

Walter Martins Muller

**ANÁLISE DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE
FUNÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2006**

Walter Martins Muller

ANÁLISE DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação da Professora Doutora Zélia Luiza Pierdoná.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2006**

Banca Examinadora

Araçatuba, __ de _____ de 2006.

Dedicatória

Ao amigo Ademir Gasques Sanches, pelo inestimável apoio, confiança e incentivo em todos os momentos.

Ao amigo Luiz Antonio Antunes, companheiro das infindáveis viagens, com quem compartilhamos as alegrias e as tristezas, sem nunca desanimar.

Aos meus pais, o amparo que nunca faltou para a superação dos obstáculos.

Aos meus filhos Letícia, Mariana e Luiz Felipe, razão do meu viver, pelos momentos subtraídos do nosso convívio, em nome da pesquisa.

À Ana Cláudia, colega, companheira, mulher.

Agradecimentos

A Deus, pelo dom da vida, pela força e coragem para superarmos os obstáculos, por mais difíceis que pareçam.

A todos os colegas do curso de mestrado, pela amizade, respeito e ensinamentos transmitidos, cada qual à sua maneira.

Aos professores, pela dedicação e competência demonstradas, abnegados pesquisadores, comprometidos com o desenvolvimento da cultura jurídica, fundamental para a evolução social.

Ao Dr. Ricardo Hasson Sayeg, a quem rendemos nossas homenagens pela determinação e persistência, fundamentais para o reconhecimento do curso, e pelo respeito a todos nós que acreditamos na sua luta.

Ao Dr. Guilherme de Souza Nucci, pelo apoio e valiosas opiniões na primeira fase de elaboração do nosso trabalho.

À Dr^a. Zélia Luiza Pierdoná, pela sinceridade de suas colocações e inestimável colaboração para a conclusão de nossos estudos.

MULLER, Walter Martins. *Análise da competência por prerrogativa de função conforme a Constituição*. Dissertação de mestrado em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2006.

RESUMO

A partir do momento em que é praticada uma infração penal, surge para o Estado o poder-dever de punir (*jus puniendi in concreto*), com a imposição da sanção penal ao infrator. Para tanto, deverão ser respeitados diversos princípios, que podem ser sintetizados na fórmula do *due process of law*, desenvolvido perante o órgão jurisdicional competente, nos termos da Constituição Federal e demais normas pertinentes. Assegura-se, assim, o respeito ao princípio do juiz natural à medida que as regras de competência, que seguem critérios variados, sejam respeitadas. Entre os critérios mencionados, observamos que em alguns casos, a competência será determinada em função das pessoas envolvidas que, por ocuparem determinados cargos, recebem tratamento especial, devendo ser processadas e julgadas, originariamente, perante órgãos superiores da jurisdição, a que se denomina **competência por prerrogativa de função**. Essa forma de distribuição da competência, entretanto, suscita inúmeras controvérsias, que vão desde os prováveis conflitos interpretativos sobre as normas a serem aplicadas a cada caso, respeitando o texto constitucional, até a idéia de privilégio que normalmente é associado a tais regras, o que procuramos esclarecer ao longo deste trabalho de pesquisa.

MULLER, Walter Martins. *Analysis of the ability for function prerogative according to the Constitution*. Mastership dissertation in Jurisdictional Installment in the Democratic State of Right, Toledo University Center, Araçatuba, 2006.

ABSTRACT

From the moment a penal infraction is practiced, it appears for the state the power obligation to punish (*jus puniendi* in concrete), with the imposition of the penalties to the infractor. To do so, diverse principles will have to be respected, that can be summarized, in the formula of “due process of law”, developed before the competent judicial body, in the pertinent terms of the Federal Constitution and others pertinent laws. It is assured, thus, the respect to the principle of the natural judge to the measure that the ability rules, that follow varied criteria, are respected. Among the mentioned criteria, we observe that in some cases, the ability will be determined in function of the involved people who, for occupying determined positions, receive special treatment, having to be processed and judged, in their origin, before superior agencies of the jurisdiction, the one that we call **ability for function prerogative**. This form of distribution of the ability, however, excites innumerable controversies, that go since the probable interpretative conflicts about the norms to be applied to each case that, respecting the constitutional text, until the privilege idea that normally is associated with such rules, what we try to clarify during this research paper.

Lista de abreviaturas e/ou siglas

ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
CP	– Código Penal
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
Inq.	- Inquérito Policial
JSTJ	- Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
JUTACRIM-SP	- Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
Min.	- Ministro
ob.	- obra
p.	- página
RBCCrim.	- Revista Brasileira de Ciências Criminais
RE	- Recurso Extraordinário
Rel.	- Relator
REsp	- Recurso Especial
RHC	- Recurso de <i>Habeas Corpus</i>
RJTJRS	- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RJTJSP	- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
RSTJ	- Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT	- Revista dos Tribunais
RTJ	- Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	- Superior Tribunal de Justiça
TFR	- Tribunal Federal de Recursos
TJ	- Tribunal de Justiça
TRE	- Tribunal Regional Eleitoral
TRF	- Tribunal Regional Federal
TSE	- Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS	
1.1 Conceito de Constituição.....	13
1.2 Normas constitucionais	19
1.2.1 Conflito aparente de normas.....	22
1.3 Interpretação constitucional.....	26
1.4 Processo constitucional	28
1.4.1 Princípio do devido processo legal.....	29
1.4.2 Princípio da igualdade.	30
1.4.3 Princípio do juiz natural e imparcial.....	35
1.4.4 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	41
II. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	
2.1 Noções gerais.....	45
2.2 Da jurisdição penal	51
2.3 Da competência	55
2.3.1 Espécies de competência	57
2.3.2 Competência material	59
2.3.2.1 Competência <i>ratione materiae</i>	60
2.3.2.2 Competência <i>ratione personae</i>	63
2.3.2.3 Competência <i>ratione loci</i>	64
2.3.3 Competência funcional	67
2.4 Competência absoluta e relativa.....	70
III. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	
3.1 Constituição de 1824	74
3.2 Constituição de 1891	75
3.3 Constituição de 1934	76
3.4 Constituição de 1937	77
3.5 Constituição de 1946	78
3.6 Constituição de 1967	79
3.7 Constituição de 1969	81
3.8 Constituição de 1988	82
3.9. Constituição do Estado de São Paulo	85
3.10 O Código de Processo Penal.....	87
IV. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INTERPRETAÇÃO E IMPLICAÇÕES	
4.1 Conceito e natureza	89
4.2 Prerrogativa de função e o sistema geral de nulidades.....	97
4.3 Prerrogativa de função: foro privilegiado?.....	101

4.4 Conflitos normativos	111
4.4.1 Prerrogativa de função e Tribunal do Júri	112
4.4.2 Prerrogativa de função nas hipóteses de conexão e continência	121
4.4.3 Prerrogativa de foro prevista nas Constituições Estaduais	123
4.4.4 Infrações penais atribuídas a prefeitos municipais	128
4.5 Prerrogativa de função do Advogado-Geral da União e do Presidente do Banco Central	133
4.6 Prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.....	136
CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIA	152
ANEXOS	157

INTRODUÇÃO

Buscamos nesta pesquisa, discutir a competência no âmbito do direito processual penal, em especial no que tange ao critério *ratione personae*, pela prerrogativa de função, com o escopo de contribuir para o debate em torno da prestação jurisdicional, que tem como ponto de partida a distribuição da competência entre os diversos órgãos jurisdicionais. Para tanto, abordamos primeiramente aspectos relativos ao teor da Constituição e das normas constitucionais, bem como os princípios norteadores da atividade jurisdicional, as formas de composição de litígios, até chegarmos à jurisdição.

O conceito e as classificações mais frequentes sobre competência são apresentados a fim de nortear o estudo que tem como enfoque principal a competência por prerrogativa de função, prevista em diversos níveis jurídico-positivos de nosso ordenamento.

Alguns aspectos polêmicos em torno do tema são abordados, como é o caso da natureza de prerrogativa de foro, se esta constitui ou não um privilégio, e se, de algum modo, viola o princípio da igualdade.

Outro aspecto enfatizado é o conflito das normas determinadoras da competência prerrogativa de função com a competência do Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida envolvendo ocupantes de determinados cargos públicos.

Nosso estudo se divide em quatro capítulos, nos quais procuramos abordar aspectos relevantes ao tema, de modo que, à medida que o trabalho se desenvolve, as premissas anteriores sirvam de base às posteriores, procurando formar um todo harmônico.

No primeiro capítulo, intitulado **Parâmetros Constitucionais**, procuramos embasar nosso estudo, partindo do conceito de Constituição, da análise das normas e os princípios que as regem, bem como os critérios interpretativos a serem empregados no enfrentamento das controvérsias identificadas em relação às regras de competência.

Passamos, no segundo capítulo ao estudo da **Jurisdição e Competência**, traçando o conceito e características básicas da atividade jurisdicional, monopólio estatal que visa assegurar a paz social, a aplicação do direito aos casos concretos e reafirmar a soberania do Estado. Na seqüência, apresentamos as noções gerais sobre competência, discutindo sobre os conceitos, as classificações e os critérios de distribuição de competência, como medida da jurisdição, possibilitando que o estudo sobre a prerrogativa de foro fique devidamente delimitado dentro do capítulo seguinte.

Desse modo, entramos no terceiro capítulo com uma apresentação da **Evolução histórica da competência por prerrogativa de função**, no qual fazemos uma análise de todas as constituições brasileiras, procurando identificar os dispositivos legais relacionados com o tema. Nesse contexto, são ainda examinados a Constituição do Estado de São Paulo e o Código de Processo Penal brasileiro.

A seguir, tratamos da **Prerrogativa de função: interpretação e implicações**, iniciando com a sua conceituação e natureza, para depois então enfrentamos a questão sobre o ser ou não a prerrogativa de função, um “foro privilegiado”. No capítulo, analisamos ainda as disposições da competência por prerrogativa de função em face da teoria das nulidades, procurando identificar em que hipóteses estes ocorrem, passando em seguida para uma verificação dos conflitos normativos identificados em face das normas definidoras da competência, confrontando especialmente a competência por prerrogativa de função com a competência do Tribunal do Júri.

Tratamos ainda das hipóteses de prorrogação da competência em razão da conexão e da continência, em relação à prerrogativa de foro. Algumas dúvidas sobre a competência em relação a determinados cargos também são abordadas, como é o caso dos prefeitos municipais, Advogado-Geral da União e Presidente do Banco Central.

Finalmente, apresentamos um breve relato sobre a extensão da prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, conforme determinado pelo lei n. 10.628/02.

Embora tenhamos pesquisado o assunto, não demos ênfase à prerrogativa de foro no Direito Comparado em virtude da grande semelhança encontrada, utilizando os conceitos basilares apenas para sustentar algumas considerações apresentadas.

I – PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

No desenvolvimento do presente trabalho de pesquisa, que tem como tema central a competência criminal determinada pela prerrogativa de função, entendemos ser fundamental o estabelecimento de alguns parâmetros decorrentes da análise e interpretação do texto constitucional, uma vez que as principais normas atinentes ao assunto são encontradas na Carta Magna, sem embargo dos demais diplomas legais que dispõem sobre o assunto.

Para tanto, ao longo deste capítulo, partindo do conceito de Constituição, abordaremos a seguir noções de normas constitucionais e sua interpretação, procurando assim encontrar o suporte argumentativo para nossas considerações e conclusões nos capítulos vindouros.

Na mesma linha de raciocínio, alguns princípios constitucionais, com ênfase para o princípio da igualdade, serão abordados.

1.1 Conceito de Constituição

Definir o exato significado do termo *constituição* não é tarefa das mais fáceis, variando o resultado de acordo com o ramo científico em que a palavra estiver sendo empregada.

Genericamente, a palavra *constituição* está associada ao modo de ser de alguma coisa, sua particular estrutura, bem como à organização interna de seres e entidades.

Nessa linha de pensamento, Celso Ribeiro Bastos afirma ser o termo *constituição* equívoco, ou seja, presta-se a mais de um sentido. Nas suas palavras, “significa

que há diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloca o sujeito, o objeto ganha outra dimensão”¹.

No campo jurídico, que é o que nos interessa, o termo vem associado à organização dos Estados, pois como diz José Afonso da Silva, “todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado”².

A partir dessa associação do termo com o campo jurídico, encontramos o desenvolvimento de um estudo sistematizado da matéria, denominado *Teoria da Constituição*, que, segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta³, é recente, tendo como precursores Sieyés, Constant e o italiano Pelegrino Rossi, com desenvolvimento tardio na França e, na Alemanha, adquirido autonomia a partir de 1919, durante a República de Weimar. Segundo o autor a Teoria da Constituição pode ser entendida como “um conjunto axiomático de idéias gerais acerca das relações de poder de uma sociedade”⁴.

Na lição de Jorge Miranda, os indivíduos, o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito, encontrando-se no Estado sempre um elemento jurídico traduzido na criação de direitos e deveres, de faculdades e vinculações. Nas suas palavras,

os governantes têm de ter o *direito* de mandar e os governados o *dever* de obedecer. Não bastam a força ou a conveniência: não há uma idéia de Poder sem uma idéia de Direito e a autoridade dos governantes em concreto tem de ser uma autoridade *constituída* por um conjunto de normas fundamentais, pela *Constituição*, como quer que esta se apresente⁵.

Temos assim a Constituição como:

um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do

¹ *Curso de Direito Constitucional*, p. 41.

² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 39.

³ *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, p. 71.

⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lírío. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, p. 76.

⁵ *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 12.

homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado⁶.

Aprofundando o olhar sobre o tema, observa-se que diversas concepções foram desenvolvidas em torno da noção de Constituição, divergindo a doutrina sobre concepções sociológicas, políticas e puramente jurídicas.

O sentido sociológico é dado por Ferdinand Lassalle⁷, segundo o qual, a essência da Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, que seria uma força ativa e eficaz, resultante de vários fatores, capazes de informar as leis e as instituições jurídicas vigentes. Essa seria a “Constituição real”, que se oporia à Constituição “escrita”, a qual representaria apenas uma “folha de papel”.

No dizer de Lassalle, “juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem a expressão ‘escrita’. A partir desse momento, incorporadas a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas”⁸.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta reconhece que,

em todos os momentos da história evidencia-se a presença de fatores reais de poder condicionando a existência das instituições jurídicas. Esse elemento sociológico atua de maneira decisiva na elaboração do texto escrito da Constituição, eis que a linguagem utilizada pelo constituinte é produto da ideologia dominante nessa resultante de poderes econômico, político, social e intelectual⁹.

José Afonso da Silva¹⁰ atribui o sentido político a Carl Schmitt, considerando-a como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 39-40.

⁷ *A Essência da Constituição*, p. 19.

⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁹ *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, p. 84.

¹⁰ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 40.

O sentido jurídico é apresentado por Kelsen¹¹, para quem a Constituição é considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica.

Para Kelsen, o Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação, determinando o processo de produção, e, em certa medida, o conteúdo da norma a produzir, de modo que uma norma só é válida quando produzida pela maneira determinada por outra norma, que representa o fundamento imediato de validade daquela.

Estabelecendo uma imagem espacial da supra-infra-ordenação, a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. Levando em conta apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado¹².

A fim de adequar o significado da expressão, José Afonso da Silva propõe a formulação de uma concepção estrutural de Constituição, considerando-a no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Afirma o autor que não se obterá o sentido jurídico de Constituição, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade.

Nas suas palavras,

certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamentos do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*¹³.

Para nós, a Constituição é o reflexo do pensamento político-ideológico predominante em uma nação, em determinado momento histórico, que confere validade ao exercício do poder, condicionando as ações institucionais e individuais.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 246-247.

¹² Idem, *ibidem*.

¹³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 41.

Esse predomínio pode ser obtido através do debate democrático, prevalecendo a vontade da maioria, ou através da opressão, garantida pelo uso da força.

A Constituição é analisada ainda pela doutrina no sentido material e no sentido formal.

Celso Ribeiro Bastos, afirma que a Constituição, no sentido material “é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc, que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”¹⁴. Observa-se assim que a Constituição, nesta acepção, procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado.

No sentido formal, abrange normas constitucionais que, pela sua forma, embora disciplinem certas condutas de modo imediato, submetem-se a um processo específico de produção ou alteração disciplinado por outra norma constitucional. É, então, um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultado, ou seja, um processo formativo mais árduo e solene¹⁵.

Vale assim dizer que, “todas as normas contidas no texto constitucional, por ato de constituinte, são formalmente constitucionais, pouco importando sua matéria ou conteúdo”¹⁶.

Desses ensinamentos podemos concluir que a Constituição formal é uma realidade puramente normativa, levando em conta tão-somente a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado, que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos.

¹⁴ *Curso de Direito Constitucional*, p. 43

¹⁵ Nesse sentido: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 247-248; DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 12; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 46.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 12.

Guilherme de Souza Nucci, questionando sobre qual seria o melhor conceito de Constituição, o material ou o formal, conclui que ambos são importantes; aquele, por estabelecer a essência da Constituição, o mínimo que lhe fixa o seu sentido material, e este, por demonstrar que o constituinte não está atrelado a qualquer tipo de concepção do que seja matéria constitucional, isto é, tudo que formalmente fizer parte do texto constitucional não é menos importante ou hierarquicamente inferior¹⁷.

Vale ressaltar, entretanto, a opinião de José Afonso da Silva, para quem, ao longo do tempo, as Constituições, que tinham por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, bem como os limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, além dos fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais, sofreram uma ampliação, decorrente do próprio aumento das funções estatais, gerando a distinção entre Constituição em sentido material e constituição em sentido formal, o que não faz sentido¹⁸.

A esse respeito, afirma Paulo Napoleão Nogueira da Silva,

o atual texto (1988) prima pelo detalhamento, inclusive albergando um grande número de matérias e disposições de natureza ordinária; distancia-se, assim, da tradicional – e a nosso ver, correta – técnica legislativa constituinte, que consagra a generalidade dos princípios. Trata-se, portanto, do que se convencionou chamar de ‘Constituição dirigente’; no entanto, do ponto de vista doutrinário a caracterização inicial do seu ‘dirigismo’ foi bastante imprecisa, embora no seu conjunto tenha apresentado um considerável saldo positivo de avanços, de par com aspectos de ótica já superada¹⁹.

Observamos assim um exagero normativo inserido no texto constitucional, o que costuma gerar dificuldades na sua interpretação e aplicação, exigindo assim uma análise mais aprofundada da questão.

¹⁷ Júri – *Princípios Constitucionais*, p. 7.

¹⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 45.

1.2 Normas constitucionais

A norma constitucional é uma norma jurídica que apresenta os mesmos caracteres e propriedades das demais, embora tenha algumas peculiaridades, oriundas de aspectos da própria Constituição, sendo o seu conteúdo variado e ilimitado, podendo ser classificadas em vários grupos.

Segundo Canotilho, por norma constitucional entende-se um modelo de ordenação juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído por uma medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos (programa normativo) e por uma constelação de dados reais (setor ou domínio normativo). Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo²⁰.

Na doutrina de Luíz Roberto Barroso, uma Constituição, ao instituir o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais do povo e estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Partindo desse conceito, classifica as normas constitucionais em: normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas.

As normas constitucionais de organização são as que traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder público e da definição da competência dos órgãos públicos.

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado, prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens

¹⁹ *Direito Constitucional do Mercosul*, p. 42.

jurídicos nelas consagrados²¹.

As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos²².

Entretanto, outras classificações são identificadas na doutrina em relação às normas constitucionais, dependendo dos critérios e elementos de análise utilizados pelo intérprete.

A doutrina tem se preocupado com a questão da eficácia das normas constitucionais, inexistindo, contudo, posição unânime sobre a matéria. Tomando como critério a questão da intangibilidade e da produção de efeitos concretos, Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação:

a) normas com eficácia absoluta: que são as intangíveis, não podendo nem sequer ser emendadas; são, portanto, insuscetíveis de reforma, sob pena de destruírem ou suprimirem a própria Constituição;

b) normas com eficácia plena: aquelas que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinar as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente;

c) normas com eficácia relativa restringível: que, embora sejam de aplicabilidade imediata, sua eficácia pode ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer;

²⁰ *Direito Constitucional*, p. 1128.

²¹ Segundo KELSEN, a Constituição, ao regular a produção de normas gerais, pode determinar o conteúdo das futuras leis, mas pode também excluir leis de determinado conteúdo, como aquelas que possam violar direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, afirma que “o catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas Constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”. *Teoria Pura do Direito*, p. 249.

²² *Temas de Direito Constitucional*, p. 80.

d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação: que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado²³.

Verifica-se, assim, um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade. Em nenhuma das classificações, todavia, evidencia-se a noção de normas de direito fundamental, deixando-as, por conta disso, em condição vulnerável, ao ponto de serem enquadradas até mesmo como normas “programáticas”, o que certamente não se coaduna com a fórmula política²⁴ adotada pelo constituinte pátrio.

Por conta disso, Willis Santiago Guerra Filho, discorda desse tipo de classificação, afirmando não ser conveniente a aplicação das,

“cargas de eficácia” às normas constitucionais, em razão das quais se teria uma graduação dessa eficácia, desde um máximo, quando as normas constitucionais teriam “eficácia plena”, até um mínimo, registrado nas chamadas “normas programáticas”. Assim como não haveria norma de direito fundamental com “eficácia absoluta”, não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental a sua inserção no rol de “normas programáticas”, para o qual tendem a ser relegados os “direitos sociais, econômicos e culturais”²⁵.

O autor afirma que,

no campo do Direito, sob a influência de Josef Esser e Ronal Dworkin e outros, vem-se elaborando a diferença entre normas que são ‘regras’ daquelas que são ‘princípios’, sendo entre essas últimas situadas as normas de direitos fundamentais”. As regras trazem a descrição de **estados-de-coisa**, formado por um fato ou certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a **valores**. Daí dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da interpretação de uma regra concretizadora. Os princípios são “determinações de otimização”, que se cumpre na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente²⁶.

Qualquer que seja a classificação ou o critério adotado para a análise das normas constitucionais, devemos ter em mente que esse gradualismo pode conduzir-nos à

²³ *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 109-116.

²⁴ “Fórmula política é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, p. 532.

²⁵ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 63.

idéia de hierarquia entre as normas constitucionais, bem como suscitar a discussão sobre eventuais conflitos entre as referidas normas, o que deve ser cuidadosamente analisado.

1.2.1 Conflito aparente de normas

Analisando o sistema normativo de um Estado, é inegável a possibilidade dos órgãos jurídicos estabelecerem normas conflitantes entre si, ante a dificuldade de conhecerem todas as normas existentes.

A antinomia representa o conflito entre duas normas, o que pressupõe que ambas as normas conflitantes sejam válidas, pois do contrário não haveria conflito.

É um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema jurídico²⁷, que, submetido ao princípio da não-contradição, deverá ser coerente, de modo que a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para a solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais. Havendo antinomia, o jurista, ante o caráter dinâmico do direito, passa de um subsistema a outro, apontando critérios para solucioná-la.

O processo de sistematização jurídico compreende operações tendentes não só a exhibir as propriedades normativas, fáticas e axiológicas do sistema e seus defeitos formais – antinomias e lacunas, mas também a reformulá-lo para alcançar um sistema harmônico, atendendo aos postulados de capacidade total de explicação, ausência de contradições lógicas e aplicabilidade fecunda do direito a casos concretos²⁸.

²⁶ Ibidem, p.56.

²⁷ Como afirma Maria Helena Diniz, “na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale encontramos a noção de que o sistema jurídico se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de fatos e de um subsistema de valores, isomórficos entre si, pois deve haver uma isomorfia ou correlação entre eles”. *Conflitos de Normas*, p. 11.

²⁸ Ibidem, p. 16.

O sistema normativo, portanto, deverá ser coerente, devendo não apresentar quaisquer contradições lógicas nas assertivas, sobre os preceitos normativos para garantir a segurança na aplicação jurídica.

Para tanto, o jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa dos critérios a serem utilizados pelo aplicador do direito para solucionar a antinomia.

Diverge a doutrina sobre a existência de antinomia real ou se seria ela sempre aparente.

Maria Helena Diniz, apoiada na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirma que ocorre a antinomia jurídica real quando há oposição entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que coloca o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Afirma a citada autora, porém, que havendo antinomia, a solução é encontrada pelo juiz, ao aplicar o direito, já que não pode eximir-se de sentenciar, ou seja, ela acaba sendo resolvida pelo órgão julgante, apesar de sua decisão não implicar na solução da antinomia, posto que o conflito permanece latente dentro do sistema até que o legislador o solucione, concluindo que, “embora a antinomia real seja solúvel, ela não deixa, por isso, de ser uma antinomia porque a solução dada pelo aplicador, ou órgão julgante, a resolve, tão-somente, no caso concreto, o mesmo ocorrendo na hipótese de edição de nova norma, que apesar de eliminar aquela antinomia, pode gerar outras concomitantemente, por não estar isenta do *periculum antinomiae*”²⁹.

Com a *devida venia*, entendemos que a classificação das antinomias em real e aparente tem sentido apenas se fosse possível afirmar que aquelas não pudessem,

efetivamente, ser solucionadas, impondo a revogação das normas conflitantes, o que não ocorre. Se o juiz, no caso concreto, soluciona a antinomia, significa que algum critério terá sido empregado, de modo que essa será sempre aparente.

Na esteira da análise acerca do conflito de normas, cumpre-nos indagar se haveria sentido reconhecer a existência de normas constitucionais inconstitucionais, decorrente de uma contradição positiva entre duas normas constitucionais escritas.

A existência dessa antinomia constitucional é sustentada por diversos doutrinadores, representados especialmente pelo alemão Otto Bachof³⁰, que discrimina três tipos de contradições constitucionais: contradição com normas constitucionais de grau superior, infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e infração de direito supralegal não positivado. O autor admite a inconstitucionalidade apenas nos dois últimos casos.

No direito pátrio, o tema é abordado, entre outros, por Maria Helena Diniz, que sustenta a existência de um caso de antinomia real na Constituição Federal vigente, afirmando que

temos entre os arts. 5º e 100 da Carta Magna e o 33 das Disposições Transitórias uma *antinomia real* e não aparente, pois não se poderá solucioná-la pelos critérios:

- a) norma superior revoga a inferior já que as três são da mesma hierarquia;
- b) norma posterior revoga a anterior, porque todas entraram em vigor na mesma data; e
- c) norma especial prevalece sobre a geral, porque aquelas normas estão tratando desigualmente os iguais (credores da Fazenda Pública) e esse critério requer que se trate desigualmente o que é desigual³¹.

Apesar do reconhecimento de tal conflito como real, a autora sustenta que diante dos casos concretos, o problema será resolvido, devendo prevalecer o princípio da isonomia, o que, a nosso ver, reforça a idéia de que será sempre aparente.

Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda³² afirma ser possível a inconstitucionalidade por discrepância entre certas normas constitucionais e outras normas

²⁹ *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 126.

³⁰ *Norma Constitucional Inconstitucional?*, p. 48-69.

nascidas em virtude de revisão constitucional como constitucionais³³. Não admite, porém, a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Mesmo reconhecendo a existência de limites transcendentais que correspondem a imperativos do Direito Natural, de que não é titular sem limites o poder constituinte, afirma que ainda assim não estamos diante de uma questão de inconstitucionalidade. No extremo, poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição, concluindo que, “o que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas”.

