

**“FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREIRO**

WILLIAM JAQUES GÊNOVA

FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO

**MARÍLIA
2009**

WILLIAM JAQUES GÊNOVA

FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Ms. Carlos Ricardo Fracasso

MARÍLIA
2009

GÊNOVA, William Jaques

Foro por prerrogativa da função / William Jaques Gênova;
orientador: Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP: [s.n.]. 2009.
65 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Competência por prerrogativa de foro
2. Especialidade
3. Princípios constitucionais

CDD: 341.415



William Jaques Gênova

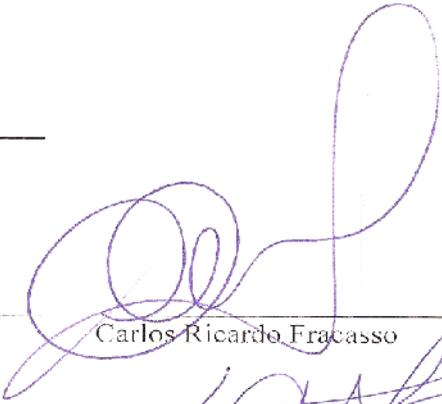
RA: 34145-2

FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO

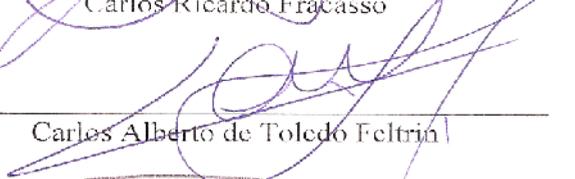
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A):


Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A):


Carlos Alberto de Toledo Feltrin

2º EXAMINADOR(A):


Alex Ferreira Batista

Marília, 24 de outubro de 2009.

À Deus, pela proteção e forças em todos os momentos de minha vida.

Aos meus pais, Jairo e Jane, e a meu irmão, Wesley, cujos exemplos de dedicação e humildade me motivam a crescer.

Aos amigos Marielen e Conrado pela compreensão e paciência incondicional.

Aos amigos de sala por me proporcionaram momentos inesquecíveis.

Ao professor e orientador Carlos Ricardo Fracasso cujos ensinamentos foram de fundamental importância para minha formação intelectual.

*A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça
qualificada e manifesta.*

Rui Barbosa

GÊNOVA, William Jaques. **Foro por prerrogativa da função**. 2009. 65 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto do “Foro por prerrogativa da função”. Consistente em uma espécie de competência originária que determinados órgãos de jurisdição superior possuem para conhecer, processar e julgar determinados cargos e funções públicas, esse instituto sobrepõe-se às demais espécies de competência previstas no ordenamento jurídico brasileiro em razão de sua especialidade. Diuturnamente, principalmente pelos meios jornalísticos, a prerrogativa de foro é taxada de inconstitucional. Contudo, trata-se de competência legítima, estabelecida pela própria Constituição Federal. O aspecto mais criticado com relação a essa competência originária é o fato dos réus que são julgados pelos Tribunais raramente ser condenados pelos crimes praticados em razão da má estruturação dos órgãos de jurisdição superior. O combate à corrupção e aos demais crimes praticados por pessoas ocupantes de cargos e funções revestidos com referida garantia é clamado pela sociedade e, somente poderá ser alcançado por meio de uma reestruturação dos Tribunais.

Palavras-chave: Prerrogativa de foro. Especialidade. Princípios constitucionais.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| | |
| CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO..... | 9 |
| 1.1) Conceito..... | 12 |
| 1.2) Natureza jurídica..... | 13 |
| 1.3) Origem e evolução histórica..... | 14 |
| 1.4) Foro por prerrogativa da função no direito comparado..... | 19 |
| 1.5) Previsão legal e constitucional..... | 21 |
| | |
| CAPÍTULO 2 - COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO EM OPOSIÇÃO ÀS OUTRAS ESPÉCIES DE COMPETÊNCIA..... | 25 |
| 2.1) Conexão e continência..... | 25 |
| 2.2) Competência pela prerrogativa de função e o Tribunal do Júri..... | 29 |
| 2.3) Competência pela prerrogativa de função e a competência territorial e material..... | 31 |
| 2.4) Competência pela prerrogativa de função e a exceção da verdade..... | 34 |
| 2.5) Competência pela prerrogativa de função após a cessação do exercício funcional..... | 36 |
| 2.5.1) Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal..... | 36 |
| 2.5.2) Lei nº 10.628/02..... | 37 |
| 2.5.2.1) Competência pela prerrogativa de função nos crimes <i>propter officium</i> após o fim do exercício funcional..... | 38 |
| 2.5.2.2) Competência pela prerrogativa de função nos atos de improbidade administrativa..... | 40 |
| 2.6) Competência pela prerrogativa de função e os crimes de menor potencial ofensivo... | 43 |
| 2.7) Competência pela prerrogativa de função e o <i>habeas corpus</i> | 44 |
| | |
| CAPÍTULO 3 - FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS..... | 46 |
| 3.1) Conceito de princípios..... | 46 |
| 3.2) Princípio da igualdade..... | 47 |
| 3.3) Princípio do juiz natural..... | 50 |
| 3.4) Princípio do duplo grau de jurisdição..... | 53 |
| 3.5) Argumentos contrários à prerrogativa de foro..... | 57 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 61 |
| | |
| REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA..... | 64 |

INTRODUÇÃO

Nos Estados modernos, a Jurisdição é exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário. Entretanto, ante a complexidade e diversidade de matérias submetidas a este Poder e a extensão do território dos Estados, houve a necessidade da criação de vários órgãos jurisdicionais, para que o trabalho fosse dividido e, por consequência, os limites nos quais cada órgão pode atuar fossem fixados. Trata-se da *competência* que, segundo Tourinho Filho, é o âmbito, legitimamente delimitado, dentro do qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional (2003, p. 76). A competência de cada um destes órgãos é fixada por três critérios: território, matéria e prerrogativa de função.

O presente trabalho está centrado na competência por prerrogativa da função também denominada de competência originária *ratione personae* ou *ratione muneris*, popularmente conhecida como “foro privilegiado”.

Essa espécie de competência encontra amparo na Constituição Federal (arts. 29, X, 102, I, “b”, 105, I, “a” e 108, I, “a”), nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Judiciárias e no Código de Processo Penal.

Esse instituto é o poder que alguns órgãos superiores da jurisdição possuem para processar e julgar determinadas pessoas em razão da relevância das funções que exercem na Administração Pública. A prerrogativa não é das pessoas, mas do cargo ou da função que a pessoa exerce. Os cargos que tem essa prerrogativa são aqueles que têm grande importância no cenário político-jurídico do país.

A finalidade da prerrogativa do foro é a preservação da justiça, evitando que um juiz privilegie seu superior visando alguma vantagem, e a manutenção da ordem hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora consagrada na legislação de inúmeros países, a competência por prerrogativa de função tem sofrido críticas por ofender os princípios constitucionais da igualdade e do juiz natural, bem como por levar à impunidade. Outra questão bastante polêmica é a sua extensão mesmo após a cessação da função. Com isso, surgem as seguintes indagações: a) o foro por prerrogativa da função fere os princípios da igualdade e do Juiz natural?; b) o foro por prerrogativa é um incentivo à impunidade e à corrupção?; c) quais as consequências da criação e extinção da súmula 394?; d) se o crime foi praticado durante o exercício das funções, a prerrogativa de foro deve continuar após a sua cessação?

Atualmente, os crimes de peculato e corrupção passiva nos mais altos escalões da Administração Pública vêm crescendo de forma assustadora. Os constantes desvios de dinheiro público acarretam os chamados “escândalos”, como os do “mensalão” e da “máfia das sanguessugas”, os quais são praticados no exercício de funções públicas por pessoas que tem a prerrogativa de foro.

Há uma constatação geral que os Tribunais não têm estrutura para a apuração e julgamento em primeiro grau desses crimes, o que tem levado à impunidade, invariavelmente pela prescrição.

Em razão disso, a presente pesquisa tem a finalidade de demonstrar o surgimento, desenvolvimento e aplicação da competência por prerrogativa da função; o seu conflito com as demais espécies de competência adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro; questioná-lo à luz dos princípios constitucionais da igualdade, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição e, por fim, demonstrar os problemas que tal prerrogativa vem causando em decorrência da maneira como é utilizada e apresentar possíveis soluções para tais problemas.

O presente trabalho será desenvolvido pelo método dedutivo, iniciando a coleta de dados de pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudência, leis, súmulas, artigos de revistas e sites jurídicos, buscando uma melhor compreensão do foro por prerrogativa da função, visando à solução dos problemas apresentados.

Posteriormente, será realizada a análise do material coletado com as decisões proferidas pelos tribunais a fim de solucionar as questões pesquisadas.

1) COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de ingressar na análise específica da competência por prerrogativa de foro em razão da função, há necessidade de uma breve introdução da função estatal de dirimir conflitos, analisando, ainda que sucintamente, os institutos da jurisdição e da competência.

Nos primórdios da civilização, o homem vivia no estado de natureza, onde não havia regras, os litígios eram resolvidos pela força bruta e cada indivíduo agia da maneira que bem entendesse. No entanto, o ser humano percebeu que caso continuasse a resolver os litígios com a eliminação do semelhante, não conseguiria sobreviver e causaria o perecimento da própria espécie, razão pela qual começou a se agregar em comunidades.

Para que estas comunidades prosperassem, era necessário que as pessoas se organizassem de modo a criar uma sociedade justa, coibindo as ações por conta própria e pela auto-tutela. Este impasse passou a ser resolvido pelo contrato social que, segundo Rousseau, resume-se a uma regra:

a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda (sic.) a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros (1997, p. 30).

Ao abrir mão de sua liberdade, todos os homens tornam-se iguais, uma vez que são detentores dos mesmos direitos e deveres perante toda a sociedade.

Com a alienação de seus direitos em face do todo, o homem acabou criando um organismo político organizado, que exerce sua soberania sobre um determinado território denominado Estado.

Diante da cessão das liberdades e garantias ao Estado por parte de seus associados, não mais se fala em justiça pelas próprias mãos (auto-tutela), pois o Estado chama para si o dever de solucionar todos os conflitos que ocorrem em seu território.

Para preservar a ordem dentro de seu território, o Estado cria normas abstratas que incidem sobre possíveis fatos que possam ocorrer entre os homens durante seu convívio social, bem como impõe sanções àqueles que as descumprem.

Ao conferir esses direitos e garantias aos seus cidadãos, o Estado assume dever de fiscalizar o cumprimento das regras de comportamento e de aplicar as sanções a quem descumpri-las.

Assim, ocorrendo algum conflito de interesses, cabe ao Estado, com fundamento em suas normas pré-estabelecidas, solucionar as lides, proferindo decisões que satisfaçam o direito das partes envolvidas.

Este poder-dever do Estado de solucionar os conflitos é denominado de jurisdição, termo que provém do latim *ius dicere* e significa, etimologicamente, a atividade de dizer o direito (MACHADO, 2009, p. 135).

Jurisdição é a função estatal desempenhada por meio do devido processo legal que tem por finalidade a aplicação do direito objetivo, criado pelo próprio Estado, na solução de conflitos de interesses e no resguardo dos direitos subjetivos.

Segundo José Frederico Marques, “Jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito Objetivo” (1983, p. 67).

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, a jurisdição “consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei” (1980, p. 66).

Contudo, a jurisdição não é apenas a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, mas também a interpretação deste com base nos princípios constitucionais que regem o Estado de Direito.

Desde Montesquieu, com sua formulação tripartida, os Poderes são independentes, cabendo ao Judiciário interpretar e aplicar a lei vigente, e jamais criar uma lei, pois isso é de competência exclusiva do Poder Legislativo. Dentro dessa ótica, o juiz seria “boca da lei” e não teria outro papel a não ser dizer o que é a lei, o que é que está escrito (DALLARI, 2001, p. 200). Neste contexto, lei e direito se confundem, são expressões sinônimas.

Entretanto, a impossibilidade de as leis ordinárias preverem abstratamente o conteúdo dos princípios constantes das Constituições modernas faz com que o Judiciário submeta, no caso concreto, uma prévia análise de sua correspondência com os princípios constitucionais, independentemente de seu reconhecimento explícito ou implícito na norma legal. Esta vinculação do juiz aos princípios e não à lei é incrementada pela teoria da argumentação jurídica, que é pensada para a aplicação do Direito e não para a sua criação (RIPOLLÉS, 2005, p. 74/75).

Ocorre que, o Estado, como instituição, não tem a possibilidade de exercer a jurisdição, necessitando de pessoas físicas para exercer esta parcela do Poder. Estas pessoas são os magistrados que atuam em segmentos do território e, em muitos casos, apenas em determinadas matérias ou em graus diferentes em razão do princípio do duplo grau de

jurisdição. Não bastasse isso, há vários graus de jurisdição, o que exige a atuação escalonada do Poder Judiciário.

A par disso, o Estado-Juiz não consegue exercer, concomitantemente, a jurisdição em todo o seu território e sobre todas as matérias, havendo necessidade de estabelecer regras para que um órgão jurisdicional atue em determinado local do Estado e, em outras circunstâncias, apenas em assuntos específicos, como Direito Civil, Criminal, Trabalhista, etc. Por isso, para cada órgão jurisdicional foi atribuído um âmbito de atuação. A esta divisão na atuação do Poder Judiciário dá-se o nome de competência.

