

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.190-8 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS DO BRASIL - ATRICON
ADVOGADO(A/S) : RUY REMY RECH
ADVOGADO(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
REQUERIDO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO
INTERESSADO(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : DENNYS ZIMMERMANN

EMENTA: **CONSELHEIROS** DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. **A QUESTÃO DAS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA** PARA TIPIFICÁ-LOS **E** PARA ESTABELEECER O RESPECTIVO PROCEDIMENTO RITUAL (**SÚMULA 722/STF**). **DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO** DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, **PERANTE** O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAIS COMUNS **E** NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (**CF**, ART. 105, I, "a"). **EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL** DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA. **GARANTIA DA VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE** DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, **EXCETO** MEDIANTE DECISÃO **EMANADA** DO PODER JUDICIÁRIO. **A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL** DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. **ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO. ATRIBUIÇÕES** DO TRIBUNAL DE CONTAS **QUE TRADUZEM** DIRETA EMANAÇÃO **DA PRÓPRIA** CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **PROMULGAÇÃO**, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **DA EC Nº 40/2009**. **ALEGADA** TRANSGRESSÃO, POR ESSA EMENDA CONSTITUCIONAL, AO ESTATUTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

ESTADUAL E ÀS PRERROGATIVAS
CONSTITUCIONAIS DOS CONSELHEIROS QUE O
INTEGRAM. SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA
DA EC Nº 40/2009. DECISÃO DO RELATOR QUE,
PROFERIDA "AD REFERENDUM" DO PLENÁRIO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TEM PLENA
EFICÁCIA E APLICABILIDADE IMEDIATA.
LIMINAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de ação direta, com pedido de medida cautelar, que, proposta pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON, visa à declaração de inconstitucionalidade dos §§ 5º e 6º do art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, **acrescentados** pela Emenda Constitucional nº 40/2009.

Os preceitos normativos em questão possuem o seguinte conteúdo material (fls. 60):

"Art. 128 - (...)

(...)

§ 5º - São infrações administrativas de Conselheiro do Tribunal de Contas, sujeitas a julgamento pela Assembléia Legislativa e sancionadas, mesmo na forma tentada, com o afastamento do cargo:

I - impedir o funcionamento administrativo de Câmara Municipal ou da Assembléia Legislativa;

II - desatender, sem motivo justo, pedido de informações, de auditoria ou de inspeção externa, formulado por Câmara Municipal ou pela Assembléia Legislativa;

III - não cumprir prazo constitucional ou legal para o exercício de sua atribuição;

IV - deixar de prestar contas à Assembléia Legislativa;

V - incidir em quaisquer das proibições do art. 167 da Constituição da República;

VI - praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;

VII - omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses, sujeitos à administração do Tribunal de Contas;

VIII - proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

§ 6º - Assegurados o contraditório e ampla defesa, o processo administrativo por fato descrito no parágrafo anterior obedecerá ao seguinte rito:

I - a notícia, por escrito e com firma reconhecida, poderá ser formulada por qualquer pessoa;

II - a instauração do processo administrativo dependerá de aprovação pela maioria absoluta da Assembléia Legislativa, após a leitura da notícia em Plenário;

III - constituir-se-á comissão processante especial, composta por cinco Deputados sorteados, os quais elegerão o Presidente e o Relator;

IV - recebidos os autos, o Presidente determinará a citação do noticiado, remetendo-lhe cópia integral do processo administrativo, para que, no prazo de cinco dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez;

V - o noticiado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo-lhe permitido assistir às diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperfuntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa;

VI - concluída a instrução, será aberta vista do processo ao noticiado, para razões escritas no prazo de cinco dias, após o que a comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da notícia;

VII - havendo julgamento, o parecer final será lido com Plenário e, depois, o noticiado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de uma hora para produzir sua defesa oral;

VIII - concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações quantas forem as infrações articuladas na notícia, considerando-se afastado do cargo, o noticiado que for declarado, pelo voto aberto da maioria absoluta dos Deputados, como incurso em qualquer das infrações especificadas na notícia;

IX - o processo será concluído em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado, sob pena de arquivamento." (grifei)

Sustenta-se, na presente sede de controle abstrato, **em síntese**, que a Emenda Constitucional nº 40/09, **ao acrescentar os §§ 5º e 6º** ao art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, **teria incorrido** em transgressão à Constituição da República, **considerados** os seguintes fundamentos: **(a) ausência** de "competência do Estado-membro para legislar sobre 'crimes de responsabilidade' de Conselheiro do Tribunal de Contas" (fls. 09); **(b) "violação da competência** do E. Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar crimes de responsabilidade dos Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais" (fls. 18); **(c) "existência** de vício de iniciativa" (fls. 20); **(d) "violação** do princípio da separação de poderes (ou funções)" (fls. 24); e **(e) "ofensa** à garantia de vitaliciedade dos Conselheiros dos Tribunais de Contas" (fls. 34).

O E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **invocando** sua qualidade de "(...) colaborador na defesa das prerrogativas e garantias dos seus membros e, por extensão, da sua própria autonomia e da independência das suas decisões (...)" (fls. 64/65), **requereu**, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, **fosse admitido** a manifestar-se, **formalmente**, na presente causa (fls. 63/65), **tendo reiterado** tal pedido a fls. 68/70, **oportunidade** em que advertiu sobre "o 'periculum in mora' subjacente ao ato normativo vergastado pela via da presente ação" (fls. 69)

Admiti, na condição de "amicus curiae", a E. Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro (fls. 73).