Na visão de Canotilho, para que se reconheça a existência de normas constitucionais inconstitucionais, é preciso que se conceba a uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais. Essa posição é rejeitada pelo autor, que sustenta que “a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior”³⁴.

Em nossa opinião, essa idéia de inconstitucionalidade deve realmente ser rejeitada, pois representa uma limitação ao poder constituinte originário, e mesmo revisional, que está a serviço da evolução do sistema jurídico em compasso com as mudanças sociais, além do que, reconhecendo que os conflitos são sempre aparentes, poderão ser solucionados no caso concreto, promovendo as correções necessárias às eventuais incongruências do texto legal.

O que não podemos prever é como a Constituição será interpretada e, conseqüentemente, a que resultado se chegará na solução dos aparentes conflitos verificados, mas nem por isso falaremos em inconstitucionalidade.

³¹ *Conflito de Normas*, p. 63.

³² *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 316-319.

³³ No mesmo sentido, a opinião de Paulo Roberto Lyrio Pimenta. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, p. 113.

Observamos assim a necessidade de utilização de uma série de recursos interpretativos que resultem numa “interpretação conforme a Constituição”³⁵, que é uma interpretação de acordo com os valores básicos, expressos no texto constitucional.

1.3 Interpretação constitucional

Interpretação, no sentido etimológico, nos remete a uma prática adivinhatória romana muito antiga, baseada na “leitura” do que se via a abrir ritualmente animais sacrificados em suas entranhas - *inter pres* – para prognosticar o futuro³⁶.

No magistério de Karl Larenz, a interpretação é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe tornou problemático”³⁷. O texto torna-se problemático justamente em virtude de não ter, a linguagem utilizada, um significado unívoco.

Segundo Canotilho³⁸, interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado, a um ou a vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição, com o fim de se obter uma decisão normativo-constitucionalmente fundada de problemas práticos.

O autor fala ainda em realização e concretização da Constituição, como mecanismos fundamentais de hermenêutica constitucional, sendo que realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais e concretizar a Constituição, traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais.

Para tanto, o renomado constitucionalista lusitano recorre a alguns princípios de interpretação da Constituição, quais são:

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1157.

³⁵ Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 74.

³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermêutica Constitucional*, texto em forma de resumo, sem publicação.

³⁷ *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 375.

³⁸ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1148-1151.

o princípio da unidade da constituição; princípio do efeito integrador; princípio da máxima efetividade; princípio da força normativa da Constituição; princípio da conformidade funcional; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da concordância prática ou da harmonização³⁹.

Desse rico e valioso rol de princípios interpretativos, destacamos em nosso estudo o princípio da máxima efetividade, que significa que a uma norma constitucional deve ser substituído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais, sendo que, no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

Reportamo-nos ainda ao princípio da concordância prática ou da harmonização, através do qual, na hipótese de bens ou valores conflitantes, se procura estabelecer qual ou quais devem prevalecer, preocupando-se, contudo em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Esse princípio nos conduz necessariamente ao princípio da proporcionalidade, que se propõe a resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, em virtude de ocuparem a mesma hierarquia normativa⁴⁰.

1.4 Processo Constitucional

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1148-1151.

⁴⁰ Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho ressalta a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, de modo que, “se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), jamais (lhes) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’”. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 80.

Conforme salienta Antonio Scarance Fernandes, “na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista”⁴¹. Esse garantismo constitucional é facilmente justificado, no plano processual, como reflexo da necessária relação que liga processo e Estado.

Reforçando essa idéia, destaca que “o processo, como todo o Direito, reflete valores sociológicos, éticos e políticos, havendo, por isso, íntimo relacionamento entre o direito processual e a ideologia dominante em determinado país, naquele momento histórico”⁴².

Pensando no processo penal, observa-se que num estado de concepção autoritária, o processo penal é dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado; no Estado Liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e invioláveis; no Estado-de-direito social, a relação comunidade-pessoa individual não é nem a do absolutismo nem a do liberalismo.

Segundo Luiz Luisi,

ao incorporar os princípios do Estado Liberal e do Estado Social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas, renovam de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, reais, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral⁴³.

Desse íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais”⁴⁴. Reconhece assim a existência de um Direito Processual Constitucional, definido como “a coordenação metodológica e

⁴¹ *Processo Penal Constitucional*, p. 11.

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 09.

⁴⁴ *As garantias constitucionais do processo*, p. 14-15.

sistemática dos princípios constitucionais do processo, abrangendo a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; e a jurisdição constitucional”⁴⁵.

1.4.1 Princípio do Devido Processo Legal

No conjunto das garantias e princípios constitucionais está inserido o devido processo legal, que consideramos ser um princípio maior, condicionando a atividade processual ao respeito dos demais princípios constitucionais do processo e das regras postas pelo legislador ordinário, conferindo aos litigantes a necessária segurança jurídica.

Como afirma Antonio Scarance Fernandes, trata-se de uma forma importante para alargar o universo das garantias do devido processo, introduzindo, além das garantias explícitas, uma “garantia inominada”⁴⁶.

Considerando o processo o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais (jurisdição, ação e defesa), é o processo ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito⁴⁷.

Na visão de Vicente Greco Filho, o processo é garantia ativa “porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade”; é também garantia passiva “porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente e devido processo legal”, bem como quando impede a justiça privada⁴⁸.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 16.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁸ *Tutela Constitucional das Liberdades*, p. 60.

1.4.2 Princípio da Igualdade

A abordagem sobre o princípio da igualdade, de grande importância para o estudo da prerrogativa de foro, exige uma breve consideração sobre suas origens e conceituação.

No século XVIII o reconhecimento de direitos pertencentes a todos os homens, fundado no fato de pertencerem ao mesmo gênero, permite uma melhor compreensão da sua essência baseada em princípios que vão necessariamente compor os discursos de ordem política, filosófica, social e jurídica.

Três desses princípios sintetizam todos os direitos fundamentais do homem e pretendem ser universais: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Uma nova consciência passou a dominar o espírito dos homens desde o advento da Revolução, ocorrida na França, até a emissão do seu célebre documento: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A intenção maior dos revolucionários da época era a remoção das desigualdades estamentais que perpetuavam os privilégios de uns ao mesmo tempo em que tornavam inelutáveis o aviltamento de outros.

A proclamação desses direitos básicos, entretanto, não tem propiciado, no decorrer do tempo, a efetiva garantia de uma sociedade mais livre, igualitária e fraterna, apta para realizar os direitos humanos e para extinguir as mazelas endêmicas que acometem grande parcela dos seres deste planeta.

No Brasil, a situação não é diferente, pois apesar do extenso rol de direitos fundamentais, encontramos-nos ainda muito distantes do ideal de justiça social preconizado.

Dentre os postulados fundamentais insculpidos na Carta Magna de 1988, emerge a noção de igualdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, influenciando as ações do Estado nas suas diversas áreas de atuação.

A idéia de igualdade está expressa no caput do artigo 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:.

Igualdade significa equivalência entre duas grandezas. Essa relação de equivalência – igualdade – transforma-se, quando aplicada aos homens em vida social, em requisito primordial para a organização política. A idéia de democracia está fundada na igualdade. Perante o Estado, há igualdade entre as pessoas. Essa igualdade é, no entanto, relativa, uma vez que só pode estar relacionada aos direitos e sua efetivação, não sendo possível estendê-la à personalidade.

Para Hans Kelsen⁴⁹, o princípio da igualdade, que se exprime na norma: “todos os homens devem ser tratados por igual”, de nenhuma forma pressupõe que todos os homens sejam iguais; pelo contrário, ela pressupõe desigualdade. Todavia, exige que não se faça menção de nenhuma desigualdade no tratamento dos homens.

As pessoas, portanto, são desiguais por natureza, e não são suscetíveis de equacionamento, não são mensuráveis e não podem ser substituídas umas por outras. Ainda assim, entretanto, devem ser consideradas iguais quando se tratar de distribuir ou comutar bens.

Assim, não podemos deixar de perceber que a igualdade estampada na nossa Constituição deve ser compreendida, levando-se em conta sua dupla dimensão, ou seja, suas duas características principais, incorporados na mesma rubrica: igualdade formal e igualdade material.

A igualdade material pode ser identificada na Constituição Federal, em seu art. 3º, que ao relacionar os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”,

⁴⁹ *O Problema da Justiça*, p. 51

estabelece, no inciso III - “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

O inciso IV do mesmo dispositivo, por sua vez, traz a idéia de igualdade formal, ao estabelecer também como objetivos fundamentais – “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Assim, a Constituição estabelece possibilidades de exceções e restrições ao exercício do princípio da igualdade formal, perante a lei, tendo em vista o atendimento do princípio da igualdade material – aquela feita pela lei. Isto não significa que um deles é superior ou possa ser *a priori* sobreposto em relação ao outro, mas sim que ambos devem garantir o acesso de todos aos direitos, em condição de igualdade.

Há diferenciações não estabelecidas expressamente na Constituição, mas que dependem da realização da igualdade material. Nestes casos, é papel do legislador – responsável pela concretização dos princípios e objetivos constitucionais – eleger prioridades e diferenciações de tratamento para atender a tais princípios.

As leis, assim como as políticas públicas, ao estabelecerem condições concretas para superação de desigualdades sociais – o que implica estabelecer prioridades de tratamento para grupos historicamente desprivilegiados, por exemplo – não estão descuidando do princípio da isonomia, mas apenas dando concretude ao princípio da igualdade material.

O ideal democrático, tal como reconhecido contemporaneamente, abrange não apenas o princípio da soberania popular, como também, a idéia do respeito às diferenças de grupos específicos, o que exige a implementação de mecanismos de proteção diferenciados. Em uma sociedade extremamente desigual, para que todos possam gozar dos direitos previstos na lei, é preciso que o Estado assuma atitude intervencionista, no sentido de

criar condições de igualdade de pontos de partida para aqueles que se encontram privados de recursos de poder.

Decorre do exposto acima, naturalmente, que todos são iguais perante a lei, assertiva que o artigo 5º da CF de 1988 registra e confirma. Erige-se, aí, um dos mais importantes princípios de uma nação democrática. Esse princípio dirige-se tanto ao aplicador da lei, quanto ao seu formulador. No Estado de Direito, a lei significa uma regulação normativa justa, representada pela noção de igualdade. Ela deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é por meio da igualdade que o Estado de Direito limita o legislativo, proibindo-lhe o arbítrio, quer dizer, sujeitando-o à justiça”⁵⁰. Assim sendo, a igualdade deve ser analisada sob três aspectos: a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações.

A igualdade perante o Direito revela o inconformismo com os privilégios que eram concedidos a certos indivíduos, situação esta comum nos períodos anteriores às Declarações de Direitos, quando a certos homens, os integrantes da nobreza e do clero, não se aplicava o direito comum.

Tem-se assim que,

o primeiro significado, pois, do princípio constitucional da igualdade é o da uniformização do estatuto jurídico para todos os homens. É a igualdade perante o direito em geral, perante o direito como sistema. E disto resulta a proibição de que, em razão de nascimento, raça, credo religioso ou de convicções políticas, se estabeleçam distinções quanto ao estado jurídico ou se criem privilégios, de qualquer espécie⁵¹.

No que tange à uniformidade de tratamento, encontramos o imperativo de que as leis tratem igualmente os casos iguais. Ou seja, a mesma norma deve ser aplicada a

⁵⁰ *Estado de Direito e Constituição*, p. 27.

⁵¹ *Ibidem*, p. 28.

todos os casos que se enquadrem na sua hipótese e sem que se faça acepção das pessoas que a norma atinja.

Quando se fala na proibição das discriminações, necessário se faz distinguir entre diferenciação e discriminação. A diferenciação visa exatamente assegurar, além das aparências, a igualdade. A discriminação, todavia, favorece a desigualdade.

Como ensina Paulo Napoleão Nogueira da Silva,

não é possível igualar aos desiguais, ou desigualar os iguais. As diversidades, distinções e diferenciações, existem naturalmente; e por isso não de existir juridicamente, cumprindo a cada um dos Poderes reconhecê-las, no seu âmbito de atuação. O que a Constituição não admite, é a igualação ou a desigualação arbitrárias, sem fundamento jurídico, e sobretudo indevidamente privilegiadoras de determinada pessoa, órgão ou situação jurídica, em detrimento da precisão aplicação do princípio isonômico⁵².

Assim sendo, a diferenciação não fere o princípio da igualdade, uma vez que deve ser racionalmente justificada, numa relação de meio e fim. É dizer, “a diferenciação constitui meio para que o fim, a igualdade, seja alcançado”⁵³.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: "Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis"⁵⁴. Respondendo à indagação, estabelece três aspectos que devem ser observados a fim de que as diferenciações não violem a isonomia.

Em primeiro lugar, o elemento tomado como fator de desigualação. Em segundo, a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. E, por último, a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Resumindo,

⁵² *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, p. 65.

⁵³ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁴ *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 11.

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁵⁵

Da leitura dos textos supra mencionados, concluímos que o *discrímen* pode ser legítimo, desde que posto de modo razoável e justificável. Uma disposição normativa que estabeleça alguma diferenciação tem que estar sustentada por uma justificativa racional, sob pena de se tornar hostil à igualdade constitucional.

A partir dessa conclusão preliminar, analisaremos oportunamente se a fixação da competência *ratione personae*, decorrente da função exercida por determinadas pessoas, caracteriza ou não um privilégio, e, assim, concluiremos se o princípio da isonomia foi ou não respeitado.

1.4.3 Princípio do Juiz Natural e Imparcial

Quando se pensa na atividade jurisdicional em face dos princípios até aqui mencionados, e demais garantias a serem respeitadas, a atuação de um órgão julgador imparcial há de ser vista como *conditio sine qua non*. É simplesmente inimaginável um processo efetivamente justo, que respeite os cânones constitucionais, desenvolvido perante um julgador parcial.

O direito a um órgão julgador imparcial está inserido no contexto dos direitos e garantias individuais, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que afirma expressamente que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 21-22.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O direito ao juiz imparcial está inserido nas garantias estabelecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica em 22.11.1969, vindo a Convenção a ser incorporada ao direito interno pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, que determinou o seu integral cumprimento.

Reza o art. 8º, da Convenção que:

Art. 8º. Das garantias judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Embora não o prevendo expressamente, mas com o fim de assegurar essa necessária imparcialidade, o poder constituinte lançou mão de alguns mecanismos, que visam conferir aos magistrados a necessária segurança para o exercício funcional, ou afastá-los de situações que possam gerar incompatibilidades com a missão de julgar, comprometendo a almejada isenção de ânimo.

As primeiras são as prerrogativas constitucionais da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

A vitaliciedade consiste na garantia de que o juiz não perderá o cargo, após dois anos no exercício do cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado (art. 95, I, da CF). Uma vez tornado vitalício, o juiz dele só pode ser afastado por vontade própria e apenas o perderá por sentença judiciária ou aposentadoria compulsória ou disponibilidade.

A garantia da inamovibilidade assegura a estabilidade no local onde exerce suas funções, estando livre de transferência imposta pelo Executivo, como ocorre com outros funcionários públicos, salvo por motivo de interesse público, em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada a ampla defesa (art. 95, II, c.c. art. 93, VIII, da CF).

A irredutibilidade de vencimentos é tratada nos termos do art. 95, III, da CF, significando que o subsídio dos magistrados não pode ser diminuído nem mesmo em virtude de medida geral, ficando, porém, sujeito aos limites máximos previstos no art. 37 e ao imposto de renda, como qualquer contribuinte.

No segundo plano estão, na expressão de José Afonso da Silva, “as garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários⁵⁶”, que aparecem na forma de vedações aos juízes, denotando restrições formais a eles, visando proteger a sua independência e o próprio Poder Judiciário.

Nos termos do art. 95, parágrafo único, é vedado aos juízes: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária. No plano processual, especificamente, encontramos as hipóteses de impedimento e suspeição, elencadas nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, respectivamente, com o mesmo escopo de assegurar a imparcialidade do juiz.

Todos esses mecanismos são valiosos na busca de um processo justo, perante um julgador imparcial. Nada disso, porém, surtirá o efeito desejado, se as regras de distribuição da competência entre os diversos órgãos julgadores não forem respeitadas, permitindo indesejáveis manipulações que possam direcionar os feitos e seus resultados. Temos, assim, a garantia do juiz natural, também denominada de juiz certo, juiz legal ou juiz competente, como principal mecanismo para assegurar um processo isento de parcialidades.

Como ensina Scarance,

é com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como seu atributo, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Já não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição⁵⁷.

⁵⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 580.

O princípio do juiz natural é assegurado na atual Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXVI e LIII, com a proibição dos tribunais de exceção e a garantia do processo e julgamento da causa perante o juiz competente, segundo as regras de competência previamente conhecidas. Em razão desses preceitos é tradição na doutrina brasileira a afirmação de que o princípio representa dupla garantia.

Na doutrina de Scarance, entretanto,

a expressão ampla do princípio revela-se por tríplice garantia: só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após o fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja⁵⁸.

Analisando especificamente a vedação dos juízos ou tribunais de exceção, cumpre-nos inicialmente esclarecer que esta não se confunde com o impedimento à criação de justiça ou varas especializadas. O que se pretende, em verdade, é impedir a criação de órgãos jurisdicionais *post factum* para julgar determinadas pessoas, o que não ocorre com as justiças especiais (militar, trabalhista, eleitoral), que são instituídas previamente pela Constituição e são aplicadas indistintamente a todos os casos que versam a matéria determinada.

Do mesmo modo, não se deve associar à vedação dos tribunais de exceção, os casos de competência originária dos Tribunais, em razão da prerrogativa de função exercida pelo réu, sobre o que discorreremos com maior vigor ao longo deste trabalho.

Como ensina José Frederico Marques,

com a regra do juiz natural quis-se proscrever os juízes extraordinários, qualquer que seja o seu nome, as comissões, cortes especiais ou outros, os juízes constituídos *post factum*, constituídos *ad hoc* para o julgamento de tal e tal caso⁵⁹.

No que tange à garantia constitucional do juiz competente, devemos buscar o verdadeiro alcance da expressão, de fundamental importância para o tema.

⁵⁷ *Processo Penal Constitucional*, p. 115.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁹ *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, p. 215.

No magistério de José Frederico Marques, a expressão “autoridade competente” deve ser entendida de duas maneiras. Primeiramente, significa que “somente poderá processar e sentenciar a autoridade investida de jurisdição”. Ou seja, não pode o Executivo, através de atos administrativos de qualquer natureza, ou o Legislativo, por leis ou decretos, solucionar casos concretos cuja solução implique o exercício do poder de julgar. Em segundo lugar, considera indispensável que o poder de julgar derive de fontes constitucionais. “Autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria traçou”⁶⁰.

Observa-se assim que para o completo atendimento à garantia do juiz natural, no seu particular aspecto da exigência do processo e julgamento perante o juízo constitucionalmente competente, há que ser observada uma ordem taxativa e constitucional de competências. Vale frisar ainda que, não só o julgamento deve ser realizado pelo órgão jurisdicional constitucionalmente previsto, mas perante este deve ser instaurado e desenvolvido o processo, sob pena de ser ver declarada a sua inexistência⁶¹.

Vicente Greco Filho afirma que,

tal regra significa que as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha. É certo que há situações de deslocação da competência, como o caso do desaforamento, no procedimento do júri (CPP, art. 424), mas são especialíssimos e determinados pelo interesse público da justiça, sem prejuízo para o julgamento justo.⁶²

A leitura dos apontamentos supra nos conduzem necessariamente à elaboração de algumas indagações que entendemos cruciais para a realização do princípio em comento.

⁶⁰ *Da competência em matéria penal*, p. 66-67.

⁶¹ Nesse sentido: GRINOVER, SCARANCA e MAGALHÃES. *As nulidades no processo penal*, p. 49-50.

⁶² *Tutela constitucional das liberdades*, p. 109.

A primeira questão que se coloca, diz respeito ao momento da fixação da competência. Considerando a exigência de que o juiz competente seja aquele previamente conhecido, de acordo com as normas constitucionais, da legislação processual e de organização judiciária, entendemos que a resposta à indagação, a ser empregada como regra geral deve ser no sentido de que a competência é determinada no momento do fato considerado criminoso, em função dos elementos que o singularizam, tais como natureza da infração, pessoas envolvidas e o local do fato. Ou seja, antes mesmo que aconteça uma infração penal, indagando hipoteticamente sobre qual seria o juízo competente para o processo de julgamento de um crime de determinada espécie, praticado por determinada pessoa, em certo local, devemos prontamente responder qual o órgão jurisdicional competente, exceto no que diz respeito à distribuição entre diversos juízes igualmente competentes.

É essa previsibilidade do juiz competente, associada à vedação aos juízos ou tribunais de exceção, que dá concretude ao princípio do juiz natural.

Devemos ter em mente, todavia, que em razão da diversidade de critérios definidores da competência acolhidos em nosso ordenamento, como veremos no capítulo seguinte, seja em razão da matéria, das pessoas envolvidas ou simplesmente pelo local do fato, devemos estar atento para possíveis modificações das circunstâncias envolvendo tais elementos, que conduziriam, conseqüentemente, à modificação da competência. Em tais casos, mais uma vez devemos indagar: a competência fixada inicialmente deve ser perpetuada, ou a correção de ser feita?

Melhor esclarecendo, um fato inicialmente classificado em razão da matéria como sendo da competência da Justiça Comum Estadual, e que, ao longo do processo se revele da competência da Justiça Federal, deve prosseguir até o seu final perante aquela, ou deve ser deslocado para esta? Ou então, um fato da competência originário do Supremo

Tribunal Federal, porque atribuído a um Deputado Federal, ocupante do cargo ao tempo do crime, pode ser remetido a outro órgão de jurisdição inferior, em razão da cessação do mandato eletivo?

Essas e outras e questões que podem ser apresentadas, são especialmente relevantes porque, uma vez caracterizadas como violação ao princípio do juiz natural, acarretarão necessariamente a nulidade ou até mesmo a declaração de inexistência do feito. Se, no entanto, forem aceitas como naturais, não há que se alegar qualquer vício.

Dada à relevância do tema, entretanto, voltaremos a abordá-lo, de forma mais ampla nos capítulos seguintes, estabelecendo a devida correlação com o nosso tema central, que trata da competência por prerrogativa de função e a teoria geral das nulidades.

1.4.4 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Considerando que a prestação jurisdicional desempenhada pelo Estado é exercida por seres humanos, que são, portanto, falíveis, os sistemas processuais em geral prevêm a possibilidade das partes recorrerem das decisões judiciais de primeira instância, objetivando nova apreciação da decisão, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la.

O sentido da existência dos recursos é, portanto, possibilitar o reexame das decisões proferidas no processo, com o fim de sanar defeitos substanciais da decisão.

A atividade recursal pressupõe a existência de órgãos superiores e inferiores, aqueles com a competência, para julgar em grau de recurso, as decisões proferidas por estes.

A essa estrutura do Poder Judiciário, viabilizando a atividade recursal, denomina-se duplo grau de jurisdição, que tem por escopo dar maior certeza à aplicação do

direito, com a proteção ou restauração do direito porventura violado e é por isso que se encontra assente nas legislações.

Embora não o preveja expressamente, é a própria Carta Magna de 1988 que se encarrega de demonstrar, à evidência, que o duplo grau erige-se em garantia constitucional.

Verifica-se que a Constituição adota não só a dualidade de graus de jurisdição, como sua pluralidade, indicando a existência de competência recursal dos tribunais como característica da existência do direito de recorrer.

Nos termos do inciso II, do art. 108, por exemplo, atribui-se expressamente competência recursal aos Tribunais Regionais Federais, *in verbis*:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

.....

II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Imaginar que pudesse a Constituição Federal atribuir competência recursal a alguns órgãos jurisdicionais e não a outros importaria em admitir violação ao princípio da isonomia.

Tomando-se a questão por outro prisma, o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que não expresso, é manifestamente consectário do devido processo legal, tendo-se como imanente à função de julgar a de fazê-lo em grau de recurso, pelo menos para garantir um reexame da sentença de primeiro grau⁶³.

A garantia do duplo grau de jurisdição é ainda acentuada em outros dispositivos da Constituição Federal, ainda que implicitamente. Nos termos do § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Temos assim, claramente, que outros princípios que se mostrem coerentes com o sistema de garantias processuais constitucionais e que se revelem indispensáveis à realização da ordem jurídico-constitucional estão incluídos de modo implícito no elenco.

Nesse diapasão, a exemplo do que já foi exposto em relação ao princípio do juiz natural e imparcial, invocamos a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que em seu art. 8º, dedicado às garantias judiciais, prevê:

Artigo 8º. Das Garantias Judiciais.

1...

6. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Forçoso reconhecer, assim, que o princípio do duplo grau de jurisdição é, sob todos os aspectos, indispensável à boa administração da Justiça, objetivo do Estado, e, como tal, decorrente legítimo da garantia maior do devido processo legal. É também, portanto, garantia constitucional no preciso teor do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Há que se reconhecer, no entanto, que o direito ao duplo grau de jurisdição fica irremediavelmente suprimido em razão das hipóteses de competência originária dos Tribunais, com o julgamento em instância única.

Insurgindo-se contra tal situação, Luís Roberto Barroso entende, por exemplo, que:

a admissão de competência originária do Tribunal de Justiça para julgamento de ação penal deveria ter como corolário natural a previsão do cabimento do recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, analogamente ao que se passa, *e.g.*, com o *habeas corpus* e o mandado de segurança, nas hipóteses contempladas nas alíneas *a* e *b*, do inciso II, do art. 105⁶⁴.

Devemos lembrar, porém, que a mesma solução não seria extensível a outras hipóteses de competência originária dos tribunais, em especial em relação à

⁶³ Nesse sentido, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, p. 585; SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição – Conteúdo e Alcance Constitucional*, p. 104-107.

⁶⁴ *Temas de Direito Constitucional*, p. 587.

competência do Supremo Tribunal Federal, o que nos obriga a reconhecer que o duplo grau de jurisdição não pode ser visto como garantia plena, nos moldes das demais garantias do devido processo.

As demais hipóteses de competência por prerrogativa de função e suas implicações em face dos princípios até aqui mencionados serão detidamente analisadas ao longo deste trabalho.

II. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

2.1 Noções gerais

Compreendido o Direito como ciência social, decorrente da necessidade de solução dos conflitos entre os indivíduos (*ubi societas, ibi jus*), verifica-se que a atividade jurisdicional é da maior importância para a sobrevivência pacífica dos grupos sociais.

Nesse sentido as palavras de Miguel Reale: “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”⁶⁵.

Corroborando essa linha de pensamento, afirma José Frederico Marques que “a vida em sociedade, que é inclinação natural do homem, exige um complexo de normas disciplinadoras do convívio dos indivíduos”⁶⁶.

Esse conjunto de normas deve ser analisado, inicialmente, sob o aspecto material, com a determinação dos bens da vida que mereçam a tutela do Estado, sendo assim elevados à categoria de bens jurídicos, fazendo surgir os diversos ramos do direito material, nas esferas, penal e extrapenal.

Devemos ressaltar, no entanto, que o direito material não é autoexecutável, exigindo para a sua aplicação a observância de um outro conjunto de normas, reguladoras do seu modo de aplicação, que compõem o direito processual. A somatória das regras de direito material e direito processual, compõem o direito positivo⁶⁷, que está a serviço da jurisdição na busca da solução dos conflitos de interesses. A noção de conflito de interesses é, portanto, da maior relevância para os estudos jurídicos, merecendo grande atenção por parte da doutrina.