Proveniente do latim *competentia*, competência significa “Atribuição, capacidade ou faculdade concedida por lei a alguém ou a algum órgão para fazer alguma coisa, conhecer ou decidir algum assunto” (SIDOU, 1.990, p. 119).

Paulo Rangel sustenta que competência “(...) é o espaço legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição...” (2007, p. 307).

“Trata-se da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os” (NUCCI, 2006, p. 227).

Dessa forma, a competência é a possibilidade legal que os órgãos jurisdicionais têm para atuar perante determinado fato ou, em outras palavras, seria “a medida da jurisdição ou a repartição do poder jurisdicional” (MACHADO, 2009, p. 306).

Como afirma Hélio Tornaghi, “a jurisdição é um poder, enquanto que a competência é a permissão legal para exercer uma fração dele com exclusão do resto” (*apud* MACHADO, 2009, p. 305)

No processo penal existem três espécies de competência:

a) em razão da matéria (*ratione materiae*): aquela estabelecida em razão da natureza do ilícito penal praticado. Esta espécie de competência é uma das formas de distribuição do exercício da jurisdição e tem por fundamento a matéria a ser discutida.

Analisando a estrutura do Poder Judiciário, nota-se que esta divisão é feita de forma residual pela Constituição Federal e é distribuída nas comarcas pelas Leis de Organização Judiciária, na qual há juízes com competência exclusiva para atuar nos processos criminais, cíveis, infância e juventude, fazenda pública, pequenas causas, família e sucessões etc.

No âmbito criminal, a competência em razão da matéria encontra-se prevista no art. 69, inciso III do Código de Processo Penal. Ainda no âmbito penal, existem outras divisões da competência em razão da matéria, havendo Varas especializadas para o julgamento dos

crimes dolosos contra a vida, crimes de menor potencial ofensivo e, na cidade de São Paulo, há divisão de competência pela natureza da pena, ou seja, Varas que julgam crimes apenados com reclusão e outras que julgam crimes apenas com detenção. Entretanto, como a Lei n. 11.719/2008 passou a conceituar os procedimentos não mais pela espécie de pena (reclusão e detenção), mas sim pela quantidade de pena, é possível que a Lei de Organização Judiciária paulista proceda modificações quanto à competência das Varas Criminais da Capital.

b) em razão do local do fato (ratione loci): é a fixada em razão do local do crime ou do domicílio do réu e prevista no art. 69, incisos I e II do Código de Processo Penal. Disposta como regra pelo art. 70 do mesmo diploma, a competência territorial constitui uma das formas de distribuição do exercício da jurisdição e se baseia no local onde o ilícito penal foi praticado.

Essa regra funda-se no fato da infração penal perturbar a tranquilidade social e abalar a paz e o sossego da comunidade envolvida (NUCCI, 2006, p. 230). Em razão disto, o legislador achou por bem determinar como regra primordial de competência territorial o local da infração, a fim de acabar com o sentimento de impunidade que poderia pairar sobre a comunidade atingida.

Na prática, o Estado divide seu território em segmentos, denominados na justiça comum estadual de comarcas e, na justiça comum federal, de subseções. É esta divisão que torna possível aos órgãos estatais exercerem sua função jurisdicional sem transtornos.

c) em razão da pessoa (ratione personae), também denominado de prerrogativa da função: consiste no poder que os órgãos de jurisdição superiores, no caso os Tribunais, têm de processar e julgar ocupantes de cargos e funções públicas relevantes para o Estado.

Por tratar-se do tema central desse trabalho, essa espécie de competência será analisada em separado.

1.1) Conceito

A competência em razão da pessoa (*ratione personae*), também denominada de competência por prerrogativa da função, segundo Tourinho Filho, “consiste no poder que se concede a Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas” (2003, p. 129).

À primeira vista, pode parecer que este instituto busca rechaçar as demais regras de competência em razão das qualidades pessoais do autor do crime, daí ser popularmente chamado de “foro privilegiado”. Contudo, não é isto que ocorre.

Muitas funções públicas são de grande relevância para o Estado, como por exemplo, o exercício dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os ocupantes destes cargos, seja por eleição direta, nomeação ou aprovação em concursos públicos, necessitam de prerrogativas para que possam exercê-los com independência e liberdade de quaisquer pressões.

Não seria coerente que essas pessoas, em razão da grande relevância do cargo que ocupam (cite-se como exemplo a função de guardião da Constituição Federal de um Ministro do Supremo Tribunal Federal) e da influência que suas decisões têm na vida da população em geral, sejam julgadas pelo mesmo juiz natural de pessoas que não tenham tais responsabilidades.

Destarte, é a relevância da função pública que está protegida pela prerrogativa de foro e não a pessoa que a exerce.

A questão da prerrogativa de foro ser concedida em razão da função é reforçada pelo fato de cessar o benefício com o término do exercício da função, seja por término de mandato ou por exoneração do cargo, quando então a pessoa passará a ser julgada pelo juiz singular.

Não se trata, portanto, de foro privilegiado que nada tem em comum com o foro por prerrogativa de função. Segundo Hélio Tornaghi: “Fôro privilegiado é o que se concede a alguém como favor pessoal. Não é o que se baseia na prerrogativa da função exercida pela pessoa” (1959, p. 291).

Assim, o foro por prerrogativa da função é a fixação de competência originária nos Tribunais para o julgamento de pessoas que ocupam relevantes cargos e funções para o Estado, de forma a não constituir privilégio pessoal, mas sim garantia da função ocupada.

1.2) Natureza jurídica

Normalmente, as regras de competência estão fixadas no Código de Processo Penal e nas Leis de Organização Judiciária. Assim, os artigos 69 e seguintes do Código de Processo Penal estabelecem e detalham as regras de competência, enquanto a organização judiciária de cada Estado divide o território, fixando os lugares em que cada juiz exerce sua jurisdição.

Segundo Frederico Marques, referida competência originária dos Tribunais constitui uma garantia:

No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui sobretudo uma

garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Professor Beleza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça. É o que também ensina Alcallá-Zamora, para que não se cuida, na espécie de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a justiça e ainda para evitar por esse meio a subversão resultante de que inferiores julgassem seus superiores. (*apud* DELGADO, 2004, p. 10).

Por se tratar de garantia constitucional dos cargos e não das pessoas que os ocupam, a competência por prerrogativa da função possui caráter imperativo, ou seja, não pode ser renunciada pela autoridade que goza, nem por qualquer outra pessoa (DELGADO, 2004, p. 10).

Além disso, conforme destacado por Athos Gusmão Carneiro: “A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência” (DELGADO, 2004, p. 11)

Portanto, conclui-se que a prerrogativa de foro em razão da função trata-se de uma garantia que determinados cargos possuem para ser processados e julgados perante um órgão de jurisdição superior. Referida garantia é concedida de forma expressa e taxativa pela Constituição Federal, não podendo ser reduzida ou estendida por meio de lei infraconstitucional.

Além disso, por tratar-se de garantia que visa preservar a imparcialidade do julgamento, a mesma possui caráter imperativo, não podendo ser afastada pela vontade de seu ocupante.

1.3) Origem e evolução histórica

A primeira notícia que se tem de um foro por prerrogativa da função remonta ao Egito antigo, no denominado *sinédrio*, ou tribunal dos setenta, assembleia esta composta por setenta juizes que possuíam a competência originária para o julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades e tribos rebeldes.

Após isso, têm-se notícias deste instituto na última fase do império romano (século V) no qual, por influência da igreja católica, senadores eram julgados por seus pares e os eclesiásticos pelas jurisdições superiores.

Em seguida, há relatos que o Código Visigótico de 652 (uma mistura do direito romano com o germânico) manteve o tratamento desigual entre os réus, dependendo de sua classe social.

A partir do Século XIII, os reis começam a lutar contra a jurisdição da igreja, procurando fixar o conceito de crimes comuns e crimes eclesiásticos, buscando, assim, estabelecer o limite entre poder espiritual e temporal para definir a quem competia decidir cada caso (PAÇO, 2000, p. 21). Apesar do surgimento das justiças reais, não há abandono do privilégio no julgamento.

Sob a influência do direito romano e canônico (amparados pelo direito consuetudinário) que vigoraram em Portugal do século XIII ao XV, D. João compilou as normas vigentes, publicando em 1.446 as Ordenações Afonsinas (homenagem a D. Afonso V).

Referidas ordenações passaram por mudanças e revisões, sendo publicadas como Ordenações Manuelinas (homenagem a D. Manuel). Depois, D. Felipe II reformou as Ordenações Manuelinas, publicando em 1.603 as Ordenações Filipinas, que continuaram em vigor mesmo depois da restauração da monarquia portuguesa (1643).

Não há nas Ordenações o foro por prerrogativa da função de forma expressa, mas previa o privilégio a determinados cargos, pois dizia que a pena será aplicada pelo juiz, levando-se em consideração a gravidade do caso e a qualidade da pessoa.

Além disso, proibia a utilização de ferros (espécie de algemas) na prisão de fidalgos e pessoas da mesma casta, e previam imposição de penas brandas em relação a eles.

Destaca José Joaquim Caetano Pereira e Souza:

esta podia ser relaxada pela Homenagem, definida como licença concedida ao réu em razão de sua qualidade pessoal para estar solto em Juízo debaixo da sua promessa. Desfrutavam do instituto os fidalgos, Desembargador, Cavaleiros, Doutores, Escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que conservando-se em honesta viuvez, Deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Doiro. (*apud*, PAÇO, 2000, p.23).

Assim, nota-se que as Ordenações mantinham os privilégios em relação aos nobres, pois também impediam que estes fossem sujeitados ao tormento (espécie de interrogatório com ofensas físicas que tinham por objetivo fazer o réu dizer a verdade).

As Ordenações do Reino vigoraram no Brasil até 25 de março de 1824, quando D. Pedro I proclamou a Constituição Política do Império do Brasil. Neste diploma há a extinção

do foro privilegiado e começa a surgir o foro por prerrogativa da função como é conhecido atualmente. O art. 179, inciso XVII da Constituição do Império é expresso ao banir os privilégios pessoais.

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

17.º À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a Juizes particulares, na conformidade das Leis, não haverá foro privilegiado, nem Comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.(ALMEIDA, 1959, p.158)

Dessa forma, o que se buscou foi a extinção do julgamento dos réus com base em atributos pessoais.

A Constituição do Império criou o Tribunal de Justiça (art. 163) e previa a prerrogativa de foro em seu art. 164, ao dizer que: “A êste (sic) tribunal compete: §2º Conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das Relações, os empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias” (ALMEIDA, 1959, p.157).

Referida prerrogativa tinha como base a proteção da hierarquia, impossibilitando que pessoas que ocupassem cargos ou funções muito importantes fossem julgados por seus subalternos, garantindo assim a imparcialidade do juiz e do julgamento.

Nesse sentido, salienta Marquês de São Vicente:

Era sem dúvida de mister atribuí-la a uma corte (sic) ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial. Demais, a ordem hierárquica, as idéias da conveniente subordinação, não permitiriam que tais funcionários fossem submetidos ao julgamento de autoridades subalternas (*apud* PAÇO, 2000, p.25).

Outra hipótese de prerrogativa de foro prevista no art. 47 da Carta Constitucional era a competência do Senado para julgar os crimes comuns cometidos pelos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados, estes enquanto estivessem exercendo o mandato, e também os crimes de responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado.

A prerrogativa de foro também foi mais especificamente disciplinada pela Lei de 15 de outubro de 1827, a qual tratava dos crimes de responsabilidade, destinando-se aos Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado, definindo as regras de processamento e julgamento

de referidos cargos. Nestas hipóteses, a denúncia podia ser interposta por qualquer pessoa perante a Câmara dos Deputados, sendo ela responsável em proceder à acusação por meio de uma comissão por ela constituída, sendo o julgamento de competência do Senado.

No ano seguinte, entrou em vigor a Lei de 18 de setembro, a qual criou o Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte judicial do Império, e que tinha como competência originária o julgamento de seus próprios membros, os empregados do corpo diplomático, os Presidentes das Províncias e, como destaca Paço (2000, p. 27), os membros das Relações.

Em 1832 foi promulgada a Lei de 29 de novembro que instituiu o Código de Processo Criminal e que previa, em seu capítulo V, a forma de denúncia e processamento dos crimes de responsabilidade praticados pelos empregados públicos, sendo estes: membros do Supremo Tribunal de Justiça, das Relações, empregados do Corpo Diplomático, Presidentes de Província, comandantes militares, juizes ou, na ausência deste, a autoridade judicial que residisse na localidade.

Com a instituição do regime republicano, foi editado o Decreto nº. 848 de 11 de outubro de 1890 que organizou a Justiça Federal, cujo exercício seria por meio do Supremo Tribunal Federal, dos Juizes Federais ou Juizes de Secção (um em cada Estado e no Distrito Federal). Com o advento do Decreto, surge pela primeira vez o foro por prerrogativa de função em favor do Chefe do Executivo, dizendo que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em única instância, o Presidente da República por crime comum.

Posteriormente, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil. Esta nova Carta Constitucional recepcionou o Decreto nº. 848 de 1890 e previa que o julgamento do Presidente da República seria feito pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade e pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns.

A nova Constituição tratou também do foro especial dos juizes federais, os quais seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal no caso de praticarem crimes de responsabilidade. Os membros do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, eram julgados perante o Senado. Por fim, vale destacar que competia ainda ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar de forma originária e privativamente os Ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade, exceto os conexos com os do Presidente da República, que eram julgados pelo Senado.