A **Augusta Assembléia Legislativa** do Estado do Rio de Janeiro, **ao prestar as informações** que lhe foram solicitadas (Lei nº 9.868/99, art. 10, "caput", "in fine"), **manifestou-se pela improcedência** da presente ação direta, **propugnando**, em consequência, **pelo reconhecimento da plena validade constitucional** das normas ora impugnadas (fls. 91/107), **alegando**, em síntese, que as condutas tipificadas na Emenda Constitucional estadual nº 40/09 **não configurariam** "crimes de responsabilidade" (fls. 96), **mas**, sim, **infrações administrativas**, e que "não há precedente" desta Suprema Corte "que impeça o Poder Legislativo de legislar sobre processo administrativo, dispondo sobre garantias processuais das partes" (fls. 99).

Ante a relevância do tema versado na presente ação direta, determinei, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 9.868/99, a audiência prévia do eminente Advogado-Geral da União, que se pronunciou "pela concessão da medida cautelar postulada, tendo em vista a presença de seus pressupostos" (fls. 130).

O eminente Procurador-Geral da República, por sua vez, ao opinar na presente sede de fiscalização normativa abstrata, manifestou-se em parecer assim ementado (fls. 180):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE TIPIFICAM AS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DE CONSELHEIROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, SUBMETENDO-OS AO JULGAMENTO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. IMPOSIÇÃO DA PENA DE AFASTAMENTO DO CARGO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE DIREITO PENAL. COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA DOS MEMBROS DA CORTE DE CONTAS. PARECER PELA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR." (grifei)

Sendo esse o contexto, e subsistindo as razões de urgência invocadas pela autora (ATRICON), eis que se inicia, a partir de amanhã (02/07/2009), o período de férias forenses, passo a apreciar, "ad referendum" do E. Plenário deste Tribunal (Lei nº 9.868/99, art. 10, "caput", c/c o art. 21, V, do RISTF), o pedido de suspensão cautelar de eficácia da Emenda Constitucional ora impugnada.

Cumprir destacar, preliminarmente, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.873/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 188/519), reconheceu qualificar-se, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON, como entidade de classe de âmbito nacional, investida de legitimidade ativa "ad causam" para a instauração de processo de controle normativo abstrato perante esta Suprema Corte:

"LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ASSOCIAÇÃO DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. Tem-na, por ser uma associação de classe de âmbito nacional, a ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil." (grifei)

Na realidade, a legitimação ativa da ATRICON para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade tem sido reconhecida - e reafirmada - pela jurisprudência do Supremo Tribunal

ADI 4.190-MC / RJ

Federal, como o evidenciam os seguintes precedentes: ADI 1.934-MC/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES; ADI 1.994/ES, Rel. Min. EROS GRAU; ADI 2.208/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; ADI 2.361-MC/CE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA; ADI 2.546-MC/RO, Rel. Min. SYDNEY SANCHES; ADI 2.596/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; ADI 2.597/PA, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU e ADI 3.361/MG, Rel. Min. EROS GRAU.

De outro lado, entendo configurado, na espécie, o requisito da pertinência temática, que se caracteriza pela existência do nexo de afinidade entre os objetivos institucionais da entidade que ajuizou a ação direta e o conteúdo material dos dispositivos por ela impugnados.

Com efeito, como referido, existe, no caso, o nexo de pertinência temática, eis que o conteúdo da emenda constitucional ora questionada - que versa a tipificação de infrações político-administrativas cometidas por membros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e disciplina a ordem ritual de seu processo perante a própria Assembléia Legislativa local - relaciona-se, de modo direto, com a finalidade institucional da entidade de classe autora, como resulta claro do art. 2º, I, do seu estatuto social, que prevê, dentre os objetivos da ATRICON, o de "representar e defender, em juízo ou fora dele, direitos ou interesses dos Ministros, Conselheiros e Substitutos de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas" (fls. 45 - grifei).

Cabe relembrar, no ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o alcance da cláusula inscrita no art. 103, inciso IX, da Carta Política - e após definir o vínculo de pertinência temática como requisito caracterizador da própria legitimidade ativa "ad causam" das entidades de classe e das confederações sindicais para o processo de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 138-MC/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - ADI 396-MC/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 1.037-MC/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES - ADI 1.096-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.159-MC/AP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADI 1.414-MC/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES) -, firmou orientação no sentido de atribuir, à ATRICON, qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada, sempre que o conteúdo normativo da regra estatal impugnada suscitar, como na espécie, discussão sobre questões concernentes às prerrogativas institucionais, direitos e interesses dos membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.

Assiste razão, portanto à ATRICON, quando sustenta dispor de legitimação para agir, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, e, ainda,

quando afirma registrar-se, na espécie, a presença do vínculo de pertinência temática (fls. 04/06):

"Destarte, indubitoso que a ATRICON é uma entidade de classe de âmbito nacional, detendo legitimidade para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade de leis, obviamente atendido o requisito da pertinência temática.

E, no que tange à pertinência temática, tampouco resta alguma dúvida quanto à motivação de sua presença no caso em tela, porquanto os dispositivos maculados de inconstitucionalidade, contra os quais a ATRICON ora se insurge, dizem respeito à aventada instauração e aplicação, por iniciativa da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, de 'processo e sanção' por crimes de responsabilidade supostamente praticados por membros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a serem julgados pelos próprios Deputados Estaduais, em frontal e inequívoca dissonância com o que a respeito estabelecem os arts. 22, I, 73, § 3º, 75, 85, p. único, 95, inciso I, 96, inciso I, e 105, I, 'a', além do princípio da separação de poderes, todos consagrados no texto da Constituição da República.

Ou seja, a discussão ora proposta está intimamente relacionada à finalidade institucional da ATRICON, assim delineada no art. 2º do seu Estatuto, no que concerne à defesa das prerrogativas e competências atribuídas pelo texto da Lei Maior aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios (estes, onde houver), defesa esta, se necessário, a ser exercida judicialmente.