⁶⁵ *Lições Preliminares de Direito*, p. 2.

⁶⁶ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 1.

⁶⁷ Segundo José Frederico Marques, “o direito positivo é assim um conjunto de normas que regulam as relações indispensáveis à vida social, como expressão da vontade do Estado ou de um poder a ele equivalente, reconhecendo e impondo coativamente as regras elaboradas pela comunidade”. *Da Competência em Matéria Penal*, p. 1.

Vicente Greco Filho, citando Carnelutti, afirma que, se interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-los, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflito de interesses. Há conflito de interesses quando uma situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade diversa⁶⁸.

Nem todos os conflitos de interesse verificados na sociedade, no entanto, serão tratados pelo Direito, o que ocorrerá apenas quando o sujeito de um dos interesses em conflito encontrar resistência do sujeito do outro interesse, ou seja, quando existir lide ou litígio.

Temos assim a clássica definição de Carnelutti, de que lide é conflito de interesses qualificado por pretensão resistida.

Para Hélio Tornaghi, “o conflito de interesses passa a ser lide em virtude do comportamento das partes: uma que pretende, outra que resiste à pretensão”⁶⁹.

Cumprе salientar que o termo “conflito” tem gerado interpretações divergentes na doutrina, comumente entendido como divergência concreta, luta, debate em ato, o que, na ótica de Vicente Greco Filho “é restringir demais a atuação do direito e do processo, tornando inexplicáveis fenômenos como, por exemplo, o da jurisdição voluntária e do próprio processo penal”.

Para o autor, mais adequado seria falar em “convergência de interesses” sobre os bens, sendo o direito “o instrumento de realização dessas convergências,

⁶⁸ *Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 12.

⁶⁹ *Instituições de Processo Penal*, p. 69.

consideradas pelas normas jurídicas como necessariamente existentes, gerando conflitos, reais ou hipotéticos, virtuais⁷⁰.

A jurisdição, porém, não é a única forma de solução de litígios conhecida, posto que, nos primórdios da humanidade, tais conflitos eram decididos pela força, com a imposição do mais forte ao mais fraco, caracterizando o instituto da autodefesa ou autotutela⁷¹.

Com a evolução dos grupos sociais e, diante da ineficácia da autotutela como elemento pacificador, verifica-se o surgimento da resolução dos conflitos pela via negociada, em função da vontade das partes, conhecida como autocomposição⁷².

Num terceiro momento, os conflitos passam a ser decididos por terceiros, de confiança das partes e eleito pelos contendores, conhecidos por árbitros, tarefa normalmente confiada aos anciãos ou sacerdotes, identificando assim o instituto da arbitragem facultativa.

Em outra fase, os envolvidos no conflito deveriam necessariamente submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto daquele conflito, caracterizando a arbitragem obrigatória⁷³.

Importante ressaltar que essas fases não ocorreram de forma marcadamente distinta, de modo que se possa enxergá-las, num olhar voltado para o passado histórico, absolutamente separadas umas das outras. O que se pode dizer, como traço comum em relação a essas formas de composição de litígios é que, até aquele momento, não se identifica

⁷⁰ *Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 12.

⁷¹ A autotutela é caracterizada pela ausência de juiz distinto das partes e pela imposição da decisão por uma das partes à outra, sendo até hoje utilizada, porém em caráter excepcional, e sob o controle estatal. Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 21.

⁷² “São três as formas de autocomposição: a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas”. *Idem*, *ibidem*.

⁷³ A arbitragem está atualmente regulamentada pela Lei n. 9307/96, sendo admitida nas questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, entre pessoas maiores e capazes, sem aplicação no âmbito do direito processual penal. Cf. *Idem*, p. 29.

a existência de um Estado suficientemente organizado, em condições de assumir essa função. Somente muito depois, com o desenvolvimento da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar conflitos entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuído ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência⁷⁴ estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais.

À medida que isso ocorre, ou seja, que os Estados se fortalecem, vão assumindo, gradativamente, a função de solucionar os conflitos interindividuais, substituindo-se aos titulares dos interesses em conflito, fazendo surgir a jurisdição, determinando o monopólio estatal da justiça⁷⁵.

A jurisdição, portanto, “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”⁷⁶.

Etimologicamente, jurisdição vem de *jurisdictio*, significa ação de dizer o direito, prerrogativa de dizer o direito, decidir.

⁷⁴ Na doutrina de Alexandre de Moraes, “não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, ‘a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência’”, *Direito Constitucional*, p. 431.

⁷⁵ Como ensina Vicente Greco Filho “O monopólio da justiça decorre dos princípios adotados pelo sistema constitucional brasileiro, sofrendo algumas exceções previstas em lei e que são justificadas pelas circunstâncias. A exceção mais ampla é a da auto-executoriedade dos atos administrativos, sendo de outra parte comumente citadas a autorização para o desforço imediato no caso do esbulho da posse (CC, art. 502), o direito de retenção de bens (CC, arts. 516, 1199 e outros) e o direito de greve (CF, art. 9º)”. Para o autor, em nenhuma hipótese se admite a autotutela no campo penal, afirmando que, mesmo a legítima defesa, não é caso de autotutela. *Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 34.

⁷⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 129.

Nas palavras de Tourinho Filho, jurisdição “é aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide”⁷⁷.

No dizer de Mirabete⁷⁸, jurisdição, em sentido amplo, é o poder de conhecer e decidir com autoridade dos negócios e contendas, que surgem dos diversos círculos de relações da vida social, enquanto que, *stricto sensu*, é o poder das autoridades judiciárias regularmente investidas no cargo, de dizer o direito no caso concreto.

Em síntese, a jurisdição é a função estatal exercida pelo Poder Judiciário, consistente na aplicação de normas da ordem jurídica a um caso concreto, com a conseqüente solução do litígio, por meio do processo.

Surge da necessidade de solução dos conflitos, de modo que as sociedades estabelecem a existência de um Poder, que, com a evolução social, é representado pelo Estado, composto pelos elementos: povo, território e governo.

O Poder é um fenômeno sócio-cultural. É fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir determinados atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos, é admitir que ele pode nos impor alguns esforços custosos e sacrifícios, que pode fixar limites aos nossos desejos e prescrever, às nossas atividades, certas formas.

Segundo Dinamarco,

a idéia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fato determinante de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado. Compete à política a ‘tomada de decisões através dos meios públicos’; ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação de condutas compatíveis com o estilo de vida superiormente escolhido (o conjunto dessas decisões compõe ‘o setor público de um país ou de uma sociedade’)⁷⁹.

⁷⁷ *Processo Penal*, vol. 2, p. 53.

⁷⁸ *Processo Penal*, p. 162.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 83-84.

Numa outra ótica, a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Nesse sentido, ensina Dinamarco que,

como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)⁸⁰.

Podemos concluir que a jurisdição é um poder porque atua cogentemente, como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito. É função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão. E é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.

Na mesma linha de raciocínio, esclarece Tourinho Filho que, “como *poder*, a jurisdição é uma emanção da soberania nacional. Como *função*, a jurisdição é aquela incumbência afeta ao Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Finalmente, como *atividade*, a jurisdição é toda aquela diligência do Juiz dentro do processo, visando a dar a cada um o que é seu”⁸¹.

Temos assim que a função do Estado-Juiz, consistente em impor a norma que, por força do Direito vigente, deve regular determinada situação jurídica, é denominada jurisdicional.

Nas palavras de Tourinho Filho, “a jurisdição surgiu, assim, como uma necessidade jurídica, para impedir que a ‘autodefesa’, descomedida e imoderada, levasse a

⁸⁰ *A Instrumentalidade do Processo*, p. 84.

sociedade à desordem extrema, e, ao mesmo tempo, como garantia da liberdade perante *a los excessos del autoritarismo sin freno*”.⁸²

2.2 Da Jurisdição penal

É comum dividir-se o exercício da jurisdição entre os juízes de determinado país, dando a uns a competência para apreciar as pretensões de natureza penal e a outros as demais. Essa distinção não se baseia em diversidade funcional, mas unicamente sobre a diversidade do objeto, ou seja, não passa de uma diversificação de competências em razão da matéria⁸³.

Segundo José Frederico Marques, “a origem e o fim da jurisdição civil e da penal são idênticos, como expressão do mesmo poder estatal, tendo ambas, por isso, o mesmo conteúdo funcional consistente no poder concreto de agir para solucionar conflitos de direitos subjetivos, atuando a vontade da norma legal objetiva”⁸⁴.

Observa-se assim que a divisão da jurisdição em espécies, segundo critérios variados, atende apenas a uma conveniência de trabalho, pois na realidade não é possível isolar-se completamente uma relação jurídica de outra, um conflito interindividual de outro, com a certeza de que nunca haverá pontos de contato entre eles.

Como se sabe, não há diferença substancial entre o ilícito penal e o ilícito civil, a não ser pela sanção que os caracteriza; o direito penal é, eminentemente, sancionador, reforçando a tutela de bens civilmente tutelados, operando um mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil.

⁸¹ *Processo Penal*, vol. 2, p. 53.

⁸² *Ibidem*, p. 52.

⁸³ Na visão de Ernani Fidélis dos Santos, “A divisão em si já peca por defeito de lógica, pois, a se admitir o conteúdo da matéria discutida como seu critério informativo, a jurisdição não deveria ser apenas penal ou civil, mas também trabalhista, constitucional, tributária etc”. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 13.

⁸⁴ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 10-11.

Em matéria penal, sabemos que o Estado é o detentor do *jus puniendi*, único ente capaz de aplicar a sanção jurídica, impedindo assim que o ofendido faça justiça pelas próprias mãos, como ocorria no passado, no período da vingança privada. O direito estatal de punir, no entanto, não é auto-executável, dependendo, para ser exercido, da declaração judicial que reconheça a ocorrência do fato e sua respectiva autoria, o que é obtido através da sentença penal condenatória.

Essa limitação ao poder punitivo do Estado, decorre da necessidade de conferir aos indivíduos que vivem em sociedade a necessária segurança jurídica em relação aos eventuais abusos que podem ser praticados pelos encarregados dessa atividade.

Trata-se, à evidência, de uma auto-limitação desenvolvida pelo próprio Estado que é, ao mesmo tempo, o encarregado da elaboração legislativa.

Segundo José Frederico Marques, “o objeto da jurisdição penal são as chamadas causas penais, ou questões de direito penal, pois o poder jurisdicional, ao decidir um conflito de direitos subjetivos, aplica a norma penal objetiva”⁸⁵.

Assim sendo, ocorrendo um fato, aparentemente criminoso, o Estado-investigação desenvolve sua atividade persecutória, de natureza exclusivamente administrativa, e, manifesta ao Judiciário sua exigência punitiva, propondo a ação penal.

Objetiva-se com essa exigência estatal o reconhecimento e declaração do direito de punir, para depois, através dos meios executórios, ser imposta ao condenado a pena devida.

Destarte, podemos concluir que a jurisdição penal consiste no poder de decidir o conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade dos indivíduos⁸⁶.

⁸⁵ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 14.

⁸⁶ Como ressalta José Frederico Marques, “O normal é que a jurisdição penal se exerça em função da persecução penal. Todavia, a jurisdição penal conhece também de causas criminais submetidas à sua apreciação, não pelos titulares da persecução criminal, mas por aqueles que pretendem fazer valer o direito de liberdade que a norma penal regula e tutela de forma indireta. Sendo assim, não só a pretensão punitiva, mas também o direito de liberdade pode ser conteúdo do pedido com que se provoca o exercício da função jurisdicional penal”. *Idem*, *ibidem*.

A jurisdição penal é exercida pela Justiça Federal comum, pela Justiça Estadual comum, pela Justiça Militar Federal, pela Justiça Militar Estadual e pela Justiça Eleitoral.

A jurisdição penal conhece, ainda, de assuntos que, por sua natureza, caberiam à jurisdição civil, por força de conexão com a matéria estritamente penal, como é o caso das questões prejudiciais facultativas (art. 93, CPP).

Segundo José Frederico Marques,

na legislação brasileira, o que se atribui ao juízo penal é o conhecimento e julgamento de medidas cautelares tendentes a garantir a indenização, como o seqüestro de bens adquiridos com proventos da infração (artigos 125 e 132), e a hipoteca legal sobre imóveis do indiciado (artigo 134); e também a decisão sobre a restituição de coisas apreendidas que não envolva questões de alta indagação sobre o jus in re (artigo 120)⁸⁷.

A jurisdição penal é exercida, ordinariamente, por órgãos do Poder Judiciário, atuando a vontade concreta da lei penal no julgamento dos acusados pela prática de infrações penais e na efetivação do comando emergente das sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias.

Extraordinariamente, verifica-se o exercício da jurisdição penal por outros órgãos, não integrantes do Poder Judiciário, como é o caso da competência política do Senado Federal (atividade jurisdicional atípica), para processar e julgar o Presidente da República, o Vice, o Procurador Geral da República, os Ministros do STF e o Advogado Geral da União, nos crimes de responsabilidade, e os Ministros de Estado nestes mesmos crimes, desde que conexos aos do Presidente ou do Vice (CF, art. 52, I e II).

Verifica-se, ainda, o exercício da jurisdição penal extraordinária no âmbito dos Estados e Municípios, sempre associada à prática de crimes de responsabilidade, por Governadores, Prefeitos e demais autoridades, caracterizando um verdadeiro julgamento político.

Como ensina Antonio Scarance Fernandes, “a jurisdição penal é atuada por órgãos inferiores monocráticos (juiz) ou colegiados (tribunais de júri, auditorias) como por tribunais superiores colegiados”⁸⁸.

Exercem a jurisdição comum, em matéria penal, as Justiças Federal e Estadual. A jurisdição especial, por sua vez, é exercida pelas Justiças Eleitoral e Militar, no âmbito federal ou estadual.

A jurisdição especial da Justiça Eleitoral é exercida para o julgamento de infrações penais dessa natureza, nos termos dos arts. 118 a 121, da Constituição Federal e do Código Eleitoral.

A jurisdição especial da Justiça Militar está voltada para o processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei, conforme art. 124, da Constituição Federal e Código Penal Militar.

A jurisdição comum da Justiça Federal é exercida em função do processo e julgamento dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos dos arts. 108 e 109, da CF.

Vale ressaltar que estão excluídas da competência da Justiça Federal as contravenções penais de qualquer natureza (que sempre serão da competência da Justiça Estadual, nos exatos termos da Súmula 38 do STJ: “compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades”).

À Justiça Comum Estadual compete tudo o que não for de competência das jurisdições especiais e comum federal.

⁸⁷ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 16.

⁸⁸ *Processo Penal Constitucional*, p. 114.

Identificamos, ainda, em nossa organização judiciária que, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a competência será do Tribunal do Júri, da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

Finalmente, apontamos a existência dos Juizados Especiais Criminais, competentes para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, regulamentados no âmbito dos Estados e do Distrito Federal pela Lei n. 9099/95, e no âmbito da Justiça Federal pela Lei n. 10.259/01, conforme previsto nos termos do art. 98, inciso I, da Constituição Federal.

2.3 Da competência

Conforme demonstramos até aqui, a jurisdição é una e indivisível, poder soberano do Estado de aplicar o direito ao caso concreto, através do Estado-juiz.

Embora seja una, é evidente que não pode ser exercida ilimitadamente por qualquer juiz, além do que um juiz não tem condições de julgar todas as causas, razão pela qual a jurisdição é distribuída por vários órgãos do Poder Judiciário⁸⁹.

Na lição de Clariá Olmedo,

teoricamente, o órgão jurisdicional de um Estado poderia constituir-se de um único tribunal para a matéria penal. Mas razões práticas e de caráter técnico advertem para a necessidade de um fracionamento para prover a uma mais adequada administração da justiça penal. Evitam-se os inconvenientes da distância em um território extenso, seleciona-se a magistratura nos diversos tipos de causa, e se prove à diversificação de funções nas sucessivas fases do processo⁹⁰.

⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 77.

⁹⁰ OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, p. 325 - traduzido.

Conforme estas distinções, “um tribunal será competente para um determinado conjunto de causas penais e, incompetente para os demais; competente para um momento do processo e incompetente para os demais”⁹¹.

No mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco salientam que a necessidade de se distribuir os vários processos que podem ser instaurados em virtude dos conflitos é facilmente compreensível.

Essa distribuição é feita pela Constituição e pela legislação ordinária, determinando o que será exercido pelos órgãos jurisdicionais⁹².

Temos assim que o poder jurisdicional é exercido dentro de certos limites, conforme diversos critérios, daí derivando o conceito de competência, para indicar, precisamente, a porção do poder jurisdicional que cada órgão pode exercer.

Para exercer a jurisdição, o órgão jurisdicional precisa ser competente, ou seja, a jurisdição deve ser exercida através do limite de competência assinalado ao juiz, e, somente nesses limites, pode decidir os casos de fato que lhe forem apresentados.

Segundo Eduardo Espínola Filho, a competência vem a ser a medida da jurisdição, distribuída entre os vários magistrados, que compõem organicamente o Poder Judiciário do Estado, ou seja, “a competência vem a ser a porção de capacidade jurisdicional que a organização judiciária atribui a cada órgão jurisdicional, a cada juiz”⁹³.

Tourinho Filho conceitua a competência como sendo o âmbito, legislativamente delimitado, dentro no qual o órgão exerce o seu poder jurisdicional⁹⁴.

Concluimos com as palavras de Guilherme de Souza Nucci, para quem “jurisdição todo magistrado possui, embora a competência, devidamente fixada em normas constitucionais e através de leis, seja diferenciada”, conceituando a competência como “a

⁹¹ Idem, *ibidem*.

⁹² *Teoria Geral do Processo*, p. 229.

⁹³ *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol., II, p. 81-82.

⁹⁴ *Processo Penal*, vol. 2, p. 78.

delimitação da jurisdição – o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os”⁹⁵.

2.3.1 Espécies de competência

A fixação da competência envolve uma série de disposições, que encontramos em diversos níveis jurídico-positivos, a partir da Constituição Federal, onde estão as regras fundamentais a respeito da estrutura do Poder Judiciário e as normas básicas de competência.

Além da Carta Magna, encontramos tais normas nas Constituições Estaduais, na legislação ordinária (leis processuais e de organização judiciária), e nos Regimentos Internos dos Tribunais.

Temos assim que, para a determinação do juiz competente para determinado processo, como garantia decorrente do princípio do juiz natural, passa-se por um processo gradativo, consubstanciado nas regras de competência, atribuindo a cada órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais o exercício daquela função e daquele poder do Estado, determinando qual dos órgãos é o competente para determinado processo, concretizando a adequação entre o processo e o órgão jurisdicional que através dele deve atuar⁹⁶.

Em relação a tais regras, são utilizados vários critérios que a doutrina, de forma científica, vem tentando agrupar e sistematizar.

Na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, a primeira delimitação de competência, distribuindo o poder de julgar entre os vários órgãos jurisdicionais, é feita pela

⁹⁵ *Código de Processo Penal Comentado*, p. 166.

⁹⁶ Nesse sentido: KARAN, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*, p. 12.

Constituição Federal, de acordo com a natureza da lide. É a fixação da competência *ratione materiae* no plano constitucional⁹⁷.

Nesse aspecto, identifica a competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho, bem como a competência extraordinária do Senado para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade.

Ainda levando em conta natureza da lide, menciona a jurisdição comum nos planos federal e estadual, a primeira, com a competência definida no art. 109 da CF, enquanto a segunda tem competência residual, ou seja, tudo quanto não for da atribuição das justiças especiais ou da Justiça Comum Federal será da alçada da Justiça Estadual⁹⁸.

José Frederico Marques, comentando a doutrina de Carnelutti, afirma que esta parte da distinção básica entre a distribuição *ratione materiae* do poder de julgar e a sua discriminação *ratione muneris*: aquela delimita objetivamente a competência dos órgãos judiciários tendo em vista o litígio; e a última, funcionalmente, com base nos atos que esses órgãos podem praticar em determinado processo onde o litígio se contém⁹⁹.

Para ele, no entanto,

após a discriminação do poder de julgar *ratione materiae* entre as jurisdições constitucionalmente previstas, ele se distribui territorialmente segundo as regras processuais da competência de foro, fixando-se finalmente no juízo determinado pelas leis de organização judiciária¹⁰⁰.

Desse modo, jurisdição, foro e juízo são os três momentos dessa paulatina operação de concretização do poder conferido de maneira abstrata ao Poder Judiciário: quando se chega ao terceiro momento dessa escala de ascendente concretização, determinada está a competência para o processo e julgamento de uma causa penal individualizada.

⁹⁷ *Processo Penal*, vol. 2, p. 80.

⁹⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁹⁹ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 55-56.

Depois de fixada a competência de juízo para determinada lide, é necessário indagar-se quais os órgãos que nela vão funcionar à medida que se desenvolver a relação processual penal – competência funcional¹⁰¹.

Maria Lúcia Karan, por sua vez, desenvolve o tema em torno das seguintes espécies: competência de justiça; competência originária; competência de foro (ou territorial); competência de juízo; e competência recursal¹⁰².

Na lição de Eduardo Espínola Filho, a doutrina clássica sempre se preocupa em distinguir a competência nestes três aspectos: *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*. Observa, porém, que,

na forma de considerar esses critérios orientadores da competência, os nossos processualistas, sempre preocupados, como natural, em atender às prescrições do direito positivo vigente, ofereceram sistemas, que mais divergem pela terminologia, do que, propriamente, pela substância¹⁰³.

Observamos assim que a distribuição da competência comporta classificações das mais variadas, em razão do que, para nosso estudo, optamos pela análise da competência em face dos critérios material e funcional, com as ressalvas a serem feitas oportunamente, bem como a necessária distinção, no campo das nulidades, entre competência absoluta e relativa.

2.3.2 Competência material

Conforme foi demonstrado, a fixação da competência se dá por meio de critérios diversos, num processo de gradual concretização do poder jurisdicional.

Essa concretização realiza-se em razão de dois elementos: 1) a causa criminal, em que a competência é delimitada tendo em vista a natureza do litígio e é

¹⁰¹ MARQUES, José Frederico. Obra citada, p. 55-57.

¹⁰² *Competência no Processo Penal*, p. 13 e ss.

¹⁰³ *Código de Processo Penal Anotado*, p. 97.

determinada conforme a causa a ser julgada (competência material); 2) os atos processuais, em que o poder de julgar é distribuído de acordo com as fases do processo, ou o objeto do juízo, ou o grau de jurisdição (competência funcional)¹⁰⁴.

No tocante à competência material, o posicionamento doutrinário mais freqüente é a sua delimitação ditada por três aspectos¹⁰⁵:

- a) *ratione materiae* (CPP, art. 69, III): em razão da relação de direito material, isto é, em razão da natureza da infração penal; por exemplo, o Júri popular tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII) e a justiça eleitoral, para o julgamento dos crimes e contravenções eleitorais.
- b) *ratione personae* (CPP, art. 69, VII): em razão da qualidade da pessoa do réu, como nos casos de foro por prerrogativa de função;
- c) *ratione loci* (CPP, art. 69, I e II): em razão do território, levando-se em conta o lugar da infração ou da residência ou domicílio do réu.

Observamos assim que a classificação da competência como material, leva em consideração os elementos identificadores da causa, ou seja, da análise do caso concreto serão extraídos os critérios determinadores da competência, que são: a natureza da infração, a qualidade das pessoas e o lugar do crime.

2.3.2.1 Competência *ratione materiae*

A competência *ratione materiae* ou competência material propriamente dita, também chamada competência objetiva, descansa sobre a natureza da lide ou relação de direito material, isto é, sobre a natureza da infração.

¹⁰⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 167.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 167-168.

Na lição de José Frederico Marques, a natureza da infração penal depende de sua qualificação, distinguindo a qualificação do fato da qualificação da infração.

Para o autor, a qualificação do fato é o *nomen juris* da infração penal, ou a denominação legal dos seus elementos típicos, enquanto que a qualificação da infração consiste na determinação da relação legal existente entre um fato delituoso e as disposições de lei que lhe são aplicáveis¹⁰⁶.

No ordenamento jurídico pátrio, que adotou o sistema bipartido ou dicotômico de classificação das infrações penais, estas se agrupam em crimes ou delitos e contravenções, conforme dispõe o legislador ordinário, o que não traz grandes dificuldades para a aplicação das regras de competência em razão da matéria.

Outras qualificações, no entanto, são empregadas pelo legislador para efeito de determinação da competência como acontece com os crimes de responsabilidade, os crimes comuns, os crimes políticos, os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, os crimes militares definidos em lei e os crimes dolosos contra a vida.

Nos termos do art. 74 do CPP, “a competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do tribunal do júri”.

Nessa discriminação de atribuições podem os Estados-Membros usar do critério que lhes for mais conveniente, atendidos, como é óbvio, às condições e peculiaridades do meio e interesse do serviço¹⁰⁷.

Para a fixação da competência *ratione materiae* importa verificar se o julgamento compete à jurisdição comum ou especial (eleitoral, militar e política).

A Constituição Federal estabelece as seguintes jurisdições especializadas:

¹⁰⁶ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*, p. 159.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 162.

- a) Justiça Eleitoral: para o julgamento das infrações penais eleitorais (arts. 118 a 121);
- b) Justiça Militar: para julgar e processar os crimes militares definidos em lei (art. 124);
- c) Competência política do Senado Federal (atividade jurisdicional atípica): para processar e julgar o Presidente da República, o Vice, o Procurador-Geral da República, os Ministros do STF e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade, e os Ministros de Estado nestes mesmos crimes, desde que conexos aos do Presidente ou do Vice (art. 52, I e II).

Ao lado dessas jurisdições especiais (típicas ou não), a Constituição prevê a jurisdição comum federal ou estadual.

Nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, compete à Justiça Comum Federal, em matéria criminal, processar e julgar:

-
- IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções¹⁰⁸ e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;
 - V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
 - VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;
 - VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
 - VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
 - IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
 - X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação

¹⁰⁸ Nos termos da Súmula 38 do STJ: “compete à Justiça Comum Estadual, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades”

À Justiça Comum Estadual, por sua vez, compete tudo o que não for de competência das jurisdições especiais ou federal (competência residual).

Finalmente, no que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida, e outros a que o legislador infraconstitucional posteriormente vier a fazer expressa referência, a competência para o julgamento será do Tribunal do Júri, da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso (art. 5º, XXXVII, d).

2.3.2.2 Competência *ratione personae*

Fixada a competência em razão da matéria, cumpre verificar a qualidade do réu, ou seja, se a pessoa a quem é imputada a infração penal é ocupante de cargo ou função pública a que é dispensado tratamento especial, retirando o julgamento dos órgãos jurisdicionais inferiores, atribuindo-o originariamente aos órgãos superiores da jurisdição.

Essa delimitação de competência é feita pela Constituição Federal, de acordo com a prerrogativa de função, caracterizando a competência *ratione personae*, que será analisada detidamente em capítulo próprio.

Como se pode notar, a inserção dessa espécie de competência como competência material decorre do fato de que o elemento determinante da competência, é encontrado na própria causa, matéria posta em discussão perante os órgãos do Poder Judiciário.

Vale ressaltar, entretanto, que a competência por prerrogativa de função é também classificada como competência funcional, por graus de jurisdição, em virtude de recair sempre, originariamente, sobre os órgãos superiores da jurisdição.