Em respeito ao art. 54, § 2º da Constituição Federal, a acusação, o processo e o julgamento do Presidente da República foi disciplinado pelo Decreto nº. 27 de 07 de janeiro de 1892.

No ano de 1934 foi promulgada a Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil. As inovações pertinentes ao tema foram: a ampliação da competência originária da Corte Suprema para processar e julgar o Presidente da República, seus próprios Ministros, nos crimes comuns, e os Ministros de Estado, o Procurador Geral da República, os juízes dos Tribunais Federais e os das “Côrtes de Apelação” dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

A Carta constitucional tratou da competência originária das Justiças Estaduais quando estabeleceu a competência privativa da “Côrte de Apelação” para processar e julgar os juízes estaduais nos crimes comuns e de responsabilidade.

No âmbito da jurisdição política, a Constituição Federal de 1934 previu que nos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, ou Ministros de Estados quando conexos com os daquele, e os Ministros da Corte Suprema, a competência originária seria de um Tribunal especial, composto e presidido pelo Presidente da Corte Suprema, e composto por mais nove juízes, sendo que três deles seriam Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados.

Esta sistemática permaneceu por pouco tempo, pois, em 10 de novembro de 1937, foi outorgada uma nova Constituição que trouxe modificações no quadro da competência originária dos Tribunais.

Ocorreu o resgate da denominação de Supremo Tribunal Federal para a Corte Suprema, mantendo o que a Carta anterior dizia com relação à competência originária deste órgão, excluindo, entretanto, o Presidente da República de sua competência.

Dispunha do art. 87 da Constituição Federal de 1937 que o Presidente da República teria imunidade para os crimes comuns, não podendo ele ser responsabilizado durante o exercício de suas funções por atos estranhos às mesmas, podendo ele ser responsabilizado pelos crimes comuns somente depois de expirado seu mandato.

Em 1967, outorga-se uma nova Constituição que foi renovada pela Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969, instituindo a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta Carta trouxe poucas novidades, uma delas sendo que o rito procedimental para o processamento e julgamento dos casos de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal deveria ser estabelecido em seu regimento interno, e outra advindo da aprovação da Emenda Constitucional nº. 7, de 13 de abril de 1977, que distribuiu a competência penal originária ao Tribunal Federal de Recursos, passando este a ser competente para processar e julgar os juízes federais, do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais

do Trabalho, bem como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União nos crimes comuns e de responsabilidade.

O fim do regime opressivo da ditadura militar culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. De caráter democrático social e cunho garantista, esta Carta disciplinou com maior especificidade o Poder Judiciário, designando o Supremo Tribunal Federal como seu guardião. Criou também o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, os quais substituíram o Tribunal Federal de Recursos.

A Constituição Federal de 1988 contemplou todos os Tribunais existentes no Brasil com competência originária para julgar agentes públicos com prerrogativa de foro em razão da função. A mesma manteve a jurisdição extraordinária dos órgãos políticos, atribuindo ao Senado a competência originária de processar e julgar o Presidente, o Vice-Presidente da República pelos crimes comuns e de responsabilidades e os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles. Também previu a competência originária para o julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

Destaca ainda que os membros do Congresso Nacional deverão ser julgados pelo Senado pela prática de crimes de responsabilidade.

1.4) Foro por prerrogativa da função no direito comparado

A espécie de competência ora estudada não é instituto exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro. Inúmeras são as Constituições que prevêm a prerrogativa de foro em razão da função de modo semelhante à nossa Constituição Federal.

Na Itália, a primeira redação dada ao art. 96 de sua Constituição concedia competência originária à Corte Constitucional para julgar os Ministros de Estados pela prática de crimes ministeriais, ou seja, aqueles praticados pelos Ministros no exercício do cargo, estendendo-a após a cessação do cargo.

Atualmente, com a reforma do referido dispositivo legal, não existe mais prerrogativa de foro para os Ministros de Estados quando cessado o cargo, conforme a nova redação do art. 96 da Constituição Italiana:

O Presidente do Conselho dos Ministros e os Ministros, também se deixaram o cargo, são submetidos, para os crimes cometidos no exercício das suas funções, à jurisdição ordinária, com prévia autorização do Senado da

República ou da Câmara do Deputados, segundo as normas estabelecidas pela lei constitucional. (Tradução Livre)

É válido ainda ressaltar que a Constituição Italiana, em seu art. 134, prevê a competência originária pela prerrogativa de função ao Presidente da República:

A Corte Constitucional julga: sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, também com força de lei, do Estado e das Regiões; sobre os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões; sobre as acusações aprovadas contra o Presidente da República, a norma da Constituição. (Tradução Livre)

Já na Espanha, a prerrogativa de foro independe da natureza do crime praticado, bastando o autor do fato ocupar qualquer um dos cargos que possua esta prerrogativa. Desta forma, a Sala Penal do Tribunal Supremo é competente para processar e julgar o Presidente da República, os Deputados, Senadores e demais membros do Parlamento espanhol por crimes praticados durante a investidura.

Art. 71 CF Espanhola – [...] 3 – Nas causa contra Deputados e Senadores será competente a Sala Penal do Tribunal Supremo.

Entretanto, da mesma forma que ocorre no Brasil, em 1991 o Tribunal Supremo restringiu esta competência quando cessado o cargo no curso do processo, remetendo-se os autos para a instância ordinária.

A Constituição suíça não prevê a existência de competência originária em razão da prerrogativa de função, contudo, há algumas hipóteses de julgamento em única instância pelo Tribunal Federal daquele Estado.

Nos Estados Unidos e na Holanda não há nenhuma previsão de prerrogativa de foro. Entretanto, a Carta Constitucional norte-americana dispõe sobre a imunidade parlamentar dos membros, dispondo que:

em nenhum caso, exceto de traição, felonias e violação da paz, eles (Senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de sua respectiva Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discurso ou opiniões emitidas em uma outra Câmara (art. 1º, seção 6 da CF Americana de 1787) (revista do advogado, p. 115).

Também adotado nos países da América Latina, o foro por prerrogativa da função aparece na Constituição argentina de forma mais restrita que em nosso ordenamento, ao dispor em seu art. 53 que compete à Câmara dos Deputados acusar o Presidente, Vice-Presidente, chefe do gabinete de Ministros, Ministros e os membros da Corte Suprema por crimes comuns, de responsabilidade e os praticados no exercício da função. Destaca, ainda, o art. 59 da carta constitucional que compete ao Senado julgar os acusados pela Câmara dos Deputados.

Na Colômbia, a Constituição Política de 1.991 adotou o foro por prerrogativa da função para os seguintes casos:

Art. 235 – São atribuições da Corte Suprema de Justiça: [...] 23. Julgar o Presidente da República ou quem faça suas vezes e os altos funcionários de que trata o artigo 174, por qualquer fato punível que lhe seja imputado, conforme o artigo 175 números 2 e 3. 24. Investigar e julgar os membros do Congresso (tradução livre).

Por fim, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela dispõe em seu artigo 266, que são atribuições do Tribunal Supremo de Justiça declarar se há ou não razão para o ajuizamento de ação em face do Presidente da República ou quem faça suas vezes, dependendo o prosseguimento da causa de prévia autorização da Assembléia Nacional.

Ressalta, ainda, no item 3, que também compete ao Tribunal Supremo de Justiça ajuizar ação em face do Vice-Presidente, dos integrantes da Assembléia Nacional ou do próprio Tribunal Supremo de Justiça, dos Ministros, do Procurador Geral, do Promotor Geral, do Controlador Geral da República, do Defensor do Povo, dos Governadores, oficiais, generais e almirantes das Forças Armadas Nacionais e os chefes de missão diplomática da república.

1.5) Previsão legal e constitucional

Conforme já destacado anteriormente, todos os Tribunais do país têm competência para julgar originariamente crimes praticados por ocupantes de cargos relevantes.

O Supremo Tribunal Federal, criado pelo Decreto nº 848, de 1890 e acolhido pela Constituição Federal de 1891, possui como função precípua a guarda da Constituição Federal, entretanto, concomitantemente, possui competência originária para processar e julgar os agentes públicos, segundo o art. 102, I, alíneas “b” e “c”, nas seguintes hipóteses:

a) nas infrações comuns: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados Federais, os Senadores, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União;

b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade: os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica – (salvo nas hipóteses de crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente ou Vice-Presidente da República, hipótese em que se aplicam os arts. 52, I, e 102, I, *c*, da CF), os Membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Nesse ponto vale ressaltar que o cargo de Presidente do Banco Central, até o ano de 2004, era de natureza especial. A partir de 13 de agosto de 2004, com a edição da Medida Provisória 207, que depois foi convertida na Lei nº 11.038/04, referido cargo passou a ter a natureza de Ministro de Estado, passando então a gozar da prerrogativa de foro em razão da função.

Ao dispor no texto constitucional que o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar originariamente os crimes comuns e de responsabilidade, o constituinte não faz distinção entre as espécies de crime comuns. Desta forma, a doutrina entende que por crime devem-se compreender todas as espécies de infração penal diversa do crime de responsabilidade. Neste sentido:

Para o Supremo, o foro por prerrogativa da função atinge também o crime eleitoral e até mesmo a contravenção penal. Considera que a Constituição, quando aludida a infração comum no art. 102, inc. I, letras *b* e *c*, só teve a preocupação em distingui-las do crime de responsabilidade, abrangendo, assim, qualquer infração penal. (FERNANDES, 2000, p. 131-132).

Ao Superior Tribunal de Justiça, além da competência recursal para a análise de matéria que ofenda lei federal, compete julgar e processar originariamente, conforme art. 105, I, “a” da Constituição Federal:

a) nos crimes comuns: os Governadores dos Estados e do Distrito Federal;

b) 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 Tribunais Regionais Federais, os dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os dos Ministérios Públicos da União que oficiem perante Tribunais.

Nesse ponto, cabe ressaltar que os membros do Ministério Público da União só gozarão da prerrogativa de foro se atuar perante um dos Tribunais previstos no art. 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. Além disto, caso a determinação de sua atuação perante um dos Tribunais previsto no referido artigo seja posterior à prática de um crime, deve-se deslocar o juiz natural deste agente para o Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Sendo assim, parece lícito asseverar – não obstante alegadamente cometida a infração penal em primeira instância – que a superveniente investidura do membro do Ministério Público da União, em cargo ou em função por ele efetivamente exercido perante tribunais, tem a virtude de deslocar, *ope constitutionis*, a competência originária para o Superior Tribunal de Justiça. (STF – Pleno – HC nº 73.801-0/MG – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 9.4.1996, p. 10.593).

Já os Tribunais Regionais Federais têm competência originária para processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade os juízes federais da área de sua jurisdição, incluindo os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho e os Membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Por fim, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal também têm competência para julgar originariamente pessoas que ocupam cargos relevantes. Dispõe a Constituição Federal que compete aos Tribunais de Justiça julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Juízes Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, os membros do Ministério Público dos Estados, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, de acordo com art. 96, III, bem como os Prefeitos, conforme art. 29, X.

Quanto ao Superior Tribunal Militar, a Constituição Federal silenciou sobre sua competência, cabendo à Lei nº 8.457/92 disciplinar a matéria. Segundo este diploma, compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar, originariamente, os Oficiais-Generais das Três Armas, nos crimes militares próprios ou impróprios, salvo os Oficiais-Generais Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que conforme acima destacado, são julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito eleitoral, a competência por prerrogativa de foro é exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais. Assim, se um Prefeito Municipal praticar um crime eleitoral, será julgado perante o Tribunal Regional Eleitoral e não pelo Tribunal de Justiça. Neste sentido, a Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal afirma: *A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça*

comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau. Seguindo o mesmo raciocínio, se um Governador de Estado praticar um crime eleitoral, será julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Por fim, é válido reforçar que o conceito de crime comum é dado por exclusão, ou seja, é todo aquele que não se opõe aos crimes de responsabilidade. Sobre este assunto, destaca Tourinho Filho:

“Todavia a expressão ‘infração penal comum’ está empregada no art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal em contraste e oposição a crime de responsabilidade. O que não for crime de responsabilidade será infração penal comum, abrangendo, inclusive, a de menor potencial ofensivo. (2003, p.132).

2) COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO EM OPOSIÇÃO ÀS OUTRAS REGRAS DE COMPETÊNCIA

As regras de competência em razão do local da infração e da matéria não se repelem, e sim se complementam. Assim, a um crime praticado em Marília, aplica-se a competência em razão do local, ou seja, um juiz da Comarca de Marília é que irá julgá-lo e, dentro da Comarca, haverá a aplicação da competência em razão da matéria, com a distribuição do processo para um dos juízes criminais.

Entretanto, como será demonstrado, a competência por prerrogativa de função normalmente se sobrepõe às demais regras de competência.

2.1) Conexão e continência

Em seu sentido literal, a conexão é o nexó entre duas coisas ou fatos. No âmbito jurídico, este nexó diz respeito ao vínculo existente entre determinadas condutas, sejam elas comissivas ou omissivas, que gera para um órgão jurisdicional a possibilidade de julgá-las em conjunto. De acordo com Tourinho Filho:

a conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório e, de conseqüência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça (2003, p. 188).

Assim, nota-se que a conexão não é uma regra de fixação de competência, mas sim um instituto processual penal que, em determinados casos, quais sejam, quando há algum vínculo entre os crimes, determina a alteração da competência, unindo processos para serem julgados por um único juízo (MACHADO, 2009, p.335).

Dito isso, conclui-se que os efeitos da conexão são a união de todos os processos interligados, bem como a prorrogação da competência do juízo que julgá-los.