O fato é que a nova redação do art. 128, §§ 5º e 6º, da Constituição fluminense interfere, diretamente, com as mencionadas prerrogativas e garantias constitucionais, ao instituir um procedimento para a apuração e o julgamento de Conselheiros da Corte de Controle estadual, por supostos 'crimes de responsabilidade', pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, cominando-lhes como 'pena' (a ser decretada pelos Senhores Deputados Estaduais) a 'perda do cargo'.

Tal procedimento, a par de infringir as normas da Constituição da República que atribuem competência para tal processamento e julgamento ao E. Superior Tribunal de Justiça e definem que a competência legislativa para definir o que sejam os 'crimes de responsabilidade' incumbe privativamente

à União, **tem o nítido objetivo** de empanar a autonomia e independência dos membros do Tribunal de Contas **no exercício** de seus misteres, **colocando-os**, por vias espúrias, em autêntica posição de subalternidade perante os seus órgãos fiscalizados.

Transparece nítida, pois, **a pertinência temática**, de vez que a Emenda Constitucional em questão atina com as prerrogativas e garantias dos membros dos Tribunais de Contas." (grifei)

Tenho para mim, desse modo, que a ATRICON **possui** legitimidade ativa "ad causam" **para promover** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Passo, em conseqüência, **a apreciar** o pedido de suspensão cautelar de eficácia da Emenda Constitucional nº 40/2009, **promulgada** pela Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

A questão **pertinente** à definição **da natureza jurídica** dos denominados "crimes de responsabilidade" (**conceito a que se subsumiriam** as infrações político-administrativas) **tem suscitado** intensa discussão de ordem teórica, com conseqüente repercussão no âmbito jurisprudencial, **notadamente** no que concerne ao reconhecimento da pessoa política **competente**, no plano legislativo, para tipificá-los **e** para disciplinar a respectiva ordem ritual de seu processo e julgamento.

Não desconheço, por isso mesmo, **que se registra**, na matéria em exame, como venho de referir, **amplo dissídio doutrinário em torno da qualificação jurídica** do "crime de responsabilidade" **e** do processo a que dá origem, **pois**, para uns, o "impeachment" **constitui** processo eminentemente político, **enquanto** que, para outros, **ele representa** processo de índole criminal (**como sucedeu sob a legislação imperial brasileira** - Lei de 15/10/1827), **havendo**, ainda, **os que nele identificam** a existência de um processo de natureza mista, **consoante revela** o magistério de eminentes autores (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, "O Impeachment", p. 76/88, 3ª ed., 1992, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 3/596-600, 1992, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/453, 3ª ed., 2000, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 550/552, 32ª ed., 2009, Malheiros; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. V/2.931-2.947, 2ª ed., 1992, Forense Universitária; PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de

1969", tomo III/351-361, 3ª ed., 1987, Forense; MICHEL TEMER, "Elementos de Direito Constitucional", p. 167/171, 22ª ed., 2007, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. III/443-450, itens n. 864/868, 2ª ed., 2003, revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, Forense; JOÃO BARBALHO, "Constituição Federal Brasileira - Comentários", p. 133, 2ª ed., 1924; CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, "Comentários à Constituição Brasileira de 1891", p. 542/543, Coleção História Constitucional Brasileira, 2005, Senado; AURELINO LEAL, "Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira", p. 480, Primeira Parte, 1925; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Curso de Direito Constitucional", p. 413/415, item n. 2.1.3.2.2.1, 2ª Ed. 2009, Impetus).

Parte expressiva da doutrina, ao examinar a natureza jurídica do crime de responsabilidade, situa-o no plano político-constitucional (PAULO BROSSARD, "O Impeachment", p. 83, item n. 56, 3ª ed., 1992, Saraiva; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "A Constituição Federal Comentada", vol. II/274-279, 3ª ed., 1956, Konfino; CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", vol. 1/40-41, item n. 2, 1943, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "Curso de Direito Constitucional", p. 968/969, item n. 7.2, 4ª ed., 2009, IDP/Saraiva; WALBER DE MOURA AGRA, "Curso de Direito Constitucional", p. 460/461, item 24.3.2, 4ª Ed., 2008, Saraiva; DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, "Curso de Direito Constitucional", p. 935/939, item n. 3.6, 2ª Ed., 2008, JusPodivm; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, "Curso de Direito Constitucional", p. 721/723, item n. 8.4, 2007, Elsevier, v.g.).

Há alguns autores, no entanto, como AURELINO LEAL ("Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira", Primeira Parte, p. 480, 1925), que qualificam o crime de responsabilidade como instituto de direito criminal.

Por entender que a natureza jurídica do "crime de responsabilidade" permite situá-lo no plano estritamente político-constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal, não posso deixar de atribuir, a essa figura, a qualificação de ilícito político-administrativo, desvestida, em consequência, de conotação criminal, o que me autoriza concluir, tal como o fiz em voto vencido (Pet 1.954/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA) - dissentindo, então, da orientação jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (RTJ 166/147, Rel. Min. NELSON JOBIM - RTJ 168/729, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 176/199, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.) -, que o impropriamente

denominado "crime de responsabilidade" **não traduz instituto de direito penal, viabilizando-se**, por isso mesmo, **a possibilidade de o Estado-membro exercer, nessa matéria, fundado** em sua autonomia institucional, **competência legislativa** para definir, **mediante cláusula de tipificação, os denominados crimes de responsabilidade, que nada mais são (excluídos, no entanto, os delitos funcionais) do que ilícitos ou** infrações de índole político-administrativa.