2.3.2.3 Competência *ratione loci*

Após a verificação da competência *ratione materiae* e *ratione personae*, deve-se fixar a competência em razão do lugar, porque é necessário saber qual o juízo eleitoral, militar, federal ou estadual dotado de competência em razão do território, ou seja, a competência de foro.

Como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho,

o poder de julgar dos vários órgãos jurisdicionais, dentro das suas respectivas competências, sofre, ainda, nova delimitação. Leva-se, agora em consideração o território. Quer isso dizer que cada justiça exerce o seu poder de julgar dentro do espaço territorial legislativamente demarcado¹⁰⁹.

Observa ainda que a primeira divisão verificada ocorre no âmbito da Justiça Comum Estadual, tendo em conta a divisão do território nacional em circunscrições territoriais, que são os Estados-Membros e o Distrito Federal, de modo que os órgãos jurisdicionais de cada Estado julgam apenas as causas da sua competência, dentro do seu território.

Essa mesma divisão ocorre no âmbito da Justiça Comum Federal, posto que cada Estado e o Distrito Federal constituem uma seção judiciária, possuindo como órgãos superiores, os Tribunais Regionais Federais, em número de cinco, assim distribuídos: 1ª Região, com sede em Brasília, compreendendo o Distrito Federal e os Estados da Bahia, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais, Acre, Pará, Amazonas, Maranhão, Tocantins, Rondônia, Roraima e Amapá; 2ª Região, sediado na cidade do Rio de Janeiro, compreendendo os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; 3ª Região, sediado na cidade de São Paulo, compreendendo os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; 4ª Região, sediado na cidade de Porto Alegre, compreendendo os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e

¹⁰⁹ *Processo Penal*, vol. 2, p. 82.

Paraná; 5ª Região, sediado em Recife, compreendendo os Estados de Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Paraíba, Ceará, Rio Grande do Norte e Piauí¹¹⁰.

Também dividida territorialmente se encontra a Justiça Eleitoral, que tem seus órgãos jurisdicionais distribuídos entre Estados-Membros e Distrito Federal.

Lembremos que na primeira instância, as funções dos juízes eleitorais são exercidas pelos juízes da Justiça Estadual, enquanto que na segunda instância, existem os Tribunais Regionais Eleitorais, localizados na capital de cada Estado e no Distrito Federal, para além de outras atribuições, rever as decisões proferidas pelos juízes eleitorais.

Como órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, temos o Tribunal Superior Eleitoral, com sede em Brasília e com suas atribuições definidas no art. 22 do Código Eleitoral.

No âmbito da Justiça Militar, o território nacional está dividido em 12 circunscrições, que são as Regiões Militares. Os órgãos jurisdicionais militares de primeira instância atuam dentro nas suas circunscrições territoriais e ficam sediados onde a respectiva Região Militar tiver sua sede.

Nos termos do art. 125, § 3º, da Constituição Federal, é também permitido aos Estados-Membros, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, criarem a Justiça Militar Estadual, constituída em 1º grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar, nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

Conhecida a divisão territorial dos órgãos jurisdicionais, temos que a competência de foro é estabelecida de modo geral, *ratione loci*, em atenção ao lugar onde ocorreu o delito, conforme se depreende do art. 70, do CPP: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração penal, ou, no caso de tentativa, pelo lugar que for praticado o último ato de execução”.

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 84.

Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu (art. 72, *caput*, CPP), bem como, nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração, conforme o art. 73, CPP.

Estabelecida a competência de foro nas jurisdições onde houver mais de um juiz, a competência concreta do juiz perante o qual a ação penal será movimentada, será fixada por distribuição, nos termos do art. 75, CPP.

Diversos fatores, entretanto, podem impedir a distribuição, direcionando automaticamente a competência para determinados juízes, conforme previstos pelo Código de Processo Penal.

Não se procede à distribuição, por exemplo, nos crimes dolosos contra a vida, da competência do júri popular (art. 74, § 1º, CPP). O mesmo ocorre nas hipóteses de conexão ou continência, em que as infrações devem ser apuradas em processo já afeto à autoridade judiciária prevalente (art. 76 a 78, CPP). Outro fator que impede a distribuição é a prevenção, em razão da qual deve a ação penal ser submetida à apreciação de autoridade judiciária, que já tenha, de algum modo, tomado conhecimento do caso (art. 83, CPP).

A competência é ainda determinada pela prevenção quando houver dúvida em relação ao local em que a infração foi cometida, nos casos ocorridos em limites divisionais, ou quando não houver, segura fixação dos limites territoriais, bem como nas hipóteses de crime, continuado ou permanente, e também quando houver sido praticado em mais de uma jurisdição (arts. 70, § 3º, e 71, CPP).

Do mesmo modo, quando desconhecido o lugar onde ocorreu a infração, e o réu tiver mais de uma residência, ou não se conhecer a residência do réu, que não é encontrado, a competência, entre os juízes das respectivas jurisdições, se estabelecerá por prevenção. (art. 72, § 1º e 2º, CPP).

2.3.3 Competência funcional

O critério funcional de distribuição da competência determina a função que no processo o juiz pode exercer, ou seja, separa as competências dentro de um mesmo processo¹¹¹.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, “a competência funcional é a distribuição feita pela lei entre diversos juízes da mesma instância ou de instâncias diversas para, num mesmo processo, ou em um segmento ou fase do seu desenvolvimento, praticar determinados atos”¹¹².

Observamos assim que, em determinado processo, ocorre uma delimitação do poder jurisdicional, estabelecendo quais os atos que cada órgão jurisdicional, materialmente competente, pode praticar. Para tanto, leva-se em conta sua especialização, divisão do trabalho e até mesmo “razões de garantia e presunções de maior ou menor capacidade funcional”¹¹³.

Na lição de José Frederico Marques, “os limites do poder de julgar dizem respeito às próprias funções em que este se desdobra, e daí a sua denominação de *competência funcional*”¹¹⁴.

A competência funcional é estudada em face de três aspectos:

- a) das fases do processo: pode haver juiz do processo, juiz da execução, juiz do sumário de culpa do Júri etc.;
- b) objeto do juízo: no Júri, ao juiz togado incumbe resolver as questões de direito que se apresentarem durante os debates (art. 497, X), lavrando a sentença condenatória ou

¹¹¹ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*, p. 257.

¹¹² *Processo Penal*, vol. 2, p. 205.

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 206

¹¹⁴ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 258.

absolutória (art.492) e fixando a pena, enquanto aos jurados compete responder aos quesitos que lhes são formulados (art. 481);

- c) dos graus de jurisdição: a competência pode ser originária (como no foro por prerrogativa de função) ou em razão do recurso (princípio do duplo grau de jurisdição).

Considerando a possibilidade de haver competência funcional entre órgãos da mesma instância e de instâncias diversas, a doutrina costuma distinguir a competência funcional em horizontal e vertical¹¹⁵.

Temos a competência funcional horizontal quando dois ou mais órgãos jurisdicionais da mesma instância, em virtude da especialização de funções e a particular estrutura da organização judiciária, podem praticar atos num mesmo processo.

Haverá competência funcional vertical quando, num mesmo processo, forem praticados atos por órgãos jurisdicionais de instâncias diversas, bem como quando houver supressão de uma instância e a causa deve ser julgada, originariamente, por um órgão jurisdicional superior.

Temos assim a competência funcional horizontal por fases do processo e por objeto do juízo, e a competência funcional vertical em razão dos recursos e originária (*ratione materiae e ratione personae*).

Objetivando a adequada compreensão do tema, José Frederico Marques analisa a questão da composição dos juízos, ensinando que o juízo, como célula e unidade do organismo judiciário, pode ter uma composição complexa ou simples, e, também, ser órgão monocrático ou colegiado¹¹⁶.

O juízo é simples e monocrático quando o órgão judiciário é um só e único também o seu titular.

¹¹⁵ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Obra citada, p. 206.

¹¹⁶ *Da Competência em Matéria Penal*, p. 261.

Na competência funcional, a competência é focalizada justamente em relação a todos esses órgãos e pessoas que praticam atos na causa, no exercício da atividade jurisdicional.

Embora reconhecendo a relevância das argumentações sobre o tema, observamos que as hipóteses elencadas como, competência funcional horizontal, não são, propriamente, a nosso ver, critérios de competência, mas apenas aspectos ligados ao exercício desta, já definida em razão de outros critérios (matéria, pessoa ou território).

Quando se atribui a competência ao Tribunal do Júri, em razão da matéria, v.g., automaticamente já se estará determinando que um juiz togado irá exercer sua jurisdição juntamente com populares, que irão compor o Conselho de Sentença, cada qual, dentro de certos limites. A competência não é do juiz ou dos jurados, mas sim do órgão jurisdicional, no caso, o Tribunal do Júri, de natureza heterogênea, encarregado do julgamento em virtude de uma regra constitucional de competência *ratione materiae*.

Invocar a parcela de atuação de cada pessoa que participa do processo para estabelecer uma classificação da competência não nos parece apropriado.

O mesmo pode ser dito em relação às fases do processo, que apenas representam o desdobramento natural do feito, em razão do procedimento adotado pela lei, não podendo ser visto como regra de competência, já que esta foi determinada anteriormente, em função do órgão jurisdicional.

A chamada competência funcional vertical, por graus de jurisdição, portanto, é, em nossa opinião, a única que deve prevalecer na presente classificação, pois define *ab initio* qual o órgão jurisdicional competente para conhecer de determinado processo, inferior ou superior.

2.4 Competência absoluta e relativa

Um dos aspectos considerados pela doutrina para a classificação da competência leva em consideração o grau de rigidez em relação às suas regras, ou seja, a possibilidade ou não de sua prorrogação, daí derivando os conceitos de competência absoluta e relativa.

A prorrogação de competência consiste na possibilidade de substituição da competência de um juízo por outro, sem gerar vício processual¹¹⁷.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci,

chama-se absoluta a hipótese de fixação de competência que não admite prorrogação – deve o processo ser remetido ao juiz natural determinado por normas constitucionais ou processuais penais, sob pena de nulidade do feito. Chama-se relativa a hipótese de fixação de competência que admite prorrogação, ou seja, não invocada a tempo a incompetência do foro, reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade¹¹⁸.

Para determinar a espécie de competência, absoluta ou relativa, toma-se por base a titularidade dos interesses considerados pelo legislador para a fixação da competência, que podem ser predominantemente públicos, ou, então, privilegiar o interesse das partes.

Como ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, “a distribuição do exercício da função jurisdicional entre os órgãos ou entre organismos judiciários atende, às vezes, ao interesse público e outras, ao interesse ou comodidade das partes”¹¹⁹.

Na distribuição entre justiças diferentes (competência de jurisdição); entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica: originária e recursal); e entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna), prevalece o interesse público pela perfeita atuação jurisdicional, ou seja, a competência é fixada muito mais por imposição de ordem

¹¹⁷ Sobre o tema, lembramos o ensinamento de José Frederico Marques, de que “as jurisdições especiais, embora não se identifiquem com as justiças de exceção, constituem sempre uma derrogação às atribuições da justiça comum, e, por isso, não devem ser em grande número, principalmente em relação à aplicação do direito penal”. *Da Competência em Matéria Penal*, p. 162.

¹¹⁸ *Código de Processo Penal Comentado*, p. 167.

pública, do que no interesse das partes. Tratando-se de competência de foro, prevalece o interesse das partes¹²⁰.

Podemos assim concluir que a competência é absoluta quando determinada segundo o interesse público, e assim não pode ser modificada. É relativa a competência, quando prepondera o interesse das partes, sendo assim prorrogável, como acontece nos casos de competência de foro.

O tema é especialmente relevante, conforme mencionamos anteriormente, por estar ligado à teoria das nulidades, determinando assim a validade ou não dos atos praticados pelo órgão jurisdicional em face da distribuição da competência.

Nos termos do artigo 564, inciso I, do CPP, “A nulidade será declarada nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;”. (g.n.).

O artigo 572, do CPP, por sua vez, estabelece que,

As nulidades previstas no artigo 564, III, *d* e *e*, segunda parte, *g* e *h*, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I – se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II – se, praticado por outra forma, o ato tiver alcançado o seu fim;

III – se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

A combinação dos dois artigos permite-nos estabelecer a distinção das nulidades em absolutas e relativas, sendo estas as “que somente serão reconhecidas se forem argüidas pela parte interessada, demonstrando o prejuízo sofrido pela não observância da formalidade legal prevista para o ato realizado”¹²¹. Aquelas, por sua vez, as “que devem ser proclamadas pelo magistrado, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, porque produtoras de nítidas infrações ao interesse público na produção do devido processo legal”¹²².

¹¹⁹ *Teoria Geral do Processo*, p. 240.

¹²⁰ Nesse sentido, a opinião de GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 45.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 753.

¹²² *Idem*, *ibidem*.

À primeira vista, portanto, a nulidade decorrente da inobservância das regras de competência estaria sempre inserida no rol das nulidades absolutas.

Como salienta Guilherme de Souza Nucci, todavia,

O contexto das nulidades não apresenta integral harmonia entre o preceituado em lei e o pensamento doutrinário e jurisprudencial. Por vezes, nulidades que o CPP considera absoluta (qualquer forma de incompetência, por exemplo), ressalva a doutrina, com aval dos tribunais, ser relativa (como a incompetência territorial). Noutros casos, o CPP estipula ser relativa (a falta de intervenção do MP em ação pública por ele intentada, como exemplo), enquanto a doutrina afirma ser nulidade absoluta¹²³.

A referência supra já indica com clareza aonde queremos chegar. Quando nos referimos às normas ligadas à competência e sua eventual violação, à luz do artigo 564, inciso I, do CPP, estaríamos sempre diante de uma hipótese de nulidade absoluta, e via de consequência, a classificação da competência em absoluta e relativa não faria o menor sentido. Não é, porém, o que ocorre.

Conforme mencionado, nem toda violação às regras de competência é interpretada como nulidade absoluta. A divisão que se encontra com maior frequência estabelece que são consideradas absolutas as nulidades decorrentes da incompetência *ratione materiae*¹²⁴ e *ratione personae*. A incompetência territorial, *ratione loci*¹²⁵, por sua vez, é considerada relativa, devendo assim ser alegada no momento oportuno (defesa prévia), para que seja declarada a nulidade¹²⁶.

Ratificando esse entendimento, afirma Mirabete que, “tratando-se de nulidade relativa e não sendo ela argüida oportunamente pela parte, na defesa prévia com a exceção declinatória, a competência fica prorrogada, não sendo declarada a eiva”¹²⁷.

¹²³ *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 753.

¹²⁴ Nesse sentido: RT 449/395; RT 522/480.

¹²⁵ Nesse sentido: RT 484/333; RT 595/330.

¹²⁶ Nesse sentido: RTJ 60/54.

¹²⁷ *Processo Penal*, p. 645.

A questão torna-se mais complexa, todavia, uma vez que a doutrina vem sustentando que nas hipóteses de violação às regras de competência previstas no próprio texto constitucional, não se trata apenas de nulidade, mas sim de inexistência do ato¹²⁸.

Tal posicionamento é de grande importância tendo em vista que sendo considerados inexistentes os feitos processados com a inobservância de regras de competência previstas na Carta Magna, torna-se inaplicável a regra contida no artigo 567 do CPP, que prevê a anulação, somente, dos atos decisórios e a remessa ao juízo competente. Ou seja, não poderá haver aproveitamento, sequer, dos atos não-decisórios, devendo assim todo o processo ser refeito¹²⁹.

A partir dessas considerações, importa-nos aplicá-las especificamente às hipóteses de competência por prerrogativa de função, o que faremos no último capítulo, quando abordaremos suas implicações.

¹²⁸ Nesse sentido: GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. *As nulidades do processo penal*, p. 51; RT 582/319; RT 521/378.

¹²⁹ Nesse sentido: RT 575/367.

III. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A fixação da competência com base na prerrogativa de função faz parte da tradição do Direito brasileiro, encontrando previsão em todos os textos constitucionais¹³⁰ editados ao longo de nossa história, conforme pretendemos demonstrar a seguir.

3.1 Constituição de 1824

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, primeira carta política do Brasil independente já utilizava o critério de fixação da competência *ratione personae*, o que se repetiu nos textos seguintes, com pequenas variações.

O primeiro dispositivo encontrado refere-se à competência extraordinária do Senado, para conhecer de determinados crimes, praticados por pessoas que ocupassem altos postos na estrutura político-administrativa do Império.

Nos termos do art. 47, era da atribuição exclusiva do Senado: “I. Conhecer dos delictos individuais, cometidos pelos Membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o período Legislativo; II - Conhecer da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado”.

Chama a atenção o dispositivo pela inclusão dos membros da família imperial no contexto da prerrogativa de foro, ainda que dissociada do exercício de qualquer função pública.

¹³⁰ CAMPONHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

No Título 6º, Capítulo Único, encontramos disposições que retratam a estrutura do Poder Judicial da época, bem como os demais casos de prerrogativa de foro, *in verbis*:

Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes, e jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.

...

Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; ...

Art. 164. A este Tribunal compete

I.

II. Conhecer dos delictos, e erros de Officio, que commeterem os seus Ministros, os das Relações, os empregados do Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias.

Temos aí, à evidência, mais um dispositivo relacionado com a competência *ratione personae*.

3.2 Constituição de 1891

Com o advento da República, foi promulgada a 24 de fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil. Apesar das transformações de ordem política verificadas no país, observa-se a manutenção da competência pela prerrogativa de função no texto constitucional de acordo com os dispositivos a seguir mencionados.

A jurisdição extraordinária do Senado é encontrada no art. 33, com a previsão de julgamento do Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve.

Nas deliberações como “Tribunal de Justiça”, o Senado era presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 1º do referido dispositivo.

O art. 53 assegurava ao Presidente dos Estados Unidos do Brasil o processo e julgamento, nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, depois que a Câmara declarasse procedente a acusação.

No mesmo sentido, dispunha o art. 59, estendendo a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento dos Ministros de Estado nos crimes conexos aos do Presidente, nos casos do art. 52, bem como aos Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

3.3 Constituição de 1934

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934, a exemplo das Constituições anteriores, a prerrogativa de foro é assegurada a algumas autoridades, com algumas inovações, dentre as quais chamamos a atenção para a mudança da tradicional denominação de Supremo Tribunal Federal para Côrte Suprema, como órgão máximo da estrutura judicial do país.

Nos termos do artigo 58, era assegurado ao Presidente da República o processo e julgamento, nos crimes comuns, pela Côrte Suprema.

No que tange aos crimes de responsabilidade, por sua vez, alterou-se a tradicional competência do Senado, estabelecendo, no mesmo artigo, o julgamento por um Tribunal Especial, composto de nove juízes, sendo três Ministros da Côrte Suprema, três membros do Senado Federal, e três membros da Câmara dos Deputados. O Tribunal Especial era presidido pelo Presidente da Côrte Suprema, que tinha apenas voto de qualidade.

De acordo com o art. 76, competia ainda à Côrte Suprema, originariamente, o processo e julgamento dos seus próprios Ministros, nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Federais e bem assim os das Côrtes de Apelação dos Estados,

do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do § 1º do art. 61; os juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade.

No art. 104, alínea *f*, que trata da estrutura judicial dos Estados, encontramos a seguinte disposição: “competência privativa da Côrte de Appellação para processo e julgamento dos juizes inferiores, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

3.4 Constituição de 1937

Na Carta Política do Estado Novo, decretada a 10 de novembro de 1937, denominada Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a estrutura do Poder Judiciário era assim definida:

Art. 90. São órgãos do Poder Judiciário:

- a) o Supremo Tribunal Federal;
- b) os juizes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- c) os juizes e tribunais militares.

Em termos de competência por prerrogativa de função, encontramos as seguintes disposições:

Art. 86. O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarado por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

Art. 87. O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

Art. 89. Os Ministros de Estado não são responsáveis perante o Parlamento, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

§ 1º. Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes qualificados em lei.

§ 2º. Nos crimes comuns e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento dêste.

.....

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

- a) os ministros do Supremo Tribunal;

b) os ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos ministros de Estado e aos ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;

Verifica-se nos dispositivos supra mencionados não só uma preocupação em termos de “foro privilegiado”, mas também de imunidades conferidas aos ocupantes dos altos cargos do executivo.

No tocante à estrutura judicial dos Estados, identifica-se o disposto no art. 103, alínea *e*, estabelecendo a competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Vale ressaltar que, sob a égide da Constituição do Estado Novo foi elaborado o Código de Processo Penal, ainda em vigor, com alterações, justificando o disposto nos artigos 84 e 85, quando referem-se aos Tribunais de Apelação, atualmente representados pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

3.5 Constituição de 1946

Na Constituição do pós-guerra, promulgada a 18 de setembro de 1946, em que o Brasil buscava a sua democratização, apesar das mudanças políticas, as disposições sobre prerrogativa de foro foram mantidas.

A estrutura do Poder Judiciário nacional era definida nos termos do art. 94, sendo composto pelos seguintes órgãos:

- I – Supremo Tribunal Federal;
- II – Tribunal Federal de Recursos;
- III – juízes e tribunais militares;
- IV – juízes e tribunais eleitorais;

V – juízes e tribunais do trabalho.

Em relação ao Senado Federal, sua competência extraordinária foi restituída, prevendo o art. 62 que:

Compete privativamente ao Senado Federal:

I – julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º. Nos casos deste artigo, funcionará como presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento do Presidente da República, perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, e perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, era também assegurado no art. 88.

Nos termos do art. 101, competia ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar originariamente:

o Presidente da República nos crimes comuns;

a) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;

b) os Ministros de Estado, os juízes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92.

Em relação à Justiça Estadual, encontramos o disposto no inciso IX do art. “é da competência privativa do Tribunal de Justiça processar e julgar os juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

3.6 Constituição de 1967

Segundo José Afonso da Silva, essa Constituição, promulgada a 24 de janeiro de 1967, mas que entrou em vigor em 15 de março de 1967, sofreu poderosa

influência da Carta Política de 1937, assimilando suas características básicas, preocupando-se fundamentalmente com a segurança nacional¹³¹.

Em termos de competência por prerrogativa de função, manteve as premissas básicas, com pequenas alterações.

A competência extraordinária do Senado Federal foi mantida, nos termos do art. 44, *in verbis*:

Compete privativamente ao Senado Federal:

I – julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, havendo conexão;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, funcionará como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal;

O julgamento do Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarasse procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, e perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, era assegurado pelo art. 85.

Em relação aos Ministros de Estado, dispunha, nos termos do art. 88, que seriam processados e julgados perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e de responsabilidade, salvo, em relação a estes, quando conexos com os do Presidente, em que o julgamento competia ao Senado Federal.

Competia ainda ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 114, processar e julgar originariamente, além do mencionado no parágrafo anterior: seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, nos crimes comuns; nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no final do art. 88, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os Membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e

dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente.

Nos termos do § 3º, do art. 136, que tratava da organização das justiças estaduais: “compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais”.

3.7 Constituição de 1969

Apesar de tratado como emenda constitucional, ressalta José Afonso da Silva que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969,

teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*¹³².

Em que pese a nova ordem constitucional, a prerrogativa de foro é mantida, com pequenas alterações.

Nos termos do § 4º, do art. 32, “os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”.

No tocante à competência extraordinária do Senado Federal, dispõe o art. 42 sua competência privativa para:

I - julgar o Presidente da República nos crimes comuns e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

¹³¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 88.

¹³² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 89.

A competência do Supremo Tribunal Federal é definida no art. 119, nos seguintes termos:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I – processar e julgar originariamente:

- a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;
- b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estados, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

De acordo com a estrutura do Poder Judiciário, encontramos ainda as seguintes disposições:

Art. 122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

I – processar e julgar originariamente: os juízes federais, os juízes 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 nos de responsabilidade;

Art. 129. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§ 1º Esse foro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

§ 2º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus secretários nos crimes de que trata o § 1º.

No âmbito das justiças estaduais, dispunha o art. 144, § 3º que: “Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

3.8 Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada a 5 de outubro de 1988, chamada de *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, não alterou o perfil da competência por prerrogativa de função, mantendo as disposições anteriores, e incluindo outras, até então inéditas.

A estrutura do Poder Judiciário nacional, definida nos termos do art. 92, pelo Poder Constituinte originário, era a seguinte:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
 I – O Supremo Tribunal Federal;
 II – O Superior Tribunal de Justiça;
 III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI – os Tribunais e Juízes Militares;
 VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi inserido o inciso I-A, instituindo no âmbito do Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça.

No que tange à competência por prerrogativa de função, encontramos diversas disposições, sendo a primeira, sob o aspecto cronológico do texto, a que confere o “foro privilegiado”, aos Prefeitos Municipais, nos termos do art. 29, inciso X, assegurando-se-lhes, julgamento perante os Tribunais de Justiça. Trata-se de disposição até então inédita nos textos constitucionais.

Seguindo na busca das normas relativas ao tema, observamos que a competência extraordinária do Senado Federal é preservada, conforme dispõe o artigo 52, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
 I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
 II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Nos termos do § 1º, do art. 53, assegura-se aos Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal¹³³.

¹³³ § 1º com redação dada pela E.C. n. 35, de 20-12-2001.

Em relação ao Presidente da República, dispõe o art. 86 que: “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

A competência do Supremo Tribunal Federal é definida no art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

A competência originária do Superior Tribunal de Justiça vem definida no art. 105, nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos 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, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

A competência originária dos Tribunais Regionais Federais, órgão de segunda instância da Justiça Federal, assim se apresenta:

108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

No que tange às justiças estaduais, prevê o art. 96, inciso III, a competência privativa dos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Vale ressaltar, entretanto, o disposto no art. 125, segundo o qual os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, sendo que, nos termos do § 1º, “A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

Respaldados no referido dispositivo, diversos Estados ampliaram as hipóteses de “foro privilegiado”, prevendo o processo e julgamento perante os Tribunais de Justiça de pessoas não contempladas na Constituição Federal, a exemplo da Constituição paulista, tratada no item seguinte.

3.9 Constituição do Estado de São Paulo

Na Constituição Paulista, promulgada em 5 de outubro de 1989, a estrutura do Poder Judiciário estadual vem definida no art. 54, nos seguintes termos:

Art. 54. São órgãos do Poder Judiciário do Estado:
I – o Tribunal de Justiça;
II – O Tribunal de Justiça Militar;
III – os Tribunais do Júri;
IV – as Turmas de Recursos;
V – os Juízes de Direito;
VI – as Auditorias Militares;
VII – os Juizados Especiais;
VIII – os Juizados de Pequenas Causas.

Em função da estrutura supra mencionada, vários dispositivos determinam a competência do Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário estadual, *ratione personae*, ou seja, de acordo com a função exercida por determinadas pessoas.

Parte das disposições da Constituição Estadual apenas repetem o texto da Carta Magna, o que seria até desnecessário, uma vez que o juiz natural, naqueles casos, já está definido, não podendo ser contrariado. Outras, porém, prevêm a competência por prerrogativa de função para autoridades não contempladas na Lei Maior.

A competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está definida no art. 74, nos seguintes termos:

Art. 74 – Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente:

I - nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais.

II - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes do Tribunal de Justiça Militar, os juízes de Direito e os juízes de Direito do juízo militar, os membros do Ministério Público, exceto o Procurador-Geral de Justiça, o Delegado-Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

Dispõe ainda a Constituição estadual paulista, nos termos do art. 81, inciso I, competir privativamente ao Tribunal de Justiça Militar processar e julgar, originariamente, o Chefe da Casa Militar e o Comandante-Geral da Polícia Militar, nos crimes militares definidos em lei.

