquiridos. Faz transmutar para o Estado a obrigação antes positiva de concretizar o direito, em obrigação negativa, forçando-o a se abster de atentar contra a realização daquele direito fundamental social já estabelecido. [...] Concorrentemente, a vedação ao retrocesso social objetiva a preservação da harmonia do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito. Proporciona na comunidade um sentimento de certeza e tranqüilidade em relação a bens e posições jurídico-subjetivas já alcançadas”.

29 Como destaca Fernando Grella Vieira (2005, p. 181), com fundamento nos ensinamentos de José Afonso da Silva, para que uma alteração legislativa acabe comprometendo o regular funcionamento dos tribunais “não há necessidade de a norma expressamente suprimir ou obstar a competência do Poder. Basta que a proposta tenha aptidão, por exemplo, para restringir a esfera de competência por meio de mecanismos que irão inibir sua capacidade de exercer, com normalidade, as funções constitucionais que lhe são próprias e indelegáveis”.

Nesse sentido, vale lembrar a noção, enfaticamente defendida por Juarez Freitas (1997, p. 56-57), de que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio”.

Destarte, tendo o Poder Constituinte Originário erigido e definido medidas protetivas para a probidade administrativa, não cabe ao intérprete ou ao Poder Constituinte Derivado restringir esse alcance, sob pena de proteger de forma insuficiente referido bem jurídico, fundamental para manutenção do próprio Estado Democrático (e Social) de Direito.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou evidenciar a inconstitucionalidade das tentativas de extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa pelo Poder Constituinte Derivado Reformador nos estados-membros da Federação.

Aplicando-se método indutivo, foi realizado estudo de caso e avaliado o cenário evidenciado no Espírito Santo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 85/2012.

Dessa forma, foram analisados a teoria das competências implícitas e o princípio da simetria, como limites ao Poder Constituinte Estadual.

Ainda, apresentaram-se argumentos pragmáticos e juridicamente relevantes para o controle de constitucionalidade cabível nessa matéria. Esses argumentos demonstram o risco de consequências desastrosas caso a prerrogativa de foro seja largamente estendida a ações cíveis, especialmente a ações de improbidade administrativa, sem a contraprestação estrutural correspondente.

Dessa forma, evidenciou-se, também, o perigo de retrocesso social e proteção deficiente de bens fundamentais, que devem se situar como norte para o exercício das atividades legislativa e jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. (4ª reimpressão). Coimbra- Portugal: Edições Almedina, 2003.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*. v.2. Milão: Giuffré, 1982.

COURA, Alexandre de Castro; MIRANDA, Gustavo Senna. Extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa: limites constitucionais para o redimensionamento da competência originária dos tribunais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n. 12, jul/dez 2012, p. 161-201.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v.2. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCO, Alberto Silva Franco; ZANOIDE, Maurício. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. v.1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Juarez; *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1985.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Diagnóstico situacional das ações de improbidade administrativa no Estado do Espírito Santo: período 1992-2009. *Coleção do Averso ao Direito*, v.8. Vitória: MPES, 2011.

ROTHENBURGO, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1998.

VIEIRA, Fernando Grella. Ação Civil Pública de Improbidade – Foro Privilegiado e Crime de Responsabilidade. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, 2005.