Por prorrogação de competência compreende-se como a ampliação momentânea da competência de determinado juízo para conhecer uma causa fora das hipóteses de competência fixadas na legislação processual. Um exemplo utilizado por Tourinho Filho elucidada o assunto:

Se um crime é cometido em Mogi-Guaçu e outro em São João da Boa Vista, havendo entre eles conexão, ambos serão apreciados em um só processo, e, assim, é evidente que, se o processo tramitar pelo juízo de São João da Boa Vista, este terá, em relação à infração cometida em Mogi, sua competência prorrogada (*prorrogatio fori*) (2003, p. 188) .

Esse vínculo entre os crimes que determina a conexão é classificado da seguinte maneira: a) conexão intersubjetiva: quando há uma relação entre os autores de duas ou mais infrações (art. 76, I, CPP); b) conexão material ou substantiva: quando existe uma ligação circunstancial entre várias infrações (art. 76, II, CPP); c) conexão processual, instrumental ou probatória: quando a prova de uma infração influenciar a prova de outras infrações (at. 76, III, CPP) (MACHADO, 2009, p. 366).

Já a continência constitui outro instituto processual que também determina a união de duas ou mais ações em virtude da impossibilidade de dividi-las (TOURINHO FILHO, 2003, p. 193). Para Bonfim, “Configura-se a continência quando uma demanda, em face de seus elementos (partes, causa de pedir e pedido), esteja contida em outra.” (2009, p. 242).

No mesmo sentido que a conexão, a continência não é regra de fixação de competência, mas sim instituto que determina que duas ou mais infrações sejam julgadas simultaneamente em virtude da existência de certas peculiaridades.

A continência é classificada como: a) subjetiva: quando duas ou mais pessoas são acusadas pelo mesmo fato, seja o concurso de pessoas necessário ou eventual; b) objetiva: quando a infração penal for cometida nas hipóteses dos arts. 70, 73 e 74 do Código de Processo Penal.

Diante desses institutos e suas respectivas classificações, pergunta-se: como determinar o foro prevalente quando as causas forem reunidas?

Dispõe o art. 78 do Código de Processo Penal qual juízo exercerá a *vis attractiva* dos processos pelas seguintes regras: a) no concurso de competência entre o Tribunal do Júri e outro órgão da jurisdição comum, prevalece a do Tribunal do Júri, tornado-se o juiz natural, além dos crimes dolosos contra a vida, dos crimes a eles conexos; b) no concurso de competência entre órgãos jurisdicionais de mesmo grau, o juiz natural é o do local do fato ao qual é imputada a pena mais grave, ou do local onde houver ocorrido o maior número de infrações se as penas a elas cominadas forem de igual gravidade, ou, nos demais casos, pela prevenção; c) no concurso de competência entre órgãos jurisdicionais de graus diversos, prevalecerá o de maior graduação; d) no concurso entre jurisdições comum e especial, sempre prevalecerá a especial.

Com relação à prorrogação de foro em razão da conexão ou continência, vale ressaltar a existência da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe: *Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.*

Por fim, resta definir o juiz natural nas hipóteses onde um crime é cometido em concurso de agentes e um dos autores detenha o foro por prerrogativa de função. Para a doutrina, o foro por prerrogativa de função, nas hipóteses de conexão ou continência, estender-se-ia aos co-autores da infração penal. Esta corrente funda-se no art. 78, III do Código de Processo Penal, que dispõe que no concurso de jurisdições de graus de hierarquia diferentes, prevalece o de maior graduação.

Apesar dessa interpretação, há quem sustente que a união de processos nos órgãos de jurisdição superior, em razão de um dos autores do ilícito possuir a prerrogativa de foro em razão da função, caracterizaria uma ofensa à Constituição Federal. Segundo Tourinho Filho, quando uma pessoa que possui foro por prerrogativa da função e outra que não possui praticam um crime em co-autoria, o titular da prerrogativa de foro deve ser julgado pelo Tribunal definido na Constituição Federal como seu juiz natural e o co-autor pelo juízo de 1º grau. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 197/205). Esta corrente baseia-se no atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação à aplicação das regras de conexão e continência no Tribunal do Júri.

A Suprema Corte tem sustentado que nos casos de crimes dolosos contra a vida em que um dos autores possui a prerrogativa de foro e os demais não, não há que se falar em união de processos.

A competência do Tribunal do Júri não é absoluta. Afasta-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de tribunais – art. 29, inciso VIII; 96, inciso, III; 108, I, alínea “a”; 105, inciso I, alínea “a” e 102, inciso I, alínea “b” e “c”. A conexão e a continência – arts. 76 e 77 do Código de Processo penal – não consubstanciam formas de fixação de competência, mas de alteração, sendo que nem sempre resultam na unidade de julgamentos – arts. 79, incisos I, II e §§ 1º e 2º e 80 do Código de Processo Penal. O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea “d” do inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Federal. A competência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal. Envolvidos em crime doloso contra a vida Prefeito e

cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri. Conflito aparente entre as normas dos arts. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Lei Básica Federal e 76, 77, e 78 do Código de Processo Penal (JSTF 184/348)

Contudo, aparentemente, esse posicionamento tem se sustentado somente em relação ao conflito de jurisdição entre a competência pela prerrogativa da função e a competência universal do Tribunal do Júri. Tanto é verdade que, apesar de manter esse posicionamento, em 2003 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 704 com a seguinte redação: *Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.*

Assim, resta claro que, atualmente, sempre que estiver presente a conexão ou continência de crimes ocorrerá a união de processos nos órgãos de jurisdição superior quando um dos autores detiver a prerrogativa de foro, salvo nas hipóteses do conflito de jurisdição com o Tribunal do Júri.

Contudo, essa regra não se mostra absoluta. Em determinados casos, em razão da complexidade da ação (como ocorreu no famoso caso do “mensalão”), conforme dispõe o art. 80 do CPP, há a possibilidade do desmembramento da ação. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já manifestou reiteradas:

ACÇÃO PENAL. TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM. CO-RÉUS COLABORADORES. DENÚNCIA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA OS RÉUS NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO ORIGINÁRIO. INCONVENIÊNCIA DA REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO. MANUTENÇÃO DO FEITO NO JUÍZO DE ORIGEM. ARROLAMENTO DOS CO-RÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DOS DEPOIMENTOS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. VIABILIDADE. RESPEITO AOS DITAMES LEGAIS E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA AFASTAR A QUALIDADE DE TESTEMUNHAS E MANTER A OITIVA DOS CO-RÉUS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. 1. Não viola a decisão do Supremo Tribunal Federal que indeferiu o desmembramento do presente feito o oferecimento de denúncia, no primeiro grau de jurisdição, contra dois envolvidos que não constaram da denúncia ofertada na presente ação penal. 2. Inviabilidade do aditamento da denúncia ofertada nestes autos, tendo em vista o extremo prejuízo que causaria à instrução do feito e à estabilização subjetiva da demanda. 3. Impossibilidade do ajuizamento autônomo da denúncia nesta Corte, uma vez que os co-réus colaboradores ora denunciados no primeiro grau não detêm o privilégio do foro por prerrogativa de função

perante o Supremo Tribunal Federal. Ausência de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, na hipótese. 4. Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. 5. Legitimidade da manutenção do processo e julgamento do feito perante o juízo de primeiro grau de jurisdição. 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como prevêm os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes. AP 470 QO3 / MG - MINAS GERAIS. TERC. QUEST. ORD. AÇÃO PENAL. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 23/10/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009. EMENT VOL-02358-01 PP-00102.

Inquérito. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. Desmembramento. Possibilidade. Art. 80 do Código de Processo Penal. Elevado número de indiciados e complexidade da causa. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental 2. Na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte, o elevado número de agentes e de condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, ressaltando-se que apenas o denunciado detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal (art. 80 do Código de Processo Penal). 3. Agravo regimental desprovido. Inq 2168 ED / RJ - RIO DE JANEIRO. EMB.DECL.NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Julgamento: 15/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009. EMENT VOL-02371-01 PP-00183.

2.2) Competência pela prerrogativa de função e o Tribunal do Júri

Há muito tempo os estudiosos do direito penal e processual penal buscam definir o juiz natural nos crimes dolosos contra a vida quando o autor do ilícito tem foro por prerrogativa de função.

O Tribunal do Júri é o órgão jurisdicional instituído em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 152). O referido Tribunal tem sua competência *ratione materiae* para julgar os crimes dolosos contra a vida fixada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXVIII. Entretanto, esta competência não é absoluta, posto

que, em determinados casos, o Tribunal do Júri cede sua competência a outro Tribunal quando ela é determinada em razão da prerrogativa da função.

Diante disso, a primeira indagação que surge é: como solucionar um conflito de normas, uma vez que tanto a competência *ratione materiae* como a competência *ratione personae* são estabelecidas pela Constituição Federal?

A solução para essa controvérsia, que de longe não chega à unanimidade, vem sendo a aplicação da interpretação de normas, levando-se em conta a hierarquia e a especialidade.

No presente caso, nota-se que não há hierarquia entre as normas, uma vez que ambas possuem a mesma natureza legal, qual seja, norma constitucional. Contudo, analisando sob o ângulo da especialidade, pode-se chegar a uma solução. Ao atribuir a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida ao Tribunal do Júri, o legislador constituinte não se preocupou com quem seria o autor do referido delito, apenas levou em consideração a matéria a ser julgada pelo referido órgão jurisdicional (crimes dolosos contra a vida). Por outro lado, ao atribuir a competência originária aos órgãos de jurisdição superior para processar e julgar determinados ocupantes de cargos e de funções públicas, o constituinte levou em conta a relevância do cargo ocupado pela pessoa levado a julgamento.

Isto posto, nota-se que a competência pela prerrogativa da função é mais específica, pois somente aplica-se a determinados cargos, independente do ilícito penal que a pessoa tenha cometido, enquanto que a competência do Tribunal do Júri, fixada em razão da matéria, estende-se a todos os autores de crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou reiteradamente da seguinte forma:

ACÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo

criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente. AP 333 / PB – PARAÍBA. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Revisor(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 05/12/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-065 DIVULG 10-04-2008. PUBLIC 11-04-2008

Competência do Tribunal de Justiça firmada na conformidade do disposto no art. 96, III da Constituição Federal. Conquanto constitucionalmente definida a competência do Tribunal do Júri, para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não pode sobrepor-se à do Tribunal de Justiça, por prerrogativa de função, igualmente cometida pela Constituição. RSTJ, 21/96.

No mesmo sentido foi o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República reeditou a instituição do Tribunal do Júri, atribuindo-lhe competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII). A Carta Política, igualmente, estabeleceu ser de competência do Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III). Interpretação sistemática da Constituição (norma especial derroga norma geral) autoriza concluir, porque o homicídio é crime comum, ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar Promotor Público acusado desse delito (HC 3.316/PB – Reg.: 95/0011439-9 – 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – D.J.U., 10.3.1997, n.46, p. 5.997).

Contudo, seguindo a mesma linha de interpretação, caso a prerrogativa de foro em razão da função seja estabelecida por Constituição Estadual, lei complementar, lei ordinária ou qualquer diploma legal inferior à norma constitucional, aplicando-se a interpretação em razão da hierarquia das normas, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri. (FERNANDES, 2000, p. 154).

Destarte, caso um Secretário Estadual possua prerrogativa de foro fixada pela Constituição Estadual e venha a cometer um crime de homicídio, o juiz natural competente para julgá-lo é o Tribunal do Júri.

2.3) Prerrogativa de foro e a competência territorial e material

A competência originária por prerrogativa da função sobrepõe-se à competência territorial (*locus delicti commissi*), ou seja, a partir do momento que a Constituição Federal fixa o juízo natural de um cargo beneficiado pela prerrogativa de foro em razão da função, a

competência dos órgãos de jurisdição superior é determinada independente do local do ilícito penal.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal e os demais Tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior Eleitoral), não há nenhum problema, uma vez que sua jurisdição alcança todo o território nacional. Entretanto, poderia surgir alguma controvérsia em face da competência *ratione personae* e *ratione loci* quando a competência pela prerrogativa de função for dos Tribunais Regionais ou dos Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, uma vez que estes órgãos possuem competência territorial delimitada.

Assim, imagine que um juiz federal da 3ª região pratique um furto simples no Estado do Rio Grande do Sul (Tribunal Regional Federal da 4ª região). Qual seria o juiz natural competente para julgá-lo?

Conforme dispõe o art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, em regra, a competência para processar e julgar o autor de um crime é a do local onde o crime se consumou ou, no caso de tentativa, onde foi praticado o último ato executório. Contudo, a Constituição Federal prevê em seu art. 108, I, “a”, que compete aos Tribunais Regionais Federais julgar originariamente os juízes federais a eles subordinados pela prática de crimes comuns e de responsabilidades. Diante disso, tendo em vista que o juiz natural do autor do crime é o Tribunal Regional Federal da 3ª região e que a competência pela prerrogativa de função prevalece sobre competência do local do fato, nota-se que o Tribunal competente é o Tribunal Regional Federal da 3ª região.

Nesse sentido: RT 506/318 – TJSP – pleno; RT 412/113 – TJSP – pleno; RTJ 75/420 – STF; RJTJSP 42/249 e RT 499/302 – Câm. Cjs. Crs. TJ; e RT 534/380 – TJPR

Esclarecido isto, verifica-se que o foro por prerrogativa da função restringe a competência em razão do local e estende a competência dos Tribunais Regionais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Outra questão relevante que merece ser abordada é com relação ao precedente do Superior Tribunal de Justiça, que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente os agentes com prerrogativa de foro nos Tribunais de Justiça Estaduais, quando estes praticarem crimes de competência da Justiça federal.