Em relação aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Governador do Estado, Vice-Governador, Secretário de Estado (nos crimes conexos com o do Governador ou Vice), Procurador-Geral de Justiça e Procurador-Geral do Estado, o Estado de São Paulo adota um sistema próprio, nos termos do art. 49, § 1º e 2º, dispondo que serão processados e julgados por um Tribunal Especial, constituído por sete Deputados e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que também o presidirá.

Vale ressaltar a inexistência de lei que defina crimes de responsabilidade do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado. Caso uma lei futura venha a fazê-lo, no entanto, o juiz natural já está definido.

Outrossim, cumpre-nos lembrar que em relação aos crimes de responsabilidade de Governadores, Vice-Governadores e demais autoridades, cada Estado da

Federação disciplina a matéria de forma independente, nos termos das respectivas Constituições Estaduais, predominado, nesses casos, o julgamento perante as Assembléias Legislativas, a exemplo do que ocorre nos Estados do Ceará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul¹³⁴.

3.10 Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, com as alterações sofridas ao longo do tempo, dispõe sobre as regras de competência no Título V, que vai do artigo 69 ao artigo 91, regras estas que foram recepcionadas em sua grande maioria pela Constituição Federal de 1988.

A competência pela prerrogativa de função está prevista no Capítulo VII, do artigo 84 ao 87, contendo disposições que precisam ser interpretadas em consonância com a Lei Maior.

A mais recente e significativa tentativa de alteração do Código de Processo Penal em matéria de competência foi implementada pela Lei nº 10.628/02, que modificou a redação do artigo 84, bem como acrescentou-lhe dois parágrafos.

Nos termos do artigo 84, com a nova redação dada pela referida lei, a competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados, ficando assim corrigida a antiga referência aos chamados Tribunais de Apelação, até então existente.

Os aspectos mais relevantes, entretanto, ficaram por conta dos parágrafos 1º e 2º, acrescentados ao texto original. O primeiro, assegurava a prerrogativa de foro mesmo após a

¹³⁴ http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo

cessação do exercício funcional, enquanto que o segundo estendia o “privilégio” às ações de improbidade administrativa.

Através da ADI nº 2797, promovida pela Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP, e ADI nº 2860, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, todavia, em 15 de setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10628/02, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal. A esse respeito, voltaremos a tratar com maiores detalhes nos itens seguintes.

No contexto das normas sobre competência, previstas no Código de Processo Penal, merecem ainda atenção as regras de conexão e continência quando envolvem pessoas que têm direito ao foro por prerrogativa de função, bem como a exceção da verdade, o que será melhor analisado no capítulo seguinte.

IV – PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INTERPRETAÇÃO E IMPLICAÇÕES

4.1 Conceito e natureza

A competência por prerrogativa de função “consiste no poder que se concede a certos órgãos superiores da jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas”¹³⁵.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prerrogativa de função é “a existência legal de um foro privilegiado para julgar determinado réu, que cometeu a infração penal investido em função especial”¹³⁶.

Trata-se de uma espécie de competência material, *ratione personae*, que leva em consideração a pessoa do réu, ou seja, analisando a infração penal, ao identificarmos o seu sujeito ativo, sendo esta pessoa que exerça determinada função pública, para a qual a lei estabeleça foro especial para o processo e julgamento, estaremos diante de uma das hipóteses de competência por prerrogativa de função.

Nas palavras de Maria Lúcia Karan,

os órgãos jurisdicionais superiores têm sua competência originária atribuída em regras constitucionais indicadoras das hipóteses em que particularidades encontradas em elementos da causa (como a qualidade especial da parte que ocupa determinados cargos públicos) levam a um excepcional conhecimento originário daquela pelo órgão superior, fugindo à regra geral de serem os órgãos jurisdicionais de 1º grau aqueles a quem cabe conhecer originariamente de qualquer causa¹³⁷.

A competência por prerrogativa de função é também classificada como competência funcional, por graus de jurisdição, recaindo sempre sobre os órgãos superiores da jurisdição, originariamente.

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 129.

¹³⁶ *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 233.

¹³⁷ *Competência no Processo Penal*, p. 66-67.

A explicação para esse critério de fixação da competência é de que o tratamento especial não é dispensado à pessoa, mas sim ao cargo, à função exercida pelas pessoas.

Assim sendo, a prerrogativa de foro é indisponível, não cabendo aos ocupantes dos cargos públicos abrangidos pelas referidas normas, escolher se querem ser julgados pelos órgãos de jurisdição inferior ou superior, cabendo a estes, por força do mandamento legal, originariamente, processar e julgar tais pessoas em razão da função exercida.

Nesse sentido, afirma Mirabete que o Código deixa claro que a competência é ditada pela função da pessoa, tendo em vista a dignidade do cargo exercido e não do indivíduo que o exerce¹³⁸.

Na mesma linha de pensamento, afirma Tourinho Filho que,

há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções de nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada¹³⁹.

A assertiva é corroborada pelo fato de que, cessada a função, desaparece a prerrogativa, salvo se a infração for praticada durante o exercício funcional. Cessando definitivamente o exercício funcional, não mais faz jus o acusado, ao foro por prerrogativa de função, devendo ser iniciada ou ultimada a ação penal no juízo de primeiro grau.

Vale ressaltar, no entanto, que esse entendimento é recente, pois até pouco tempo, imperava a Súmula 394, do STF:

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.

¹³⁸ *Processo Penal*, p. 186.

¹³⁹ *Processo Penal*, vol. 2, p. 131.

A referida Súmula foi revogada, passando o Supremo a entender que, praticado o crime durante o exercício funcional, cessa a competência por prerrogativa de função quando cessa aquele exercício.

Depois de vigorar por mais de trinta e cinco anos, a Súmula 394, do STF teve seu cancelamento decidido em Sessão Plenária do Pretório Excelso, no julgamento de Questão de Ordem suscita no Inquérito 687-SP, em que figurava com indiciado ex-Deputado Federal.

Editada em 03 de abril de 1964, a referida Súmula fixava como critério determinante da competência o tempo em que se verificara o fato alegadamente delituoso. Se o fato ocorresse durante o exercício da função ou do mandato, firmada estaria a competência especial.

Pelo entendimento recente do STF, a competência por prerrogativa de função somente se firma no caso de o indiciado, acusado ou réu ainda se encontrar, no curso do inquérito ou do processo, desempenhando cargo ou mandato que lhe garanta o foro especial.

No julgamento do STF, ponderou o Min. Sidney Sanches que,

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.

Deixando definitivamente o cargo por cassação, por renúncia ou por simples término do mandato, o seu ex-titular responderá no foro comum por atos que tiverem sido praticados no desempenho da função pública e que se considerem ensejadores da instauração de processo criminal.

Com a edição da Lei nº 10.628/02, que deu nova redação ao artigo 84 do Código de Processo Penal, bem como inseriu os §§ 1º e 2º, observa-se que houve uma clara

tentativa de se restabelecer a situação anterior, ou seja, buscou-se através da lei assegurar a prerrogativa de função mesmo após a cessação do exercício da função pública, como ocorria ao tempo da Súmula 394. A referida lei, entretanto, foi declarada inconstitucional, conforme já mencionado anteriormente, prevalecendo assim a posição da nossa Corte Maior.

Sobre o assunto, todavia, entendemos que embora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal deva ser respeitado, deparamo-nos necessariamente com o problema aventado no primeiro capítulo, que versa sobre o princípio do juiz natural, no seu particular aspecto da garantia constitucional do juiz competente, quando indagamos sobre qual o momento da determinação da competência.

Naquela oportunidade, posicionamo-nos no sentido de que, como regra geral, o momento da fixação da competência é o data do fato, o que se faz necessário a fim de assegurar a idéia de que o juiz natural seja aquele previamente conhecido de acordo com as normas vigentes.

Nesse sentido, a Súmula 394, que foi revogada, assim como os dispositivos da Lei nº 10.628/02, que foi declarada inconstitucional, apresentava-se, a nosso ver, mais adequados, uma vez que, supondo a ocorrência de determinada infração penal, pela análise de seus elementos individualizadores (natureza da infração, pessoas envolvidas e local do fato) é possível determinar com antecedência o órgão jurisdicional competente para julgá-la. No caso, estando envolvida uma pessoa ocupante de um cargo alcançado pela prerrogativa de função, fixar-se-ia a competência perante o órgão de jurisdição superior, originariamente, até o julgamento final.

O atual posicionamento do STF, entretanto, não assegura a *perpetuatio jurisdictiones*, permitindo assim que a competência seja modificada em razão da mudança das circunstâncias, no caso, a cessação do exercício funcional.

Embora tenhamos consciência de que a prerrogativa de função visa proteger o cargo, e não a pessoa, é importante termos em mente que a situação ora levantada torna vulnerável o exercício da função jurisdicional, em razão de viabilizar a manipulação da competência, mitigando a garantia do juiz competente, que é uma garantia não só do indivíduo, mas também do próprio juízo.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que, “mesmo cessada a função, o foro deve continuar, malgrado tenha o Excelso Pretório cancelado a Súmula 394. E assim pensamos em respeito ao princípio do Juiz Natural, dogma de fé”¹⁴⁰.

Melhor esclarecendo, ao aceitarmos a idéia de que, embora inicialmente, a competência para o processo e julgamento de determinado caso tenha sido fixada originariamente perante um órgão de jurisdição superior, possa esta ser depois deslocada para outro, de jurisdição inferior, estaremos assim admitindo que o réu, em alguns casos, escolha o seu órgão julgador. Para tanto, basta abrir do cargo ocupado, através da renúncia ao mandato ou de um pedido de exoneração, que assim deixará de ser julgado pelo órgão superior, conforme o que melhor lhe convier.

A hipótese aqui aventada não nos parece deva prevalecer, por constituir-se como uma flagrante violação ao princípio do juiz natural.

Corroborando nosso entendimento, Antonio Scarance Fernandes afirma que, para a fixação da competência por prerrogativa de função, não importa se o agente está licenciado para exercer outro cargo, pois a proteção decorre da função exercida na época do cometimento do crime¹⁴¹.

Na esteira desse raciocínio, apresenta-se também de forma relevante em relação à prerrogativa de função, a questão da sua aplicação para casos pendentes, em duas hipóteses: quando o acusado, após a prática do fato e início do processo penal, assume cargo

¹⁴⁰ *Processo Penal*, vol. 2, p. 133.

¹⁴¹ *Processo Penal Constitucional*, p. 130.

ou função que lhe garantem o processo e julgamento perante os tribunais; e quando a Constituição superveniente institui a competência por prerrogativa de função para cargos que dela não gozavam.

Em ambos os casos, a orientação jurisprudencial é no sentido da imediata aplicabilidade da competência hierárquica por prerrogativa de função aos processos pendentes¹⁴².

Nessas duas situações, também poderíamos alegar que haveria uma modificação ou manipulação da competência, violando-se do mesmo modo o princípio do juiz natural, à semelhança das considerações feitas anteriormente, nas hipóteses de cessação do exercício funcional.

A diferença nesse caso é que, a modificação não é provocada pelo indivíduo, ou seja, independe da sua vontade. Se mesmo estando sendo processado ou acusado da prática de uma infração, fez jus a assumir determinado cargo, deve ser beneficiado com as garantias a ele inerentes. Do mesmo modo, se a lei foi modificada, passando a contemplar o cargo ocupado pelo indivíduo com a prerrogativa de função, a nova regra deve ser imediatamente aplicada.

Em relação a tais casos, porém, fazemos uma ressalva no sentido de que, considerando a hipótese de cessação do exercício funcional, entendemos que aí sim o processo deve retornar ao órgão competente à época do fato, juiz natural do feito antes da existência da prerrogativa de função. Tal posicionamento visa justamente evitar, por exemplo, que a nomeação de determinada pessoa que esteja sendo processada, seja utilizada como forma de subtrair da competência o seu juiz natural, de primeiro grau, a fim de assegurar o julgamento por outro órgão de jurisdição superior, para logo após exonerá-lo, o que consistiria numa clara manipulação da competência, o que não podemos admitir.

¹⁴² Corroborando a orientação jurisprudencial, GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 55-56.

É também consolidada a jurisprudência do STF, consoante a Súmula 451, de que a “competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”. Assim, se o agente praticar um crime, depois de ter deixado sua função pública, seu julgamento será processado pelo foro comum.

Conforme já mencionado, a competência por prerrogativa de função é originária, sendo exercida em uma única instância. Não haverá recurso contra as decisões proferidas numa causa da competência originária por prerrogativa de função, salvo o recurso extraordinário e o especial.

Em verdade, para a fixação da competência originária dos Tribunais, utiliza-se o legislador, de uma conjugação de critérios, em especial, relativos à matéria e à função.

Quanto à matéria, observa-se a distinção entre crimes comuns e de responsabilidade, o que nem sempre está claramente delimitado.

Em relação à competência originária do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, inciso I, alíneas *b* e *c*, por exemplo, conclui-se que crimes comuns são todos aqueles que não sejam de responsabilidade. Desse modo, integram o conceito de crime comum para efeito de competência da nossa Corte Maior, as contravenções penais, os crimes eleitorais e militares. Nesse sentido, afirma Maria Lúcia Karan que,

não fazendo qualquer ressalva, impõe a Constituição Federal, desde logo, a competência do Supremo Tribunal Federal ainda quando os fatos constitutivos da imputação configurarem crimes eleitorais, apontando, assim, naqueles casos, a preponderância do interesse criador da chamada prerrogativa de função sobre o interesse que leva à organização da Justiça Eleitoral¹⁴³.

Crimes de responsabilidade, por sua vez, na tradição do direito brasileiro, são as chamadas infrações político-administrativas, que sujeitam o infrator à perda do cargo, função ou mandato eletivo, previstas na Lei 1079/50 e Decreto-Lei n. 201/67.

¹⁴³ *Competência no Processo Penal*, p. 77-78.

Conclui-se, assim, que a distinção existe apenas entre crime de responsabilidade e qualquer outra infração penal comum.

O mesmo critério, entretanto, não pode ser seguido quando nos referimos à competência originária de outros Tribunais, em relação aos quais o conceito de crime comum pode sofrer restrições, contrapondo-se, normalmente, aos crimes eleitorais, considerados especiais, obrigando o processo e julgamento perante os órgãos superiores da Justiça Eleitoral.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, que quando o Governador do Estado comete crime eleitoral, atribui-se ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para o processo e julgamento¹⁴⁴, com o que concordamos, tendo em vista a natureza especial da matéria, sem que o direito ao julgamento perante o órgão jurisdicional superior seja prejudicado.

Esse, porém, não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, para o qual a expressão crime comum, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos chamados crimes de responsabilidade, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais¹⁴⁵.

Em relação aos magistrados e membros do Ministério Público dos Estados ou da União, previstos nos artigos 96, inciso III e 108, inciso I, alínea *a*, respectivamente, ressalvam expressamente a competência da Justiça Eleitoral em relação aos crimes eleitorais, devendo o processo desenvolver-se perante os Tribunais Regionais Eleitorais.

No tocante às demais autoridades, sujeitas a julgamento pelo Tribunal de Justiça, entretanto, em matéria eleitoral, tanto o STF como o STJ, atribuem a competência ao

¹⁴⁴ Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 133.

¹⁴⁵ Nesse sentido: RT 682/389; RT 688/383.

Tribunal Regional Eleitoral, quando, por exemplo, Prefeito Municipal ou Secretário de Estado cometem crime eleitoral, ainda que sem disposição expressa¹⁴⁶.

O que observamos nesse caso é que, para se harmonizarem os interesses em confronto, a prerrogativa de função cede à necessária intervenção no processo de órgãos jurisdicionais especiais, devido às peculiaridades da matéria tratada¹⁴⁷.

Nesse ponto, discorda Tourinho, para quem a competência da Justiça Eleitoral só é reservada aos juízes eleitorais e aos promotores eleitorais¹⁴⁸.

A competência originária dos Tribunais abrange, ainda, qualquer medida restritiva de direito a ser adotada durante a fase de investigação, como a decretação da quebra de sigilo bancário dos parlamentares¹⁴⁹.

Observa-se ainda em relação à competência por prerrogativa de função que não importa o local em que o crime foi cometido, sendo, em qualquer caso, reservada a competência àquele juízo natural, figurando assim como uma exceção à regra geral prevista no artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal, que fixa a competência territorialmente, pelo lugar da consumação da infração¹⁵⁰.

4.2 Prerrogativa de função e o sistema geral de nulidades

No segundo capítulo deste trabalho, foram apresentados alguns comentários a respeito da classificação das regras de competência em absolutas e relativas, quando então estabelecemos preliminarmente algumas relações do tema com a teoria das nulidades.

Nesse contexto, verificamos que nas hipóteses de competência absoluta, assim considerados a competência em razão da matéria e em razão da pessoa, pela

¹⁴⁶ Nesse sentido: RT 649/264.

¹⁴⁷ Nesse sentido: KARAN, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*, p. 77.

¹⁴⁸ *Processo Penal*, vol. 2, p. 144-145.

¹⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 130.

prerrogativa de função, nas quais a competência é determinada segundo o interesse público, de modo que “o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes”¹⁵¹. Temos assim que a competência absoluta não pode ser modificada, devendo ser pronunciada pelo juiz a qualquer tempo e independentemente de provocação das partes, enviando os autos ao juiz competente, nos termos do artigo 109 do CPP.

Tratando-se de competência relativa, prepondera o interesse das partes, admitindo-se assim a prorrogação caso não seja alegada no momento oportuno. Embora o CPP não estabeleça tal distinção, o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de ser a competência de foro, *ratione loci*, relativa e, portanto, prorrogável.

A partir dessas premissas básicas, podemos concluir que em face das regras de competências absolutas, o eventual descumprimento das mesmas vicia o processo, tornando nulos os atos decisórios, com possibilidade de aproveitamento pelo juiz competente, apenas dos demais atos do processo, consoante a regra do art. 567 do CPP. A nulidade verificada, portanto, é absoluta.

Analisando o tema em face da competência por prerrogativa de função, objeto específico de nosso estudo, podemos afirmar que se trata de competência absoluta, instituída em razão do interesse público, e que, se não for respeitada, terá como consequência o reconhecimento de sua nulidade absoluta.

A questão, todavia, não é tão simples, uma vez que o entendimento predominante doutrinária e jurisprudencialmente, conforme já se teve oportunidade de mencionar, é no sentido de que, em relação às regras de competência previstas diretamente no texto constitucional, não há que se falar em nulidade, mas sim em inexistência do feito.

¹⁵⁰ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 188.

¹⁵¹ GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 45.

Como é do nosso conhecimento, grande parte das normas de competência originária dos tribunais, pela prerrogativa de função, estão previstas diretamente na Constituição Federal, de modo que a não observância de tais disposições reflete uma hipótese de incompetência constitucional, caso em que “não ocorrerá nulidade, mas sim inexistência dos atos jurisdicionais praticados pelos juiz incompetente”¹⁵².

Como consequência desse entendimento, tem-se em primeiro lugar a inaplicabilidade do art. 567 do CPP, bem como uma releitura do art. 564, inc. I, do mesmo diploma legal, da qual extraímos algumas implicações.

Primeiramente, verifica-se que em face das normas definidoras de competência *ratione personae* encontradas na Constituição Federal, é inadmissível que s ocupantes dos referidos cargos sejam processados perante outros órgãos jurisdicionais, que não aqueles estabelecidos pela Lei Maior. Por exemplo, se um magistrado paulista for acusado da prática de uma infração penal, deverá ser julgado perante o Tribunal de Justiça do Estado, ainda que a infração tenha sido praticada em outra unidade da federação. Caso a regra não seja respeitada, o processo será considerado inexistente, devendo ser refeito por inteiro, não sendo possível sequer o aproveitamento dos atos não decisórios.

Questão que nos parece tormentosa, entretanto, diz respeito à modificação de competência decorrente da alteração da situação do acusado, em relação aos cargos abrangidos pela prerrogativa de função, problema que se apresenta em duas vertentes, totalmente opostas.

Primeiro em relação àquele que, à época do fato, não ocupava o cargo, passando a exercê-lo após o cometimento da infração, ou então em relação àquele que cometeu a infração durante o exercício funcional, cessado no curso do processo.

Conforme apresentado anteriormente, no primeiro caso, o entendimento pacífico é no sentido de que iniciado o exercício funcional, automaticamente o réu fará jus ao

¹⁵² GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 51.

foro especial, devendo o processo ser remetido ao Tribunal competente. No segundo caso, todavia, com o cancelamento da Súmula 394 e a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, cessado o exercício funcional, cessa a prerrogativa de função, devendo o processo ser remetido, no estado em que se encontra ao órgão competente.

Em qualquer das hipóteses, fica evidente a ocorrência da modificação da competência, em razão da qual indagamos se de algum modo poderia ser alegada a nulidade ou a inexistência dos ulteriores termos do processo.

No que tange ao início do exercício funcional, posterior ao fato, entendemos que poderia ser outra a solução, que não o imediato encaminhamento do feito ao órgão de jurisdição superior, assegurando ao ocupante do cargo a proteção que lhe confere a legislação vigente. Nesse caso, não vemos como argüir qualquer vício, por estar sendo atendida disposição normativa que visa justamente tornar efetiva a garantia constitucional do juiz natural, no particular aspecto de dar proteção aos ocupantes de determinados cargos públicos, em razão da relevância que apresentam.

Salientamos, porém, nosso entendimento de que, nesses casos, cessada a função, o processo deve retornar ao juízo originalmente competente, de acordo com as condições verificadas à época do fato, quando o acusado não ocupava o cargo que justificou a remessa do feito ao órgão de jurisdição superior.

Em relação à cessação do exercício funcional, existente na data do fato, momento que acreditamos deva ser fixada a competência, conforme já nos posicionamos no primeiro capítulo, entendemos, com a devida vênia, que a modificação da competência, com a remessa do feito a outro órgão de jurisdição inferior, vicia o processo, devendo ser declarada a sua nulidade absoluta ou inexistência, conforme o caso, por configurar-se como violação à garantia constitucional do juiz competente, corolário do princípio do juiz natural.

A ressalva feita em relação ao reconhecimento da nulidade ou da inexistência, decorre da necessidade de verificação quanto à fonte normativa da prerrogativa de foro. Se esta for encontrada diretamente no texto constitucional, o vício decorrente da modificação da competência terá como consequência a inexistência do processo. Se, no entanto, tratar-se de norma infraconstitucional, o caso será de nulidade absoluta, viabilizando assim a aplicação do art. 567 do CPP.

4.3 Prerrogativa de função: foro privilegiado?

A competência originária dos Tribunais para o processo e julgamento de determinadas pessoas, costuma ser interpretada como uma exceção de direito, um privilégio concedido a determinadas pessoas, sendo comum a expressão “foro privilegiado”, quando nos referimos a esse tipo de competência.

Essa discussão comporta linhas diversas de argumentação, cada qual podendo levar a conclusões diferentes, conforme o posicionamento do intérprete frente ao problema.

A questão é intrigante porque mesmo aqueles que negam a existência de algum tipo de privilégio aos ocupantes dos cargos que são julgados originariamente pelos Tribunais, ao definir o instituto, utilizam a expressão “foro privilegiado”, *v.g.*, “confere-se a algumas pessoas, devido a relevância da função exercida, o direito de serem julgadas em foro privilegiado”¹⁵³.

Ocorre, porém que, se tais regras realmente configurarem como vantagens concedidas a determinadas pessoas, estaremos diante de uma grave violação ao princípio

¹⁵³ *Curso de processo Penal*, p. 190

isonômico. Assim, poder-se-ia argüir a inconstitucionalidade das normas respectivas. Seriam então normas constitucionais-inconstitucionais?

Embora já tenhamos nos posicionado a esse respeito adremente, negando a existência de tal inconstitucionalidade, entendemos de fundamental importância uma análise lógica-sistemática de ordem jurídica a esse respeito.

Em primeiro lugar, buscamos o significado da expressão privilégio, que significa “vantagem que se concede a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum; permissão especial; **prerrogativa**, imunidade; dom, condão”¹⁵⁴.

Nota-se assim uma estreita ligação do vernáculo com o sentido em que se emprega a expressão “foro privilegiado” às hipóteses de competência por prerrogativa de função.

Criticando a existência do “foro privilegiado”, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci, nos termos seguintes:

A doutrina, de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Não vemos motivo suficiente para que o Prefeito seja julgado na Capital do Estado, nem para que o Juiz somente possa sê-lo pelo Tribunal de Justiça ou o desembargador pelo Superior Tribunal de Justiça e assim por diante.

Reforçando suas idéias, afirma o citado autor:

Se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. 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 de hierarquia” 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. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um cidadão comum exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu.

Na mesma linha de pensamento, sustenta Marcelo Semer que:

O foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que a princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição (...) Competência processual não se deve mediar por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito e compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio a autoridade¹⁵⁵.

Também no âmbito da doutrina estrangeira encontramos críticas à prerrogativa de função. Antonio Maria Lorca Navarrete que, referindo ao instituto da prerrogativa de função no direito espanhol, aos chamados aforados, que são políticos, ou designados mediaticamente, pelo Poder Executivo ou Legislativo, ou são membros da carreira judicial, afirma que:

resulta certamente chamativo que, com apoio na LOPJ, se blinde a políticos (ou mediáticos) e a juizados e Tribunais (seus titulares se entende), acunhando-se um tratamento de aforamento que, em democracia, é inassumível e inadmissível, a justificar-se as salas especiais através de um rebrote de especialidade que o único que evidencia é a **blindagem impune** em que se encontram juízes, magistrados e políticos¹⁵⁶.

Sob uma ótica diametralmente oposta, encontramos diversas opiniões negando a existência de qualquer privilégio em função da competência por prerrogativa de função.

Na lição de José Frederico Marques, a competência *ratione personae* dos tribunais superiores não constitui foro privilegiado. Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece “por amor dos indivíduos”, e sim em razão “do caráter, cargos ou funções que eles exercem”. Está baseada na “utilidade pública e no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência do Tribunal Superior”. No

¹⁵⁴ *Dicionário Eletrônico Aurélio*, Século XXI.

¹⁵⁵ *A síndrome dos desiguais*, p. 11 – 12. Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia, ano 6, n. 29, jul.-set./2002.

¹⁵⁶ *El Proceso Penal de La Ley de Enjuiciamiento Criminal*, p. 38/39.

processo penal, em lugar de privilégio, o que se contém na competência *ratione personae* é, sobretudo, uma garantia¹⁵⁷.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Tourinho Filho que a Constituição veda e proíbe o foro privilegiado e não o foro especial em atenção à relevância, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe. O privilégio decorre do benefício à pessoa, ao passo que, a prerrogativa de função está relacionada ao cargo.

Afirma ainda que esse foro especial “se legitima e se explica em face da necessidade de serem criadas garantias especiais de firmeza e de imparcialidade nos processo aos quais essas pessoas são expostas”¹⁵⁸.

Embora rejeitando a idéia de privilégio, Mirabete chega a afirmar que a expressão “foro privilegiado” é agora mais aceitável, já que a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 5º, inciso XXXVII, não menciona proibição ao “foro privilegiado” mas apenas a “juízo ou tribunal de exceção”, contrapondo o referido dispositivo ao texto constitucional anterior, que no artigo 141, § 26, dispunha que “não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”¹⁵⁹.