Registro, neste ponto, **por todos**, no sentido que ora venho de expor (**embora** não desconheça tratar-se de posição minoritária nesta Corte), **o magistério** do eminente Ministro PAULO BROSSARD ("O Impeachment", p. 90/91, item n. 64, 3ª ed., 1992, Saraiva), **que reconhece** a competência legislativa **do Estado-membro** (e, **também**, a do Município) **para legislar** sobre os crimes de responsabilidade, cuja natureza jurídica - por mostrar-se **desvestida** de caráter penal - **autoriza qualificá-los** como **típicas** infrações político-administrativas:

"Com efeito, sob a Constituição de 24 de fevereiro, embora competisse à União, como agora, legislar privativamente sobre direito penal, ela nunca definiu crimes de responsabilidade de autoridades locais - do Estado ou do Município - e, livre e validamente, fizeram-no os Estados-Membros, com chancela dos poderes federais.

Tal sucede na Argentina. Lá, a despeito de competir ao Congresso Nacional, com exclusividade, legislar sobre direito criminal, às Províncias jamais se negou a competência para regular o 'juicio político' e aplicá-lo conforme as disposições do direito estadual.

De resto, os mais autorizados juristas, penalistas inclusive, nunca puseram em dúvida a competência estadual a respeito. De Ruy Barbosa a João Barbalho, de José Higino a Galdino Siqueira, de Clóvis Bevilacqua a Pedro Lessa, de Epitácio Pessoa a Amaro Cavalcanti, de Afrânio de Melo Franco a Prudente de Moraes Filho, de Carlos Maximiliano a Viveiros de Castro, de Afonso Celso a Laudelino Freire, de Pisa e Almeida a Eneas Galvão, de Lúcio de Mendonça a Oliveira Ribeiro, em quase-unanimidade, dissertando ou decidindo, todos prestigiaram, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, as práticas vigentes nesse sentido." (grifei)

Essa visão do tema **assenta-se** no reconhecimento **de que se revela imprópria** a locução constitucional "crimes de responsabilidade", **que compreende**, na realidade, infrações de

caráter político-administrativo, em oposição à expressão (igualmente inscrita no texto da Constituição) "crimes comuns".

Com efeito, o crime comum e o crime de responsabilidade são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. O crime comum é um aspecto da ilicitude penal. O crime de responsabilidade refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte utilizou a expressão crime comum, significando ilícito penal, em oposição a crime de responsabilidade, significando infração político-administrativa.

Nesse sentido, a correta observação de ADILSON ABREU DALLARI ("Crime de Responsabilidade do Prefeito", "in" "Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo", vol. 72/146-148):

"Portanto, não pode haver dúvida. Uma coisa é infração penal, comum, disciplinada pela legislação penal. O Código Penal está em vigor, cuidando dos crimes contra a administração pública, que podem ser cometidos, inclusive por Prefeitos. O Prefeito pode perfeitamente ser julgado, pelo Tribunal de Justiça, no caso de cometer peculato, emprego irregular de verbas públicas, concussão, prevaricação, tudo isso não é crime de responsabilidade; tudo isso é crime comum que o Prefeito pode cometer e ser julgado pelo Poder Judiciário.

Ao lado disso, existe o crime de responsabilidade, que é uma infração político-administrativa (...).

.....
Na sistemática constitucional, (...) fica claro que crime de responsabilidade não é infração penal, mas infração político-administrativa (...)." (grifei)

Essa mesma compreensão quanto à impropriedade da expressão constitucional "crimes de responsabilidade" traduz-se na lição do eminente Professor e Desembargador JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Elementos do Direito Processual Penal", vol. III/444-445, item n. 864, 2ª ed./2ª tir., 2003, Millennium):

"No Direito Constitucional pátrio, o 'crime de responsabilidade' opõe-se ao 'crime comum' e significa 'a violação de um dever do cargo, de um dever de função', como o dizia JOSÉ HIGINO. Mas a 'sanctio juris' contra essa infração não consiste em 'pena criminal', pois que seu julgamento e os efeitos jurídicos deste advindos são de

outra espécie e moldam-se pela forma do instituto do 'impeachment'.

.....
Não nos parece que o 'crime de responsabilidade' de que promana o 'impeachment' possa ser conceituado como 'ilícito penal'. **Se** a sanção que se contém na regra secundária **pertinente** ao 'crime de responsabilidade' **não tem** natureza penal, **mas** tão-só o caráter de 'sanctio juris' política, **tal crime** se apresenta como 'ilícito político' **e nada mais.**" (grifei)

Não obstante essa minha **pessoal** convicção sobre o tema, **devo ressaltar que diverso** é o entendimento **consagrado** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**Pet 85/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **Pet 1.104-AgR-ED/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - **Pet 1.954/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g.), **que tem reconhecido** que os crimes de responsabilidade **refogem** à competência dos Estados-membros, **incluindo-se**, ao contrário, **na esfera** das atribuições legislativas **da União Federal**:

"Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Impeachment: (a) Competência para julgar; (b) Regras de procedimento.

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). **Vigência** da Lei n.º 1079/50 e aplicação de seus dispositivos, **recepçionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.**

Liminar deferida, em parte, por unanimidade.
(**RTJ 166/147**, Rel. Min. NELSON JOBIM - grifei)

"Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei.

Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, **imputáveis** embora a autoridades estaduais, **é matéria de Direito Penal, da competência** privativa da União - **como tem prevalecido no Tribunal (...).**"

(**RTJ 168/729**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"Inscreve-se na competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade **e** a disciplina do respectivo processo e julgamento.

Precedentes do Supremo Tribunal: ADIMC 1.620, ADIMC 2.060 e ADIMC 2.235."

(**RTJ 176/199**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

"(...) 4. São de competência da União a definição jurídica de crime de responsabilidade e a regulamentação dos respectivos processo e julgamento. **Precedente.**

Pedido de liminar deferido."