Deputado Estadual. Crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Competência. A Constituição de 1988 é omissa quanto ao órgão competente para julgar deputado estadual acusado da prática de crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas

autarquias ou empresas públicas. Aos Tribunais de Justiça não se pode atribuir competência por prerrogativa de função, quando lhes falta jurisdição. Compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar deputado estadual que tenha no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função, se o acusado da prática de crime em detrimento de bens, sérvios ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas (STJ - HC 372/DF. Relator: Ministro Costa Lima. Data do Julgamento: 27 de junho de 1990).

Essa decisão fundou-se no fato de que a distribuição de jurisdição da Constituição Federal ter utilizado o critério residual para a fixação da jurisdição da Justiça estadual. Diante disto, qualquer ilícito penal praticado em detrimento de bens, interesses e serviços da União seria de competência da Justiça federal (art. 190, IV da Constituição Federal). Este posicionamento foi alvo de várias críticas e de fato não se mostra correto em face ao nosso sistema constitucional.

Por tratar-se de garantia de determinados cargos, a Constituição Federal previu de forma expressa e taxativa as funções revestidas com a prerrogativa de foro, bem como quais seriam os órgãos jurisdicionais competentes para julgá-los. Desta forma, ao atribuir a competência por prerrogativa da função aos Tribunais de Justiça dos Estados, a Constituição Federal ressaltou apenas a competência da Justiça eleitoral.

Novamente nota-se a existência de um conflito de normas constitucionais, sendo estas uma que prevê a competência originária do Tribunal de Justiça dos Estados para julgar determinados cargos (art. 96, III da Constituição Federal) e outra que determina que os ilícitos praticados em detrimento de bens, interesses e serviços da União sejam julgados pela Justiça federal (109, IV da Constituição Federal). Conforme já foi destacado no item anterior, o critério utilizado para solução de conflitos de normas de mesmo grau de hierarquia é o da especialidade.

Percebe-se que, ao atribuir a competência à Justiça federal para conhecer as causas onde haja detrimento de bens, interesses e serviços da União, o legislador constituinte instituiu uma regra geral, e ao instituir a prerrogativa de foro em razão da função, preocupou-se com a função pública a ser julgada, independente da pessoa lesada.

Portanto, sendo a norma que institui o foro por prerrogativa da função uma norma especial, deve prevalecer sobre norma geral de fixação de competência da Justiça federal. Neste sentido é o entendimento doutrinário:

Magistrados e membros do Ministério Público – Devem ser julgados pelo Tribunal ao qual estão vinculados, pouco importando a natureza do crime que cometam e o lugar da infração, seguindo-se a competência estabelecida na Constituição Federal. Assim, caso um juiz estadual cometa um delito de

competência da Justiça Federal, será julgado pelo Tribunal de Justiça do seu Estado. O mesmo com o juiz federal que cometa um crime da esfera estadual: será julgado pelo Tribunal Regional Federal de sua área de atuação. Frise-se que pouco importa o lugar da infração penal. Se um juiz estadual de São Paulo cometer um delito no Estado do Amazonas, será julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. (NUCCI, 2006, p. 248)

Da mesma forma já manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 68.846-2, estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça para julgar, nas hipóteses de conexão ou continência, as causas penais em que figures, dentre os acusado, magistrado estadual, ainda que cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União e de autarquias federais (RE 170.125-1/RJ. 1ª Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Data do Julgamento: 20/09/1994.)

2.4.) Foro por prerrogativa de função e a exceção da verdade

O Código de Processo Penal, em seu art. 85, trata da competência originária dos Tribunais para a análise da exceção da verdade quando a vítima de um crime contra a honra gozar da prerrogativa de foro.

A exceção da verdade é um instituto processual penal que permite ao autor dos crimes de calúnia e difamação a oportunidade de provar que o fato imputado a determinada pessoa é verdadeiro. Neste sentido, destaca Bitencourt: “Exceção da verdade significa a possibilidade que tem o sujeito ativo de poder provar a veracidade do fato imputado (art. 141, § 3º, do CP), por meio de procedimento especial (art. 523. do CPP)”. (2003, p. 342).

Esse instituto processual penal tem por base a preservação do interesse público em saber quem é o verdadeiro autor de um crime.

O Código Penal previu a possibilidade de utilização desse incidente processual nos crimes de calúnia e difamação. No crime de calúnia, a exceção da verdade é admitida em todos os casos, salvo nas hipóteses do art. 138, § 3º, do Código Penal. Já na difamação, a *demonstratio veri* somente é admitida se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

No caso da exceção da verdade, conforme dispõe o art. 85 do Código de Processo Penal, a competência originária dos Tribunais somente se dá quando a vítima do crime é detentora da prerrogativa de foro.

Portanto, caso seja imputado a um juiz de primeira instância um fato criminoso e o autor do fato apresente a exceção da verdade, deverá o incidente processual, juntamente com os autos principais, ser remetidos ao Tribunal competente para sua apreciação. A partir deste momento, surgem algumas questões que merecem ser esclarecidas.

Primeiramente, apesar de o art. 85 do Código de Processo Penal dispor que a exceção da verdade deve ser remetida ao Tribunal competente quando o querelante gozar de prerrogativa de foro, deve-se destacar que esta regra não é restrita aos crimes de ação penal privada, estendendo-se às demais ações. Neste sentido, destaca Nucci:

Alcance do termo querelante: entenda-se como a vítima do crime contra a honra. Nem sempre, no entanto, o crime contra a honra terá, no pólo ativo, o ofendido. Pode ocorrer de o Ministério Público assumir a titularidade da causa, nos casos em que haja representação da vítima, funcionário público ofendido no exercício de suas funções (art. 145, parágrafo único, do Código Penal) (2008, p. 254).

Outro ponto relevante a ser ressaltado é com relação ao processamento da exceção da verdade nos Tribunais. Nestas hipóteses, seria o Juiz de primeira instância que realizaria toda a fase instrutória do feito e depois remeteria os autos ao Tribunal para o julgamento, ou seria de competência do Tribunal realizar todo o processamento da exceção?

O nosso ordenamento jurídico tem como um de seus princípios fundamentais a garantia do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal). De acordo com tal preceito básico de nosso sistema, qualquer pessoa que praticar um crime só poderá ser processada e julgada pelo seu juiz natural.

Por juiz natural, deve-se entender como a autoridade judiciária previamente determinada pelo ordenamento jurídico, investida de competência para conhecer, processar e julgar determinado fato.

Assim, seguindo o exemplo supra, tendo em vista que o juiz natural dos magistrados de primeira instância são os Tribunais de Justiça dos estados-membros, cabe a eles realizar toda a fase instrutória e decisória.

Com relação aos efeitos do julgamento da exceção da verdade por parte dos Tribunais duas hipóteses podem ocorrer: a) caso seja acolhida a exceção da verdade, o processo principal será julgado extinto, cabendo ao Tribunal remeter as cópias necessárias ao Ministério Público para a apuração do fato; b) caso não seja acolhida a exceção, os autos principais devem ser remetidos ao juízo de origem para o regular prosseguimento da ação penal.

2.5) Foro por prerrogativa da função após a cessação do exercício funcional

Desde a primeira vez que o foro por prerrogativa da função foi instituído em nosso ordenamento jurídico, seus titulares buscam garantir sua aplicação mesmo depois de findo o cargo ou função que lhes concede essa prerrogativa.

Por muito tempo essa questão foi matéria pacificada em todos os Tribunais de nosso Estado, no sentido de que a prerrogativa de foro estendia-se aos ex-ocupantes de determinados cargos e funções. Entretanto, atualmente, a prerrogativa de foro não mais se estende aos ex-titulares de cargos revestidos com esta prerrogativa.

A questão foi expressamente tratada pela primeira vez no século XIX, com a promulgação do Decreto nº 27 de 07 de janeiro de 1892, que, em conformidade com a Carta Constitucional da época, dizia que a ação penal de competência originária dos Tribunais pela prerrogativa de função somente poderia ser proposta durante o exercício funcional.

Esse diploma legal prevaleceu até o ano de 1964, ocasião que o Supremo Tribunal Federal, com o escopo de maximizar a proteção dos cargos e funções mais relevantes de nosso Estado, editou a súmula 394 com o seguinte teor: *Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.*

2.5.1) Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal

Com a edição do referido ato, os titulares da prerrogativa de competência *ratione personae* tiveram estendido este direito mesmo após a perda do cargo.

Durante esse período, caso um Ministro de Estado praticasse um crime e a ação penal fosse intentada contra ele somente após o fim do exercício do cargo, ainda assim ele somente poderia ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos 35 anos de vigência da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, muitos foram os beneficiados pelos seus efeitos, pois os titulares de cargos com esta prerrogativa não se preocupavam com eventuais proposituras de ações, uma vez que sabiam que quanto mais alta a hierarquia do Tribunal, mais defasada é sua estrutura e mais chances teriam de não ser punidos. Além disso, poderiam praticar quaisquer crimes durante a ocupação do cargo sem se preocupar com o momento da instauração de inquérito ou propositura de ação penal, pois sempre teriam seu juiz natural em algum Tribunal.

Na vigência da Constituição Federal de 1988, em processo relatado pelo então Ministro Sydney Sanches, nos autos onde o ex-Deputado Federal Jabes Pinto Rabelo foi denunciado pela prática do crime de falsidade ideológica (Inquérito nº 687/SP), o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, cancelou a Súmula 394. Este cancelamento baseou-se no fato de nem a Constituição Federal de 1988 e nem os demais dispositivos legais utilizados como fundamento para a edição da referida Súmula, em nenhum momento, contemplarem ex-titulares de cargos ou funções públicas com a prerrogativa de foro.

Além disso, ressaltou em seu voto que a Constituição Federal de 1988 visa garantir a todos os cidadãos de nosso Estado um tratamento igual, portanto, não faria sentido tratar um cidadão que não exerça nenhuma função relevante para o nosso Estado de forma diversa dos demais. Neste sentido, ponderou o Ministro:

[...] a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

Por fim, o Ministro Sydney Sanches destacou, chamando sua decisão de julgamento político, que a cada dia o número de processos no Supremo Tribunal Federal está crescendo rapidamente, inviabilizando cada vez mais o exercício de suas atividades.

À decisão que cancelou a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, buscando evitar tumulto e até eventuais nulidades, foi concedido o efeito *ex nunc*, ou seja, o cancelamento só gerou eficácia a partir da data da decisão. Assim, com esta decisão da Corte Suprema, caso o Procurador-Geral da República, cargo contemplado com a prerrogativa de foro (art. 102, I, b, da Constituição Federal), durante o exercício de sua função pratique um crime e a ação penal seja proposta após a cessação do cargo, será esta pessoa processada e julgada originariamente pelo juízo de 1ª instância.

Entretanto, a notícia da revogação da súmula não foi vista com bons olhos pelos ocupantes de cargos revestidos com essa prerrogativa, principalmente pelos titulares de cargos eletivos que possuem a competência *ratione personae* por tempo determinado. Diante disto, os parlamentares, aprovaram a Lei nº 10.628/02.

2.5.2) Lei nº 10.628/02

Em 2002, o Deputado Federal Bonifácio de Andrada apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.295, o qual foi aprovado em 24 de dezembro de 2002, que assim dispunha:

Art. 1º. O art. 84 do Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo penal – passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública;

§ 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.249, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A apresentação do projeto e a aprovação do referido diploma legal mostra a insatisfação de alguns segmentos revestidos com a prerrogativa de foro, uma vez que a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal exercia um papel de ferramenta libertadora do exercente da função de eventuais perseguições futuras.

A partir da discussão do referido projeto, foi publicada em 24 de dezembro de 2002 a Lei nº 10.628, que alterou o Código de Processo Penal nos termos acima. Analisando o *caput* do artigo, nota-se que não houve alteração em seu conteúdo, mas sim uma atualização, pois foi suprimido o extinto Tribunal de Apelação e acrescentou o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Já os parágrafos acrescentados a esse artigo tiveram uma grande repercussão no âmbito jurídico. Confrontando diretamente com a decisão do Supremo Tribunal Federal que cancelou a Súmula 394, o Congresso Nacional instituiu novamente a aplicação da prerrogativa de foro após o término do exercício funcional e estendeu a mesma prerrogativa para os atos de improbidade administrativa.

2.5.2.1) Prerrogativa de foro nos crimes *propter officium* após o fim do exercício funcional

Apesar do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 10.628/02, parecer uma legalização da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, nota-se que

não é isso o que realmente ocorre. Desrespeitando os ditames constitucionais, o legislador ordinário instituiu que a prerrogativa de foro estende-se ao agente, mesmo após o fim do exercício do cargo, desde que o crime seja relativo a atos praticados no exercício da função.

Apesar de tal proposta parecer nova, nota-se que o legislador nada mais fez do que adotar a proposta feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, quando do julgamento que resultou no cancelamento da Súmula 394, de edição de uma nova Súmula que estendesse a prerrogativa de foro em razão da função aos crimes *propter officium*. Contudo, mesmo estando apoiado pelos Ministros Nelson Jobim, Néri da Silveira e Ilmar Galvão, à época a questão restou vencida.

Diferente da Súmula 394, o § 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal não estende a prerrogativa de foro a todo e qualquer tipo de crime, mas apenas aos atos praticados pelo agente no exercício da função.