Vale ressaltar que, mesmo proibindo o foro privilegiado, a Constituição de 1969 também previa hipóteses de foro por prerrogativa de função, conforme apresentado no item 2.7, do capítulo anterior, o que pode reforçar a idéia de que esse critério de fixação da competência não constitui privilégio, pois, se assim o fosse, estaríamos diante de uma flagrante contradição do texto constitucional em comento.

Reforçando essa linha de pensamento, afirmava Paulo Lúcio Nogueira¹⁶⁰ que, “A competência por prerrogativa de função não admite o foro privilegiado. Aliás, a Constituição vigente proíbe o foro privilegiado e os Tribunais de exceção (art. 153, § 15)”¹⁶¹.

¹⁵⁷ *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 220/223.

¹⁵⁸ *Processo Penal*, vol. 2, p. 132-133.

¹⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 186.

¹⁶⁰ *Curso Completo de Processo Penal*, p. 66.

O posicionamento doutrinário até aqui exposto encontra respaldo na jurisprudência, em diversos julgados¹⁶². Destarte, outros argumentos podem ser utilizados para rejeitar a idéia de “foro privilegiado” em relação à competência por prerrogativa de função, conforme passaremos a expor.

A primeira questão que colocamos diz respeito à inexistência do duplo grau de jurisdição, princípio abordado item 4.4, do capítulo I, nos processos de competência originária dos Tribunais, impossibilitando ao acusado o exercício de uma atividade recursal plena, uma vez que são possíveis apenas os recursos extraordinário e especial.

Essa situação, a nosso ver, além de não poder ser considerada como “privilégio”, pode representar até um verdadeiro prejuízo imposto ao réu, o que talvez justifique a expressão *ratione muneris*, associado à prerrogativa de foro, significando um múnus público que recai sobre os ocupantes de determinados cargos.

Nessa linha de raciocínio, podemos ressaltar que o julgamento perante os Tribunais dificulta a atividade defensiva sob outros aspectos, não só pela inexistência de recurso ordinário, mas também do ponto de vista econômico, pela localização dos Tribunais nas Capitais dos Estados ou na Capital Federal, impondo um custo bastante superior para o bom desempenho das missões do defensor, bem como sob o aspecto argumentativo, exigindo, em tese, uma técnica sempre mais apurada por parte do defensor, presumindo a maior experiência e rigor do órgão colegiado.

De qualquer modo, diante do antagonismo das posições apresentadas, entendemos que a forma mais segura de extrairmos alguma conclusão sobre o tema é através do confronto entre a prerrogativa de função e o princípio da igualdade.

Melhor esclarecendo, entendemos que para afirmar se as regras que estabelecem a competência *ratione personae* são ou não violadoras do princípio, devemos

¹⁶¹ Referência feita ao Texto Constitucional de 1969, vigente à época da edição da obra citada.

¹⁶² Nesse sentido: RTJ 90/950; RTJ 152/657.

proceder uma verificação dos critérios utilizados pelo constituinte para estabelecer a discriminação e se os mesmos podem ser aceitos como razoáveis e justificáveis.

Os parâmetros para a análise proposta foram estabelecidos no primeiro capítulo deste trabalho, quando da abordagem específica acerca do princípio da igualdade, onde, respaldados pela doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo, estabelecemos que três aspectos devem ser considerados para que uma diferenciação seja aceitável, que são o elemento tomado como fator de desigualação, a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado, e a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Assim sendo, analisemos o primeiro aspecto: conforme já exaustivamente mencionado, a competência *ratione personae* leva em consideração o cargo ou função exercida por determinadas pessoas, fixando em razão desse elemento, como juiz natural para as causas criminais em que eventualmente se vejam envolvidas, os Tribunais, originariamente.

Temos assim que o elemento discriminador acolhido pelo constituinte foi – o cargo ou a função – ocupada por alguém.

Apesar das críticas de ordem política-ideológica que se possam apresentar em torno da questão, entendemos que diferenciar as pessoas em razão do cargo que ocupam é perfeitamente natural e aceitável.

Ao observarmos a estrutura organizacional do Estado em todos os setores da administração pública, encontramos variados cargos e funções, criados em decorrência das necessidades da administração, cada um com suas peculiaridades.

Nesse complexo universo do setor público, encontramos cargos acessíveis apenas através do voto, outros por livre nomeação dos chefes do executivo, legislativo e

judiciário, e outros apenas de concurso público. Além disso, diversas exigências se apresentam para cada um, desde a idade dos postulantes, até o conhecimento específico em determinadas áreas, como por exemplo, a formação jurídica com tempo mínimo de experiência profissional aos magistrados, a formação médica aos profissionais da área de saúde, e assim por diante.

Assim sendo, diferenciar as pessoas em razão do cargo ou função ocupada não viola, à primeira vista, o princípio isonômico.

Prosseguindo na nossa verificação dos critérios, entretanto, devemos agora analisar se existe correlação lógica abstrata em o fator erigido em critério de *discrimen* – cargo ou função - e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado – competência originária dos Tribunais.

Considerando que entre o variados cargos e funções existentes na administração, existem alguns que se diferenciam dos demais, além dos fatores já mencionados, em razão de uma maior relevância e responsabilidades, como é o caso, *v.g.*, do Presidente da República, Senadores, Deputados, Ministros do Supremo, entre outros, é razoável que se conceda um tratamento diferenciado, procurando protegê-los de certas pressões que colocariam em risco o bom e pleno exercício funcional.

Essa proteção pode ser buscada de várias formas, de acordo com o objetivo que se queira alcançar. Os parlamentares, por exemplo, são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, ou seja, para que exerçam plena e livremente a atividade parlamentar, não podem sofrer limitações no exercício da palavra.

Quando falamos na justiça criminal, não difícil compreender que, a imputação de uma infração penal a qualquer pessoa é algo grave e ameaçador, trazendo grandes transtornos ao indivíduo. Ainda que cercados por um rico rol de garantias constitucionais a serem observados num devido processo legal, sabemos que a persecução

criminal pode ser usada de forma indevida, procurando coibir a ação de pessoas combativas, num Estado tirânico.

Do mesmo modo, o favorecimento de pessoas em razão de interesses pessoais, também pode ser verificado no contexto processual penal.

Em qualquer hipótese, entendemos que nos juízos monocráticos, as possibilidades de influência e pressões seriam sempre maiores.

Assim sendo, para que determinadas autoridades possam exercer livremente seus cargos e funções, além das garantias individuais gerais, a competência originária dos Tribunais para processo e julgamento das causas em que estão envolvidas é bastante salutar, pois estando tais causas sob a responsabilidade de órgãos colegiados, maior segurança jurídica é alcançada, o que justifica logicamente o *discrímén*.

Por fim, devemos observar se a eleição de foro especial para processo e julgamento dos ocupantes de determinados cargos e funções, como forma de garantir o adequado exercício das atribuições, está em consonância com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Para tanto, reportamo-nos ao artigo 2º da Constituição Federal, que diz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Através desse dispositivo, o constituinte brasileiro de 1988, na construção de um Estado Democrático de Direito, reafirma o sistema da tripartição dos poderes.

Nas palavras de Paulo Fernando Silveira,

a separação dos poderes (em seu contexto incluindo o sistema de freios e contrapesos) constitui-se em fórmula última e refinada de eliminação da tirania preconizada pela Revolução Francesa. Pelo princípio da separação dos poderes, estabeleceu-se o equilíbrio do poder (*balance of power*), a ser mantido entre os três ramos do governo: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário¹⁶³.

¹⁶³ *Devido Processo Legal*, p. 43.

A tripartição do poder, só variando a especialização e preponderância no exercício das funções do Estado, serve como forma de limitar cada um deles, nada mais demonstrando de que o poder corrompe, de que o detentor do poder tende a abusar dele. Assim, o exercício parcelado e mutuamente controlado é a grande mola do funcionamento do Estado moderno.

O ideal é que os Poderes atuem em conjunto e harmonicamente, a bem da sociedade. A independência dos Poderes deve ser assegurada para que possa ser satisfatório o sistema de freios e contrapesos.

Essa independência se manifesta primeiro através da consciência e espírito público dos agentes políticos, da administração de cada Poder por si próprio e, de modo cabal, pela autonomia orçamentária¹⁶⁴.

O equilíbrio e a separação entre os Poderes garantem-se também pela definição constitucional das funções de cada um, bem como das prerrogativas de cada um de seus agentes políticos.

Dentre essas prerrogativas, salientamos a importância das normas definidoras da competência *ratione personae*, resguardando certas autoridades, dos três poderes, de juízos apressados e temerários, que colocariam em risco o buscado equilíbrio do Estado.

Concluimos assim que a determinação da competência pela prerrogativa de função está em perfeita consonância com o sistema constitucional e, portanto, atendendo aos três aspectos que apresentamos como necessários para a verificação da admissibilidade da diferenciação, não viola o princípio da igualdade.

¹⁶⁴ Na lição de Alexandre de Moraes, “O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina, e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos”, *Direito Constitucional*, p. 430-431.

Assim sendo, não há que se falar em inconstitucionalidade das normas que instituem a competência *ratione personae*, em especial daqueles previstas na própria Carta Magna.

O posicionamento aqui externado, todavia, não significa que concordamos com a extensão da prerrogativa de função a todos os cargos contemplados pelo constituinte pátrio, mas sim que, feita essa opção, não é admissível que se questione a respeito de sua legitimidade no plano normativo constitucional.

Apenas para clarear a ressalva feita, criticamos, *v.g.*, a extensão da competência por prerrogativa de função, no plano da administração municipal, aos prefeitos, conforme disposto no art. 29, X, da CF.

Considerando a estrutura de poder da União, Estados e Municípios, é evidente que em relação a estes não se pode falar de tripartição de poderes, uma vez que desprovidos da função jurisdicional. Nem por isso, entretanto, podemos admitir que entre os agentes políticos municipais, prefeito e vereadores, seja desconsiderada a equivalência em termos de importância no plano da administração pública municipal, a justificar um tratamento desigual, como se os representantes do Poder Legislativo fossem menos importantes do que o chefe do Poder Executivo.

Vale lembrar que, não só se encontram no mesmo plano funcional, como, entre as atribuições das Câmaras de Vereadores, está a competência para o processo e julgamento dos prefeitos municipais pela prática de crime de responsabilidade, assim definidos no Decreto-Lei n. 201/67, tendo como consequência a cassação do mandato do prefeito infrator.

Se nos planos Federal e Estadual, o constituinte tratou igualmente os representantes do Executivo, Legislativo e Judiciário, deveria também fazê-lo no âmbito municipal, sob pena de instituir um indesejável desequilíbrio entre os poderes constituídos.

Não é nossa intenção defender a extensão da prerrogativa de foro aos edis, mas sim criticar a sua extensão aos Prefeitos, o que, s.m.j., entendemos desnecessário.

Frise-se mais uma vez que não estamos a falar em inconstitucionalidade da norma, mas sim num emprego excessivo do instituto.

Preocupa-nos ainda, em relação às normas relacionadas com essa espécie de competência, além do seu emprego indiscriminado, o alcance de referidas normas quando confrontadas com outras normas definidoras da competência criminal.

Esses e outros aspectos, porém, serão tratados amiúde no capítulo seguinte.

4.4 Conflitos normativos

Conforme já demonstrado no Capítulo I, o respeito à garantia do juiz natural é indispensável ao exercício da atividade jurisdicional, funcionando não só como garantia das partes, mas como garantia do próprio Poder Judiciário. A variedade de critérios determinadores da competência encontrados em nosso ordenamento jurídico, todavia, pode gerar algumas dificuldades para se saber quais devem prevalecer, num aparente conflito normativo.

O conflito é apenas aparente, porque envolve normas previstas no texto constitucional e, conforme já exposto¹⁶⁵, não admitimos a idéia de normas constitucionais inconstitucionais, devendo a Lei Maior ser compreendida como um todo harmônico, que deve ser interpretado de forma a alcançar o escopo pretendido pelo legislador constituinte.

A escolha da regra que deve prevalecer, afastando a incidência das demais, encontra seu ponto orientador fundamentalmente nos interesses de ordem pública considerados pelo constituinte na delimitação do âmbito do exercício da jurisdição.

¹⁶⁵ Ver item 2.1, do Capítulo I.

Nesse processo de delimitação, três enfoques são colocados: a necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos; a necessidade de delimitação da intervenção dos sistemas integrados e autônomos de órgãos jurisdicionais especiais e comuns (competência de justiça); assegurar a participação popular direta no exercício da jurisdição, atribuindo ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Segundo Maria Lúcia Karan,

a identificação de eventual preponderância de um destes interesses ou a possibilidade de harmonização entre eles, aliando-se à necessária visão sistemática do conjunto de regras constitucionais sobre competência, irão dizer qual a regra aplicável quando não expressamente indicada pela própria Constituição Federal a regra especial a se sobrepor às demais¹⁶⁶.

Esse processo de identificação, no entanto, não é tarefa fácil, podendo conduzir a conclusões diferentes, conforme o posicionamento do intérprete, como veremos nos conflitos a serem abordados, em especial no conflito entre a competência por prerrogativa de função e a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

4.4.1 Prerrogativa de função e Tribunal do Júri

Dispõe o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal, competir privativamente ao Tribunal do Júri o julgamento das causas que contenham pretensão punitiva fundada em fatos configuradores de crimes dolosos contra a vida.

Quando em relação a esses fatos, entretanto, identificar-se que está no pólo ativo pessoa a quem se atribui a competência para o processo e julgamento aos órgãos superiores da jurisdição, discute-se qual dos critérios deve prevalecer para determinar o seu

¹⁶⁶ *Competência no Processo Penal*, p. 77.

juiz natural. Ou seja, a causa deverá ser julgada em razão da competência *ratione materiae*, pelo Tribunal do Júri, ou em razão da competência *ratione personae*, pelos Tribunais, originariamente.

A solução encontrada com maior freqüência na jurisprudência¹⁶⁷, com respaldo doutrinário, para o deslinde da questão, tem sido no sentido de que prevalece a prerrogativa de função, regra especial de competência, em prejuízo da competência do Tribunal do Júri, vista como regra geral¹⁶⁸.

Reforça esse entendimento a Súmula 721 do STF, assim redigida: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

Para Guilherme de Souza Nucci,

ratificou o Pretório Excelso, de maneira indireta, que a prerrogativa de foro, fixada na Constituição Federal, excepciona a competência genérica do júri, para os delitos dolosos contra a vida, também estabelecida na Carta Magna¹⁶⁹.

Considerando que ambas têm respaldo constitucional, afirma a doutrina que a Constituição pode excepcionar a si própria, sendo, nas palavras de Tourinho Filho, como se ela dissesse:

o órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, é o Tribunal do Júri, mas se o agente for Prefeito Municipal, Juiz Estadual ou membro do Ministério Público Estadual, a competência desloca-se para o Tribunal de Justiça¹⁷⁰.

Contrariando tal entendimento, entretanto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que cabe ao Tribunal do Júri a competência para julgar o crime doloso contra a vida praticado por Promotor de Justiça¹⁷¹.

¹⁶⁷ Nesse sentido: RSTJ, 21/96; RT 744/489.

¹⁶⁸ Nesse sentido: GRINOVER, SCARANCA e MAGALHÃES. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 57; KARAN, Maria Lúcia, *Competência no Processo Penal*, p. 85.

¹⁶⁹ *Manual de Processo e Execução Penal*, p. 241.

¹⁷⁰ *Processo Penal*, vol. 2, p. 138.

¹⁷¹ STJ, 6ª T., HC nº 3.316/PB, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU nº 46, p. 5.997, de 10-03-97.

Evidenciada que está a controvérsia em torno da questão, entendemos de grande importância algumas considerações em torno dos dois critérios definidores da competência, que se apresentam aparente conflito.

No que tange às normas que estabelecem a competência levando em consideração o cargo ou função ocupada pelo réu, normas estas previstas na Constituição Federal, conforme já nos manifestamos anteriormente, devem ser respeitadas, posto que emanadas do poder constituinte, originário ou reformador, não havendo quanto a estas, o que se argüir em termos de inconstitucionalidade ou qualquer outro vício que lhes negue validade.

Do mesmo modo, devemos encará-las como normas de garantia, uma vez que destinada a assegurar a realização do princípio do juiz natural, objeto de nossas considerações no item 4.3, do primeiro capítulo.

Essas características, todavia, não as tornam imutáveis ou absolutas, podendo assim ser relativizadas quando confrontadas com outras, com o mesmo status constitucional, porém de maior relevo.

No tocante ao Tribunal do Júri, por sua vez, não podemos esquecer que o tratamento dispensado pela Constituição é incomum. Inserido no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, motivado pelo interesse na participação popular direta no exercício da função do Estado expressada na jurisdição, associado às particularidades do julgamento efetuado por aquele órgão, como a decisão das questões segundo a consciência popular e a soberania dos vereditos, não podem ser desconsiderados.

Como ressalva Maria Lúcia Karan, ao tratar expressamente da competência do Tribunal do Júri, quis o constituinte que o interesse fundamentador da criação do júri não se limitasse a determinar a existência daquela instituição, mas se constituísse também em fator a ser necessariamente considerado quando da materialização da função jurisdicional nos processos em que se examina a possível prática daqueles delitos, em tese os que apresentam

maior gravidade, se fizesse através de uma forma mais democratizada de exercício deste poder do Estado¹⁷².

Assim sendo, cumpre-nos indagar: a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos devem se sobrepor aos interesses ligados à instituição do júri? Conforme podemos observar, ainda que o posicionamento não seja unânime, tem sido realmente no sentido de afastar a competência do Tribunal do Júri, fazendo prevalecer a competência por prerrogativa de função.

Dentre os diversos argumentos apresentados para tanto, Maria Lúcia Karan¹⁷³ afirma que nas regras de competência por prerrogativa de função nenhuma ressalva é feita às infrações penais incluídas na competência do júri, como ocorre, por exemplo, em relação aos crimes eleitorais. Deixando de excepcionar as aludidas regras, não haveria margem para outro entendimento.

A nosso ver, entretanto, tal posicionamento é equivocado, pois seria desnecessário que se fizesse qualquer exceção sobre a competência do júri nas aludidas regras, visto que, ao definir a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a exceção já está posta, visto que as normas constitucionais insculpidas no art. 5º da CF, conforme a classificação de Maria Helena Diniz¹⁷⁴, são normas de eficácia absoluta, intangíveis, não podendo, sequer, serem emendadas, o que nos permite afirmar que, quando confrontadas com as demais normas constitucionais, devem prevalecer, pois são elas normas especiais.

Especiais porque consagram uma garantia individual, ao lado de várias outras como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, presunção de não-culpabilidade, a inviolabilidade do domicílio, a inadmissibilidade das provas obtidas por

¹⁷² *Competência no Processo Penal*, p. 85.

¹⁷³ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁴ Nesse sentido ver ítem 2, do Capítulo I.

meios ilícitos e todas mais que nos foram reconhecidas pela Assembléia Nacional Constituinte, como forma de assegurar frente ao Estado um tratamento justo e igualitário.

Argumenta-se, porém, que a inserção do júri entre os direitos e garantias fundamentais não justifica a afirmação de que nela estaria contido um valor superior a fazê-lo se sobrepor às demais regras de competência, visto que todas contêm um traço garantidor destinado a traduzir e efetivar o princípio do juiz natural.

Segundo Maria Lúcia Karan, fez o constituinte

uma opção política, que, **embora criticável**¹⁷⁵, há que ser observada: no confronto entre o direito individual do cidadão que ocupa determinados cargos públicos de ser submetido a julgamento pelo júri, quando lhe for imputada a prática de crime doloso contra a vida, e o interesse do Estado em garantir a preservação da dignidade e da relevância daqueles determinados cargos públicos, através da intervenção no processo tão somente de órgãos jurisdicionais de graduação superior, optou o constituinte pelo sacrifício do direito individual em prol de um interesse da coletividade (que, pelo menos em tese, o Estado representa).

Afirma ainda que,

a estabilidade e a segurança das instituições poderiam se ver ameaçadas caso fossem estes cidadãos que a personalizam submetidos a julgamento por órgão jurisdicional de 1º grau, aberto à participação popular direta¹⁷⁶.

Com a devida vênia, consideramos tais argumentos inaceitáveis.

Que as regras de competência em geral estão a serviço do princípio do juiz natural não há o que contestar. A aludida garantia, entretanto, a quem interessa?

Se os direitos e garantias são direcionados aos indivíduos; se a imputação das condutas criminosas recai sobre os indivíduos; se a Constituição assegura, entre outros princípios, a individualização da pena, como admitir que regras de cunho nitidamente

¹⁷⁵ O grifo no texto reproduzido é de nossa responsabilidade, procurando evidenciar que a própria autora, ao comentar o tema, apresenta-se contrária à maneira de se aplicar a norma, acabando, porém, por aceitá-la sem explicar as razões e sua contrariedade.

¹⁷⁶ *Competência no Processo Penal*, p. 88.

institucional¹⁷⁷, flagrantemente declarado como tal, retirem dos indivíduos a garantia de ser julgado pelo tribunal popular quando acusados da prática de crimes dolosos contra a vida?

Se a norma instituidora da competência do júri pode ser afastada diante de outras regras de competência sem maiores problemas como se tem decidido, não seria estranho, por exemplo, afirmarmos que aquelas mesmas autoridades não teriam direito às demais garantias do processo, toda vez que algum outro interesse de ordem coletiva fosse confrontado com aqueles.

Assim sendo, estaríamos caminhando a passos largos para uma perigosa deterioração dos direitos e garantias individuais, o que não nos parece o melhor direcionamento para uma questão tão relevante.

Falar em “opção política” também não nos parece acertado, visto que, conforme mencionado no início desta argumentação, a controvérsia é puramente interpretativa, dependendo o seu resultado da posição do intérprete frente ao problema. Imputar ao constituinte essa “opção política”, como um resultado certo e determinado, não nos parece correto. Basta que os órgãos do Poder Judiciário dêem ao texto constitucional outra interpretação, como já mencionado, para que a tal “opção política” seja modificada, fazendo prevalecer o interesse individual sobre o institucional.

Ao defendermos a prevalência da norma de direito individual sobre a institucional, o que seria típico de um Estado Liberal, não pretendemos de qualquer modo enfraquecer as instituições, às quais devemos o maior respeito e confiança.

¹⁷⁷A natureza institucional da prerrogativa de função fica evidente no julgado a seguir transcrito: “A definição constitucional das hipóteses de prerrogativa de foro *ratione muneris* representa elemento vinculante da atividade de persecução criminal do Poder Público. É que o Estado não pode desconsiderar essa garantia constitucional básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários investidos de competência funcional para a apreciação de litígios penais que envolvam determinados agentes públicos. Essa prerrogativa, que ‘não é foro privilegiado’ (RTJ 90/950), consoante já assinalou o STF, é concedida aos membros do Ministério Público da União, em sede de processo penal condenatório, por efeito da própria natureza, dignidade e relevância das atribuições inerentes ao cargo que exercem, de tal modo que – mesmo tratando-se de crimes dolosos contra a vida – os agentes do *Parquet* estarão sempre sujeitos à competência penal originária dos Tribunais expressamente indicados pela CF. A questão da prerrogativa de foro – achando-se intimamente associada ao

A questão que se coloca é que o julgamento popular de um indivíduo que ocupa um cargo público, por mais relevante que seja, não coloca em risco a segurança e a estabilidade das instituições.

Nenhum risco é maior às instituições do que a mera suspeita de favorecimento ou tratamento privilegiado em relação a seus componentes, como ainda que de forma indevida tenha soado a prerrogativa de foro, que conforme já abordado anteriormente é normalmente vista como um “foro privilegiado”.

O julgamento popular de um indivíduo que ocupe cargo público alcançado pela prerrogativa de função, quando da prática de crimes dolosos contra a vida, deveria ser visto como algo salutar para as próprias instituições, evitando que eventuais absolvições fossem interpretadas como proteção indevida, aí sim deteriorando a imagem e a credibilidade das mesmas, tão abaladas na consciência popular em virtude dos desmandos, atos de corrupção, improbidade administrativa e abuso de poder, diariamente noticiados pela imprensa.

Sabemos, todavia, que nessa seara as opiniões tendem a ser divergentes, de modo que a opinião externada acima não se constitui num elemento seguro para dirimir a controvérsia.

Assim sendo, tentaremos encontrar a solução para o problema respaldado por princípios interpretativos que nos conduzam a uma decisão normativo-constitucionalmente fundada. Para tanto, nos utilizaremos dos conceitos apresentados no capítulo I, quando enfrentamos o tema.

Apenas para esclarecer nosso trabalho, lembramos que o emprego dos princípios se dará em função da seguinte questão: sendo o crime doloso contra a vida imputado a uma pessoa que exerce cargo ou função para a qual a Constituição define a

postulado do juiz natural – constitui expressiva garantia de ordem institucional outorgada pela Carta da República” (STF – HC – Rel. Celso Mello – J. 25.06.96 – RT 744/489).

competência originária dos Tribunais, pergunta-se: a quem compete o julgamento e qual o critério interpretativo empregado para se chegar à solução apresentada?

Devidamente delimitada a questão, passemos às nossas considerações.

Devemos considerar inicialmente que nossa Constituição, como decisão política fundamental tomada pelo povo que levou à reunião de seus representantes em Assembléia Nacional Constituinte, tem como um de seus princípios fundamentais estruturantes, anunciado logo no seu primeiro artigo, o princípio do Estado Democrático¹⁷⁸. Sabendo disso, e analisando mais uma vez as palavras de Maria Lúcia Kuran em relação ao Tribunal do Júri, destacamos o trecho a seguir: **quis o constituinte que o interesse fundamentador da criação do júri não se limitasse a determinar a existência daquela instituição**, mas se constituísse também em fator a **ser necessariamente considerado quando da materialização da função jurisdicional** nos processos em que se examina a possível prática daqueles delitos, em tese os que apresentam maior gravidade, se fizesse através de uma forma mais **democratizada** de exercício deste poder do Estado¹⁷⁹.

De tão expressivas as palavras por nós destacadas, merecem ser analisadas.

Primeiramente tomemos a frase: **quis o constituinte que o interesse fundamentador da criação do júri não se limitasse a determinar a existência daquela instituição**. Concordamos plenamente. Ao instituir o Tribunal do Júri, inserindo-o no rol de direitos e garantias individuais, não é concebível que estivesse o constituinte se limitando a criar uma instituição vazia, sem um papel destacado na estrutura jurisdicional do país, sem uma missão maior, que justificasse a sua existência, qual seja, o julgamento dos crimes que atingem o nosso bem de maior valor – a vida.

Deve, portanto, **ser necessariamente considerado quando da materialização da função jurisdicional**. É dizer, não podemos e não devemos esquecê-lo,

¹⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 60-61.

relegando a uma regra geral que possa ser descartada sem maiores conseqüências. E que representa uma forma mais **democratizada** do exercício desse poder. É a expressão e a realização da tão festejada democracia, princípio fundamental, que define a estrutura do nosso Estado – um Estado Democrático de Direito, como resultada da nossa decisão política fundamental. Feitas essas considerações, forçoso reconhecer que no confronto entre a competência por prerrogativa de função e a competência do Tribunal do Júri, esta deve prevalecer por expressar um princípio fundamental estruturante do Estado brasileiro.

A interpretação aqui defendida encontra respaldo ainda no princípio da unidade da constituição, explicado por Willis Santiago Guerra Filho, como aquele que,

determina que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na decisão fundamental do constituinte¹⁸⁰.