(ADI 2.050-MC/RO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Cumpra registrar, ainda, por necessário, no que se refere à competência para legislar sobre crimes de responsabilidade, que o Supremo Tribunal Federal aprovou, na Sessão Plenária de 26/11/2003, o enunciado da Súmula 722/STF, que assim dispõe:

"São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento." (grifei)

A orientação consolidada na Súmula 722/STF, hoje prevalecte na jurisprudência desta Suprema Corte, conduz ao reconhecimento de que não assiste, ao Estado-membro, mediante regramento normativo próprio, competência para definir tanto os crimes de responsabilidade (ainda que sob a denominação de infrações administrativas ou político-administrativas) quanto o respectivo procedimento ritual:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 136-A DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE RONDÔNIA, INTRODUZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21, DE 23.08.2001, E QUE DEFINE, COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO, 'A NÃO EXECUÇÃO DA PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, DECORRENTE DE EMENDAS PARLAMENTARES'.

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 22, INCISO I, E 85, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência do S.T.F. é firme no sentido de que compete à União legislar sobre crime de responsabilidade (art. 22, I, e art. 85, parágrafo único, da C.F.).

2. No caso, a norma impugnada violou tais dispositivos.

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

4. Plenário. Decisão unânime."

(ADI 2.592/RO, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - grifei)

"Inscrevem-se, na competência legislativa **da União**, a **definição dos crimes de responsabilidade e a disciplina do respectivo processo e julgamento.**

Precedentes do Supremo Tribunal: ADIMC 1.620, ADIMC 2.060 e ADIMC 2.235."

(ADI 2.220-MC/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 657/1996 DO ESTADO DE RONDÔNIA, ARTS. 1º; 2º; 3º; 4º; 5º; 6º, 'CAPUT' E PARÁGRAFO ÚNICO; 7º; 8º; 25; 26; 27; 28, 'CAPUT' E PARÁGRAFO ÚNICO; 29; 30 E 46. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA A DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE.

Aplicação da Súmula 722.

Ação julgada procedente."

(ADI 1.879/RO, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

"(...) CRIME DE RESPONSABILIDADE. DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO, REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO: COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

.....
4. São de competência da União a definição jurídica de crime de responsabilidade e a regulamentação dos respectivos processo e julgamento. **Precedente.**

Pedido de liminar deferido."

(ADI 2.050-MC/RO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

"Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Impeachment: (a) Competência para julgar; (b) Regras de procedimento.

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei n.º 1079/50 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.

Liminar deferida, em parte, por unanimidade."

(ADI 1.628-MC/SC, Rel. Min. NELSON JOBIM - grifei)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1.º E 2.º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 31, DE 30.12.97. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, I; E 84, II, DA CARTA DA REPÚBLICA.

.....

Já o segundo, tipificando novo crime de responsabilidade, invade competência legislativa privativa da União, nos termos do inciso I do art. 22 da referida Carta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Procedência da ação."

(ADI 1.901/MG, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei)

Cabe assinalar que têm sido reiteradas as decisões proferidas por esta Suprema Corte, cujo magistério jurisprudencial se orienta - considerados os precedentes mencionados - no sentido da impossibilidade de outros entes políticos, que não a União, editarem normas definidoras de crimes de responsabilidade, ainda que sob a designação formal de infrações político-administrativas ou infrações administrativas:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO - A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO-MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA - LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE (...) - PRESCRIÇÃO NORMATIVA EMANADA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTADUAL - FALTA DE COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE (...)."

.....
INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS: INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO-MEMBRO.

- O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de ilícitos político-administrativos (...)." (RTJ 198/452-454, 452, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"I - Crime de responsabilidade: tipificação: competência legislativa da União mediante lei ordinária: inconstitucionalidade de sua definição em constituição estadual."

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (malgrado a reserva pessoal do relator) está sedimentada no sentido de que é da competência legislativa exclusiva da União a definição de crimes de responsabilidade de quaisquer agentes políticos, incluídos os dos Estados e Municípios."

(ADI 132/RO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"Segundo a orientação do Supremo Tribunal, é da competência legislativa da União a definição dos crimes de

responsabilidade **bem como** a disciplina do respectivo processo e julgamento (**cf.** ADIMC 1268, DJ 26-9-97; ADIMC 2050, DJ 1-10-99).

Relevância jurídica também da argüição de inconstitucionalidade de Decreto-legislativo editado para tornar insubsistente norma de lei formal (ADIMC 1254, DJ de 17-3-2000)."

(ADI 2.235-MC/AP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei)

Essa diretriz jurisprudencial apóia-se no magistério de autores - como PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969", tomo III/355, 3ª ed., 1987, Forense), MARCELO CAETANO ("Direito Constitucional", vol. II/547-552, item n. 179, 2ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, 1987, Forense) e OSWALDO TRIGUEIRO ("Direito Constitucional Estadual", p. 191, item n. 101, 1980, Forense) - que reconhecem, unicamente, na matéria ora em análise, a competência legislativa da União Federal, advertindo que a regulação do tema, pelo Estado-membro, traduz usurpação das atribuições que a Constituição da República outorgou, com exclusividade, à própria União Federal.

O que me parece incontroverso, no entanto, a partir da edição da Súmula 722/STF, é que resultou superada, agora, prestigiosa corrente doutrinária (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, "O Impeachment", p. 88/112, 2ª ed., 1992, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 629/630, 32ª ed., 2009, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", p. 805, 16ª ed., item n. 4.2.1, 2008, Malheiros), que admite a possibilidade de os Estados-membros ou os Municípios definirem, eles próprios, os modelos tipificadores dos impropriamente denominados crimes de responsabilidade.

É por essa razão - considerada a jurisprudência hoje prevacente nesta Suprema Corte - que a ATRICON sustenta a inconstitucionalidade da EC estadual nº 40/2009 ora impugnada (fls. 16/18):

"(...) identificando-se, como de fato se tem por identificado, que o objeto da Emenda em apreço é a regulamentação do processo e julgamento de infrações 'de responsabilidade', forçoso fica concluir que falta, ao Estado, competência legislativa para criá-las e disciplinar seu julgamento, 'ex vi' do disposto no art. 22, I, e 85 da Constituição da República.