Apesar de durante toda sua tramitação pelo Congresso Nacional referida lei ter sofrido várias críticas com relação à sua inconstitucionalidade, mesmo assim foi aprovada. De sorte, possui inconstitucionalidade tanto na forma, quanto no conteúdo.

Com relação à forma, destaque-se que a referida lei tem natureza ordinária. O ordenamento jurídico brasileiro possui a característica de possuir uma Constituição rígida, em razão da necessidade de “um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas” (MORAES, 2006, p. 5). Em razão disto, qualquer matéria constitucional que se pretenda alterar somente pode ser feita por meio de ementa à Constituição, nos termos do art. 60 da própria Constituição Federal.

Ao legislador ordinário foi dada a prerrogativa de criar leis que regulamentem ou tornem exequíveis os ditames constitucionais, concretizando assim o seu conteúdo. Entretanto, a ele não foi concedida a competência de interpretar a Constituição Federal.

Ao editar uma lei que visa dar certa interpretação à Carta Constitucional, o legislador invadiu a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, violando o princípio da tripartição de poderes. Consequentemente, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto na ADIN nº 2.797/DF que declarou inconstitucional o § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, destacou que: “De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional”.

Portanto, há inconstitucionalidade formal pelo fato do legislador ordinário, por meio de lei ordinária, tentar impor determinada interpretação a norma hierarquicamente superior.

Já com relação à matéria, a inconstitucionalidade funda-se no fato de o § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal dispor que a competência originária dos Tribunais pela prerrogativa de foro estender-se-ia aos titulares de cargos públicos revestidos com tal prerrogativa mesmo após a cessação da função.

Conforme já discutido no item 2.5.1 e já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, referida interpretação afronta diretamente a Constituição Federal, pois, em nenhum momento, ela refere-se à aplicação da competência originária dos Tribunais para os ex-exercentes de cargos agraciados com esta prerrogativa. Diante disto, correta foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar inconstitucional o § 1º, do art. 84 do Código de Processo Penal, uma vez que nele havia nítida inconstitucionalidade formal e material.

Válido também destacar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei 11.036/06. Referido diploma legal transformou o cargo especial de Presidente do Banco Central em Ministro de Estado. Com a promulgação da referida lei, o Presidente do Banco Central passou a possuir prerrogativa de foro em razão da função perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b” e “c” da Constituição Federal). Já seu parágrafo único estendeu a prerrogativa de foro em razão da função para os ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central em relação aos atos administrativos praticados no exercício da função.

Apesar de ainda não ter sido declarada sua inconstitucionalidade, nota-se que tal instituto ofende a Constituição Federal pelos mesmos fundamentos acima narrados, razão pela qual deve ser retirada do ordenamento jurídico.

2.5.2.2) Prerrogativa de foro em razão da função nos atos de improbidade administrativa

Além de ampliar a extensão da prerrogativa de foro para os casos previstos em nosso ordenamento jurídico, a Lei nº 10.628/02 também inovou com a instituição do foro por prerrogativa da função pela prática de atos de improbidade administrativa.

Da mesma forma que o § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, o § 2º também possui inconstitucionalidades. Contudo, antes de analisá-las, faz-se necessário uma breve introdução sobre a lei que dispõe sobre a improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

A proteção do patrimônio público nem sempre foi tão ativa e vigorosa como nos dias atuais. O primeiro diploma que disciplinou a proteção do patrimônio público foi a Lei nº 3.164/57, também conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha.

Além de ser um diploma inovador na proteção do patrimônio público, referida lei conferiu ao Ministério Público e a qualquer pessoa a iniciativa da ação civil (art. 1º, § 2º). Também dispôs sobre o registro obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos que exerciam cargos ou funções públicas da União e de suas entidades autárquicas. Contudo, a Lei Pitombo-Godói Ilha foi falha no sentido de ater-se a apenas uma espécie de enriquecimento ilícito e estabelecer perda dos bens adquiridos pelo exercício indevido da função pública. (FAZZIO JÚNIOR, et al, 1998, p. 31/32).

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto, que regulava o seqüestro e o desapossamento de bens obtidos em razão do enriquecimento ilícito dos agentes públicos das administrações direta e indireta. Este diploma trouxe um rol exemplificativo de hipóteses caracterizadoras de enriquecimento ilícito.

Frise-se que, até a segunda metade da década de sessenta, por administração pública indireta compreendia-se somente as entidades autárquicas, pois somente com a entrada em vigor do Decreto-lei 200/67 é que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas passaram a ser assim compreendidas.

Com a finalidade de regular a proteção do patrimônio e da probidade pública, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei nº 8.429/92, que elenca os legitimados para a propositura da ação, as hipóteses de improbidade, as sanções pela prática de tais ações, dentre outras disposições.

No que concerne ao tema desse trabalho, primeiramente deve-se analisar a natureza da ação de improbidade. Seria ela uma ação civil ou penal?

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, dispõe sobre as sanções pela prática de atos de improbidade, ressaltando a possibilidade de o agente público ímprobo ser processado criminalmente. Em virtude dessa expressa disposição, conclui-se que a ação de improbidade é uma ação civil, pois caso assim não fosse, não teria a Carta Constitucional ressaltado a possibilidade e propositura da ação criminal concomitantemente com a ação de improbidade.

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. "AÇÃO" DE IMPROBIDADE. NATUREZA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PESSOA JURÍDICA. INQUÉRITO. USO COMO SUPEDÂNEO PARA A PROPOSITURA DE "AÇÃO" DE IMPROBIDADE. POSSIBILIDADE. EXAME DA INICIAL DA "AÇÃO" DE IMPROBIDADE. ALCANCE. I - A ação de improbidade administrativa possui natureza cível, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da , Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, veiculando pretensão ao reconhecimento de responsabilidade, com a imposição das sanções respectivas, independentemente da responsabilidade

penal propriamente dita. A imposição de responsabilidade por prática de atos de improbidade administrativa, com fundamento no art. 3º da Lei 8.429/92, alcança tanto pessoas físicas quanto jurídicas. II - Esta Terceira Turma vem admitindo o uso de provas obtidas em procedimentos investigatórios criminais para fundamentar a propositura de ações de improbidade, durante cujo procedimento essas provas serão submetidas ao adequado contraditório. III - Na fase preliminar do rito da ação de improbidade, na qual o Juiz, em exame superficial, formulará juízo quanto às condições da ação e pressupostos processuais e, no que se refere ao objeto da ação, ele cuidará tão somente de juízo de conteúdo negativo, ou seja, a evidente inexistência de ato de improbidade. Assim, não é o momento de grandes perquirições sobre os elementos da responsabilidade, o que demandará instrução adequada. IV - Recurso que se nega provimento. TRF1 - AG 21295 MT 2006.01.00.021295-5. Relator(a): Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Julgamento: Tue Dec 18 00:00:00 CST 2007. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: 01/02/2008 DJ p.1443.

A Constituição Federal concede a prerrogativa de foro em razão da função apenas no âmbito criminal. Em nenhum momento ela dispõe sobre a prerrogativa de foro para as ações civis.

Tentar criar uma competência *ratione personae* para as ações cíveis por meio de lei ordinária afronta diretamente a Constituição Federal.

A Constituição Federal, ao instituir a competência originária dos Tribunais pela prerrogativa de função, estabeleceu um rol taxativo de suas hipóteses e concedeu às Constituições Estaduais a possibilidade de ampliar esse rol (art. 125, § 1º da Constituição Federal). Em razão da taxatividade deste rol exposto na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se da seguinte maneira:

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo do art. 102, I da Constituição da República. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, no âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal. (CF, art. 102, I, d). (RT 711/155, Ag. Rg.Em Pet. 1.738-2-MG, Rel. Min. Celso de Mello.).

Assim, a criação de prerrogativa de foro em ações de natureza civil por meio de lei ordinária viola o devido processo legislativo e ofende as regras que dispõem sobre a competência originária por prerrogativa da função dos órgãos jurisdicionais superiores contidas na Constituição Federal, pelo que lhe recai a eiva de inconstitucionalidade.

Dessa forma, tentar criar uma nova hipótese de prerrogativa de foro em razão da função por meio de lei ordinária constitui grave ofensa à Constituição Federal, uma vez que a nossa Carta Constitucional, por ter natureza rígida, somente pode ser modificada por meio de Emenda Constitucional. Portanto, mais uma vez agiu com acerto o Supremo Tribunal Federal ao declarar inconstitucional o §2º do art. 84 do Código de Processo Penal.

2.6) Prerrogativa de foro e os crimes de menor potencial ofensivo.

Outra questão muito importante com relação ao foro por prerrogativa da função é a sua aplicação nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

A Lei nº 9.099/95, além de disciplinar toda a estrutura processual dos juizados especiais cíveis e criminais, trouxe grandes inovações para o direito processual penal ao criar institutos que maximizaram a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, tais como a conciliação e a transação penal.

Outro aspecto relevante é que referido diploma legal, por meio de seu art. 61, definiu como sendo infrações de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, e todas as contravenções penais.

Após tais considerações surge a seguinte questão: tendo em vista que o procedimento para julgamento de processos de competência originária dos Tribunais é regido por lei própria (Lei nº 8.038/90), seria possível aplicar a conciliação, transação penal e composição civil nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo cometida por autoridade com prerrogativa de foro?

Até o ano de 2006 essa questão era controvertida, pois o art. 61 da Lei 9.099/95 dispunha que a aplicação do referido diploma somente seria possível se não houvesse procedimento especial próprio. Referida controvérsia foi superada com a promulgação da Lei nº 11.313/06, que modificou o art. 61 da lei dos juizados especiais, retirando a ressalva supracitada.

Diante desta análise, conclui-se que os crimes praticados pelos agentes titulares da prerrogativa de foro em razão da função serão sempre regidos pelo procedimento próprio da Lei nº 8.038/90, mesmo que o fato constitua crime de menor potencial ofensivo. Contudo,

nesta situação, independentemente do procedimento a ser utilizado, sempre serão cabíveis os benefícios da Lei nº 9.099/95.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Penal e Processual Penal. Contravenções (art. 31). Representação. Subprocurador-Geral do Trabalho. Competência STJ. Recebimento da Denúncia. Suspensão do Processo. C.F., artigo 105, I, a. Lei nº 9.009/95, artigos 60, 61, 72, 73, 74, 76, 77, 89 e 92. CPP, artigo 41. 1. O STJ tem competência para processar e julgar Subprocurador-Geral do Trabalho denunciado pela prática de contravenção penal. 2. Superada a fase de composição amigável dos danos civis e não ocorrendo a transação, é recebida a denúncia formalmente apresentada. 3. Suspensão do processo (art. 31, LCP; arts. 89, Lei 9.009/95; art. 77, Cód. Penal). Processo: Rp 179 / DF REPRESENTAÇÃO 1999/0112430-1. Relator(a): Ministro MILTON LUIZ PEREIRA (1097). Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 07/02/2001. Data da Publicação/Fonte: DJ 10/06/2002 p. 125.

2.7) Competência por prerrogativa de foro e o *habeas corpus*

O *habeas corpus* pode ser impetrado perante juízes de primeiro grau, Tribunais locais e Tribunais Superiores, sendo que a competência de cada órgão jurisdicional é fixada, segundo Antonio Alberto Machado:

a partir de quatro critérios distintos: a) por definição constitucional da competência originária; b) em razão da competência recursal; c) em razão do território onde ocorreu ou poderá ocorrer a ilegalidade; e d) pela relação hierárquica entre a autoridade coatora e o órgão jurisdicional (2009, p. 668).

A competência originária do Supremo Tribunal Federal está definida de acordo com o paciente (artigo 102, I, “d”, da Constituição Federal) e com a autoridade co-atora. Assim, compete à Suprema Corte julgar *habeas corpus* quando o paciente for Presidente e Vice-Presidente da República, Procurador-Geral da República, membros do Congresso Nacional, os próprios Ministros do Supremo, Ministros de Estado, Comandantes das Armas, membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

Por outro lado, o artigo 102, I, “i” atribui ao mesmo Supremo Tribunal Federal a competência para julgar originariamente *habeas corpus* em que a autoridade co-atora for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade que esteja sujeita à jurisdição do próprio Supremo, ou seja, aquelas pessoas que são originariamente processadas por infrações comuns e de responsabilidade junto àquela Corte (pessoas elencadas no artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição Federal).

A competência do Superior Tribunal de Justiça está estabelecida no artigo 105, I, “c”, da Constituição Federal, com a expressa ressalva da matéria eleitoral, enquanto aos Tribunais Regionais Federais compete julgar *habeas corpus* em que juízes federais forem autoridades coatoras.

Em linhas gerais, os *habeas corpus* em que a autoridade coatora for pessoa que tem direito à competência por prerrogativa da função são julgados pelo órgão jurisdicional que tem competência para julgá-lo originariamente.

Com relação ao membro do Ministério Público, diverge a jurisprudência sobre a competência para julgar o *habeas corpus* quando ele for autoridade coatora. Um segmento entende que, se o promotor de justiça for autoridade coatora (requisitando um inquérito policial abusivo, por exemplo), o julgamento do *habeas corpus* caberá ao juiz da comarca onde o ato foi praticado (Recurso de Habeas Corpus n. 167.066-3 - São Paulo, rel. Dês. Cunha Bueno, j. 30.06.94). Outro segmento sustenta que, sendo o promotor julgado originariamente perante o Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* também deverá ser julgado no Tribunal (RT-851/541).