No caso da nossa Constituição, a fórmula política que se acha claramente indicada no seu artigo 1º é de um Estado Democrático de Direito, conforme já mencionamos. Do mesmo modo, a prevalência da competência do Tribunal do Júri sobre a prerrogativa de função se justifica com emprego do princípio da máxima efetividade que, considerado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que lhes reconheça a maior eficácia¹⁸¹.

Vale ressaltar que o procedimento interpretativo proposto não nega validade às normas instituidoras da competência *ratione personae*, mas as faz ceder em relação aos crimes dolosos contra a vida, quando a competência do Tribunal do Júri, deve prevalecer. Como se pode observar, a interpretação aqui defendida, s.m.j., é a que mais corresponde uma

¹⁷⁹ *Competência no Processo Penal*, p. 85.

¹⁸⁰ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 77-78.

¹⁸¹ Nesse sentido ver item 3, do Capítulo I.

atividade hermenêutica conforme a Constituição, o que entendemos fundamental para o fortalecimento e desenvolvimento de um devido processo constitucional.

4.4.2 Prerrogativa de função nas hipóteses de conexão e continência

Questão que se apresenta relevante para a aplicação da competência por prerrogativa de foro, diz respeito às hipóteses de conexão e continência tratadas no Código de Processo Penal, nos artigos 76 a 82.

Como ensina 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 justiça¹⁸².

A conexão, portanto, é o nexos, a ligação, liame que a coisas, pessoas e fatos guardam entre si. A continência, por sua vez, também é esse nexos entre as pessoas e os fatos, só que, nesta, uma causa está contida na outra.

Como afirmam Demercian e Maluly, “esse nexos recomenda sejam as infrações penais, os fatos, julgados num mesmo processo, não só por razões de economia processual, como também para se evitarem decisões conflitantes e contraditórias”¹⁸³.

Em face de tais regras, devemos então considerar as hipóteses de conexão e continência, quando envolvido na relação processual, pessoa a que for definida a competência por prerrogativa de função, juntamente com outras não contempladas por tais normas.

Diante de tal situação, a indagação a ser feita é se a competência originária, decorrente da prerrogativa de foro, deverá atrair os demais, preservando a unidade do

¹⁸² *Processo Penal*, vol. 2, p. 192.

¹⁸³ *Curso de Processo Penal*, p. 226.

processo, ou não, respeitando-se o juiz natural de cada um dos envolvidos em razão dos demais critérios de fixação da competência.

A resposta que pode ser apresentada à questão como regra geral, nos é fornecida pela Súmula 704, do STF, nos seguintes termos:

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 sendo, se determinado réu, por prerrogativa de função, deve ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, mas cometeu o delito em co-autoria com outra pessoa, que não detém a mesma prerrogativa, ambos serão julgados no Pretório Excelso, em face da continência¹⁸⁴.

Cumpre-nos salientar, todavia, que a regra até aqui exposta, comporta exceções. Quando a continência ou a conexão de causas, envolver duas regras de competência, igualmente previstas na Constituição Federal, como é o caso da prerrogativa de foro e a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sobre o qual tratamos no item anterior, a mesma solução não deve ser aplicada.

Considerando que a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida está prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*), assim como a competência por prerrogativa de função, nos diversos dispositivos já apresentados neste trabalho¹⁸⁵, o entendimento pacífico é de que as regras de conexão e continência, modificadoras da competência, previstas na legislação ordinária, em nenhuma hipótese podem se sobrepor às regras constitucionais concretizadoras do princípio do juiz natural.

¹⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.846—2, impetrado em favor de um dos recorridos, estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça Estadual para julgar, nas hipóteses de conexão ou continência, as causas penais em que figure, dentre os acusados, magistrado estadual, ainda que cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União e de autarquias federais.

¹⁸⁵ Ver item 1.1, do Capítulo IV.

Segundo Maria Lúcia Karan, “quando em confronto com regra constitucional sobre competência, a conexidade de causas deixa de ser fator determinante da competência, não podendo levar à reunião das ações”¹⁸⁶.

Assim sendo, se um magistrado for acusado da prática de um crime doloso contra a vida, em concurso de agentes (continência) com uma pessoa que não têm o foro por prerrogativa de função, obriga-se à separação dos processos, cada qual sendo processado e julgado perante o seu juiz natural, no caso, o magistrado perante o Tribunal de Justiça a que está vinculado, e o cidadão comum, que não tem “foro privilegiado”, perante o Tribunal do Júri.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

Normas legais ordinárias, que atribuem à conexão e à continência de causas – enquanto modalidades de prorrogação necessária de competência – o efeito jurídico do *simultaneus processus*, não dispõem de autoridade suficiente para inibir a invocação do postulado do juiz natural e a extensão ao paciente da garantia constitucional indisponível de ser julgado, pelo delito de homicídio que se lhe imputou, perante o Tribunal do Júri¹⁸⁷.

Vale ressaltar que a solução ora apresentada não leva em consideração nosso posicionamento contrário à prevalência da prerrogativa de foro sobre o júri.

4.4.3 Prerrogativa de foro prevista nas Constituições Estaduais

Conforme já mencionamos anteriormente, as normas que definem a competência *ratione personae*, encontram-se não só na Constituição Federal, mas também nas Constituições Estaduais e na legislação ordinária.

¹⁸⁶ *Competência no Processo Penal*, p. 64.

¹⁸⁷ RTJ 143/925.

Em relação às normas Estaduais, citamos, exemplificativamente, as disposições contidas na Constituição Paulista, conforme apresentado no item 1.9, do capítulo III.

Ao analisarmos o referido diploma legal, observamos que além daquelas já previstas em nossa Lei Maior, que se repetem, alguns outros cargos foram contemplados pela Assembléia Constituinte do Estado de São Paulo, como é o caso do Vive-Governador do Estado, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Defensor Público Geral, o Delegado Geral de Polícia e o Comandante Geral da Polícia Militar.

Fenômeno semelhante ocorre em outros Estados, alguns inclusive estendendo a prerrogativa de foro aos vereadores, como é o caso do Piauí e Rio de Janeiro. Diante de tais disposições, a primeira indagação a ser feita é no sentido de saber se as Assembléias Constituintes Estaduais estariam autorizadas a fazê-lo e, caso a resposta seja positiva, se tais normas devem prevalecer quando confrontadas com aquelas previstas na Constituição Federal.

A resposta da primeira questão é dada pelo art. 125, § 1º, da Constituição Federal, que confere aos Estados poderes para estabelecerem a competência dos seus Tribunais, o que, a nosso ver, os autoriza a conceder a prerrogativa de foro de acordo com os critérios políticos locais. Essa permissão, todavia, não confere aos Tribunais dos Estados poderes para processar e julgar tais pessoas em toda e qualquer infração penal.

Ocorre que, na determinação das regras de competência encontradas na Constituição Federal o constituinte utilizou o critério *ratione materiae*, como ocorre com a competência da Justiça Federal e do Tribunal do Júri.

Assim sendo, nos eventuais conflitos normativos identificados, envolvendo as regras de competência previstas exclusivamente nas Constituições Estaduais, sem

correspondência na Constituição Federal, é natural que estas devam prevalecer, por serem hierarquicamente superiores no sistema normativo pátrio.

Por conta desse raciocínio, diversas súmulas foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a prevalência das normas contidas na Constituição Federal em face daquelas previstas, exclusivamente, nas Constituições Estaduais.

É o que ocorre, por exemplo, em relação à competência do Tribunal Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF, quando a infração for praticada por pessoa que ocupe cargo na esfera estadual de governo, contemplado pela prerrogativa de foro apenas em função da Constituição Estadual, como é o caso dos Deputados Estaduais, Secretários de Estado, vereadores e outros.

Nessas hipóteses, nos termos da Súmula 721 do STF¹⁸⁸, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por essas autoridades será do Tribunal do Júri.

Fenômeno semelhante ocorre em relação às infrações da competência da Justiça Federal, prevista nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, quando praticadas por aquelas pessoas que tenham a competência por prerrogativa de função prevista pelas Constituições Estaduais.

Nesses casos, o entendimento predominante é de que nos crimes cometidos contra bens, interesses e serviços da União, o julgamento ficará à cargo do Tribunal Regional Federal.

Assim já o Superior Tribunal de Justiça:

Compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar deputado estadual que tenha no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função, se acusado da prática de crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas¹⁸⁹.

¹⁸⁸ STF - Súmula 721: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

No mesmo sentido, encontramos o seguinte julgado:

1. 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. 2. Aos Tribunais de Justiça não se pode atribuir competência por prerrogativa de função quando lhes falta jurisdição. 3. Compete ao TRF processar e julgar deputado estadual que tenha no Tribunal de Justiça o foro por prerrogativa de função se acusado da prática de crime em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas (STJ – HC 372 – Rel. Costa Lima – RT 659/312).

Na mesma linha de raciocínio, é de se entender que todas as pessoas que têm o Tribunal de Justiça como foro privativo por força de Constituição local, serão processadas e julgadas por ele tão-somente nas infrações da alçada da Justiça Comum Estadual. Nos demais casos, a competência e desloca para o órgão de segundo grau da respectiva Justiça. Assim sendo, se o crime for eleitoral ou militar, devem ser processados e julgados pelos órgãos de 2º grau dessas Justíças.

Discordando de tal posicionamento, Tourinho Filho entende que,

as pessoas a quem a CF, expressa (art. 96,III) ou implicitamente (art. 29, X, e 125, § 1º), conferiu foro especial devem ser processadas em toda e qualquer infração penal pelo Tribunal de Justiça do Estado onde prestam serviços, ressalvadas as hipóteses feitas constitucionalmente quanto aos crimes de responsabilidade e eleitorais. Pouco importa se a Magna Carta conferiu, de maneira expressa ou de maneira implícita, aos Tribunais de Justiça competência *ratione muneris*. De uma forma ou de outra, conferiu. É o que basta. E como o fez, sem restrições, é de entender que ela quis excepcionar si própria¹⁹⁰.

No mesmo sentido, posiciona-se Fernandes Capez, para quem “a previsão pela Constituição estadual de foro por prerrogativa de função apenas reflete norma idêntica da Carta Magna, no tocante aos membros do Congresso Nacional”¹⁹¹.

Como se pode observar, ambos invocam em relação aos deputados estaduais, por exemplo, o mesmo tratamento dispensado aos Deputados Federais, por força do princípio da simetria¹⁹².

¹⁸⁹ RSTJ, 17/134.

¹⁹⁰ *Processo Penal*, vol. 2, p. 144-145.

¹⁹¹ *Curso de Processo Penal*, p. 196.

Partindo desse princípio, desenvolve-se o seguinte raciocínio:

O Deputado Estadual está para o Estado-membro como o Deputado Federal está para a União, e como os Deputados Federais, em todas as infrações, são processados e julgados pelo mais alto Tribunal do país, parece óbvio que, os Deputados Estaduais, em todas as infrações, devem ser processados e julgados pelo mais alto Tribunal do Estado¹⁹³.

Com a devida vênia, tal interpretação não deve prevalecer. Ainda que, reconhecendo a existência de uma idéia de simetria entre a União e os Estados, no caso em questão ela não deve ser invocada, até mesmo porque, do modo que a competência originária está prevista, estaria distorcida.

Tomando por base os Poderes da União, Executivo, Legislativo e Judiciário, verificamos claramente que seus dirigentes, Presidente da República, Deputados e Senadores, e Ministros do Supremo Tribunal Federal, são processados e julgados, pela prática de crime comum, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional máximo do país. Até aqui nenhuma novidade.

Olhando para a estrutura dos Estados, entretanto, verificamos que os Governadores dos Estados e os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, são processados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força da Constituição Federal, enquanto que os Deputados Estaduais nem sequer são mencionados na Carta Política da Nação.

Ao fazê-lo, as Constituições Estaduais atribuem a competência aos Tribunais de Justiça dos Estados, assim como o faz em relação a outros cargos.

Cumpre-nos indagar: qual a relação entre o Superior Tribunal de Justiça, juiz natural dos Governadores e Desembargadores, com os Tribunais de Justiça dos Estados? É possível pensar em simetria?

¹⁹² Com sentido semelhante, Fernando Capez utiliza a expressão sincronia. Nesse sentido: *Curso de Processo Penal*, p. 196.

¹⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 139.

Caso os dirigentes do Poder Executivo e do Poder Judiciário dos Estados tivessem como juiz natural os Tribunais de Justiça dos Estados, assim como os membros do Legislativo, poderíamos aceitar a idéia, por ser esse o órgão máximo da Justiça Estadual. Entretanto, a partir do momento que essa competência foi direcionada para o Superior Tribunal de Justiça, qualquer correspondência foi quebrada.

Para que a alegada simetria fosse reconhecida, teriam os Deputados Estaduais, como juiz natural, o próprio Superior Tribunal de Justiça, o que também seria inadmissível visto que sua competência já está definida na Constituição Federal.

Frise-se, ainda, que o mesmo raciocínio para nós incorreto, poderia ser utilizado em relação aos Secretários de Estado, à semelhança do ocorre com os Deputados Estaduais, pela alegada correspondência com os Ministros de Estado¹⁹⁴.

Estamos assim convencidos que o princípio da simetria não autoriza a atribuição ao Tribunal de Justiça da competência para o processo e julgamento de Deputados Estaduais, quando lhes é atribuída a prática de crime doloso contra a vida, devendo assim prevalecer, nos termos da Súmula 721, a competência do Tribunal do Júri.

4.4.4 Infrações penais atribuídas a prefeitos municipais

A Constituição Federal de 1988, inovando em relação às anteriores, conforme demonstrado no capítulo anterior, previu pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico a competência por prerrogativa de função para os prefeitos municipais, conforme disposição contida no inciso X, do artigo 29, que determina o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”. Do modo que foi redigida a referida norma, no entanto, diversas dúvidas foram suscitadas, conforme passaremos a expor.

¹⁹⁴ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2, p. 139.

A primeira controvérsia em torno da prerrogativa de foro conferida aos prefeitos municipais pela Constituição Federal, diz respeito à natureza das infrações abarcadas pela norma, que, diferentemente do que ocorre com as demais normas definidoras da competência, não especificou se o dispositivo se refere apenas às infrações comuns, de responsabilidade ou ambas.

No tocante às infrações comuns, o raciocínio é quase que automático, pois não poderiam deixar de estarem compreendidas no dispositivo, que perderia a razão de ser. Em relação aos crimes de responsabilidade, por sua vez, a questão não é tão simples.

Os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores estão tipificados no Decreto-lei n. 201/67. Ao analisar a referida lei, entretanto, necessário se faz separar a responsabilidade criminal da responsabilidade político-administrativa.

A primeira vem definida no art. 1º da lei em comento, cujas infrações, apesar de tratadas como crimes de responsabilidade, devem ser consideradas como infrações penais comuns, que sujeitam o prefeito à responsabilidade criminal, através do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores.

Segundo Tito Costa,

a expressão 'crimes de responsabilidade' é hoje usual e reconhecida em texto de lei, embora se trate de locução desrevestida de sentido técnico, verdadeira corruptela. Refere-se ela, no entanto, à responsabilidade criminal dos Prefeitos, do qual a responsabilidade civil, e mesmo política administrativa, podem vir a ser conseqüência, não obstante independentes umas de outras¹⁹⁵.

Assim sendo, considerando as infrações previstas no art. 1º, do Decreto-lei n. 201/67, como infrações comuns, tem aplicação o disposto no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, devendo o julgamento do prefeito municipal ficar a cargo do Tribunal de Justiça.

¹⁹⁵ *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, p. 36.

Vale ressaltar que, embora o texto constitucional se refira apenas ao *juízo* perante o Tribunal de Justiça, certamente o *processo* também será da sua competência.

O art. 4º do Decreto-lei n. 201/67, por seu turno, cuidou das infrações político-administrativas sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores, sancionadas com a cassação do mandato, sem prejuízo de posteriores ou simultâneos procedimentos criminais, civis e até administrativos, nos termos da legislação vigente.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, essas infrações é que podem, na tradição do Direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade¹⁹⁶.

Ainda em relação ao conteúdo da norma constitucional que confere “foro privilegiado” aos prefeitos municipais, observa-se que a falta de referência ou qualquer ressalva no tocante à natureza da infração penal pode gerar dúvidas quando confrontadas com outras regras constitucionais definidoras de competência, como a competência da Justiça Federal comum ou da Justiça Eleitoral.

A fim de ilustrar as questões a serem discutidas, tomaremos por base o seguinte acórdão:

As atribuições jurisdicionais originárias do Tribunal de Justiça – Constitucionalmente definido com juiz natural dos prefeitos municipais – restringem-se, no que concerne aos processos penais condenatórios, unicamente às hipóteses pertinentes aos delitos sujeitos à competência da justiça local. Precedentes: HC 68.967-PR, Pleno.

Nos crimes praticados contra bens, serviços ou interesse da União, e suas autarquias ou de empresas públicas federais, a competência originária para processar e julgar os prefeitos municipais pertence o Tribunal Regional Federal. Precedente: RE 141.021-SP, Pleno.

Tratando-se de delitos eleitorais, o prefeito municipal é processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral. Precedente: HC 69.503-MG.

Extensão dessa competência penal originária aos ex-prefeitos, desde que a ação penal contra eles instaurada objetive a persecução de delitos praticados durante o exercício do mandato executivo municipal (STF – Inq. 406-5 – Pleno – Rel. Celso de Mello – j. 1.7.93 – DJU 3.9.93, p. 17741).

¹⁹⁶ *Processo Penal*, vol. 2, p. 136.

Tratando inicialmente do que concerne aos crimes eleitorais, observa-se que a competência da Justiça Eleitoral é ressalvada em diversos dispositivos, deixando claro que, nas hipóteses configuradoras de crimes eleitorais, há uma preponderância dos órgãos jurisdicionais especializados para julgar a matéria, salvo em situações especiais como a competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Temos assim que, quando infrações eleitorais são atribuídas a prefeitos municipais, a competência da Justiça Eleitoral não é objeto de maiores questionamentos, inobstante a inexistência de qualquer ressalva na regra do artigo 29, inciso X, da Carta Magna.

Assegura-se ao prefeito municipal, nesse caso, o julgamento perante os Tribunais Regionais Eleitorais, órgãos jurisdicionais superiores da Justiça Eleitoral.

A explicação para tal entendimento deriva da própria estrutura do Poder Judiciário, dividido em órgãos da Justiça Especial e órgãos da Justiça Ordinária, sendo que aquela tem competência previamente determinada na Constituição Federal, enquanto que esta tem atribuições residuais, cabendo-lhe exercer a jurisdição nas áreas não ocupadas pelas jurisdições especiais.

Desse modo, se Prefeito Municipal comete crime eleitoral, será processado e julgado por essa Justiça Especial, por se tratar de competência originária e não residual¹⁹⁷.

Em relação à competência da Justiça Federal, entretanto, a questão não é tão simples, divergindo a doutrina sobre a solução apresentada no acórdão supra mencionado.

Corroborando o entendimento jurisprudencial, Maria Lúcia Karan pondera que ao estabelecer a competência originária dos Tribunais de Justiça para o conhecimento de causas que contenham pretensões punitivas fundadas em fatos atribuídos a prefeitos municipais, no art. 29, inciso X da Constituição Federal, a referida regra é omissa quanto à

¹⁹⁷ Nesse sentido: STOCO, Rui. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 247-251.

natureza da infração penal atribuída aos ocupantes daquele cargo, assim dando suporte ao entendimento de que, em tal hipótese, a regra determinante da competência por prerrogativa de função deve ser considerada como regra geral, cedendo diante das regras que estabelecem a competência da Justiça Federal.

Para tanto, estabelece a comparação com a competência originária dos Tribunais de Justiça prevista no art. 96, inciso III, da Constituição Federal, em relação às infrações penais praticadas por juízes e membros do Ministério Público locais, que ressalva apenas a competência da Justiça Eleitoral, surgindo claramente como regra especial, fazendo ceder a competência da Justiça Federal.

Temos assim que a competência do Tribunal de Justiça deve se restringir à hipótese de se atribuir a prefeito municipal infração penal que, por sua natureza, deva ser examinada pela justiça local, impondo-se a atuação dos órgãos jurisdicionais da Justiça Federal no caso das infrações cuja natureza determina sua competência, devendo, naturalmente, o processo se desenvolver perante o Tribunal Regional Federal.

Neste sentido, o STF editou a Súmula 702, com o seguinte teor:

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.

O mesmo entendimento deve ser empregado quando for atribuída a prefeito municipal a prática de crimes militares, devendo o processo se desenvolver perante o Superior Tribunal Militar¹⁹⁸.

Cumpre-nos ressaltar, entretanto, a opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho, que, embora reconhecendo que o entendimento já assentado nos Tribunais é no sentido de que todas as pessoas que têm o Tribunal de Justiça como seu foro privativo, se cometerem crimes da alçada da Justiça Comum Federal, Eleitoral ou Militar da União, devem ser processadas e julgadas pelos órgãos de 2º grau dessas Justiças, entende que os Tribunais

¹⁹⁸ *Competência no Processo Penal*, p. 81/83.

Regionais Federais, em face do disposto no art. 108, inciso I, da Constituição Federal, processam e julgam apenas e tão-somente as pessoas ali indicadas¹⁹⁹.

Nosso entendimento, entretanto, é de que a especialização dos Tribunais deve prevalecer, desde que assegurado o julgamento perante órgão jurisdicional superior, não havendo prejuízo a ser alegado.

4.5 Prerrogativa de função do Advogado Geral da União e do Presidente do Banco Central

Questão se apresenta de forma interessante no cenário das disposições relacionadas com o foro por prerrogativa de função, diz respeito ao juiz natural para processo e julgamento do Advogado-Geral da União.

Ao tratar do referido cargo, o Poder Constituinte originário previu apenas que nos crimes de responsabilidade atribuídos ao Advogado-Geral da União, é competente para o seu processo e julgamento o Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso II.

Todavia, observa-se que, até o momento, não há definição legal do que seja crime de responsabilidade do Advogado-Geral da União. No entanto, quando isso ocorrer, o seu juiz natural já estará definido.

Por outro lado, o texto constitucional não faz nenhuma menção sobre o órgão competente para o processo e julgamento do Advogado-Geral da União pela prática de crimes comuns, ou seja, inexistente qualquer dispositivo constitucional que conceda ao Advogado-Geral da União o foro por prerrogativa de função nessas infrações.

Ante a falta de previsão, poder-se-ia concluir-se que deveria ser processado e julgado pelo órgão inferior da Justiça competente.

¹⁹⁹ *Processo Penal*, vol. 2, p. 137.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, entretanto, ser competente para processar e julgar o Advogado-Geral da União, nas infrações penais comuns, conforme decisão proferida por maioria de votos no Inquérito 1.660-DF, em face da Medida Provisória 2.049-22, de 28 de agosto de 2000, transformando o cargo de Advogado-Geral da União, de natureza especial, em cargo de Ministro de Estado, atraindo a incidência do art. 102, I, c, da Constituição Federal²⁰⁰.

Vale ressaltar ainda que a referida Medida Provisória não chegou a ser apreciada e convertida em lei pelo Congresso Nacional, como deveria normalmente ter ocorrido de acordo com nosso processo legislativo. Por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, nos termos do seu artigo 2º, que assim dispõe:

As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Assim como o Advogado-Geral da União, a prerrogativa de foro em relação ao Presidente do Banco Central, teve como ponto de partida a Medida Provisória nº 207/04. Esta, porém, foi apreciada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 11.036/04, concedendo ao cargo de Presidente do Banco Central *status* de Ministro.

Embora a medida tenha sido atacada através das ADIs 3289 e 3290, impetradas pelo Partido da Frente Liberal – PFL, e pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, respectivamente.

As ações apontavam diversas ofensas à Carta Magna, como a injustificada urgência e relevância da Medida Provisória e ilegalidade do seu uso para modificar matéria processual, dada pela mudança de foro para julgar o presidente do Banco Central. Além disso, as ações indicavam a inconstitucionalidade do ato que teria alcançado matéria própria da regulamentação do Sistema Financeiro Nacional. Tal regulamentação só pode ocorrer por

meio de lei complementar, que exige quorum qualificado para a sua aprovação. Na hierarquia das leis, as Medidas Provisórias se equiparam às leis ordinárias que são aprovadas por maioria simples dos parlamentares presentes à sessão.

Todas essas alegações, entretanto, foram rejeitadas pelo relator da matéria, ministro Gilmar Mendes, que considerou o ato do presidente da República absolutamente constitucional. Nesse entendimento ele foi acompanhado pelos ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim. Votaram contra a medida os ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Sem questionar o mérito das decisões proferidas por nossa Corte Maior, é de se indagar se o tema deveria ter sido tratado através de uma Medida Provisória, como aconteceu em ambos os casos.

Com efeito, somente a lei em sentido formal pode dispor sobre “direito penal, processual penal e processual civil”, como se infere do art. 62, § 1º, I, b, da Magna Carta, com a redação dada pela Emenda nº 32, de 11/9/2001, que veda poder-se, por medida provisória, tratar sobre essas matérias.

Como determina a Constituição de República, no entanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça “propor ao Poder Legislativo respectivo ... a alteração da organização e da divisão judiciárias” (art. 96, II, d, da Constituição da República).

Tudo em consonância com os já citados preceitos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º), reafirmando especificamente, o direito a “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei”, donde se conclui, com certeza, que a lei há que dispor sobre a competência. Assim sendo, é no mínimo

²⁰⁰ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 167.

criticável a via utilizada para que se estendesse a competência por prerrogativa de função ao Advogado-Geral da União, como ocorreu.

Cumpre-nos ainda mencionar que tramita na no Congresso Nacional a PEC nº 332/2004, que dispõe sobre a concessão do “foro privilegiado” ao Presidente do Banco Central do Brasil, alterando o artigo 102, inciso I, da CF, sem a necessidade de conferir ao cargo *status* ministerial.

Apontamos ainda a tramitação no Congresso Nacional da PEC nº 487/05, que dispõe sobre a Defensoria Pública, suas atribuições, garantias, vedações e outras providências, alterando dispositivos da Constituição Federal, conferindo, do mesmo modo, a prerrogativa de foro ao Defensor Público-Geral, aos Defensores Públicos da União e dos Estados.

4.6 Prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa

Conforme procuramos deixar claro ao longo deste trabalho, a competência *ratione personae*, decorrente da prerrogativa de função, está associada apenas às causas de natureza criminal, para os crimes comuns e de responsabilidade, assim definidos na Constituição Federal, Constituições Estaduais e na Legislação Ordinária.

Verificou-se, porém, nos últimos anos, uma tendência, se é que podemos assim considerar, de estender a prerrogativa de foro aos ocupantes de cargos públicos por ela contemplados, nas ações civis por atos de improbidade administrativa²⁰¹.

A questão passou a ser considerada com a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, que suspendeu a eficácia da sentença de primeira instância

²⁰¹ Na lição de José Afonso da Silva, “a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou faculdades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 653.

que cassou os direitos políticos por oito anos e o cargo do então Ministro da Ciência e Tecnologia, Ronaldo Sardemberg.

A ação de improbidade administrativa foi proposta pelo Ministério Público Federal. Segundo o Ministério Público, o ministro utilizou aeronaves da Força Aérea Brasileira para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação com as suas atividades funcionais. De acordo com o Ministério Público, houve infração aos incisos IX e XIII do artigo 10 e inciso I do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Depois que o juiz de primeira instância cassou os direitos políticos do ministro, a União recorreu ao Supremo Tribunal Federal invocando a incompetência absoluta da Justiça Federal de primeiro grau para julgar a ação de improbidade, sob o argumento de que a competência era do Supremo.