Por sua vez, pouco importa que se tenham atribuído às infrações em questão natureza **meramente** 'administrativa', **porquanto** o que as define como tal, **ou** 'de responsabilidade', **não é a vontade do legislador**, e, sim, a sua aderência à natureza do cargo e da sanção. **Daí que**, vinculando-se à conduta do Conselheiro **no exercício** das suas funções, **as infrações tipificadas**, em tese, **na Emenda em apreço**, **deixam entrever** que consubstanciam **verdadeiras** infrações políticas, **distanciando-se**, e muito, do caráter **tipicamente** funcional dos ilícitos administrativos.

Destarte, na hipótese em exame, **falta**, ao Estado, por sua Assembléia Legislativa, **competência para legislar** acerca da matéria, **'tipificando'** ao seu talante **atos infracionais** em relação aos quais **a sanção correlata é a perda do cargo e estabelecendo** as normas procedimentais respectivas.

Além do mais, fosse possível ('ad argumentandum tantum') **conferir** às infrações acima referidas **caráter estritamente 'administrativo'**, conforme enunciado na Emenda sob comento, **então o vício** que a inquina **seria outro**, mas igualmente idôneo para fulminar a sua validade por isso que, como é curial, o Tribunal de Contas **não compõe** a estrutura orgânico-administrativa da Assembléia Legislativa, **ao revés**, justapondo-se a ela, **cada qual** no exercício das suas atribuições e competências moldadas pelo texto constitucional (**o que impõe** a cada um deles a mais estrita observância das prerrogativas e poderes conferidos ao outro).

Assim sendo, **nada há que autorize** a iniciativa de emenda constitucional **atinente** ao julgamento de possíveis infrações 'administrativas' **cometidas** por Conselheiros do Tribunal de Contas pelos membros do Poder Legislativo. **Até porque**, caso ('ad argumentandum', repita-se) tais infrações **revestissem** a propalada natureza 'administrativa', **só deteria** poderes para **'julgá-las'** **quem**, 'administrativamente', **ocupasse** escalão hierárquico superior, **DENTRO DE UMA MESMA ÓRBITA FUNCIONAL**, **o que evidentemente não sucede** no concernente a ambos os órgãos em apreço.

Tenha-se presente, por ser importante e expressar consonância com os princípios e a ordem jurídica que se quer preservar, **que a Constituição** do Estado do Rio de Janeiro **dispõe** no parágrafo 4º do seu artigo 128 que 'Os Conselheiros, nos casos de crimes comuns e nos de

responsabilidade, serão processados e julgados, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça'." (grifei)

Daí a observação feita pelo eminente Advogado-Geral da União, no ponto em que destaca, a esse respeito, a orientação jurisprudencial desta Corte, consolidada na Súmula 722/STF (fls. 127/130):

"(...) **a tipificação** dos crimes de responsabilidade, **bem assim o estabelecimento** das respectivas normas de processo e julgamento, **são de competência privativa da União**, nos termos da pacífica jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, **consubstanciada nos seguintes precedentes:**

'SÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO A DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E O ESTABELECIMENTO DAS RESPECTIVAS NORMAS DE PROCESSO E JULGAMENTO.' (Súmula 722);

'A expressão 'e julgar', que consta do inciso XX do artigo 40, e o inciso II do § 1º do artigo 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. Lei federal n. 1.079/50, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no artigo 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União.'

(ADI 1.628, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ de 24-11-06). [...];

'Segundo a orientação do Supremo Tribunal, **é da competência legislativa da União a definição** dos crimes de responsabilidade **bem como** a disciplina do respectivo processo e julgamento (cfr. ADI 1.628-MC, DJ 26-9-97; ADI 2.050-MC, DJ de 1º-10-99).'

(ADI 2.235-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 7-5-04). [...];

'Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal (...).'

(ADI 834, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-2-99, DJ de 9-4-99). [...].

A propósito, existe a Lei Federal nº 1.079, de 1950, com a redação conferida pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que dispõe sobre os denominados crimes de responsabilidade praticados pelos agentes políticos. Esse diploma legal, conforme orientação dessa Corte Suprema, fora recepcionado pela nova Ordem Constitucional e cuida dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 4º); de Ministros de Estados (art. 13); dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39); Presidentes de Tribunais Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes, no que diz respeito aos aspectos orçamentários (art. 39-A); do Procurador-Geral da República (art. 40); do Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, I), dos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II) e dos Governadores dos Estados e seus Secretários (art. 74).

Há, também, no âmbito da legislação federal, o Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, alterado pela Lei nº 10.028, de 2000, que cuida dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e pela Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1983, a qual trata dos crimes de responsabilidade dos Governadores do Distrito Federal e dos Territórios Federais e seus Secretários; tudo a demonstrar a competência da União para legislar sobre a matéria.

Dessa maneira, conclui-se que o ato normativo hostilizado ofende o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, ao dispor sobre matéria penal, bem como o art. 105, inciso I, 'a', da referida Carta, porquanto

atribui ao Poder Legislativo estadual a competência para julgar os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Por conseguinte, encontra-se presente, também, o 'fumus boni iuris' necessário à concessão da liminar." (grifei)

Também o eminente Procurador-Geral da República põe em destaque esse aspecto, ressaltando que, no tema disciplinado na EC nº 40/2009, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, esta Suprema Corte tem reconhecido a competência exclusiva da União Federal (fls. 184/185):

"17. Os dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro parecem, num exame preliminar, ofender a competência da União para dispor sobre direito penal, bem como vulnerar a competência assegurada ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas dos Estados nos crimes de responsabilidade (art. 105, I, 'a', CF).