A segunda posição é a que vai se firmando e, segundo Antonio Alberto Machado “vai se pacificando o entendimento de que esse tribunal de segunda instância é mesmo o competente para apreciar *habeas corpus* em que o autor da coação ilegal seja o promotor ou o procurador de justiça” (2009, p. 669).

3) FORO POR PRERROGATIVA DA FUNÇÃO A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diariamente os meios de comunicação, por uma superficial análise do ordenamento jurídico pátrio, noticiam que a prerrogativa de foro em razão da função é inconstitucional em razão de violar os princípios da igualdade e do juiz natural.

Influenciada por tais matérias, criou-se um sentimento na população de que a prerrogativa de foro constitui um privilégio pessoal e viola os princípios constitucionais que norteiam todo e qualquer Estado de Direito.

Antes de analisar a competência originária dos Tribunais em face aos princípios constitucionais, compete fazer uma breve análise do conceito de princípios.

3.1) Conceito de princípios

A conceituação de princípios é tema de grande divergência perante os estudiosos do Direito, por isso, este trabalho não pretende esgotar o tema, mas sim trazer ao leitor uma sucinta noção de sua definição.

A palavra princípio, proveniente do latim *principiu*, é definida como: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei [...] e no plural é conceituada como sendo [...] Filos. Preposições diretoras de uma ciência, às quais todo desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado (FERREIRA, 1988, p. 529).

Usado em várias ciências, tais como Filosofia, Sociologia, Direito, Economia, Física, dentre outras, a idéia básica do que seja princípio é “a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 53). Alguns autores sustentam que os princípios são mandamentos de otimização, uma vez que visam efetivar da melhor forma e com a maior eficiência possível as demais normas existentes no ordenamento jurídico. Neste sentido, Robert Alexy define os princípios como sendo:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (2006. p. 90).

De outro lado, alguns doutrinadores sustentam que os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, sendo neste caso, o do ordenamento jurídico. Segundo Mello, princípios são:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (*apud* SILVA, 2006, p. 91).

Apesar de parecerem contraditórios, tais conceitos se completam. Ao mesmo tempo em que os princípios são mandamentos nucleares pelo fato de serem os centros de nosso sistema normativo, também são mandamentos de otimização, pois, nos casos concretos, buscam implementar a justiça em situações onde as regras, por si só, não o fazem. Assim, conclui-se que os princípios são mandamentos nucleares e de otimização.

3.2) Princípio da igualdade

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, estabeleceu um dos princípios basilares de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, que é o princípio da igualdade.

Segundo esse postulado, todas as pessoas são iguais em direitos e deveres perante a lei, sendo inadmissível qualquer discriminação em razão de sexo, raça, crença religiosa e política. À primeira vista pode parecer que o tratamento dispensado a todo e qualquer cidadão deve ser feito de forma idêntica, entretanto, não foi isso que o ordenamento jurídico pátrio buscou.

O princípio da igualdade deve ser analisado sob dois aspectos. Em seu sentido formal, a isonomia deve ser compreendida como a igualdade dos cidadãos perante o ordenamento jurídico, ou seja, a lei não pode trazer distinções entre os cidadãos. Tal aspecto pode ser claramente vislumbrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, no qual o constituinte dispôs que todos são iguais perante a lei.

Portanto, sob seu aspecto formal, o princípio da igualdade busca evitar que o legislador, ao promulgar algum diploma legal, o faça com tratamento desigual os cidadãos.

A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal, no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. (SILVA, 2006, p. 214).

De outra parte, esse princípio também deve ser entendido sob seu aspecto material, ou seja, trazer uma verdadeira efetivação da igualdade, retirando-a do mundo normativo e transportando-a para o mundo fático.

Da mesma forma que dispôs sobre o princípio da igualdade em seu aspecto formal, a Constituição Federal não poderia deixar de buscar a efetivação de seus princípios. Esta busca pela efetivação dos direitos e garantias do cidadão nada mais é do que a efetivação da igualdade entre os indivíduos.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outra plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2006, p. 32).

O inciso XXX do art. 7º da Carta Política de 1988 diz expressamente que é vedada a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil.

Outro ponto que não pode ser deixado de lado é a questão de que o princípio da igualdade não é apenas o tratamento igualitário de todas as pessoas, independente da situação em que se encontram. Apesar de tratar-se de seres da mesma espécie, os homens não são iguais. Isto se dá em virtude de inúmeras variáveis, tais como educação, condição econômica, social, dentre outras. Em razão dessas diferenças, caso nosso sistema jurídico tratasse as pessoas diferentes de uma mesma maneira, não estaria promovendo a igualdade, mas, estaria sim aumentando a desigualdade existente entre elas. Já na antiguidade, Aristóteles dizia que a igualdade entre os homens somente poderia ser alcançada pelo tratamento igual para os iguais e pelo tratamento desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. No mesmo sentido, destaca Moraes:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na

medida em que se desigalam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça [...] (2006, p. 30).

Esse fato se mostra muito claro quando analisamos a prerrogativa de foro em razão da função. Os cargos e funções que gozam da competência originária são de extrema importância para o Estado, razão pela qual não podem ser tratados de forma igual aos demais cidadãos que não os exercem.

Não há como se conceber um Estado de Direito que busca reduzir e marginalizar as desigualdades sociais e trate da mesma forma indivíduos em situações completamente distintas.

Imagine que um Ministro do Supremo Tribunal Federal pratique um crime comum e venha a ser julgado por um magistrado de primeiro grau. Isso traria uma enorme pressão política e até, quem sabe, institucional sobre o juiz da causa, podendo influenciá-lo em sua decisão.

Outro aspecto que demonstra que a prerrogativa de foro não ofende o princípio da igualdade é que com a cessação do cargo ou função, extingue-se a prerrogativa e há a remessa da ação para o juízo de primeiro grau. Neste sentido temos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

PRERROGATIVA DE FORO - EXCEPCIONALIDADE - MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE A EX-OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS E A EX-TITULARES DE MANDATOS ELETIVOS - CANCELAMENTO DA SÚMULA 394/STF - NÃO-INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO JURISDICTIONIS" - POSTULADO REPUBLICANO E JUIZ NATURAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O postulado republicano - que repele privilégios e não tolera discriminações - impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, "b" e "c"). Cancelamento da Súmula 394/STF (RTJ 179/912-913). - Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. - A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, "ratione muneris", a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa - descaracterizando-se em sua essência mesma - degradar-se à

condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal. Precedentes. Inq 1376 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG.REG.NO INQUÉRITO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 15/02/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 16-03-2007 PP-00021 EMENT VOL-02268-01 PP-00110

No mesmo sentido, tem-se a interpretação do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento que culminou no cancelamento da Súmula 394, conforme já destacado no item 2.5.1.

Destarte, diante da desigualdade entre os cargos e funções revestidos com a prerrogativa de foro e os demais cidadãos, nota-se que não há ofensa ao princípio da igualdade, que, por sua própria definição, visa o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

3.3) Princípio do juiz natural

Dentre os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio e sustentam o Estado Democrático de Direito está o princípio do Juiz Natural. Decorrente do princípio do devido processo legal, esse foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1824 com a promulgação da Constituição do Império com a seguinte redação:

Art. 179, inc. 17: À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais, nas causas cíveis ou criminais.

Em razão de sua essencialidade para todo o sistema jurídico, este princípio foi perpetuado nas demais Constituições:

Constituição de 1891, art. 72, § 23: À exceção das causas que, por sua natureza pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado, nem tribunais de exceção; admitem-se, porem, juízos especiais em razão da natureza da causa.

Constituição Federal de 1934, art. 113, n. 25: Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas.

Constituição de 1946, art. 141, §26: Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.

Constituição de 1967, art. 150, §15; Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 153, § 15: A lei assegurará aos acusados, ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

Nesse ponto, vale ressaltar que a Constituição de 1937, ao contrário das demais Constituições Brasileiras, previu de forma expressa a existência de um tribunal de exceção. Em seu art. 122, 17, dispunha que os crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular seriam submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituísse. No regime ditatorial de Getúlio Vargas, o Tribunal de Segurança Nacional instituído pela Constituição de 1937 tinha por objetivo o julgamento dos adversários políticos do governo (MARCON, 2004, p. 81).

Com o fim da “Era Vargas” em 1945, e a assunção do governo pelos militares, em 1946 foi outorgada uma nova Constituição que acabou com os tribunais de exceção.

Adotando de forma expressa o princípio do juiz natural, a Constituição Federal de 1988 veda completamente a possibilidade de tribunais de exceção ou *ex post facto*.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVII: não haverá júízo ou tribunal de exceção; [...] LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

O princípio do juiz natural consiste na necessidade de o ordenamento jurídico prever, anteriormente ao acontecimento do fato, qual será a autoridade judiciária competente para julgar o autor de um crime.

Antônio Alberto Machado define o juiz natural como “um juiz previamente definido em lei, investido da função jurisdicional e competente para o julgamento do fato” e completa sustentando que “é aquele previsto constitucionalmente para o julgamento da causa antes mesmo da ocorrência do fato a ser julgado” (2009, p. 162).

Analisando a garantia fundamental do juiz natural, Nelson Nery Júnior destaca que esse princípio é tridimensional, pois: a) não haverá júízo ou tribunal de exceção; b) todos terão direito a ser submetido a julgamento por júizes previamente constituídos na forma da lei e c) o júízo tem que ser imparcial (2009, p. 126).

Portanto, para que um órgão jurisdicional esteja de acordo com o princípio do juiz natural, é necessário que ele seja previsto anteriormente ao acontecimento do fato, de forma

genérica e abstrata, definindo qual autoridade judiciária irá julgar determinados fatos. Neste sentido:

[...] o significado do princípio do juiz natural leva a um primeiro e imperativo reconhecimento de que somente o órgão jurisdicional pré-constituído, ou seja, o órgão cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas normas abstratas já existentes, é que poderá legitimamente exercer a jurisdição em um processo dado. (KARAM, 1998, p. 38).

[...] é aquele previsto anteriormente (*ex ante facto* ou *a priori*) – isto é, antes de ocorrer o fato a ser julgado -, abstrato e geral, para julgar matéria específica prevista na lei. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 127)

O que referida garantia constitucional busca é a preservação da imparcialidade do juízo, evitando assim a criação de verdadeiros foros privilegiados, com julgamentos direcionados.

Vale lembrar que não se podem confundir Tribunais de exceção com Justiças especiais e foro por prerrogativa da função.

As Justiças especiais, como a Justiça Eleitoral, são previamente previstas na Constituição Federal, de forma genérica e abstrata, instituídas para o processamento e julgamento de matérias específicas.

Dessa forma, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, pois as Justiças especializadas não constituem tribunais de exceção, justamente por serem previamente previstas à ocorrência do fato. Neste sentido:

Assim como o poder do Estado é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também é. E para a facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiças especializadas. Portanto, a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hoc*, não abrange as justiças especializadas. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 127).

Da mesma forma, a prerrogativa de foro em razão da função e a garantia do juiz natural co-existem harmonicamente. A prerrogativa de foro em razão da função, assim como as demais espécies de competência, está previsto na Constituição Federal e em alguns diplomas legais infraconstitucionais de forma prévia, genérica e abstrata no ordenamento jurídico.

Dessa forma, estando a prerrogativa de foro de acordo com a tridimensionalidade do princípio do juiz natural, ou seja, não constituindo um tribunal de exceção, ser um juízo pré-constituído e imparcial, não há como cogitar sua ofensa a esse princípio constitucional.

3.4) Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição, decorrente do devido processo legal, constitui postulado fundamental de qualquer ordenamento jurídico.

A Constituição do Império de 1824, em seu art. 158, dispunha expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição ao dispor que ao Tribunal da Relação competia apreciar as decisões em segunda instância (NERY JÚNIOR, 2009, p. 280).

Diferente da Constituição do Império, as demais Constituições que seguiram não mais previram de forma expressa o duplo grau de jurisdição, limitaram-se apenas a instituir os Tribunais e a atribuir-lhes competência para processar e julgar recursos.

O princípio do duplo grau de jurisdição consiste no direito que a parte tem de buscar o reexame da causa por órgão jurisdicional hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão (NUCCI, 2006, p. 90). Tendo em vista que os magistrados, assim como os demais seres humanos, estão sujeitos a erros e falhas, o princípio do duplo grau de jurisdição viabiliza a revisão da decisão prolatada por um magistrado por um órgão jurisdicional colegiado hierarquicamente superior, buscando assim a redução da possibilidade de erros. Nota-se, então, que o duplo grau de jurisdição é uma garantia aos cidadãos na medida em que a reapreciação de uma decisão torna mais difícil a ocorrência de falhas que possam obstaculizar a justiça. Além disso, os órgãos jurisdicionais encarregados de reapreciar os recursos são compostos por magistrados mais experientes e com maior sensibilidade para o julgamento de uma lide.

Apesar de diuturnamente utilizado no meio jurídico, há discussão no sentido da previsão expressa ou não do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, a Constituição Federal e as leis ordinárias não prevêm expressamente o duplo grau de jurisdição como princípio norteador do nosso Estado Democrático de Direito. A questão passou a divergir em 25 de setembro de 1992, quando o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e em 2004, com a edição da Emenda Constitucional nº 45.

O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que os direitos e garantias previstos em seu texto não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado.

O Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe sobre direitos humanos, prevê expressamente em seu art. 8º, 2, *h*, que o direito de recorrer da sentença de juiz ou Tribunal superior é uma das garantias judiciais.

A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal dispondo que as convenções internacionais que tratam de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência a emendas constitucionais quando aprovadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de seus membros.