Alegou a Advocacia-Geral da União que “Ministro de Estado não responde por improbidade administrativa com base na Lei n° 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade – em ação que somente pode ser proposta perante o STF”, pedindo assim a suspensão de qualquer ato processual em relação ao Ministro.

Para o Ministro Nelson Jobim, a ação de improbidade contra agentes políticos tem sido objeto de controvérsia, sendo que a “a simples possibilidade superposição ou concorrência de regimes de responsabilidade e, por conseguinte, de possíveis decisões colidentes exige uma clara definição na espécie”. Segundo ele,

os conflitos entre poderes e desinteligências institucionais decorrentes dessa indefinição de competência também parecem recomendar um preciso esclarecimento da matéria”, afirmando ainda que “os elementos aduzidos sugerem a plausibilidade jurídica do pedido e a notória relevância jurídico-política do tema²⁰².

Pelo raciocínio do ministro, os agentes políticos que têm no Supremo Tribunal Federal foro privilegiado para responder por acusações de crimes de

²⁰² Revista Consultor Jurídico. *Questão de competência. Supremo suspende eficácia de sentença contra ministro*, disponível no site: <http://conjur.uol.com.br/view.ctm?id=13290&print=yes>.

responsabilidade também o têm para as ações civis públicas, versando sobre improbidade. Para ele, a Constituição Federal conferiu aos agentes políticos um tratamento distinto dos demais agentes públicos, de modo que a prerrogativa de foro para esses agentes não pode ser vista como privilégio pessoal, e sim como uma garantia que assegura seu afazer jurídico.

Na esteira da decisão, novos pedidos chegaram ao Supremo Tribunal Federal, com o mesmo objetivo. Na época, a União pediu a extensão do privilégio ao Procurador-Geral da República, pelo mesmo deslize do Ministro: o passeio em Fernando de Noronha.

Vale lembrar, entretanto, que nos crimes de responsabilidade, o Procurador-Geral da República deve ser julgado perante o Senado Federal, inexistindo qualquer vinculação com o Supremo, o que, por si, já derruba a tese do Ministro Jobim.

Segundo Márcio Chaer,

o desfecho dessa lide envolve mais que passeios em Fernando de Noronha. Caso emplaque a tese da horizontalização do foro privilegiado, depois de ter criado a verticalização da coligação partidária, Jobim será padrinho da maior anistia política da história do Brasil. Vereadores, prefeitos, governadores e inúmeros políticos e administradores acusados ou mesmo condenados por improbidade administrativa terão as portas abertas para pedir a anulação dos julgamentos processados pela primeira instância. Pode não ser tudo, mas pode ser também um belo indulto de natal²⁰³.

Outrossim, é claro o texto constitucional na definição da natureza civil dos atos de improbidade administrativa, pois, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa importarão: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Na lição de Alexandre de Moraes, portanto,

a natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da

²⁰³ Revista Consultor Jurídico. *Festa do Caqui. Todos querem o foro especial. Mas só alguns têm direito.* Disponível no site: <http://conjur.uol.com.br/view.ctm?id=14931&print=yes>

responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilização penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula “...sem prejuízo da ação penal cabível”²⁰⁴.

Sendo atos de natureza civil, qualquer tentativa de conferir o foro privilegiado aos agentes políticos caracteriza flagrante desrespeito ao princípio do juiz natural, que não permite alterações por conveniências ou analogias políticas²⁰⁵.

Nesse sentido, ensina ainda Alexandre de Moraes que o legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais somente para o processo penal, excluindo, de forma peremptória o processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade administrativa originariamente nos Tribunais²⁰⁶.

Estranhamente, a idéia de conferir o foro por prerrogativa de função nas ações civis por atos de improbidade administrativa também estava inserido no Projeto de Lei 536/99, conhecido como “Lei da Mordaza”, que alterava simultaneamente as Leis de Abuso de Autoridade, da Ação Civil Pública e da Improbidade Administrativa, esvaziando drasticamente os poderes do Ministério Público nas investigações sobre atos lesivos ao tesouro.

O projeto foi aprovado no dia 04 de dezembro de 2002, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

No parecer do relator Belo Parga (PFL-MA), o mesmo afirmava que “ato de improbidade é na sua essência, crime de responsabilidade” e alertou que o Presidente da República deve ser processado e julgado pelo Senado, mediante prévia licença da Câmara, nos termos do art. 86 da Constituição. Ao defender o foro especial para outras autoridades observou:

Pode não ser o desejável por muitos, que desconfiam da eficácia sancionatória, quando se trata de foro por prerrogativa de função, mas urge cumprir a lei que nos

²⁰⁴ *Direito Constitucional Administrativo*, p. 322.

²⁰⁵ Nesse sentido: RT 694/88.

²⁰⁶ *Direito Constitucional Administrativo*, p. 350/351.

rege, principalmente quando essa lei é a Constituição e seu descumprimento torna inviável o Estado de Direito democrático. Não se trata de privilégio alcançado a alguém, mas, sim, de prerrogativa protetiva da dignidade de elevados cargos públicos²⁰⁷.

Criticando a proposta, o Senador Pedro Simon, que abandonou a sessão de votação do projeto da “Lei da Mordaça”, afirmou que “essa lei que censura a publicidade à corrupção interessa a todos que têm culpa no cartório”²⁰⁸.

Apesar das críticas recebidas por parte daqueles que eram contrários ao alargamento das hipóteses de prerrogativa de foro, foi sancionada em 24 de dezembro de 2002, a Lei nº 10628, que alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, acrescentando ao texto original dois parágrafos, o primeiro, já comentado anteriormente, assegura a prerrogativa de função mesmo depois de cessada a função pública, enquanto que o segundo conferia o foro “privilegiado” nas ações de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Art. 84

§ 1º

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de julho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no § 1º.

Inicialmente, atente-se para a impropriedade da disposição encontrar-se em um código processual penal, quando se sabe, conforme mencionado acima, que os atos de improbidade administrativa não são ilícitos penais, mas infrações de outra natureza (civil, administrativa e política). Logo, a previsão deveria estar contida em outro diploma, jamais no Código de Processo Penal, livro reservado à disciplina da *persecutio criminis* e de seus consectários.

Nos termos da referida lei, as ações por atos de improbidade administrativa contra autoridade de gozam do foro privilegiado que tramitam na primeira instância das

²⁰⁷Jornal: O Estado de São Paulo, 05 de dezembro de 2002.

²⁰⁸ Idem, ibidem.

Justiças Federal e Estadual, passariam a ser da competência dos respectivos Tribunais, quando não o fossem da competência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.

Observou-se assim que a tese do Ministro Nelson Jobim prevaleceu perante o Congresso Nacional, bem como junto ao Chefe do Executivo, com a sanção presidencial.

A nova lei, entretanto, não foi bem recebida pelos magistrados e membros do Ministério Público de primeira instância, que alegaram a inconstitucionalidade do texto legal, que ampliava a prerrogativa de foro sem o devido respaldo no texto constitucional.

Em razão disso, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram impetradas perante o Supremo Tribunal Federal, combatendo a referida lei, uma pela CONAMP – Confederação Nacional do Ministério Público, e pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros.

Ao mesmo tempo, os Procuradores-Gerais de Justiça passaram a recomendar aos promotores que sustentassem a inconstitucionalidade do foro nos processo de sua atribuição.

Segundo Luiz Antonio Marrey, à época Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, “não pode o legislador ordinário equiparar atos de improbidade a crimes comuns”²⁰⁹.

O mesmo inconformismo com a lei foi demonstrado pelos juízes federais e estaduais em todo o país, que alegaram a inconstitucionalidade da nova regra. Segundo Fausto Macedo, “o entendimento é um só: o foro só pode ser ampliado para improbidade por meio de emenda constitucional, não por lei ordinária”²¹⁰.

²⁰⁹ MACEDO, Fausto. *Procuradores rebelam-se contra foro privilegiado*. Jornal: O Estado de São Paulo – A9, 7 de janeiro de 2003.

²¹⁰ *Juízes desafiam nova lei e barram foro privilegiado*. Jornal: O Estado de São Paulo, A11, 16 de fevereiro de 2003.

Antes que a questão fosse decidida pelo Supremo Tribunal Federal, diversos Tribunais estaduais declararam a inconstitucionalidade da Lei 10628/02, como foi o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A respeito especificamente deste § 2º., a 9ª. Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 313.238-511, tendo como relator o desembargador Antônio Rulli, unanimemente, decidiu pela inconstitucionalidade da referida lei, reconhecendo expressamente que o processo por ato de improbidade administrativa deveria permanecer na primeira instância.

Na oportunidade, ficou decidido o seguinte:

a Lei Federal nº 10.628/2002 não encontra fundamento na Constituição Federal de 1988. O artigo 37, §4º, da Magna Carta trata da suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente civil, não obstante possa ser ajuizada a competente ação penal. Aliás, cumpre transcrever o comentário do mestre constitucionalista Alexandre de Moraes ao artigo 29, inciso X, da CF/88, na obra intitulada 'Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional': '... salientamos que a Constituição Federal prevê a competência originária do Tribunal de Justiça, salvo as exceções anteriormente analisadas, somente para o processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o prefeito municipal, não se admitindo ampliação interpretativa no sentido de considerar-se a existência de foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e demais ações de natureza cível. Da mesma forma, inexistente foro privilegiado para o ajuizamento de ações por prática de atos de improbidade administrativa em face de prefeitos municipais, por ausência de previsão constitucional específica, devendo, portanto, ser ajuizadas perante a 1ª instância.

Em 15 de setembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente as ADIns 2797-DF e 2869-DF, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal. Na votação, foram vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a Presidente. Ausente, no julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente).

No voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, ficou claro que “A ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’”.

Aduziu ainda o Ministro que,

é verdade, no tocante à improbidade administrativa, que a inclusão constitucional, entre as sanções a ela cominadas, da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública tem induzido a relevar a similitude da ação respectiva, não com o processo penal por crimes comuns, mas sim com a persecução dos chamados crimes de responsabilidade; e, daí, à tese de que a competência constitucional para julgar esses últimos haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade administrativa.

Observou ainda, porém, que,

de logo, a competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo – cujo impeachment é da competência de órgãos políticos – por certo, a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

Por essas e outras razões, votou o Ministro pela procedência das ações, reconhecendo a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 84 do CPP.

Analisando a questão, entendemos como acertado o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, por parte do Supremo, não exatamente pelo conteúdo da norma, mas sim pelo meio empregado pelo legislador ordinário para alcançar os fins desejados.

Conforme já nos posicionamos anteriormente, no que tange à extensão da prerrogativa de função mesmo depois de cessado o exercício funcional, como dispunha o § 1º da lei impugnada, entendemos ser o mais adequado a fim de consagrar a garantia constituição do juiz competente, em face do princípio do juiz natural.

Em relação aos atos da extensão da prerrogativa de função aos de improbidade administrativa, apesar da compreensão da natureza civil dos referidos processos, entendemos ser até mais adequado que o julgamento ocorra, originariamente, perante os órgãos superiores da jurisdição, do que perante os juízes de primeiro grau. Analisando a essência da prerrogativa de função, amplamente revelada ao longo deste trabalho, no sentido de proteger o cargo, pela relevância no cenário político-administrativo do Estado, e não à pessoa, nos convencemos de que é justamente no exercício da função pública que os ocupantes de tais cargos mais precisam de proteção, e mais do que isso, de tranquilidade para que sejam exercidos na sua plenitude, sem sentir-se constantemente ameaçado com a possibilidade de ações civis, por supostos atos de improbidade, que poderiam surgir a qualquer momento, mesmo depois de cessado exercício funcional.

Queremos assim dizer, s.m.j., que durante o exercício funcional, a proteção em face dos atos e decisões inerentes aos cargos públicos relacionados com a prerrogativa de função seja talvez, até mais importante, do que a proteção em relação às causas criminais, muitas vezes totalmente desapegadas do exercício funcional.

Temas dessa magnitude, entretanto, não podem ser tratados, como o foram pelo Congresso Nacional, como mera disposição ordinária, a fim de impor ao Poder Judiciário, uma certa interpretação da Constituição, que já havia sido rejeitada em outros momentos, o que soa inclusive como uma postura anti-democrática e, portanto, pouco salutar às nossas instituições.

Pensamos assim que, se o entendimento dominante no Congresso Nacional, é no sentido de estender-se a prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa, bem como prorrogá-la, mesmo depois de cessado o exercício funcional, que isso se faça através da competente reforma ao texto constitucional, eliminando tais controvérsias.

Cumpra-se finalmente apontar que, nesse sentido, tramita no Congresso Nacional a PEC nº 358/2005, que altera dispositivos da Constituição Federal, e acrescenta outros, conforme anexo.

CONCLUSÃO

Conforme procuramos explicitar no título deste trabalho de pesquisa, nosso principal objetivo foi o de proceder a uma análise das disposições normativas encontradas em nosso arcabouço jurídico relacionadas com um tipo específico de competência criminal, aquela determinada em razão do cargo ou função exercida pela pessoa, que é a chamada competência *ratione personae* ou *ratione muneris*, como querem alguns, ou então a competência por prerrogativa de função.

A análise a que nos dispomos a fazer, portanto, deveria estar orientada especificamente pelo maior respeito possível ao texto da nossa Carta Magna, daí a proposta de uma – análise da competência por prerrogativa de função conforme a Constituição.

Nessa linha de idéias, procuramos assim identificar no texto constitucional as normas definidoras daquela espécie de competência e interpretá-las de acordo com princípios apontados pela doutrina e empregados na jurisprudência, que mais favoreçam a concretização dos propósitos que nortearam a atividade reformadora dos nossos constituintes, tanto na elaboração do texto original, quando nas emendas até então aprovadas.

Para que essa tarefa fosse a mais completa possível, todavia, não poderíamos deixar de lado as disposições contidas nas Constituições estaduais e na legislação ordinária, até porque, esse conjunto normativo deve ser harmonizado para que os resultados sejam satisfatórios.

Partimos da premissa de que a Constituição de uma nação, documento jurídico dotado de superioridade em relação aos demais instrumentos normativos, deve ser interpretada e aplicada de modo a conferir-lhe a maior efetividade possível, tanto do ponto de vista de assegurar a concretização dos anseios nacionais, em termos coletivos, de

prosperidade e justiça social, quanto do respeito aos indivíduos, enquanto pessoa humana, digna de respeito, portadora de direitos e deveres.

O texto constitucional, composto por normas destinadas à realização de diversos fins, revela uma opção política decorrente da vontade popular, externada na formulação de nossos representantes, resultando na chamada Fórmula Política do Estado.

Interpretar essas normas não é tarefa das mais fáceis, exigindo do intérprete a adoção de métodos e critérios racionais, que permitam a correta compreensão daquela vontade política implícita no texto.

Em verdade, o mais difícil nessa atividade é conseguir separar os aspectos racionais e lógicos empregados na interpretação, dos elementos axiológicos do intérprete, que por vezes acabam por determinar o resultado hermenêutico.

Sabendo disso, procuramos fundamentar nossas conclusões o máximo possível nos critérios racionais, embora em alguns momentos seja impossível deixar de externar algumas convicções subjetivas, de ordem política.

De qualquer modo, alguns parâmetros interpretativos foram estabelecidos a fim de respaldar nossas idéias.

O primeiro deles, encontrado no capítulo I, está relacionado com a estrutura normativa da constituição, que assegura validade e eficácia a todas as normas nela contidas, rejeitando-se de forma explícita a idéia de normas constitucionais-inconstitucionais, o que realmente não faria sentido.

Concluimos assim que, todas as normas presentes no texto constitucional são igualmente válidas, e mesmo que em alguns momentos revelem-se aparentemente conflitantes, serão de alguma forma harmonizadas, de modo que uma prevaleça sobre a outra no caso concreto, sem contudo retirar a validade desta.

Assim sendo, observamos que o conflito é sempre apenas aparente, pois caso contrário, tal solução não seria possível, impondo o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma em face da outra.

Partindo dessa premissa, verificamos que em relação às normas definidoras da competência por prerrogativa de função, é possível que se encontrem em aparente conflito, hipóteses em que entrará em ação o intérprete, encarregado de apontar aquela que deve prevalecer nos casos concretos, preservando, porém, a validade das demais.

É o que ocorre, por exemplo, quando confrontamos no capítulo IV, a competência originária dos Tribunais pela prerrogativa de função com a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ambas com assento constitucional, obrigando a atuação do intérprete para apontar o critério a ser empregado na definição da competência.

Nesse caso específico, posicionamo-nos contrários ao entendimento que tem predominado na doutrina e jurisprudência no sentido de que a competência originária *ratione personae* se sobrepõe a competência do Tribunal do Júri.

Ao discordarmos da solução apresentada, invocamos alguns princípios interpretativos como o da unidade da constituição e o da máxima efetividade, bem como lembramos da estreita ligação da instituição do júri com o princípio do Estado Democrático, um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro.

Outro aspecto fundamental por nós abordado ao longo do trabalho, diz respeito à natureza da competência por prerrogativa de função, normalmente identificada como “foro privilegiado”.

Analisando os diversos aspectos que cercam esse tipo de competência criminal, verificamos a impropriedade da expressão, primeiro porque, se a competência

ratione personae for realmente caracterizada como um privilégio, estaríamos aí sim diante de uma grave violação ao princípio constitucional da isonomia.

Conforme procuramos demonstrar, todavia, tal não ocorre, uma vez que o princípio da igualdade não proíbe diferenciações, o que se exige, entretanto, para que uma diferenciação seja aceitável, é que alguns aspectos sejam considerados, que são: o elemento tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Aplicando tais preceitos às normas definidoras da competência por prerrogativa de função, entendemos que as mesmas atendem perfeitamente os critérios estabelecidos, de modo que não há o que se falar em violação ao princípio isonômico.

Outrossim, concluímos que em razão da competência originária dos Tribunais, os réus podem ver-se até prejudicados em seu julgamento, inviabilizado que fica, por exemplo, o exercício do duplo grau de jurisdição. Assim sendo, não faz sentido o emprego da expressão “foro privilegiado”.

Além dos aspectos enfatizados supra mencionados, que identificamos como preponderantes em nosso trabalho, destacamos algumas outras conclusões, não menos importantes sobre o tema.

A prerrogativa de função faz parte da tradição do Direito brasileiro, estando presente em todas as Constituições.

O princípio do juiz natural apresenta-se em nosso sistema como dupla garantia, uma vez que proíbe os juízos ou tribunais de exceção, além de assegurar aos indivíduos o julgamento perante o juiz competente, devendo este ser entendido como aquele previamente conhecido de acordo com a legislação vigente. Temos assim que o momento da fixação da competência é o da data do fato.

O princípio do duplo grau de jurisdição fica irremediavelmente suprimido em razão das hipóteses de competência originária dos Tribunais, com julgamento em única instância.

A violação às normas de competência absoluta – em razão da matéria e da pessoa, pela prerrogativa de função – gera nulidade absoluta. Se a competência, no entanto, for prevista diretamente na Constituição Federal, o processo desenvolvido perante o órgão constitucionalmente incompetente deverá ser considerado inexistente, e não nulo. Assim sendo, não será possível o aproveitamento, sequer, dos atos não decisórios.

Nas infrações praticadas durante o exercício funcional, a competência firmada originariamente em relação aos tribunais deveria ser respeitada até o final do processo.

Se o início do exercício funcional ou se lei nova instituir a prerrogativa de função, após a prática da infração, o processo deverá ser automaticamente encaminhado ao órgão de jurisdição superior competente. Nesses casos, porém, sustentamos que, cessada a função, cessa a prerrogativa, retornando o processo ao juízo de origem, juiz natural do feito ao tempo do fato.

A atração por conexão ou continência do co-réu ao foro por prerrogativa de função não viola as garantias do juiz natural. Não se aplica tais regras, todavia, quando envolver duas regras de competência igualmente previstas na Constituição Federal, como ocorre com a competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

As pessoas que têm o Tribunal de Justiça como foro privativo por força de Constituição local, serão processadas e julgadas por ele tão-somente nas infrações da alçada da Justiça Comum Estadual, exceto nos crimes dolosos contra a vida, em que a competência será do Tribunal do Júri.

A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos municipais restringe-se aos crimes da competência da Justiça Comum Estadual.

A extensão da prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa é aceitável, mas deve ser instituída através de emenda constitucional.

Por fim, queremos enfatizar que se a competência por prerrogativa de função continua sendo criticada por alguns, ao ponto de ser identificada como um “odioso privilégio” e uma violação ao princípio isonômico, isso decorre do emprego indevido desse e de outros importantes mecanismos protetores de algumas relevantes funções públicas, bem como do abuso na extensão dessas prerrogativas a cargos que não deveriam ser contemplados, como alguns exemplos citados.

Do mesmo modo, a aplicação abusiva dos referidos dispositivos, procurando dar-lhes um alcance maior do que o aceitável acaba por nos conduzir a uma postura refratária desses mecanismos, talvez até em razão do forte desgaste moral revelado pela classe política brasileira.

Sendo assim, entendemos que quanto mais restrito o emprego e a interpretação das normas relacionadas com a prerrogativa de foro, maior a proteção a ser conferida para as altas autoridades do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*, 9. ed., rev., atual., e amp., São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, 4. ed., vol. I e II, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 9. ed., rev., ampl., e atual., Rio de Janeiro Forense, 2004.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Traduzido por COSTA, José Manuel M. Cardoso da, reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: RENOVAR, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. 10. ed., Brasília: UnB, 1999.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, obra coletiva de autoria Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto [et alli], 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*, 9. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Tito. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, 3. ed. rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Liberdades Públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. [et alli]. *Teoria Geral do Processo*, 14. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.
- COLOMER, Juan-Luis Gomes. *El Proceso Penal Aleman – Introducion y Nomras Básicas*, Barcelona: Bosch, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 22. Ed., atual, São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille [dirección]. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia Italia)*, trad. ALLARD, Pablo Morenilla, Zaragoza: Editorial EDIJUS, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 6. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*, 3. ed., revista, São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Norma Constitucional e seus efeitos*, 4. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. II, atualizado por José Geral da Silva e Wilson Lavorenti, Capinas: Bookseller, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 2. ed., rer. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. [et alli]. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1 e 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 15. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pelegrini. [et alli]. *As Nulidades no Processo Penal*, 7. ed., rev., e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Recursos no Processo Penal*, 3. ed, rev., ampl., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 4. ed., rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2005.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho Penal y Procesal Penal de Los Estados Unidos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

_____. [director]. *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 11. ed., rev., e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*, 16. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAN, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. MACHADO, João Batista. 6. ed., São Paulo: Martins fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. LAMEGO, José, 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, trad. STÖNNER, Walter, Rio de Janeiro: Liber Júris, 1985.

LUIZ, Luisi. *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACEDO, Fausto. *Coluna de Justiça*, in: *Jornal O Estado de São Paulo*.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2. ed., rev., atual., por FERRARI, Eduardo Reali, vol. I – IV, Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Da Competência em Matéria Penal*, atual., por NALINI, José Renato [et al], Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Atos administrativos e direito dos administrados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El Proceso Penal*, Barcelona: Bosch, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: Referências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Processo Penal*, 12. ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I e II, 6. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 7. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2002.

NAVARRETE, Antonio Mariá Lorca. *El Proceso Penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid: Dykinson, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*, 3. ed., rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 5. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Júri: Princípios Constitucionais*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Manual de Processo e Execução Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo. [org]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 29. ed., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2002.

RAWLS, John. [et alli]. *Libertad, Igualdad Y Derecho*, trad. GEFAELL, Guilherme Valverde, Barcelona: Editorial Ariel, 1988.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 5. ed, São Paulo: Saraiva, 1978.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição – Conteúdo e Alcance Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, v.1, 8. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.

SEMER, Marcelo. *A síndrome dos desiguais*, Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia, ano 6, n. 29, jul.-set./2002.

SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18. ed., rev. e atual., nos termos da reforma constitucional, São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito Constitucional do Mercosul*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Elementos de Direito Público*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STOCO, Rui. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 05, São Paulo: Revista dos Tribunais.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 22. ed., rev., mod., ampl., São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, Ação e Processo Penal (estudo sistemático)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madri: Tecnos, 1977.

VILLEGAS, José Luis Rozo. *Guía Básica de los Procedimientos Penales*, Madri: Dykinson, 1996.

WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso de Avançado de Processo Civil*, v.1, parte geral, 3. ed., rev. a atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Consultas eletrônicas:

Dicionário Eletrônico Aurélio, Século XXI.

http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.tj.sp.gov.br>

Revista Consultor Jurídico. *Festa do Caqui. Todos querem o foro especial. Mas só alguns têm direito*. Disponível no site: <http://conjur.uol.com.br/view.ctm?id=14931&print=yes>

Revista Consultor Jurídico. *Questão de competência. Supremo suspende eficácia de sentença contra ministro*, disponível no site: <http://conjur.uol.com.br/view.ctm?id=13290&print=yes>.

ANEXO I

Proposta de Emenda à Constituição nº 332/2004

(Do Sr. Robson Tuma)

Altera a redação do artigo 102 da Constituição Federal

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo único. A alínea *c* do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e o Presidente do Banco Central, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Conta da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente." (NR)

Sala das Sessões, em ____ de _____ de 2004.

Deputado ROBSON TUMA

ANEXO II

Proposta de Emenda à Constituição nº 358/2005

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências.

Art. 1º Os arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 114, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29.

X – julgamento do Prefeito, por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, perante o Tribunal de Justiça;”

“Art. 97-A. A competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.

Parágrafo único. A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no **caput** deste artigo.”

.....

Art. 7º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, _____ de _____ de 2005.

ANEXO III

Proposta de Emenda à Constituição nº 470/2005 (Do Sr. Anselmo e outros)

Dá nova redação ao §1º, ao § 3º do art. 53 da Constituição Federal e a alínea *b* do inciso I do art. 102.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º e o § 3º do art. 53 passam a vigor com a seguinte redação:

“ Art. 53.....

§ 1º Não se aplica às pessoas mencionadas nesta Seção o foro privilegiado.

.....

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após diplomação, o Juiz dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.” (NR)

Art. 2º A alínea *b* do inciso I do art. 102 da Constituição Federal passa a vigor com a seguinte redação:

“Art.102.....

a).....

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;” (NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em ____ de _____ de 2005.

Deputado Anselmo

ANEXO IV

Proposta de Emenda à Constituição nº 487/2005 (Do Sr. Roberto Freire)

Dispõe sobre a Defensoria Pública, suas atribuições, garantias, vedações e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Inclua-se a “Seção IV – Da Defensoria Pública”, depois do art. 133 da “Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública”, no “Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça” do “Título IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES”, renomeando-se, conseqüentemente, a referida “Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública” como “Seção III – Da Advocacia”.

Art. 2º Os arts. 21, 22, 48, 62, 63, 68, 85, 134 e 135 passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 52.

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Defensor Público-Geral da União e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III -

e) Procurador-Geral da República e Defensor Público-Geral da União;

.....

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República e do Defensor Público-Geral da União antes do término de seus mandatos;

.....” (NR)

“Art. 96.

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.” (NR)

“**Art. 102.**

I -

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República e o Defensor Público-Geral da União;” (NR)

“**Art. 105.**

I -

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos 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, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União e dos Territórios que oficiem perante tribunais;” (NR)

.....

Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Salas das Sessões, ____ de _____ de 2005

Dep. Roberto Freire