.....
21. A despeito de utilizar a nomenclatura 'infrações administrativas', o que se observa é que os dispositivos elencam condutas que se enquadram, de forma perfeita, no conceito de crimes de responsabilidade, donde decorre certa a violação à competência constitucionalmente atribuída à União para dispor sobre Direito Penal.

.....
24. Evidente, portanto, estar caracterizada a plausibilidade jurídica do pedido, tanto porque a norma da Constituição Estadual ofende o art. 22, I, da Constituição Federal, haja vista tratar de tema afeto ao Direito Penal (...)." (grifei)

O Estado-membro, portanto, considerada a jurisprudência predominante nesta Suprema Corte, não dispõe de competência para estabelecer normas definidoras de crimes de responsabilidade (ainda que sob a designação de infrações administrativas ou político-administrativas), bem assim para disciplinar o respectivo procedimento ritual.

Mesmo que se reconhecesse, no entanto, a competência estadual para tipificar crimes de responsabilidade, para efeito de decretação da perda de cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado, por deliberação da Assembléia Legislativa local, ainda assim a Emenda Constitucional estadual nº 40/2009 ora em exame pareceria incidir em outra inconstitucionalidade, pois - como sustenta a ATRICON (fls. 18) -

o diploma normativo em questão provocaria usurpação da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, a quem se atribui, constitucionalmente, o poder de processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais não só nos "crimes comuns", mas, também, nos "crimes de responsabilidade", abrangentes, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, das infrações político-administrativas (CF, art. 105, I, "a").

Orienta-se, nesse sentido, o magistério, sempre valioso, de JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Comentário Contextual à Constituição", p. 567, itens ns. 2 e 3, 6ª ed., 2009, Malheiros):

"2. GENERALIDADE SOBRE A COMPETÊNCIA DO STJ. A competência do STJ está distribuída em três áreas: (a) competência 'originária' para processar e julgar as questões relacionadas no inciso I do art. 105 (...).

3. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. É de sua 'competência originária processar e julgar' (...), nos 'crimes comuns' e 'de responsabilidade', os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos TRFs, dos TRES e dos TRTs, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (...)." (grifei)

Correta, portanto, a advertência do eminente Advogado-Geral da União, que, ao manifestar-se pela "concessão da medida cautelar postulada" (fls. 130), põe em destaque esse específico aspecto da controvérsia (fls. 125/131):

"Há que se ressaltar, ainda, que o art. 105 da Constituição Federal, igualmente, deixa evidente que os Conselheiros dos Tribunais de Contas são agentes políticos, na medida em que insere tais autoridades entre os sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade sujeitos ao julgamento originário pelo Superior Tribunal de Justiça. Prevê o dispositivo em questão:

.....
Dessa forma, os Conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais podem ser processados e julgados por crime de responsabilidade, ou, no dizer de alguns doutrinadores, 'por infrações de natureza político-administrativa'. Tal enquadramento substitui a responsabilidade meramente administrativa, que é aplicável aos agentes públicos comuns.
.....

Dessa maneira, conclui-se que o ato normativo hostilizado ofende o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, ao dispor sobre matéria penal, bem como o art. 105, inciso I, 'a', da referida Carta, porquanto atribui, ao Poder Legislativo estadual, a competência para julgar os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro." (grifei)

Cabe assinalar, ainda, que, mesmo que não incidisse, na espécie, a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, ainda assim pareceria haver, em referida emenda à Constituição estadual, uma outra eiva de inconstitucionalidade.

É que o Conselheiro do Tribunal de Contas dispõe, como garantia de ordem subjetiva destinada a proteger-lhe a independência funcional, da prerrogativa jurídico-constitucional da vitaliciedade (CF, art. 73, § 3º, c/c o art. 75).

Todos sabemos que essa garantia estende, em favor dos magistrados, representante do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas, significativa proteção contra a demissão funcional, somente permitindo a decretação de perda do cargo mediante decisão judicial.

Isso significa que os Conselheiros dos Tribunais de Contas, cujas prerrogativas são equiparadas às dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, possuem a garantia de indemissibilidade, que só deixa de prevalecer em face de decisão emanada do Poder Judiciário, não, porém, de decisão proferida pelas Casas legislativas.

Esse entendimento - que tem apoio em autorizado magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 933/934, item n. 17, 26ª ed., 2009, Malheiros; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "A Constituição Federal Comentada", vol. II/191-192, 3ª ed., 1956, Konfino, v.g.) - foi exposto pelo eminente Advogado-Geral da União, em passagem de sua manifestação (fls. 124/125):

"(...) Saliente-se, também, que o § 3º do art. 73 da Constituição da República, de observância obrigatória na estruturação dos Tribunais de Contas estaduais, por força do art. 75 da mesma Carta política, lhes confere as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e

vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado.

Isso demonstra que os membros dos Tribunais de Contas dos Estados não são agentes públicos comuns, mas verdadeiros agentes políticos que gozam de independência, nas matérias de sua competência, pois equiparados aos desembargadores, principalmente no que concerne às garantias a estes asseguradas, entre elas a da vitaliciedade que impede a perda de cargo, por parte dos Conselheiros de Contas, a não ser mediante sentença judicial transitado em julgado." (grifei)

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, em obra sobre os Tribunais de Contas ("Tribunais de Contas do Brasil - Jurisdição e Competência", p. 717/719, item n. 6.1.1, 2ª ed./1ª reimpressão, 2008, Fórum), **ao referir-se às prerrogativas constitucionais de seus membros, tanto no âmbito da União (Ministros) quanto no dos Estados (Conselheiros), também enfatiza que a perda do cargo, por tais autoridades, somente será possível em decorrência de sentença judicial:**

"6.1.1. dos Ministros e Conselheiros
(...)