Alguns autores entendem que, pelo fato da referida convenção dispor sobre direitos humanos e ter sido ratificada pelo Brasil antes da aprovação da Emenda Constitucional 45/04, este tratado teria sido recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro com natureza de norma constitucional. Neste sentido:

Por outro lado, há expressa disposição no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, item 2, *h*) a respeito do direito de recurso contra sentença a juiz ou tribunal superior. Os tratados internacionais, versando sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional, como autoriza o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (NUCCI, 2006, p. 90).

De outra sorte, há posicionamento no sentido de que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil sem a observância do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal ingressam no ordenamento jurídico com natureza de norma ordinária.

Esse posicionamento funda-se no fato de que a ratificação dos tratados é feita por meio de decreto legislativo. Esta espécie normativa é caracterizada pela necessidade da presença da maioria absoluta para a instalação da sessão e da maioria simples para sua aprovação (art. 47 da Constituição Federal).

Diante da característica rígida da Constituição Federal do Brasil, não há como conceber sua modificação por meio de decreto legislativo. Neste sentido:

Se pudéssemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo direitos, estaríamos afirmando que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita. (ARAÚJO, et al, 2006, p. 215).

Nota-se, então, que o Pacto de São José da Costa Rica foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio com natureza de norma ordinária.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se no mesmo sentido, sustentando que, com a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o duplo grau de jurisdição foi instituído expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional. Neste sentido, advém a decisão no HC nº 79785 relatada pelo então Ministro Sepúlveda Pertence:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de se resolver sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso

de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. RHC 79785 / RJ. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002 PP-00057. EMENT VOL-02092-02 PP-00280. RTJ VOL-00183-03 PP-01010Parte(s).

Assim, nota-se que há em nosso ordenamento jurídico previsão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição, e que essa garantia possui natureza de norma infraconstitucional. Isto posto, observa-se que a prerrogativa de foro em razão da função não ofende a garantia do duplo grau de jurisdição. Por ser garantia de natureza infraconstitucional, o duplo grau de jurisdição nunca entrará em conflito com norma de natureza constitucional sob pena de inconstitucionalidade da norma de menor grau de hierarquia. Além disso, um dos fundamentos do duplo grau de jurisdição é evitar eventuais erros que possam ocorrer no julgamento de uma lide por um juiz singular. As hipóteses de prerrogativa de foro em razão da função, por si só, evitam tais erros na medida em que os cargos revestidos com esta garantia sempre serão julgados por órgãos colegiados e com grau de experiência considerável.

Por fim, é importante salientar que há possibilidade dos ocupantes de cargos revestidos com a prerrogativa de foro em razão da função interporem recursos das decisões que os julgam.

Ao tratar do recurso extraordinário, especial e ordinário, a Constituição Federal previu em seu texto todos os requisitos necessários para sua utilização. Desta forma, caso um juiz estadual seja julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, preenchendo os requisitos da Constituição Federal, não há motivos que impeçam o seu recebimento, conhecimento e processamento. Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Entretanto, não poderá haver limitação ao cabimento do recurso especial ou extraordinário, como era permitido no sistema revogado (CF/1969 119, § 1º), porque a atual Constituição Federal não estipulou nenhuma restrição. Os requisitos estão no próprio texto constitucional e somente eles devem ser exigidos do recorrente para que sejam conhecidos os recursos extraordinário e especial. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 280/281).

Dessa forma, conclui-se que o que é vedado aos ocupantes de cargos com prerrogativa de foro em razão da função é a interposição dos recursos ordinários que visam à re-análise do mérito, sendo plenamente possível a interposição de recurso que tenha por finalidade evitar ofensa à lei federal e à Constituição Federal (recursos especial e extraordinário, respectivamente).

3.5) Argumentos contrários à prerrogativa de foro

Há quem entenda que a prerrogativa de foro em razão da função é inconstitucional por ofender o princípio da igualdade. Tal ofensa caracteriza-se pelo fato da própria Constituição Federal prever que todos são iguais perante a lei. Assim sendo, somente por razões relevantes é que o autor de um ilícito penal poderia ser julgado por um juízo especial.

Dessa forma, se a prerrogativa de foro constitui meio de preservar o cargo ou função pública agraciado, não haveria razão para que tal regra não se aplicasse às demais áreas do direito. (NUCCI, 2006, p. 241).

Outro argumento é no sentido de que não há que se falar em subversão de hierarquia pelo fato de tanto os magistrados de 1º grau como os de 2º grau serem independentes com relação à sua atividade jurisdicional. Diante disto, desde que o juiz julgue de acordo com seu convencimento e nos termos da lei não há que se falar em inversão de hierarquia.

O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois, seria uma 'subversão hierárquica' não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções jurisdicionais,

não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. (NUCCI, 2006, p. 241)

Sustenta tal corrente que a alegação de que o foro por prerrogativa da função foi instituído com o fim de evitar que os magistrados não sofressem influência da mídia também não poderia ser aceita.

Em casos polêmicos, nos quais há repercussão nacional e o clamor público buscando justiça, são utilizados os meios de comunicação como forma de obter lucro, não interessando o grau hierárquico de atuação do magistrado que irá julgar tais casos, já que ele sempre será vítima de pressão, seja por meio da mídia ou pela população.

Ao dispor em seu art. 95 sobre as garantias dos juízes, a Constituição Federal buscou garantir a imparcialidade dos julgamentos. Em razão disto, concedeu-se aos magistrados a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

Não há que se falar em possível pressão sobre os juízes de primeiro grau por parte dos magistrados de grau hierárquico superior uma vez que nenhuma influência, seja ela positiva ou negativa, a eles pode ser feito sob pena de ofensa à Constituição Federal. Outrossim, conforme destaca NUCCI, caso um juiz seja alvo de uma tentativa de influência por parte de qualquer pessoa, poderá denunciar o caso, o que somente seria prejudicial a quem buscou influenciá-lo. (2006, p. 242).

Por fim, ressaltam que nos casos de julgamento de ações penais pelos juízos de primeira instância sempre haverá a possibilidade de revisar o mérito da questão, o que não ocorre nas hipóteses de julgamento de competência originária dos Tribunais.

Por tais motivos, no ano de 2007, os Deputados Federais Marcelo Itagiba e José Fernando Aparecido de Oliveira apresentaram a proposta de Emenda à Constituição nº 130/07, buscando a revogação de todos os dispositivos constitucionais que tratassem da prerrogativa de foro em razão da função.

Sob o argumento de ofensa ao princípio da igualdade, destaca o relator da comissão especial Deputado Regis de Oliveira que, independente da relação que o juiz de primeiro grau possua com o réu de um processo, seja ela de amizade, inimizade ou de influência política, sempre haverá a possibilidade de revisão da decisão por parte do Tribunal. Portanto, salienta que, em razão das garantias que cercam os magistrados e acautelam a sua imparcialidade, mais justo seria extinguir a competência pela prerrogativa de função e manter a possibilidade de revisão do mérito das causas. Ressalta também que a prerrogativa de foro em razão da

função ofende diretamente o princípio da igualdade na medida em que prevê a prerrogativa de foro para determinados cargos e para outros não.

A exemplo, cita a previsão, no art. 29, X da Constituição Federal, da prerrogativa de foro em razão da função para os Prefeitos e silencia com relação aos vereadores. Então pergunta: “Se o prefeito pode ter tal prerrogativa, porque não os vereadores que representam o povo? O prefeito, em tal aspecto é mais importante (politicamente) que o vereador?”.

Assim, propõe a presente Emenda Constitucional a extinção do foro por prerrogativa da função, fixando a competência para os juízes de primeiro grau, condicionando a ação penal ao recebimento pelo Tribunal nela determinado. Tal proposta já foi aprovada pela comissão especial por unanimidade, e até o dia 19 de agosto de 2009 estava na pauta da Câmara aguardando votação. Entretanto, em virtude da aprovação do requerimento do Deputado Mendes Ribeiro Filho, ela foi retirada da pauta de votação.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, conclui-se que a prerrogativa de foro em razão da função é instituto processual penal vigente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição do Império de 1824 até os tempos atuais.

Durante o passar dos tempos, tal espécie de competência foi ampliada e restringida até a sua atual estruturação prevista nos arts. 29, X; 96, III; 102, I, “b” e “c”; 105, I, “a”; 108, I, “a”, todos da Constituição Federal.

Tal espécie de competência constitui o poder que determinados órgãos de jurisdição superior possuem para conhecer, instruir e julgar originariamente as ações penais dos ilícitos praticados por pessoas que ocupam determinados cargos ou funções públicas.

Esta prerrogativa não constitui um privilégio pessoal, mas sim uma garantia à função agraciada com ela, pois, em razão da relevância dos referidos cargos para o Estado, um julgamento realizado por um juiz de primeiro grau poderia ser parcial em razão de eventual pressão política, da mídia ou social.

Ficou demonstrado também que a prerrogativa de foro em razão da função não é instituto exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro, estando ele previsto nas Constituições Italiana, Espanhola, Argentina, Colombiana e Venezuelana.

Em seu confronto com as demais espécies de competência previstas no direito processual brasileiro, percebe-se que a prerrogativa de foro se sobrepõe às demais espécies de competência, ressalvado nas hipóteses de conflito com a competência do Tribunal do Júri. Nestas situações, por se tratar de normas jurídicas de mesma natureza, ou seja, normas constitucionais, nas hipóteses de concurso de agentes, aquele que gozar de prerrogativa de foro em razão da função será julgado pelo Tribunal designado pela Constituição Federal e os demais autores pelo Tribunal do Júri.

Outro ponto importante do presente trabalho foi a conclusão de que a prerrogativa de foro não se estende aos ex-ocupantes de cargos agraciados com esta competência, conforme as decisões do Supremo Tribunal Federal que cancelou a Súmula 394 e declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02.

Superadas as questões dogmáticas, foi feita uma análise da prerrogativa de foro em razão da função à luz dos princípios constitucionais da igualdade, juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

Por se tratar de prerrogativa concedida a determinados cargos em razão de sua relevância para o Estado, nota-se que as pessoas que os ocupam encontram-se em condições diversas dos demais cidadãos. Assim, buscando tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, a prerrogativa de foro não constitui ofensa ao princípio da igualdade.

Da mesma forma não ofende o princípio do juiz natural, pois todos os casos de prerrogativa de foro em razão da função estão previamente estabelecidos na Constituição Federal de forma genérica e abstrata. Portanto, não constituem tribunal de exceção e nem foro privilegiado.

Também não ofende ao princípio do duplo grau de jurisdição, pois, por não se tratar de princípio expresso em nosso ordenamento jurídico, não há razões que impeçam a limitação do direito de recorrer.

Portanto, o foro por prerrogativa da função mostra-se legítimo perante nosso ordenamento jurídico. Resta por fim esclarecer a razão pela qual a prerrogativa de foro não tem alcançado seu fim e tem sido objeto de várias críticas.

A população em geral revolta-se com tal instituto processual pelo fato de ser uma das grandes causas da impunidade em nosso país. Em razão da falta de estrutura para os órgãos de jurisdição superior, muitos dos acusados sequer chegam a ser julgados.

A indignação é tanta que tal questão é um dos fundamentos da proposta de emenda constitucional nº 130/07 apresentada pelos Deputados Marcelo Itagiba e José Fernando Aparecido de Oliveira, que tem por finalidade a extinção de todas as hipóteses de prerrogativa de foro em razão da função.

Em sua decisão, o relator Deputado Regis de Oliveira destacou que o procurador da república Eduardo Lorenzoni, em matéria publicada no dia 25 de abril de 2007 no jornal Correio Braziliense, p.2, disse que a prerrogativa de foro é uma das maiores causas de impunidade no país e que em seus 17 anos de atividade como procurador da república nunca viu um magistrado ser condenado criminalmente.

Outro aspecto importante que culmina na impunidade dos autores de ilícitos penais agraciados com a prerrogativa de foro em razão da função é a falta de estrutura dos órgãos de jurisdição superior já os Tribunais não possuem contingente suficiente para exercer a persecução penal. Isto fica mais claro com a aprovação da Lei nº 12.019/09, a qual confere ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de convocar magistrados de Tribunais hierarquicamente inferiores para realizar a instrução processual.

Assim, conclui-se que a prerrogativa de foro em razão da função é legítima perante o ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, não vem surtindo o efeito buscado pelos seus fundamentos em virtude da morosidade do judiciário. Com isso, diuturnamente deixa autores de crimes escaparem impunes em razão da falta de estrutura do Poder Judiciário para o conhecimento, processamento e julgamento das ações penais de competência originária dos Tribunais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freiras Bastos, 1959.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev., at., e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot, **Curso de processo penal**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistraturas direitos humanos. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. Associação dos Juizes para a democracia, 2001.

DELGADO, José Augusto, Foro por prerrogativa da função. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

ESPINDOLA, Rui Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, v.2.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2. ed. rev., at., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. Foro por prerrogativa de função: nova diretriz do STF (cancelamento da Súmula 394). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=846>>.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 4. ed. rev., amp., e at. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. rev., at., e amp. São Paulo: RT, 2007

_____, **Manual de processo penal e execução penal**. 2 ed. rev., at., e amp. São Paulo: RT, 2006.

PAÇO, André Medeiros do. **Foro por prerrogativa da função: Prefeitos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Revista do Advogado. **20 anos de constituição**. Ano XXVIII, setembro de 2008, nº 99, AASP.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social e outros escritos**. 12. ed. São Paulo: Cultrix LTDA, 1997.

SIDOU, J. M. Othon (org.) **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev., at., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.2.