No Brasil, por equiparação, a Constituição Federal assegurou a estes as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, sendo aplicadas, para aposentadoria e pensão, as normas do art. 40. As garantias correspondem às gerais da magistratura, referidas também na Constituição Federal: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

A vitaliciedade, no caso de ministros do Tribunal de Contas da União, é garantida desde a nomeação e posse (...).

A mesma se aplica aos conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, bem como do Distrito Federal, por força do art. 75 da Constituição Federal (...).

Desde a posse, portanto, os ministros do TCU e os conselheiros dos Tribunais de Contas só podem perder o cargo por sentença transitada em julgado ou na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional." (grifei)

Vale referir, por pertinente, fragmento da decisão que a eminente Ministra ELLEN GRACIE - perfilhando o entendimento de que

os membros dos Tribunais de Contas possuem as mesmas prerrogativas da magistratura, inclusive a vitaliciedade (ADI 375-MC/AM, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - ADI 1.170/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.) - proferiu no exercício da Presidência desta Suprema Corte, nos autos da SS 3.024/PE:

"(...) a determinação de afastamento imediato de Conselheiro do Tribunal de Contas, antes do trânsito em julgado da ação mandamental proposta com vistas à desconstituição do ato de sua posse, contraria o disposto no art. 75 c/c os arts. 73, § 3º, e 95, I, todos da Constituição da República. É dizer, o Conselheiro do Tribunal de Contas nomeado e empossado, por gozar da garantia da vitaliciedade equivalente à dos desembargadores do Tribunal de Justiça estadual, só poderá ser afastado do cargo por sentença judicial transitada em julgado."
(grifei)

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - considerado o teor da Emenda Constitucional estadual 40/2009 -, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura.

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico, como o reconhecem autorizadíssimos doutrinadores (LUCAS ROCHA FURTADO, "Curso de Direito Administrativo", p. 1.085/1.086, item n. 18.5.2, 2007, Fórum; JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, "Tribunais de Contas do Brasil - Jurisdição e Competência", p. 139/144, item n. 9, 2ª ed./1ª reimpressão, 2008, Fórum; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "in" Revista de Direito

Público, vol. 72/133-150, 136-137; ODETTE MEDAUAR, "Direito Administrativo Moderno", p. 411, item n. 18.5, 2ª ed., 1998, RT; MARÇAL JUSTEN FILHO, "Curso de Direito Administrativo", p. 1.000/1.001, item XV.7.3, 4ª ed., 2009, Saraiva; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 771, item n. 7.1, 35ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2009, Malheiros, v.g.).

Daí a corretíssima observação que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI fez, como Relator, no julgamento final da ADI 375/DF:

"Creio ser hoje possível afirmar, sem receio de erro, que os Tribunais de Contas são órgãos do Poder Legislativo, sem, todavia se acharem subordinados às Casas do Congresso, Assembléias Legislativas ou Câmaras de Vereadores. Que não são subordinados, nem dependentes, comprovam-no o dispositivo da Constituição Federal que lhes atribui competência para realizar, por iniciativa própria, inspeções e auditorias nas unidades administrativas dos três Poderes (art. 71, IV), bem como as garantias da magistratura, asseguradas aos seus Membros (art. 73, § 3º), além de extensão da autonomia inerente aos Tribunais do Poder Judiciário (art. 73, combinado com o art. 96).

Acresce que a competência dos Tribunais de Contas não resulta de delegação das Câmaras Legislativas, mas, originariamente, da Constituição." (grifei)

Essa visão em torno da autonomia institucional dos Tribunais de Contas, dos predicamentos e garantias reconhecidos aos membros que os integram e da inexistência de qualquer vínculo hierárquico dessas mesmas Cortes de Contas ao respectivo Poder Legislativo tem sido constante na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro do voto que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI proferiu no julgamento, por esta Suprema Corte, da Representação nº 1.002/SP:

"O Tribunal de Contas da União, padrão obrigatório das Cortes estaduais correspondentes, composto de Ministros investidos das mesmas garantias da magistratura e dotado da prerrogativa de autogoverno conferida aos Tribunais do Poder Judiciário, tem sua esfera própria de atuação direta, estabelecida na Constituição.

A despeito da ambigüidade da expressão 'auxílio do Tribunal de Contas', utilizada, pela Constituição, ao

estabelecer o modo de exercício do controle externo, pelo Poder Legislativo, é patente, no sistema, a autonomia do Tribunal, que não guarda vínculo algum de subordinação para com o Congresso, nem deve ser entendido como mera assessoria deste." (grifei)

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, entendo, consideradas as razões que expus e tendo em vista, ainda, os pronunciamentos dos eminentes Senhores Advogado-Geral da União (fls. 117/130) e Procurador-Geral da República (fls. 180/185) - ambos favoráveis à concessão da medida cautelar -, que se reveste de densa plausibilidade jurídica a pretensão ora deduzida pela ATRICON.

Concorre, por igual, a meu juízo, o requisito pertinente ao "periculum in mora", especialmente se se considerar a alegação da autora de que é "exíguo o prazo de 90 dias fixado para a conclusão do processo de afastamento de Conselheiros do Tribunal de Contas" (fls. 201).

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro, "ad referendum" do E. Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 10, "caput", c/c o art. 21, V, do RISTF), o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação direta, suspender, cautelarmente, a eficácia da Emenda Constitucional nº 40, de 02/02/2009, promulgada pela Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que acrescentou os §§ 5º e 6º ao art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Assinalo que a presente medida cautelar reveste-se de plena eficácia e dispõe de imediata aplicabilidade e exeqüibilidade, assim permanecendo até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal venha a apreciá-la nos termos e para os fins a que se refere o art. 21, inciso V, do RISTF.

Comunique-se, com urgência, encaminhando-se, à Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, cópia da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2009 (22:30h).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator