

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DO FORO PRIVILEGIADO E A SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE

JONAS LEVINBUK OLIVEIRA TRINDADE

RIO DE JANEIRO

2008

JONAS LEVINBUK OLIVEIRA TRINDADE

DO FORO PRIVILEGIADO E A SENSACÃO DE IMPUNIDADE

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Nilo César Martins Pompílio da Hora.

RIO DE JANEIRO

2008

Trindade, Jonas Levinbuk O.

Do Foro Privilegiado e a sensação de impunidade - 2008.

66 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 62-66.

1. Foro por Prerrogativa de Função - Monografias. 2. Processo Penal. I. Trindade, Jonas Levinbuk O. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Do Foro Privilegiado e a sensação de impunidade.

CDD 341.415

JONAS LEVINBUK OLIVEIRA TRINDADE

DO FORO PRIVILEGIADO E A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora. – Orientador

Prof.

Prof.

A meus pais e irmão, sem os quais nada disso seria possível.

A Denise, por todo o apoio e amor incondicional.

RESUMO

Trindade, Jonas Levinbuk O. *Do Foro Privilegiado e a Sensação de Impunidade*. 2008. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar as questões concernentes à existência do foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição Federal Brasileira, para assegurar a algumas autoridades brasileiras o direito de terem seus crimes comuns e os de responsabilidade julgados nas mais altas Cortes de Justiça do Poder Judiciário. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se a análise do princípio da igualdade e sua aplicabilidade no direito brasileiro além dos aspectos estruturais e característicos do foro por prerrogativa de função analisando inclusive o contexto histórico de seu surgimento. Na segunda parte, é estudada a previsão legal da matéria, de acordo com a jurisprudência mais recente, e especificada a competência de cada tribunal. Por fim, nos dedicamos à análise crítica da aplicação do instituto do foro por prerrogativa de função incluindo posicionamentos de ministros, magistrados dentre outros onde verificamos se a existência do instituto trata-se de um privilégio, que fere o Princípio da Igualdade, e, portanto, deveria ser extinto ou trata-se de uma garantia para que as instituições que essas autoridades representam sejam protegidas.

Palavras-Chave: Foro por Prerrogativa de Função; Imunidade; Competência

ABSTRACT

Trindade, Jonas Levinbuk O. *Do foro Privilegiado e a Sensação de Impunidade*. 2008. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to analyze the relevant issues concerning the existence of the forum by prerogative to function foreseen in the Brazilian Federal Constitution, to assure to some Brazilian authorities the right to have its judged common and responsibility crimes in the highest Courts of Justice of the Judiciary. For better understanding of the subject, the first part back up the analysis of the principle of equality and its applicability in the Brazilian law beyond the basic aspects and features of the forum by prerogative of function including analyzing the historical context of its appearance. In the second part, is considered the estimates of legal matters, according to the most recent case law, and specified the jurisdiction of each court. Finally, dedicate ourselves to critically examine the application of the institute of the forum by prerogative of function including positions of ministers, judges and others where checking that the existence of the institute is a privilege, which injures the principle of equality, and therefore should be abolished or it is a guarantee for the institutions that these authorities represent to be protected..

Keywords: Forum by Prerogative; Immunity; Competence

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO....	9
2.1 Princípio da Igualdade.....	9
2.1.1 A igualdade e a Lei.....	12
2.1.2 O controle das diferenças de tratamento.....	16
2.1.3 A vedação a discriminação.....	19
2.1.4 Igualdade e Processo.....	21
2.2 Foro por Prerrogativa de Função.....	24
2.2.1 Histórico.....	24
2.2.2 Foro.....	26
2.2.3 Conceito e Natureza Jurídica.....	27
2.2.4 Crimes comuns e Crimes de responsabilidade.....	30
3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL.....	33
3.1 Competência do Senado Federal.....	40
3.2 Competência do Supremo Tribunal Federal.....	41
3.3 Competência do Superior Tribunal de Justiça.....	45
3.4 Competência dos Tribunais Regionais Federais	47
3.5 Competência dos Tribunais de Justiça.....	48
3.6 Competência do Tribunal Regional Eleitoral.....	49
4.FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A SENSACÃO DE IMPUNIDADE	50
4.1 Imunidade e Necessidade.....	50
4.2 Imunidade ou impunidade?.....	52
4.3 PEC 130/2007.....	56
5. CONCLUSÃO.....	60
6. BIBLIOGRAFIA.....	62

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo compreende a análise do foro por prerrogativa de função a quem fazem jus algumas autoridades brasileiras. Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais. Esta proteção se justifica, porque a prestação de serviços de interesse público, já por contrariar, muitas vezes, poderosos interesses particulares, só será eficaz, na medida em que for independente.

A fixação de foro especial por prerrogativa de função, conhecido popularmente como "foro privilegiado" não é novidade no direito brasileiro. Aplicado inicialmente pela Constituição Imperial, de 1824, conferiu ao Senado a competência para processar os delitos individuais praticados pelos membros da Família Real, ministros, conselheiros, senadores e deputados, conforme seu artigo 47. A Constituição Republicana de 1891, bem como todas as que lhe seguiram, não só mantiveram como ampliaram o instituto.

A Constituição Federal contemporânea confere ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a competência para conhecer dos delitos praticados pelo presidente e o vice-presidente da República, dos membros do Congresso Nacional, dos ministros e do procurador-geral da República, quando acusados pela prática de infrações comuns, conforme artigo 102, inciso I, "b". A letra "c" do mesmo artigo amplia as benesses para outras autoridades.

O número de brasileiros contemplados com o foro privilegiado no Executivo, no Legislativo e no Judiciário não era grande, mas hoje são milhares. No Executivo, por exemplo, até antes da Constituição de 1988, os prefeitos, mais de 5.000, eram processados no local do crime. Com a Constituição atual, ganharam o privilégio de responderem às ações penais nos Tribunais de Justiça, distantes muitas vezes do local do cometimento da infração o que dificulta e muito a instrução do processo.

Além da citada dificuldade da instrução do julgamento em local diferente do local do cometimento do crime, estamos vendo as nossas instituições – já tão frágeis – sendo abaladas pelo mau uso do instituto do foro por prerrogativa de função. Tecnicamente, os

agentes públicos deveriam temer o julgamento nos tribunais, porque encurtam as possibilidades recursais e, em tese, também diminuem o tempo de duração dos processos. Mas isto não é o que acontece na realidade. Efetivamente, o número de agentes que possuem foro especial aumenta a cada dia nos estados, porque existe a certeza de que o instituto garante a impunidade.

Certas questões relacionadas ao foro privilegiado instigam discussões e eternizam dúvidas na maioria da população. Haveria incoerência entre o Princípio da Igualdade e o instituto do foro privilegiado? Seria correto dar tratamento especial àqueles que ocupam cargos ou funções públicas, com ou sem mandatos eleitorais? O que se busca com o instituto seria proteger as pessoas ou as instituições nas quais aquelas autoridades ocupam cargos ou funções? Nossas autoridades estão tendo a merecida punição? O que acontece quando os pares punem seus pares? E o tempo de tramitação desses processos, será que equivale ao das instâncias inferiores? As autoridades de nosso país estão inatingíveis por conta do foro privilegiado? O que pensam aqueles que pretendem ampliar o foro privilegiado? Quais são as soluções sugeridas por aqueles que são a favor da extinção deste instituto?

É dentro desse cenário que nosso trabalho se debruçará, analisando, primeiramente o Princípio da Igualdade, um dos princípios basilares da nossa ordem jurídica, previsto no artigo 5º, caput, da nossa Constituição Federal e a sua aplicabilidade no nosso sistema processual. Ainda neste capítulo, trataremos do foro por prerrogativa de função, propriamente dito, fazendo um breve histórico, conceituando-o e fazendo algumas considerações minuciosas a respeito de sua acepção.

No capítulo seguinte, trago a colação a previsão legal do foro por prerrogativa de função, através das leis que vigoram atualmente sobre a matéria, de acordo com a jurisprudência mais recente, além de pormenorizar as competências de cada um dos órgãos superiores, que processam e julgam as autoridades que detêm a prerrogativa de foro, e elenco quem são essas autoridades.

Por fim, dedicaremos o quarto capítulo a uma discussão acerca das benesses e mazelas decorrentes do foro privilegiado ou foro especial ou foro por prerrogativa de função (sendo esta última a expressão que passo a adotar neste trabalho), fazendo uma análise mais crítica do mesmo, incluindo manifestações e posicionamentos de ministros, juízes, doutrinadores dentre outros.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Tratando-se de princípio constitucional explícito, na medida em que têm assento expresso em qualquer enunciado ou disposição legislativa, com a qual coincide seu conteúdo, o princípio da igualdade ou da isonomia é norma constitucional, e, portanto cogente, vinculando não só a produção legislativa, mas também a atividade de aplicação da norma, orientando-a e inspirando-a. A força normativa da constituição lhe atribui mais do que *status* de norma superior, lhe reveste de potencialidade e vocação para a efetividade, sendo sua real aplicação mais uma questão de vontade, do que produção meramente acadêmica ou normativa.

Na verdade,

“Na interpretação do Direito Constitucional, o grande vetor incorporado em épocas recentes é aquele que aponta para a realização prática das normas constantes da Lei maior. De fato, partindo da premissa de que um dos principais fatores do fracasso institucional brasileiro tem sido a falta de concretização das regras e princípios constitucionais, a doutrina e a jurisprudência têm dirigido sua atenção para assegurar o seu real cumprimento. Neste processo de valorização da constituição, a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realidade concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social.”¹

Ora, tradicionalmente o Brasil tem sido reconhecido como um Estado marcado por profundas contradições, que se revelam em discriminações e marginalizações, que nos conferiu a reputação de um dos países mais desiguais do mundo. Segundo a *'Transparency*

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.344.

International', em 2007, examinados 180 países, o Brasil ocupa o 72º lugar no '*ranking*' dos mais corruptos, maior percepção de corrupção. A metodologia, segundo a própria Organização Não Governamental (ONG), consiste em 'pesquisa de pesquisa', que une desde avaliação de especialistas até opiniões de pessoas que realizam negócios nos países avaliados, notadamente quando interagem com serviços públicos. Na América Latina, o Chile se encontra em 22º lugar e o Uruguai em 25º. Numa escala de zero, graduação do mais corrupto a dez, graduação do menos corrupto, a pontuação brasileira foi 3,5 (Jornal Folha de São Paulo, 27.09.07).²

Nesse contexto, o princípio da igualdade, durante muito tempo foi entendido apenas como igualdade formal, pouco influenciando na construção de uma sociedade, de fato, igualitária, servindo ao cabo, como mera retórica de reprodução dos padrões dominantes.

Tal, porém, não significa que a consagração da igualdade formal, como proibição constitucional para a instituição de discriminações e privilégios injustificados e arbitrários, seja uma conquista de somenos importância, já que impotente para eliminar ou reduzir as desigualdades fáticas entre os homens. A rigor, o princípio da igualdade se apresenta como um escudo protetor do indivíduo aos desmandos do governante que, espuriamente, pretende premiar uns poucos, em prejuízo de muitos, criando uma *casta* especial de privilegiados; ou ainda a excluir certos grupos minoritários, alijando-os dos processos sócio-políticos, transformando-os em meros párias. Sob esse aspecto, o princípio da igualdade, coincidente com a igualdade formal, tem um papel relevante ao se colocar como uma barreira firme a impedir que o fosso das desigualdades, discriminações e preconceitos seja aumentado mediante a consagração de diferenciações injustificáveis.

Neste sentido, como bem sintetiza Ricardo Lobo Torres, “a equação de igualdade é vedação de arbitrariedade, de excesso ou de desproporcionalidade (= não - razoabilidade)”³ ressaltando-se, entretanto, a possibilidade de tratamento diferenciado desde que observados seus limites de validade constitucional.

Mas para realização plena do mandamento constitucional não é suficiente a identificação do princípio constitucional da igualdade com a igualdade formal.

² Três, Celso Antonio, *Teoria Geral do Delito Pelo Colarinho Branco* Disponível em < www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-viii-do-foro-privilegiado>. Acesso em 30 de maio de 2008.

³ LOBO TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.p. 264.

“Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilégio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguados, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?”⁴.

Assim como um dos mais significativos emblemas de medida de justiça - especialmente numa sociedade tão marcada por desigualdades gritantes e aflitivas, das mais variadas matizes (sociais, econômicas, políticas, culturais, etc.) de modo a se dizer que existem vários *Brasis* – o princípio constitucional da igualdade não cabe mais apenas nos textos doutrinários e normativos.

Impõe-se sua transposição para o mundo dos fatos, para o mundo da vida, de modo a redimensionar as relações travadas no seio da sociedade.

Transforma-se, pois, o conceito de igualdade jurídica, que de uma dimensão estática, formal e negativa, passa a uma dimensão dinâmica e ativa, revelada na ação afirmativa, com o firme propósito de combater as desigualações fáticas entre as pessoas.

Por conseguinte, a efetividade da igualdade jurídica, em suas vertentes formal e especialmente material, não se disfarça como mera retórica pró-social. Como desiderato constitucional a concreção da igualdade é essencial à realidade do Estado Democrático de Direito, como estado de justiça e estado social.

Para tanto, desempenha papel essencial a ‘correta’ interpretação e aplicação ‘adequada’ da norma constitucional, com o que fica em relevo a atividade jurisdicional.

Desta maneira,

“O Estado liberal desenvolvido política e economicamente, por exemplo, a regra de igualdade perante a lei tem operado à guisa de vigoroso escudo de proteção ao indivíduo contra os excessos de intromissão na liberdade por parte de governos intervencionistas, caso em que o cânone isonômico passa a engrossar as fileiras da série de medidas e princípios garantidores da liberdade econômica formal nos sistemas de democracia capitalista. Pode-se também lançar mão do postulado igualitário para, com ele, obter-se maiores conquistas no campo da justiça social, para tanto emprestando-lhe um alcance renovado

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

e consentâneo com a vocação humanista e socializante dos dias que correm, e desse modo desgarrando-o de suas origens e limitações burguesas. Basta, nesse sentido, que as instituições políticas e jurídicas saibam reanimá-lo com imaginação e perseverança, porquanto a experiência das nações ensina que o sucesso de toda ordem constitucional depende menos da qualidade técnica das Constituições e mais da virtude e coragem daqueles que lhe dão vida e sentido.”⁵

2.1.1 A igualdade e a Lei.

Primeiramente cabe destacar o aspecto da igualdade perante a lei. Historicamente, trata-se primeira manifestação da igualdade. Fundamenta a ordem jurídica na abolição dos privilégios, erigindo a aplicação de uma mesma legislação como sua principal característica. Ela decorre da submissão da multiplicidade de categorias sociais, que sob a égide do antigo regime estavam submetidas a regimes jurídicos diferentes (como por exemplo, o clero), ao direito comum pelo poder constituinte dos Estados modernos⁶.

Esta função da igualdade perante a lei compreende a concentração dos jurisdicionados em um ambiente jurídico único, independente das situações de fato, constituindo uma injunção feita aos órgãos de aplicação da norma. Esta expressão do princípio da igualdade não diz respeito ao conteúdo do ato, mas somente a modalidade de sua aplicação, assemelhando-se, por vezes, ao princípio da legalidade⁷.

A igualdade perante a lei dá a entender uma vedação à arbitrariedade individual, do privilégio particular e não institucionalizado. Ela é um instrumento da realização concreta da igualdade cuja eficácia depende do conteúdo da regra de direito⁸.

Esses avanços foram reflexos de um novo ponto de vista, que pôs fim ao que Luiz Guilherme Marinoni denominou “Estado legislativo”. A lei perdeu sua supremacia, sendo subordinada à Constituição e aos direitos fundamentais⁹.

⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.6465

⁶ PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris: L.G.D.J. p.25.

⁷ *Ibidem*, p.25. Destaca Fernanda Duarte que “A igualdade perante a lei tem por destinatário exclusivo os aplicadores da lei, isto é, a igualdade há de ser observada mormente pelo juiz e pelo administrador, ao fazer incidir a lei em uniformidade”. LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. *Princípio constitucional da igualdade*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.43.

⁸ PELLISSIER, G. *Op cit.* p.26

⁹ MARINONI, L. *A jurisdição* p. 14.

Pontes de Miranda, ao pesquisar sobre a igualdade perante a lei, a estabeleceu certas funções. Para o autor a ela cabia regular a feitura das leis, o direito *in feri*, submetendo-o à exigência de ser igual para todos. Também era sua função, quanto ao direito já produzido, servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia; ser fonte de direito, em si mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação; ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública; servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição; ser fundamento de outros princípios (como igual acesso aos cargos públicos), só ou em conjunção com outros direitos fundamentais¹⁰.

Neste período também se concluiu que a generalidade das leis não era uma garantia suficiente para a igualdade, e que a legislação deveria comportar as distinções necessárias para dar efetividade à igualdade. Pela teoria liberal, a igualdade era plenamente satisfeita através da generalidade da norma, o que conduzia a transformação de um princípio material (igualdade) em uma regra estéril, meramente jurídica e formal. A noção de generalidade, que impunha aos poderes públicos o dever de conservar, e não criar, as condições jurídicas necessárias à igualdade, foi substituída por uma concepção positiva de igualdade, onde não se veda o tratamento diferenciado¹¹.

Estas distinções não constituíam violações ao princípio igualitário, como afirmava San Tiago Dantas em meados do século XX:

“Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Democracia, Liberdade, Igualdade*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 487.

¹¹ PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.28-29. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 96. HERTEL, D. R. *Op. cit.* p. 46-47. MARINONI, L. G. *A jurisdição...* p. 16, *in verbis*; “Para não violar a liberdade e a igualdade – obviamente formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia da imparcialidade do poder perante os cidadãos – que, por serem ‘iguais’, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração, como garantia de estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.” E continua: “A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como uma garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade –logicamente formal”. CAMBI, E. *Op. cit.* p.673.

arbitrarias das leis conformes ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário”¹².

Tratava-se do reconhecimento da igualdade na lei, que intentava realizar diretamente a igualdade. O fundamento da igualdade na lei é análogo a da igualdade perante a lei: a igualdade de todos os homens em direito. Todavia, este princípio não se destina aos órgãos de aplicação da lei¹³; mas se impõe ao autor do ato normativo de não perpetrar desigualdades. A lei não deve tratar todas as situações de maneira idêntica, devendo fazer distinções justificadas, ou seja, fundadas sobre as diferenças entre situações¹⁴.

No concernente a igualdade na lei, esta se expressa então, na impossibilidade da autoridade administrativa e legislativa de estabelecerem diferenças não justificadas, ou seja, destituídas de fundamento objetivo, racionalmente justificável. O contrário implica na existência de arbítrio por parte da autoridade estatal¹⁵.

O princípio da igualdade não é um vetor de imobilidade social. Existe a possibilidade dos poderes públicos fixarem tratamentos distintos, desde que justificados por diferença de situações. A interpretação contemporânea deste princípio proclama aos poderes públicos o direito de perseguir tal fim, constituindo caminho necessário para a passagem da igualdade liberal a igualdade social, realizando uma ampliação do poder reconhecido ao estado de criar distinções, de agir sobre o corpo social apartando-o em categorias. O juiz deve verificar que este poder ampliado não pode pôr em voga novamente

¹² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Igualdade perante a lei e due process of law*. In: Problemas de Direito Positivo. Rio de Janeiro: Forense. 1953. p.56

¹³ Faço ressalva quanto à competência constitucional atribuída a alguns órgãos julgadores para a edição de normas gerais, tais como a possibilidade dos tribunais elaborarem seus regimentos internos (art. 96, I, a, Constituição), do Conselho Nacional da Justiça poder expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência (art. 103-B, I, Constituição). Neste caso há a edição de regras gerais destinadas a disciplinarem o exercício da jurisdição e organização dos tribunais.

¹⁴ PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.27. Daniel Hertel considera a distinção entre igualdade perante a lei e na lei irrelevante, pois a doutrina considera que o princípio da igualdade tem por destinatário tanto o legislador quando os juízes. Não concordamos com a opinião do autor, por entendermos que ambas possuem iter históricos distintos, e, portanto, devem ser tratadas como categorias distintas. HERTEL, D. R. *Op. cit.* p. 47.

¹⁵ PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.29. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 52. Marcelo Araújo, no magistério da filosofia do direito atenta que “O problema moral relativo ao tratamento desigual não diz propriamente respeito à desigualdade, mas à arbitrariedade”. ARAÚJO, Marcelo de. *Justiça como igualdade? Alguns aspectos da discussão contemporânea em torno do conceito de justiça*. In: ETHICA, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, 2001, p. 27.

privilégios ou criar distinções injustificadas. A igualdade pela generalidade, como a igualdade perante a lei, são momentos essenciais da progressão da igualdade concreta¹⁶.

A generalidade da lei no Estado Democrático de Direito deve se amoldar as exigências do processo justo. Deste modo, a generalidade das regras processuais deve ser compreendida como aquela que incide sobre todos os jurisdicionados que se encontram na mesma situação, ressaltando o caráter excepcional destas diferenciações, assim como suas finalidades¹⁷.

Alguns autores como Gilles Pellissier defendem a existência da “igualdade pela regra de direito”, que não é essencialmente diferente da igualdade na lei. Ambas referem-se ao conteúdo da norma. Ela se situa na mesma consciência contemporânea de necessidade de intervenção do estado. Mas ao passo que a igualdade na lei conduz a um controle da justificação das distinções estabelecidas pelo Estado, a igualdade pela lei exprime uma reivindicação de uma ação normativa em favor da igualdade. Ela representa a expressão positiva da igualdade na lei¹⁸.

José Cretella Neto compendia de maneira esclarecedora esta tendência:

“Em outras palavras, a anterior igualdade formal negativa (a lei não pode estabelecer diferenças) dá lugar, hoje, á conceituação positiva da igualdade (a todos devem ser concedidas iguais oportunidades). A consequência dessa alteração de enfoque permite que a lei trate desigualmente os desiguais, concedendo aos jurídica ou economicamente hipossuficientes, determinados benefícios, para que não sejam prejudicados em virtude de suas deficiências”¹⁹

Vincent Martenet observa uma terceira espécie de igualdade, por ele denominada *au-delà de la loi*, ou seja, além da lei, em seus impactos. Esta concepção de igualdade se estabeleceria quando norma neutra, pela perspectiva dos chamados critérios sensíveis, previstos, por exemplo, nos artigos 26 do Pacto ONU II, 14 da Convenção Européia de Direitos do Homem e 8, al. 2 da Constituição Federal Suíça, afetar de maneira diferente dois grupos de pessoas, e não apenas dois indivíduos, constituindo verdadeira

¹⁶ PELLISSIER, G. *Op. cit.* p.29.

¹⁷ *Ibidem*, p.62.

¹⁸ *Ibidem*, p.28/29.

¹⁹ CRETELLA NETO, J. *Op. cit.* p.55.

discriminação indireta, pois fundada em critérios sensíveis como nacionalidade, religião, opinião política, renda e sexo²⁰.

Esta igualdade concorre de certa maneira para assegurar a igualdade de chances, tendo o grande mérito de comprovar que uma norma formalmente neutra pode ser discriminatória por limitar a efetividade de direitos fundamentais. As normas são a expressão das concepções majoritárias de uma sociedade, do espírito de um grupo dominante, podendo não levar em conta as diferenças culturais existentes no seio do organismo social²¹.

2.1.2 O controle das diferenças de tratamento

Lá pelos idos dos anos 50, a igualdade era vista não como consequência de tratamento igual ou desigual, mas sim como de tratamento semelhante ou diferente para situações comparáveis. Depreendeu-se que a igualdade admitia dois pólos, um positivo e outro negativo, estabelecidos em planos distintos, sendo adequada para a tutela da garantia isonômica o estudo pormenorizado da sua violação através de critérios objetivos, afastando a tradicional definição aristotélica do princípio da igualdade como tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais²².

Esta tradicional fórmula aristotélica se refere as situações idênticas, estipulando que *“dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*²³, não consentindo com a comparação entre duas situações com fundamento na semelhança, permitindo com que situações semelhantes, mas não idênticas, restem desamparadas da tutela do judiciário²⁴.

²⁰ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 99-102.

²¹ *Ibidem*, 106-117.

²² MARTENET, V. *Op. cit.* p. 23. ALBUQUERQUE, M. de. *Op. cit.* p. 96. O autor traz à colação o parecer 14 de 4 de maio de 1978 da Comissão Constitucional portuguesa, que dispõe o seguinte: “o princípio da igualdade não exige parificação absoluta no tratamento das situações, mas apenas o tratamento igual de situações iguais entre si e um tratamento desigual de situações desiguais, de modo que a disciplina jurídica prescrita seja igual quando uniforme as condições objectivas das hipóteses ou previsões reguladas e desigual quando falte tal uniformidade.”

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 72.

²⁴ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 12. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 98. O autor menciona o parecer nº. 8 de 27 de março de 1979 da Comissão Constitucional Portuguesa que dispõe o seguinte: “ Sendo claro que a igualdade de dois (ou mais) conteúdos, substratos ou relações da vida não pode ser uma

Neste mesmo sentido, a diferença de tratamento ou assimilação pode ser de amplitude limitada, solução a rigor impossível pela concepção que apenas considera a identidade entre as situações²⁵.

É por isso que Martim de Albuquerque assevera que o tratamento igual pressupõe “não uma igualdade geométrica, mas uma igualdade proporcional, pois vale a intenção axiológica e material, sobre a realização de qualquer igualdade, de uma igualdade-desigual”²⁶. Para o autor, a igualdade representa um conceito comparativo, pressupõe uma comparação, e não uma identificação. A igualdade, por este prisma, é sempre relativa²⁷.

Ao se comprovar a exatidão da comparabilidade entre as duas situações, indivíduos ou coletividades, se busca estabelecer a existência de pontos em comum entre ambas, com o intuito de determinar a necessidade de tratamento diferenciado ou assimilação. A inquietação proveniente dessa idéia, nesta etapa, é com a semelhança e não com a rigorosa identidade entre as situações comparadas²⁸, afastando, neste sentido, a ultrapassada concepção que remontava às leis de Sólon de que a igualdade se verificava através da identidade²⁹.

O cotejo é um dos mais importantes requisitos para a verificação da violação da igualdade e os tribunais supranacionais a tem considerado elemento essencial para a análise da aplicação da igualdade aos casos concretos. Ela se estabelece de maneira diferente, conforme se analise a igualdade perante a lei, na lei ou em seus efeitos³⁰.

A segunda etapa do exame da igualdade se refere a justificação do tratamento diferenciado de duas situações, indivíduos ou coletividades *a priori* comparáveis, ou de situações que reclamem um tratamento distinto mas que são tratadas de maneira análoga.

igualdade conceitual total – uma ‘identidade’ que sempre estaria logicamente excluída-, aquela tem de ser aferida em função de determinados elementos, que sejam escolhidos ou se devam considerar como essenciais à comparação.”

²⁵ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 20.

²⁶ *Ibidem*, p. 74.

²⁷ ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 75. Neste sentido conferir Hartmunt Mauer, citado por Gilmar Ferreira Mendes, MAURER, Hartmunt. *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: Festschrift für Werner Weber*. Berlim, 1974, p. 345, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 207. No mesmo sentido, Fernanda Duarte afirma que a comparação entre dois ou mais objetos é verdadeira premissa da verificação da igualdade. LUCAS DA SILVA, F. D. L. *Op. cit.* p. 80.

²⁸ MARTENET, V. *Op. cit.* p.60. ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 100.

²⁹ ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 11.

³⁰ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 601.

Sua importância funda-se na vedação dirigida ao legislador ou magistrado de estabelecer diferenças de tratamento injustificadas e arbitrárias³¹.

O entendimento doutrinário tem caminhado no sentido de interpretar esta justificação como situacional, quando considerar situações, contextos ou circunstâncias; e finalista, na medida em que a distinção ou assimilação de duas ou mais situações constituírem um instrumento de objetivo almejado pela autoridade estatal; e mista, quando comportar uma dimensão situacional e finalista³².

Este dever de justificação, verdadeiro ônus da autoridade estatal, não deve ser realizada de ofício pelo juiz³³. Em decorrência das diferentes espécies de justificação concebem-se métodos diferentes para o exame da verificação da violação da igualdade em cada um deles.

Na justificação situacional, a amplitude das assimilações ou distinções devem se submeter a exame em função do seu escopo, do seu objeto e dos efeitos³⁴. O que se exige aqui é que a assimilação ou diferenciação seja justificada por um simples motivo objetivo, ou qualificado, devendo o magistrado sopesar o elemento comparativo estabelecido na primeira etapa do exame com o motivo da distinção, evocado na segunda etapa do exame. Deve-se também considerar o universo de pessoas atingidas pela sua decisão, realizando considerações acerca do impacto desta³⁵.

Na justificação finalista é realizada diferente análise. A amplitude das assimilações ou distinções devem se submeter a exame em função da base legal, objetivo legítimo e proporcionalidade, decompondo-se esta última em três sub princípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade *scritu sensu*. Estes princípios derivados a proporcionalidade significam, respectivamente, que a medida estatal deve ser apropriada para atender aos resultados desejados, não deve ser mais rigorosa do que o necessário para

³¹ *Ibidem*, p.11. PELLISSIER, G. *Op cit.* p. 55. MAZIÉRE, Pierre. *Le principe d'égalité en droit privé*. Marseille: Presses Universitaires d'aix. 2003. JOUANJAN, O. *Op. cit.* p.11. ALBUQUERQUE, M. de. *Op. cit.* p. 96. O autor traz à colação mais um trecho emblemático do parecer 14 de 4 de maio de 1978, da Comissão Constitucional portuguesa, onde se afirma que “as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais se não de justificar, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que se não apresente arbitrária ou desrazoável, por isto ser contrário à justiça e, portanto, à igualdade, de modo que a legislação, não obstante a margem livre de apreciação que lhe fica para além desse mínimo, não se traduza em ‘impulsos momentâneos ou caprichosos’, sem sentido e consequência”.

³² MARTENET, V. *Op. cit.* p. 189.

³³ *Ibidem*, p. 163.

³⁴ *Ibidem*, p. 192.

³⁵ *Ibidem*, p.289/290.

atender ao objetivo almejado e precisa estar correlacionada com o objetivo pela perspectiva da razoabilidade³⁶.

2.1.3 A vedação à discriminação

Numa análise perfunctória da doutrina e da jurisprudência das cortes supranacionais e constitucionais têm se constatado a impossibilidade da autoridade estatal justificar distinções em determinados critérios, como raça, religião, sexo, língua e opinião política, por entender que estes constituem modalidades de discriminação e que dificultam a manutenção da ordem democrática³⁷. Estes critérios estão presentes no artigo 14 da Convenção Européia de Direitos Humanos³⁸, artigo 26 do Pacto Internacional relativo aos direitos civil e políticos³⁹ (em vigor no Brasil), artigo 13 da Constituição portuguesa⁴⁰, artigo 3º da Constituição Italiana⁴¹. A Constituição brasileira, apesar de não especificar critérios, proíbe distinções de qualquer natureza em seu artigo 5º, *caput*. Todavia, para nós, por força de interpretação sistemática, entende-se que de maneira alguma a Constituição pátria vedou toda forma de distinção entre pessoas, pois ela própria estabeleceu tratamentos diferenciados, como no artigo 5º, XXXII, referente à defesa do consumidor, e no art. 5º, LXXIV, sobre a assistência jurídica integral e gratuita.

O mais adequado no entanto, é compreender que as distinções vedadas pela Constituição são aquelas discriminatórias, que sejam ofensivas à dignidade humana⁴² e não

³⁶ *Ibidem*, p. 192-319 CRETELLA NETTO, J. *Op. cit.* p. 53. “A questão central não é o critério diferenciador em si, mas sim, o vínculo existente entre o critério diferenciar e a finalidade da diferenciação.” Fernanda Duarte atenta que “A chave para a compreensão do conteúdo da isonomia reside exatamente, na percepção da razão pela qual em um caso o *discrimen* é ilegítimo e outro legítimo”. LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte. *Op. cit.* p. 92.

³⁷ ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 98.

³⁸ EUROPA. Convenção Européia de Direitos Humanos e protocolos adicionais (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 15 de jun. de 2007.

³⁹ BRASIL. Decreto nº. 592 de 3 de julho de 1992. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

⁴⁰ ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 72.

⁴¹ ITÁLIA. Constituição (1948) <<http://www.camera.it/files/costituzione/costituzione.pdf>>. Acessado em 20 de fevereiro de 2007.

⁴² CRETELLA NETTO, J. *Op. cit.* p. 53.

justificadas pela autoridade estatal, como reconhece a doutrina dos países sob a jurisdição da Corte Européia de Direitos Humanos e relevante parte da doutrina brasileira⁴³.

As legislações de países que vedam a discriminação comportam inúmeras distinções fundadas nos aludidos critérios, notavelmente sobre idade, língua, situação social ou até mesmo o sexo, por considerar a situação particular de certos grupos de pessoas, em atendimento a objetivo legítimo e proporcional. Apenas a falta de justificação na utilização de um destes critérios inscritos nas constituições é que vai ensejar a violação da proibição da discriminação.⁴⁴

A proibição da discriminação pode ser considerada como uma expressão particular da garantia geral da igualdade, espécie do gênero desta, sendo ambas faces da mesma realidade⁴⁵.

Gilles Pellissier cita que aspectos da personalidade, do estado civil ou da situação jurídica e social do indivíduo não podem fundamentar uma diferença de tratamento, pois está será tida como violadora do princípio da igualdade. Para o autor está seria a única expressão absoluta da igualdade, não sendo aplicável as demais regras referentes a igualdade como um princípio relativo⁴⁶.

A vedação a discriminação contribui para outorgar uma maior verossimilhança material, e não apenas formal, a igualdade. Neste compasso, diferentemente do tradicional juízo de comparação da igualdade, se presume a comparabilidade entre as duas situações, não sendo obrigatoriamente condicionada pela demonstração pelo indivíduo ou coletividade que busca o reconhecimento da violação da vedação a discriminação. Certamente se fosse exigido de maneira rígida o ônus da comparação se ameaçaria os membros dos grupos sociais inferiores, protegidos pelos dispositivos constitucionais. Essa presunção, então, significa que o emprego de um dos critérios pessoais é suficiente para fazer nascer a obrigação da autoridade de contestar o ato impugnado⁴⁷.

Para Vincent Martenet, a vedação à discriminação comporta três elementos constitutivos. O primeiro é a existência de desvantagem em razão de uma característica

⁴³ LEMOS, Bruno Espiñera. *Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidades de novos paradigmas*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004. p. 123.

⁴⁴ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 36.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁶ PELLISSIER, G. *Op. cit.* p. 53.

⁴⁷ MARTENET, V. *Op. cit.* p. 40/42.

pessoal, o segundo é o estabelecimento do vínculo de comparação, que se beneficia da mera exigência da verossimilhança, enquanto o terceiro é a ausência de justificação⁴⁸.

A doutrina entende ainda que a discriminação admite uma modalidade direta, sendo que esta comporta mais dois elementos constitutivos, quais sejam, a diferença de tratamento e o aspecto de rebaixamento, de depreciação, de exclusão, de humilhação. Por essa perspectiva, a ausência de tratamento diferenciado também pode constituir discriminação. Não obstante, esta posição tem sido considerada demasiadamente restrita e não tem sido aplicada pelos tribunais das cortes supranacionais⁴⁹.

A intenção da autoridade não constitui critério de aplicação da proibição da discriminação. A violação da discriminação pode-se dar de maneira até mesmo inconsciente⁵⁰. Caberá então à autoridade questionada, quando da existência de discriminação, justificar o ato em que se funda o pleito. Toda discriminação deve ser justificada sob pena de ser arbitrária⁵¹, pois, afinal, a proibição do arbítrio se traduz na exigência do fundamento racional⁵².

Por fim, cabe destacar que a proibição da discriminação obsta o que é atualmente denominado de “lei-providência” (*Massnahmegesetze*), ou seja, a norma personalizada, individualizada, excepcional por não conter uma regra geral, maximamente se puder detectar nela uma intenção discriminatória injustificada⁵³.

2.1.4 Igualdade e Processo

A Constituição brasileira e outros documentos, como o artigo 14 do Pacto de Direitos Civil e Políticos das Nações Unidas, vigente no Brasil, impõem a igualdade das partes perante os órgãos jurisdicionais determinando este último que “todos são iguais perante os tribunais e demais cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa

⁴⁸ *Ibidem*, p. 45/47.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁰ *Ibidem*, p.51.

⁵¹ JOUANJAN, O. *Op. cit.* p. 91.

⁵² ALBUQUERQUE, M. *Op. cit.* p. 74.

⁵³ *Ibidem*, p. 74.

seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei”⁵⁴.

A máxima de que todos são iguais perante a lei é também encontrada nas Constituições de países que se caracterizam pela tradição humanitária, como Suíça (art. 8º, Constituição Federal da Confederação suíça)⁵⁵ e Alemanha (art.3º, al. 3, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)⁵⁶. Não obstante, países com menor experiência democrática, como o Uruguai (art. 8º, Constituição da República Oriental do Uruguai)⁵⁷, Peru (art. 2º, II da Constituição Política do Peru)⁵⁸ e África do Sul (art. 9º, Constituição da República da África do Sul)⁵⁹ também se encontra tal axioma.

Esta igualdade louvada na maioria das democracias ocidentais não é apenas um direito individual, mas também organizacional, na medida em que se demonstra como verdadeiro mecanismo regulador da atividade do Estado, responsável pela coesão das regras existentes na ordem jurídica.

Daí sua caracterização como direito fundamental, encontrando na paridade de armas sua manifestação no processo civil⁶⁰. Esta é compreendida como componente autônomo da garantia de um processo justo, mas que está intimamente ligada a outras garantias, como o contraditório e o direito de defesa.

Não obstante sua vasta generalidade pode-se definir a paridade de armas como a “obrigação de oferecer a qualquer parte a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições que não sejam de clara desvantagem com relação ao seu adversário”. Esta é a idéia que se pode extrair de diversos documentos humanitários, como a Convenção Européia de Direitos do Homem e as Constituições das democracias ocidentais⁶¹.

⁵⁴ GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, p. 127.

⁵⁵ SUÍÇA. Constituição (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 15 fev. 2007.

⁵⁶ ALEMANHA. Constituição (1949).<http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf> Acessado em 15 de jun. de 2007.

⁵⁷ URUGUAI. Constituição (1967). <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

⁵⁸ PERU. Constituição (1993). <<http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

⁵⁹ ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2005. v. III. p. 53

⁶¹ JEULAND, E. *Op. cit.* p. 209.

O prestígio da paridade de armas reside no seu necessário papel de conferir legitimidade ao sistema de resolução de conflitos estruturado em determinado Estado, pois suprime insatisfações através da possibilidade de todos os interessados influírem na cognição do magistrado⁶². Para nós, essa importância decorre da relevância da dignidade da pessoa humana⁶³ e da concepção de que o direito só poderá se legitimar na medida em que assegura a cada um aquilo que lhe pertence⁶⁴.

A idéia contemporânea da igualdade, qualificada de material, não se satisfaz com regras formais designadas a assegurar as partes paridade de tratamento, mas atribui ao juiz o dever de verificar *in concreto* se alguma delas se encontra em posição de inferioridade no acesso aos meios de defesa. Essa eventual deficiência deve ser suprida com iniciativas compensatórias para restabelecer o necessário equilíbrio, sem o qual não se pode atingir um resultado justo⁶⁵. O juiz também tem o dever de conclamar as partes à prévia audiência antes de adotar qualquer decisão, oferecendo a ambas as partes as mesmas oportunidades de acesso à justiça e de exercício do direito de defesa⁶⁶. Pode-se afirmar que aí está, em breves palavras, a concepção atual do princípio do contraditório e sua correlação com a paridade de armas.

O direito moderno rejeita, não obstante, a fixação da competência através de condição pessoal, tanto assim que a Constituição Federal é expressa quando veda a presença de foros privilegiados ou tribunais de exceção. A Lei Maior estabelece em seu artigo 5º, inciso LIII que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e no inciso XXXVII que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, onde se afigura a idéia do Princípio do Juiz Natural. Tal princípio veda a criação de novas hipóteses de foro privilegiado, além das já previstas em seu texto. Neste contexto, a figura do juiz natural em nosso ordenamento é representada pela magistratura de 1º grau.

Para José Afonso da Silva, a autoridade competente é aquela do Poder Judiciário investido do poder jurisdicional, ou seja, “Autoridade competente para processar e

⁶² CAMBI, Eduardo. *Neo constitucionalismo e Neo processualismo*. In: Processo e Constituição. Coord.: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006 E. *Op. cit.* p. 677.

⁶³ CAMBI, E. *Op. cit.* p. 674.

⁶⁴ KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2002, p.200.

⁶⁵ GRECO, Leonardo. *A busca...* p. 5

⁶⁶ GRECO, Leonardo. *O princípio do Contraditório*. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos. 2005. p. 541.

sentenciar é aquela que a Constituição cujo poder de julgar e as atribuições jurisdicionais ela própria delineou”⁶⁷.

2.2 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

2.2.1 Histórico

O preconceito e a desigualdade de classes são mazelas recorrentes em nossa história. Desde os tempos mais remotos a lei era elaborada de forma a conceder, claramente, tratamento diferenciado para ricos e pobres.

Maculada na história de Portugal, as Ordenações Filipinas, que vigoram pelos idos de 1580 a 1640 representavam bem o seu tempo. Tratava-se de uma legislação altamente reacionária e preconceituosa comparada aos dias de hoje.

O Título XXXVIII do Livro V do Código Filipino estipulava:

“Do que matou sua mulher, pola achar em adultério Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezebargador, ou pessoa de maior qualidade.”

Neste exemplo, esclarece Zeno Veloso:

“se o marido flagrasse sua mulher em adultério, poderia lícitamente matá-la, como ao adúltero. Mas esse direito não se estendia ao marido, se fosse peão e o adúltero fidalgo ou um desembargador. Se, não obstante, o marido traído matasse alguma dessas autoridades, que estava copulando com sua esposa, não receberia pena de morte por isso, porém, seria degredado para a África⁶⁸”.

Com a colaboração de Aluizio Bezerra Filho:

⁶⁷ MARQUES, José Frederico apud SILVA, José Afonso da. *A reforma do poder judiciário*, vI. p.79

⁶⁸ VELOSO, Zeno. *Abaixo o foro privilegiado*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/?secao=mostranoticia&mat_id=9287> Acesso em: 2 de junho de 2008.

“No direito luso-brasileiro, o foro privilegiado surgiu como prerrogativa pessoal outorgada aos soldados, aos clérigos, aos desembargadores, aos cavaleiros das três ordens militares e à de São João de Jerusalém, aos lentes e estudantes da universidade de Coimbra, aos oficiais e familiares do Santo Ofício e às demais categorias que Pereira e Souza pacientemente alinha em suas Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal. (Lisboa, 1831, p4 e s.)”⁶⁹

No Brasil, essas prerrogativas estritamente pessoais foram abolidas em 1823 pela Constituição Política do Império, que em seu artigo 179, XVI, determinava que “*Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e intimamente ligados aos cargos por utilidade pública*”⁷⁰. No inciso seguinte, 179, XVII determinava que, “*À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas cíveis ou crime*”.⁷¹

Desde então, no sistema constitucional brasileiro não se admite a existência de privilégios processuais de natureza pessoal, mas exclusivamente em razão do exercício funcional.

Proclamada a República em 1889, a Constituição de 1891, no artigo 57, § 2º, instituiu o foro privilegiado, dando competência ao Senado Federal para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, ao Supremo Tribunal Federal, para julgar os juízes federais inferiores (artigo 57, § 2º) além do Presidente da República e dos Ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade (artigo 59, II.).

Por sua vez, a Constituição de 1934 em seu artigo 25 dizia: “*não haverá foro privilegiado nem tribunaes de exceção; admitem-se, porém, juízos especiaes em função da natureza das causas.*”⁷²

⁶⁹ BEZERRA FILHO, Aluizio. *Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada*. Ed. Juruá, 2005. p. 155.

⁷⁰BRASIL, Constituição (1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao24.htm>. Acessado em 2 de junho de 2008.

⁷¹ BRASIL, Constituição (1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao24.htm>. Acessado em 2 de junho de 2008.

⁷²BRASIL, Constituição (1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao34.htm>. Acessado em 2 de junho

A Constituição atual, de 1988, considerada a mais democrática de todos os tempos dita, em seu artigo 5º, inciso XXXVII que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Porém, paradoxalmente, entre todas as constituições brasileiras já existentes, foi a mais generosa de todas, concedendo foro por prerrogativa de função a um grande número de autoridades.

2.2.2 Foro

Para o Ministro José Delgado o vocábulo foro, no âmbito jurídico, pode ter diferentes sentidos. No primeiro caso trata-se de espaço determinado, por força de divisão territorial, onde impera a jurisdição de juízes e de tribunais. É necessário para que o juiz, de qualquer grau, possa exercer sua competência jurisdicional em um país de tão grande extensão territorial como o Brasil.

Em outro sentido, trata-se do edifício em que atuam os magistrados, de forma individual ou coletiva.

Foro compreende, também, a organização da justiça, quando se afirma existir um foro comum, um foro militar, um foro federal ou um foro especial.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro as seguintes espécies de foro: civil, comum, criminal, de eleição, de prevenção, de delito, do contrato, do domicílio, da mulher casada, do quase-contrato, do inventário, geral, militar, objetivo, subjetivo e, finalmente, foro especial.

2.2.3 Conceito e Natureza jurídica

O conceito do foro por prerrogativa de função está vinculado ao instituto da competência. Diz-se, normalmente, que “*a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a ‘medida de jurisdição’*. Em outras palavras, ela determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.”⁷³

Assim, embora se diga que a jurisdição é una e, por isso, se estende sobre todo o território, é inegável que, por dever de divisão de trabalho, aconselha-se a distribuição dos encargos através de órgãos jurisdicionais. Com esta finalidade, estabelecem-se regras para delimitar a *competência* dos inúmeros órgãos, obedientes a critérios, onde predomina o relativo ao lugar em que o conflito a ser solucionado se verificou. Há, no entanto, outros critérios, como a matéria a ser apreciada, o valor da causa etc.

A atual conjuntura jurídica inerente ao Estado democrático de direito rechaça a fixação da competência através de critérios unicamente pessoais ou sanguíneos como outrora. Evidência máxima de tal rejeição são os incisos XXXVI e LIII do artigo 5º da Carta Magna, acima citados, que vedam expressamente a presença de foros privilegiados ou tribunais de exceção.

Não obstante o preconizado nos referidos incisos, a própria constituição estabelece como critério determinador da competência a função exercida por alguém que esteja sendo alvo de algum procedimento. É assim que surge a figura da garantia de foro especial, que é a prerrogativa que têm determinadas pessoas que exercem especiais funções de só serem julgados perante certos órgãos jurisdicionais. Tal mandamento objetiva proteger não, propriamente, o ocupante do cargo, mas a dignidade da sua função, segundo entende o Superior Tribunal Federal (STF).

Neste sentido, é equivocado dizer que Deputados, Ministros, Governadores, Juízes, tenham a seu favor foro privilegiado, pois, assim como as demais imunidades, esta não tem conotação pessoal e não pode ser interpretada como mero privilégio pessoal. Esta prerrogativa então, pode ser definida como um direito, de natureza processual, que o agente público tem de em praticando conduta tipificada como crime, não ser processado e julgado

⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª. ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, Vol. 1º, Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Título no Original: *Manuale di Diritto Processuale Civile, I*.

por outro juízo que não o Tribunal competente, portanto, um colegiado. Fica, pois, afastada, v.g. a possibilidade de ser processado ou julgado no primeiro grau de jurisdição.

A distinção conferida a estes agentes públicos reside exatamente no fato de que qualquer outro cidadão, em situação idêntica, de regra, será levado a responder perante o juízo monocrático ou processado por este e julgado pelo Tribunal do Júri, se e quando tratar de crime doloso contra a vida, como explícito no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Trata-se, na verdade, de um critério de determinação de competência, que tem dupla função. De um lado, proteger aquele que goza desta imunidade formal, contra acusações tão somente políticas, menos facilmente evitáveis em juízos comuns e, de outro, acobertar a própria sociedade, porquanto não se possa negar que, não raro, os possuidores de imunidades tentam usar sua força política como forma de pressionar juízes para decidir em seu favor. Assim, o julgamento por órgão jurisdicional mais experiente e menos sensível a manobras e pressões essencialmente políticas, garante à sociedade decisões mais independentes e imparciais. Neste sentido o entendimento do ex-Ministro do Superior Tribunal Federal Victor Nunes Leal:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar ocupantes de determinadas funções públicas por sua capacidade de resistir seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado.”⁷⁴.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*as garantias são dadas aos Parlamentares, mas em prol do Legislativo. Configuram, pois, prerrogativas e não privilégios. De fato,*

⁷⁴ Citado pelo também ex-Ministro do STF Octávio Gallotti, no julgamento do recurso extraordinário nº. 126.502, RTJ 135/841.

contêm exceções ao direito comum, editadas não em favor de indivíduos, mas do órgão.”

⁷⁵.

O mesmo se depreende da obra de José Afonso da Silva, que, ao se referir as prerrogativas dos Parlamentares, aduz serem “*estabelecidas menos em favor do Congressista que da instituição parlamentar, como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.*” ⁷⁶.

Maria Helena Diniz, no entanto, diferencia os institutos do foro especial e do foro por prerrogativa de função, sendo o primeiro:

“Direito processual civil: trata-se de foro privilegiado competente para conhecer e julgar determinadas questões em razão da matéria ou da qualidade da pessoa. Direito processual penal: jurisdição de certos tribunais superiores para decidir crime de responsabilidade ou crime comum perpetrado por alguém no exercício de determinado cargo ou função.”⁷⁷

E o segundo:

“Direito processual civil: regalia concedida legalmente aos que exercem altas funções públicas para serem julgados em foro especial ou serem inquiridos, na qualidade de testemunhas, em sua residência ou onde exercem sua função. Dentre eles podemos citar: presidente e vice-presidente da República; presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; ministros de Estado; ministros do STF, STJ, do STM, TSE, TST e do TCU; procurador-geral da República; senadores; deputados federais; governadores; deputados estaduais; desembargadores; juízes dos Tribunais de Alçada, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal; embaixador do país e, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.”⁷⁸

Quanto à natureza jurídica, o foro por prerrogativa de função tem caráter imperativo, na medida em que não pode ser renunciado pela autoridade que dele goza, nem

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol.II, p. 44.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional*, p.466

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, 2005, p 675

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2005, p. 807

pode ser afastado pela vontade do Ministério Público ou do próprio Tribunal. Trata-se de uma garantia de natureza constitucional, os seus efeitos são produzidos com a intensidade da carga que a própria Constituição lhe outorga, dando-lhe plena eficácia e efetividade.

Para Athos Gusmão Carneiro:

“A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá reduzir ou ampliar tal competência.”⁷⁹

Devido a esta matéria ter tratamento constitucional, eventual ampliação ou restrição de seu rol se faz inviável por meio de lei ordinária ou por norma complementar, sob pena de inconstitucionalidade material.

2.2.4 Crimes Comuns e Crimes de Responsabilidade

Entende-se como crime comum aquele tipificado no Código Penal e nas leis extravagantes, que podem ser praticados por qualquer pessoa. Com relação aos crimes de responsabilidade, entende-se ser aqueles praticados por funcionários públicos e agentes políticos em razão de suas funções, ou seja, dependem de uma qualidade especial do agente.

No entanto há que se ressaltar que no caso de um agente público cometer um delito sem qualquer relação com o cargo ou função pública que ocupa sem, no entanto, envolver os deveres próprios da função, trata-se de crime comum. Porém se a falta enunciada na lei de responsabilidade não estiver prevista na lei criminal, trata-se de crime de responsabilidade.

Esta definição é atacada pelos doutrinadores, pois segundo Mirabete a expressão crimes de responsabilidade, no sentido estrito, refere-se às infrações político-administrativas, sujeitas às sanções político-administrativas, como perda de cargo, de função, de mandato, etc. e submetidas à jurisdição política. Em sentido amplo:

⁷⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 5. ed, p. 46.

“Abrange todos os delitos praticados no exercício de função pública, do Executivo, Legislativo ou Judiciário, recebendo também o nome de crimes funcionais. Distinguem-se os crimes funcionais em próprios e impróprios.”⁸⁰.

Para Damásio de Jesus os crimes de responsabilidade são aqueles que contêm violação de cargo ou de função, apenados com sanção criminal. Os crimes de responsabilidade propriamente ditos, entendendo a expressão em seu sentido estrito, estão previstos no Código Penal (crimes comuns) e na legislação especial (crimes especiais). Contudo, entende-se por crime de responsabilidade, em sentido amplo:

“Como um fato violador do dever do cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde à infração político-administrativa.”⁸¹.

Os crimes de responsabilidade podem ser divididos ainda em próprios e impróprios. Os crimes de responsabilidade impróprios estão indicados no artigo 85 e 86 da Constituição Federal, além de tipificados na lei nº. 1079 de 10 de abril de 1950, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores de Estado e seus Secretários. Ainda no mesmo sentido, encontra-se o disposto na lei nº. 7106 de 28 de junho de 1983, que versa apenas dos crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal.

Os crimes de responsabilidade próprios são aqueles descritos no Código Penal e em legislação especial. No Código Penal estão elencados nos artigos 312 a 326 e correspondem aos crimes funcionais cometidos por funcionários públicos no exercício de cargo ou função pública. Ainda, o artigo 150, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal que trata da violação de domicílio qualificada e por fim os artigos 300 e 301 que tratam de delito de falso praticados por funcionário público.

⁸⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 576.

⁸¹ JESUS, Damásio Evangelista de. São Paulo: Justitia, 1988. p. 40.

Na legislação especial verifica-se a existência do Decreto-Lei nº. 201 de 27 de fevereiro de 1967, que trata dos crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores além da Lei no. 4.898 de 9 de dezembro de 1965, que trata do abuso de autoridade.

Uma última consideração importante acerca da caracterização dos crimes comuns e crimes de responsabilidade é que uma mesma infração pode evidenciar simultaneamente crime de responsabilidade e crime comum. Tal caso pode ocorrer na hipótese de previsão de fato definido como crime na lei penal e como infração política ou crime de responsabilidade, em lei especial. Fica então a autoridade sujeita a dois processos e, conseqüentemente, a dupla sanção. Um exemplo disso é o crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal⁸², além da previsão simultânea na Lei 1.079/50 como crime de responsabilidade contra a probidade administrativa⁸³. A condenação no crime de responsabilidade constitui pressuposto indispensável para a instauração do processo judicial de apuração do crime comum.

Por fim, segundo a Constituição vigente atualmente no ordenamento jurídico pátrio a apuração e a sanção dos crimes cometidos por autoridades, sejam os crimes comuns sejam os crimes de responsabilidade, desenvolvem-se em duas fases. A primeira fase é a do procedimento de acusação, que se consubstancia num juízo de admissibilidade do processo, e a segunda fase é aquela do julgamento.

3. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

⁸² **Prevaricação** - Art. 319 Código Penal - *Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*

⁸³ Lei 1079/50, *CAPÍTULO V, Dos Crimes Contra Probidade na Administração*; Artigo 9º. São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: (...), 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.

O foro por prerrogativa de função como analisado anteriormente neste trabalho tem sua competência fixada pela natureza do cargo ou função pública considerada de especial relevância para o Estado, devendo as pessoas investidas nesses cargos serem julgadas por órgãos superiores da justiça, como medida de utilidade pública.

Essas prerrogativas funcionais são definidas pela própria Constituição Federal, que menciona especificamente os cargos e funções cujos titulares serão processados e julgados pelos correspondentes Tribunais.

As competências constitucionais são entendidas como aquelas que gozam um fundamento constitucional expreso. De acordo com o Princípio da Tipicidade de Competências, as competências dos órgãos constitucionais são, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição. O Princípio da Indisponibilidade de Competências estabelece que as competências fixadas não serão transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Lei Maior as atribuiu.⁸⁴

As normas constitucionais de competência são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais.

Tendo em vista o foro por prerrogativa de função levar em conta a competência *ratione personae*, torna-se irrelevante o local do crime. O Tribunal competente para conhecer do crime, em matéria de foro por prerrogativa de função, é aquele que tem jurisdição sobre a pessoa beneficiada com a prerrogativa.

Num passado recente, pelos idos dos anos 60, prevalecia no STF o entendimento de que o crime é praticado durante o desempenho do cargo, função ou mandato garantiria o foro especial para aquela autoridade, mesmo no caso de eventual cassação, renúncia ou término do mandato. O foro por prerrogativa de função permaneceria mesmo depois do término do exercício da função, cargo ou mandato, estando garantido esse direito aos ocupantes de cargo. Neste sentido o Pretório Excelso elaborou até uma Súmula sobre o assunto:

A Súmula 394, de 03 de abril 1964, do Supremo Tribunal Federal dizia que:

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra – Portugal : Almedina, 2000. 546 p.

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.⁸⁵

Porém, em 1999, o STF cancelou a referida Súmula 394, à luz do princípio da isonomia. Princípio este que garante, de uma visão geral, tratar os desiguais à medida que se desigualem. Por exemplo, no caso de um determinado crime que seja de competência do Tribunal do júri, cometido por uma autoridade beneficiada pelo foro por prerrogativa, porque esta pessoa não seria julgada pelo referido Tribunal? Seria necessário um diferencial para justificar aquele julgamento diferenciado. E qual era esse diferencial? A função política que ele exercia.

A partir do momento que ele deixa de exercer aquela função política, ele passa a ser um réu como um outro qualquer. O diferencial não existe mais. Então porque ele continuaria a ser julgado e processado por um órgão especial? Seria uma ofensa ao Princípio da Isonomia. Então o STF passou a entender que o término do exercício daquela competência demandaria o deslocamento da competência para o foro do juízo de primeira instância competente para julgar qualquer outra pessoa, sendo que os atos processuais já existentes naquele julgamento fossem plenamente aproveitados.

Mais precisamente em 25 de agosto de 1999, a Súmula 394 foi cancelada, em decisão de uma Questão de Ordem pelo Pleno do STF, no Inquérito 687-4, cujo relator foi o Ministro Sidney Sanches, cujo trecho do voto diz:

“Observo que nem a Constituição de 1946, sob cuja égide foi elaborada a Súmula 394, nem a de 1967, com a Emenda Constitucional nº. 1/69, atribuíram competência originária ao Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de ex-exercentes de cargos ou mandatos, que durante o exercício, sim, gozavam de prerrogativa de foro, para crimes praticados no período.(...) A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências

⁸⁵ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> sumula 394

que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado. Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recluir que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes, o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o Tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade, para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, freqüentemente, à condição de adversário da situação dominante. É, pois, em razão do interesse público do bom exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante, que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, como prerrogativa da função mesmo depois de cessado o exercício." (RTJ 22, págs. 50 e 51)." (...) Parece-me que é chegada a hora de uma revisão do tema, ao menos para que se firme a orientação da Corte, daqui para frente, ou seja, sem sacrifício do que já decidi com base na Súmula 394, seja ao tempo da Constituição de 1946, seja à época da E.C. nº 1/69, seja sob a égide da Constituição atual de 1988.

19. A tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns.

Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os exmembros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em contemplar, com a prerrogativa de foro perante esta Corte, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir 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. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, 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.

Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou

Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse.

É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora?

Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles.

Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a súmula. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado.

Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento. Aliás, diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, ao menos em hipótese, como essa parece flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro.

Nem se deve presumir que o ex-titular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre exposto à falta de isenção dos Juízes e Tribunais a que tiver de se submeter. E, de certa forma, sua defesa até será mais ampla, com as quatro instâncias que a Constituição Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória. E sempre restará a esta Corte o controle difuso de constitucionalidade das decisões de graus inferiores. E ao Superior Tribunal de Justiça o controle de legalidade. Além do que já se faz nas instâncias ordinárias, em ambos os campos.

Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394. (...) Nesse sentido é meu voto, com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394.”

No mesmo julgamento manifestarem-se o Ministro Moreira Alves, que considera que “*a prerrogativa de foro é, sem dúvida, excepcional. Ela afasta o Juiz natural nos termos escritos da Constituição*” e o Ministro Carlos Velloso, que, no seu voto, disse:

“O foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império: os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação.”⁸⁶

Neste sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os ex-ocupantes de cargo ou função não mais terão assegurados o foro por prerrogativa de função, depois que não ocupassem mais o cargo. Evitou-se, assim, transformá-lo em privilégio pessoal, pois o instituto se destina a proteger o cargo e não a pessoa que o ocupa, e muito menos a pessoa que deixou de ocupá-lo. O que o foro por prerrogativa de função visa é proteger o bom exercício do cargo e não o interesse pessoal do ocupante do cargo, conseqüentemente, o instituto não mais alcançará aqueles que não mais exerçam mandato ou cargo. As ex-autoridades deverão ser julgadas pela primeira instância, isto é, pelos juízes monocráticos. Caberá assim aos juízes federais processar e julgar ex-deputados, ex-senadores, ex-ministros ou até mesmo ex-dirigentes de autarquias ou empresas públicas, na área federal. Quanto às ex-autoridades municipais ou estaduais, evidentemente, o julgamento competirá aos juízes de direito.

Evidentemente, esta é a interpretação correta das normas constitucionais. A Justiça deve ser igual para todos, e todos devem ser julgados pelos mesmos juízes, salvo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, e, exclusivamente, decorrentes das funções exercidas.

Todavia, no apagar das luzes do governo de Fernando Henrique Cardoso foi editada a lei 10.628, em 24 de dezembro de 2002, alterando o artigo 84 do Código de Processo Penal. A redação do referido artigo do Código de Processo Penal anteriormente à inovação trazida pela Lei nº10.628/02 era a seguinte:

⁸⁶ REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Belo Horizonte. n. 9, p. 119, abr-jun, 2005.

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade.”

Com a edição da Lei nº 10.628/02, a redação do *caput* do referido dispositivo legal foi alterada, tendo sido acrescentados, também, dois parágrafos, vazados nos seguintes termos:

Art. 84. 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 e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. (Incluído pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho 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 de função pública, observado o disposto no § 1º. (Incluído pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)”

Conforme é possível observar, a Lei nº 10.628/02, ao fazer ingressar em nosso ordenamento jurídico-positivo o § 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, acabou por ampliar a competência originária dos Tribunais, prevista taxativamente na Constituição da República. Assim, considerando que a Lei nº 10.628/02 é uma lei ordinária, incapaz, portanto, de alterar disposições constitucionais, é forçoso concluir que o referido diploma legal afrontou o Texto Magno, merecendo, por conseguinte, ser expurgado do sistema jurídico, por manifesta inconstitucionalidade formal.

E foi realmente neste sentido que se posicionou o Pretório Excelso. Em setembro de 2005, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.979 / DF, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo em análise, conforme se verifica em excerto do Informativo nº. 401, daquela Corte, de 12 a 16 de setembro de 2005:

“Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro – 2

O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002 — v. Informativo 362. Entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário. Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras — a que estende, à ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo — concluiu-se que a primeira resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal, e, a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie que afastavam o vício formal, ao fundamento de que o legislador pode atuar como intérprete da Constituição, discordando de decisão do Supremo, exclusivamente quando não se tratar de hipótese em que a Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, em face de vício formal ou material, e que, afirmando a necessidade da manutenção da prerrogativa de foro mesmo após cessado o exercício da função pública, a natureza penal da ação de improbidade e a convivência impossível desta com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante instâncias judiciárias distintas, julgavam parcialmente procedente o pedido formulado, para conferir aos artigos impugnados interpretação conforme no sentido de que: a) o agente político, mesmo afastado da função que atrai o foro por prerrogativa de função, deve ser processado e julgado perante esse foro, se acusado criminalmente por fato ligado ao exercício das funções inerentes ao cargo; b) o agente político não responde a ação de improbidade administrativa se sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato; c) os demais agentes públicos, em relação aos quais a improbidade não consubstancia crime de responsabilidade, respondem à ação de improbidade no foro definido por prerrogativa de função, desde que a ação de improbidade tenha por objeto ato funcional. ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.9.2005. (ADI-2797) (ADI-2860)”

Entendeu, portanto, o Supremo Tribunal Federal ser aplicável o critério da atualidade do exercício do mandato, prevalecendo, assim, o foro por prerrogativa de função enquanto o agente estiver exercendo o respectivo mandato ou função.

3.1 Competência do Senado Federal

O artigo 52 da Constituição Federal assim dispõe:

Compete privativamente ao Senado Federal:

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

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

A Carta Magna outorga ao Senado Federal competência para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade.

Estes crimes de responsabilidade não são propriamente crimes, são infrações político-administrativas puníveis com sanções desta mesma natureza. O Senado Federal ao julgar, o Presidente da República, por exemplo, não exerce Jurisdição Penal, pois a jurisdição penal é de monopólio do Poder Judiciário, exerce o que a doutrina convencionou chamar de jurisdição política.

Nestas infrações político-administrativas, cabe ao Senado Federal julgá-lo, estando o Presidente, neste crime, sujeito as seguintes sanções de impeachment, que é impedimento do exercício do cargo ou inabilitação para o exercício de qualquer função pública, pelo prazo de 8 anos.

Como acima afirmado, essas sanções não são penais, são sanções de natureza política, são as sanções a que se sujeita o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O artigo 53, em seu parágrafo 3º estabelece:

Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal 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.

O parágrafo 4º desse dispositivo constitucional estabelece que o prazo para apreciação do pedido de sustação é de quarenta e cinco dias a contar do seu recebimento pela Mesa Diretora.

3.2 Competência do Supremo Tribunal Federal – STF

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).” Assim dispõe o caput do artigo 102 de nossa Lei Maior.

Cabe ao STF, no entanto, julgar aqueles que ocupam os cargos de maior importância do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público. São eles o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, bem como o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (artigo 102, I, “b” e “c” da Constituição Federal).

Dispõe assim o artigo 102 da Constituição Federal:

- 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;

Compete originariamente ao Supremo processar e julgar nos crimes comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do próprio Supremo e o Procurador-Geral da República.

O Presidente da República submete-se à lei penal e não goza de imunidade material, a não ser a de funcionário público, porém para que ele seja responsabilizado existe todo um processo especial instituído pela Constituição.

O artigo 51, inciso I da Constituição diz que a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado depende da autorização de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados.

Por sua vez, o artigo 86 da Constituição Federal diz que admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, ele será submetido a julgamento perante o Senado. Reza o artigo 86, parágrafo 1º, inciso I e II, que recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns e após a instauração do processo pelo Senado, nos crimes de responsabilidade, ele será afastado de suas funções. O prazo para conclusão do julgamento, estabelecido no artigo 86, parágrafo 2º, é de cento e oitenta dias, embora o processo continue seu curso normal, porém cessa o afastamento do Presidente, caso não se conclua o processo dentro do prazo.

O Presidente da República goza de imunidade temporária, enquanto ocupar o cargo. Conforme o parágrafo 4º do artigo 84 o Presidente não será processado por atos estranhos ao exercício de suas funções durante a vigência de seu mandato, ou seja, ele não será molestado, em hipótese alguma, por crimes que tenha praticado antes de sua investidura no cargo ou, durante o exercício do mandato, se a infração da lei penal for estranha às suas funções.

Reza o caput do artigo 53 da Constituição Federal, alterado pela emenda n. 35, de 20 de dezembro de 2001, que os membros do Congresso Nacional, Senadores e Deputados Federais, desde a expedição do diploma, são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos. O parágrafo 1º diz que eles serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O parágrafo 2º, que eles não poderão ser presos nem processados criminalmente, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, quando os autos serão remetidos à Casa respectiva, dentro de vinte e quatro horas, para que a maioria decida sobre a prisão.

O artigo 102 da Constituição Federal, alínea c assim dispõe:

“c) Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvando 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.”⁸⁷

A Emenda Constitucional nº. 23, de 2 de setembro de 1999, acrescentou os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica a esse dispositivo, que apesar de não serem Ministros de Estado, já que as três Pastas ficaram a cargo do Ministro da Defesa, também integram o rol de autoridades que possuem o foro por prerrogativa de função para serem julgados e processados no Supremo Tribunal Federal.

Os membros dos Tribunais Superiores são os membros do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar.

Os agentes diplomáticos são aqueles que representam e defendem os interesses de um Estado em outro Estado. Os agentes diplomáticos gozam de privilégios e prerrogativas no Estado onde exercem sua missão, é a chamada imunidade diplomática e gozam de ampla imunidade de jurisdição civil, penal e tributária. Contudo, somente o agente diplomático ocupante de cargo de chefia e em caráter permanente fará jus ao foro privilegiado de que trata esse dispositivo, podendo ser processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁸

d) o ‘habeas corpus’, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o ‘habeas-data’ contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Sendo paciente o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República,

⁸⁷ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 4 v. p.168

os Ministros de Estado, os Ministros do STJ, TST, TSE, STM, TCU e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* impetrado por qualquer uma dessas autoridades, quando se sentirem ameaçadas de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ou abuso de poder:

“(…)

i) o ‘*habeas corpus*’, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;”⁸⁹

Essa hipótese diz respeito à competência para processar e julgar o *habeas corpus* quando se tratar de crime sujeito à competência originária do STF. Ficam excetuados deste dispositivo os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, que, na qualidade de autoridades coatoras, conforme disposto no art. 105, I, c, submetem-se em matéria de *habeas corpus* ao STJ.⁹⁰

“j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

(…)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;”⁹¹

3.3 Competência do Superior Tribunal de Justiça – STJ

⁸⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 4 v.p. 193

⁹¹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos crimes de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos Tribunais (art. 105, I, “a”). Diz o artigo:

“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;”⁹²

A primeira competência originária é de natureza criminal, pois compete ao STJ julgar os Governadores de Estado e do Distrito Federal nas infrações penais comuns. Julgará, também, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça 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 nos tribunais, observando-se que os Juízes de Alçada, que não constam neste dispositivo, serão julgados pelos Tribunais dos Estados.

Os crimes comuns dos Governadores de Estado devem ser processados e julgados no Superior Tribunal de Justiça, mas a admissibilidade do processo depende de autorização de dois terços da Assembléia Legislativa do Estado.

Os governadores estaduais, bem como o distrital, não possuem, pela Constituição Federal, qualquer imunidade material. Porém gozam da imunidade penal prevista no artigo 142, III, do Código Penal, por serem funcionários públicos, e não serão punidos pelos crimes de injúria e difamação que porventura praticarem em suas manifestações, enquanto ocuparem o cargo de governador.

⁹² BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

A garantia da imunidade processual do governador é complementada pela prerrogativa de foro, assegurada pela Constituição Federal.

b) os mandados de segurança e os ‘habeas-data’ contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

O mandado de segurança é concedido para direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública. O *habeas data* é uma nova garantia constitucional de direito individual, que assegura a obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante ou para a retificação de dados.

“c)os ‘habeas-corpus’, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea ‘a’, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”⁹³

O STJ julgará os *habeas corpus* quando o coator for qualquer uma das pessoas na alínea a desse dispositivo e quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. Na hipótese dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica serem os coatores, a competência originária é do STJ. Se forem os pacientes, a competência é do STF.

3.4 Competência dos Tribunais Regionais Federais – TRFs

⁹³ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

Aos Tribunais Regionais Federais atribui-se o julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição (art. 108, I, “a”). Dita o artigo 108 da CF:

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.

A competência originária que pertencia ao antigo Tribunal Federal de Recursos foi transferida para os TRFs.

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

Também anteriormente tida como competência do antigo TFR, poderão os Tribunais Regionais Federais rever seus próprios julgados, reiterando-os ou alterando-os e, ainda, as ações rescisórias do próprio TRF ou dos prolatadas por juízes federais da região corresponde a ele.

c) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

Os TRFs têm competência para processar e julgar originariamente os mandados de segurança e os *habeas data* impetrados contra seus julgados e contra decisões dos juízes federais da região correspondente.

“d) os habeas corpus, quando a autoridade coatora for Juiz Federal.”⁹⁴

Se a autoridade coatora for juiz federal, a competência originária para julgá-lo será do Tribunal Regional Federal da mesma região.

⁹⁴ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

3.5 Competência dos Tribunais de Justiça

Diz o artigo 29:

O município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que o promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X – julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

O artigo 29 da Constituição Federal estabelece, em seu inciso X, o foro por prerrogativa de função dos prefeitos dos Municípios, ditando que serão julgados perante o Tribunal de Justiça.

O candidato eleito para o cargo de prefeito municipal goza da prerrogativa de foro a partir da posse no cargo e não da diplomação.⁹⁵

O voto do Ministro Sydney Sanches no julgamento do HC 71702/RS admite a chamada competência por órgão fracionário. A Constituição, ao estabelecer que o julgamento do Prefeito se faça perante o Tribunal de Justiça, impõe que o julgamento se faça pelo Tribunal de Justiça, mas não necessariamente pelo seu Plenário ou por seu órgão especial, podendo designar um órgão fracionário para proceder o julgamento.

Contudo, a Lei nº. 8.658, de 26.05.1993 mandou estender a todos os tribunais as regras para o processo originário perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ser o rito utilizado no processo e julgamento de Prefeitos Municipais, contando com o respaldo das normas do Código de Processo Penal.

Os prefeitos serão julgados originariamente pelos Tribunais Regionais Federais a que pertencer seu Estado, por infrações praticadas contra bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, incluindo as malversações de verbas recebidas da União sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União.

Reza o artigo 96, inciso III da Constituição Federal:

⁹⁵ PAÇO, André Medeiros. *Foro por Prerrogativa de Função: prefeitos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.55.

“Compete privativamente aos 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”.

Aqui está estabelecido o foro por prerrogativa de função dos Promotores de Justiça e dos Juízes estaduais.

O julgamento é feito em caráter sigiloso tendo o magistrado ou membro do Ministério Público direito à ampla defesa.

3.6 Competência do Tribunal Regional Eleitoral

A prerrogativa de foro no âmbito eleitoral não está prevista na Constituição Federal, mas sim na Lei 4.737/65, Código Eleitoral, que em seu artigo 29, inciso I, alínea ‘d’, da Constituição Federal diz que compete ao Tribunal Regional Eleitoral processar e julgar, nos crimes eleitorais e nos comuns que lhes forem conexos, não só os Juízes eleitorais, como também os Promotores de Justiça, quando no exercício da função eleitoral.

4. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A SENSACÃO DE IMPUNIDADE.

4.1 IMUNIDADE E NECESSIDADE.

Entende-se o foro por prerrogativa de função como necessidade ao Estado Democrático de Direito na medida em que este se apresente como uma garantia e não como um privilégio. Uma segurança para os agentes políticos por serem julgados por um órgão colegiado, composto por magistrados mais experientes e que atuam coletivamente.

Neste sentido, é natural que exista um critério delimitador de competência por prerrogativa de função, pois a pessoa que exerce determinado cargo ou função pública claramente deve ser preservada ao responder a um processo criminal, poupando-a inclusive de ilegítimas injunções políticas que poderiam gerar injustiças e perseguições nos respectivos julgamentos.

É bastante plausível que um Juiz de Direito, um Deputado Estadual ou um Promotor de Justiça, por exemplo, sejam julgados pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e não por um Magistrado de primeira instância, em razão da “*necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos*”, na lição de Maria Lúcia Karam. Para ela, não há “*propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos jurisdicionais superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado.*”⁹⁶

Na medida em que as imunidades perderam a conotação pessoal do antigo regime, para então se vincularem às funções exercidas por certas pessoas, não pode mais ser encarada como transgressão ao princípio da igualdade.

Em 2006, a então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, rechaçou acusações de que o foro por prerrogativa seria um instrumento a serviço da impunidade argumentando que os processos ao irem direto para o STF, acelera-se o julgamento na medida em que suprime as instâncias inferiores.

⁹⁶ Competência no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3a. ed., 2002, pp. 30/31.

Na lição de Mirabete, o foro por prerrogativa de função se ancora na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores:

“Há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processadas por órgãos superiores, de instância mais elevada. O foro por prerrogativa de função está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores.”⁹⁷

Noutro giro, Frederico Marques sustenta o foro especial em razão da competência *ratione personae*:

“Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Professor Beleza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, ‘longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça’. É o que também ensina Alcalá-Zamora, para quem não se cuida, na espécie ‘de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a justiça’ e ainda para evitar ‘por esse meio a subversão resultante de que inferiores julgassem seus superiores.’”⁹⁸

Portanto, os defensores do foro por prerrogativa de função julgam que a existência do referido instituto é sempre justificado pela necessidade de resguardar o exercício da função, ou do mandato, não constituindo, absolutamente, privilégios pessoais dos detentores desses mandatos. Não se trata, nesse caso, de foro privilegiado, mas de foro especial, ou foro por prerrogativa de função. A proteção, portanto, é com relação à ordem jurídica, ao processo eleitoral, porque esse foro especial deriva da função exercida por aquelas autoridades. É a função pública, é o mandato que lhes foi outorgado pelo povo, que está sendo protegido por essa norma. O privilégio seria uma benesse à pessoa, o que é terminantemente proibido pela Constituição, enquanto que a prerrogativa de função, como o próprio nome já se refere, está relacionado à necessidade de proteger a função que essa pessoa exerce.

⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 187.

⁹⁸ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p.153.

4.2 IMUNIDADE OU IMPUNIDADE?

Em pesquisa divulgada em 2007, a Associação dos Magistrados do Brasil - AMB divulgou dados que podem ser considerados um alívio para aqueles parlamentares que devem explicações à justiça. Eles permanecem invictos, de forma que até hoje, na mais alta corte de justiça de nosso país, jamais nenhuma autoridade que goze de foro por prerrogativa de função foi condenado. Foram abertos 130 processos criminais contra parlamentares e ninguém foi condenado. No STJ a história não é muito diferente, foram abertas 483 ações penais e apenas 5 foram condenadas.

Os próprios ministros do Supremo começam a externar cada vez mais essa preocupação. Segundo o ministro Joaquim Barbosa, “*Há obstáculos intransponíveis e o principal é o foro privilegiado*”⁹⁹.

A maioria dos ministros concorda que com grande número de processos em curso na casa, gerando um grande congestionamento de processos, poucas ações penais chegarão ao fim. Ou, se chegarem, podem já não valer de nada porque os crimes já estariam prescritos, com o esgotamento do prazo para punir o réu.

O também ministro do Supremo Marco Aurélio de Mello diz que, com tantas ações, o tribunal não tem estrutura para conduzir investigações criminais. “*Com essa carga (de trabalho, é impraticável chegar-se em tempo hábil ao desfecho dos processos*”. As acusações vão do desvio de verbas públicas e evasão de divisas a até homicídios. Há processos que tramitaram por mais de uma década sem conclusão. O ministro do STF Joaquim Barbosa admite que o tribunal não tem estrutura para julgar o volume de ações que chega à mais alta corte do país anualmente.

Um caso emblemático é o do deputado e ex- governador da Paraíba Ronaldo de Cunha Lima que já perdura por 13 anos. Em 1993, ele disparou dois tiros contra um

⁹⁹ Barbosa, Joaquim, *STF jamais puniu um parlamentar*, entrevista concedida ao jornal O Globo – RJ, disponível em http://www.stf.gov.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_mar_18.pdf, acessado em 10 de junho de 2008.

adversário político, Tarcísio Buriti, dentro de um restaurante em João Pessoa. Até hoje, o processo por tentativa de homicídio, que chegou ao Supremo dois anos depois, se arrasta. A investigação ficou parada por cinco anos porque o tribunal aguardava uma autorização do Senado para seguir adiante - regra que não está mais em vigor. Com tantos obstáculos, a denúncia só foi aceita em agosto de 2002, quando finalmente o inquérito se transformou em um processo. Não parou por aí. Só quatro meses depois o tribunal conseguiu tomar o depoimento do réu, primeiro ato do processo criminal. Até hoje, o STF está ouvindo testemunhas de defesa, tendo que acionar varas da Justiça Federal em diversos estados para localizar as pessoas indicadas pela defesa de Ronaldo Cunha Lima.¹⁰⁰

Esta questão da quantidade enorme de processos também é abordada por Carlos Velloso, ex-presidente do STF, que entende a situação como uma brecha para que os acusados escapem da investigação. "É claro que políticos com problemas na área criminal desejam o foro privilegiado. Nos tribunais superiores, como não há estrutura para cuidar de tantos processos, as situações acabam caindo na impunidade."

Não faltam casos de autoridades beneficiadas pela prescrição dos crimes. A impunidade é alimentada pelo foro privilegiado, que dá a autoridades o direito de só serem investigadas e processadas no STF. Este cenário leva especialistas a dizerem que é quase impossível um processo criminal chegar ao fim.

Segundo o ex-presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, Rodrigo Collaço, "O quadro é preocupante, não há nem condenação nem absolvição. O Supremo, assim como os demais tribunais superiores, não foi estruturado para produzir provas, ouvir testemunhas e conduzir processos."

O ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles condena o foro privilegiado para autoridades. Em especial, no caso do STF. Ele acredita que os ministros da corte estão preparados para debater teses jurídicas constitucionais, mas não para conduzir investigações que envolvam colher depoimentos de testemunhas e examinar provas documentais. Fonteles ressalta que, com a extensão do foro privilegiado para autoridades em ações de improbidade administrativa, o tribunal ficou ainda mais abarrotado e, portanto,

¹⁰⁰ BARBOSA, Joaquim, *STF jamais puniu um parlamentar*, entrevista concedida ao jornal O Globo - RJ, disponível em http://www.stf.gov.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_mar_18.pdf, acessado em 10 de junho de 2008

as conclusões dos processos ficaram mais improváveis. Enfim, a conclusão a que se chega é que investigação é tarefa para juízes de primeira e segunda instâncias.

Outra questão que enfraquece o atual instituto do foro por prerrogativa de função diz respeito a relação paradoxal que existe entre o acusador e os possíveis acusados, na medida em que os ministros do STF são indicados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. O mesmo roteiro é seguido para nomeação do procurador geral da república, ou seja, os potenciais acusados são os responsáveis pela nomeação de seu acusador. Por mais que existam garantias constitucionais visando a independência, há no mínimo um grande risco de vinculação política e ideológica entre eles, o que pode vir a prejudicar o julgamento ou no mínimo deixar dúvidas quanto a sua lisura e independência.

Para Luis Flávio Gomes, fundador e presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luis Flávio Gomes, com o já citado levantamento realizado pela AMB em 2007, é clara a nítida ausência, ou quase total, de condenações. Por outro lado, a morosidade no julgamento dos processos também espanta, pois o tempo de tramitação dos processos é demasiadamente grande. Para ele:

“O grave problema, então, não reside na existência do foro especial, sim, no mau funcionamento do Judiciário. O cerne dessa específica questão reitere-se, não está nas regras processuais, sim, no aspecto operacional (funcional).”¹⁰¹

O jurista Zeno Veloso critica veementemente o foro por prerrogativa de função. Para ele trata-se claramente de privilégio das autoridades, o que caracteriza uma verdadeira discriminação no Brasil, país onde somente as pessoas de baixo nível cultural, social e econômico são presas; já os ricos, doutores e políticos raramente são punidos. Ele considera o foro privilegiado como “perverso, caviloso, aristocrático”, e por isso deve ser banido, “em nome da igualdade, em nome da democracia”. Diz o jornalista que “o foro privilegiado é o foro da impunidade, é o foro que alforria alguns dos piores bandidos do país. O foro privilegiado - como o nome indica - é um atraso, é uma vergonha”. Ele também concorda que os ministros não dispõem de meios, treinamento, estrutura, nem tempo para promover processos criminais. Eis um trecho da matéria:

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção, foro por prerrogativa de função e juizados de instrução. Disponível em: <[Hwww.ambH.com.br](http://www.ambH.com.br)> Acesso em: 03.outubro de 2007

“Nossas autoridades, quando praticam algum crime, têm direito ao que se chama ‘foro privilegiado’. Em alguns casos, são pessoas que assaltam cofres públicos, que roubam a merenda de crianças, que ficam com verbas para construção de escolas, que recebem mensalões, entram na folha de empreiteiras, que compram votos, que praticam corrupção eleitoral e outras trapaças, que se associam com o crime. E os ‘bonitinhos’, quando são apanhados, escapam do juiz de primeira instância e são processados e julgados pelos tribunais recursais ou superiores. Processados e julgados é forma de dizer, balela, conversa fiada, lei que vira potoca, porque, invariavelmente, o processo não anda e prescreve o crime; jamais os figurões são condenados, nunca são presos, de modo geral ficam impunes, num escárnio à sociedade. E quase sempre conseguem se eleger e reeleger, pois conhecem o caminho das pedras, são experientes na sedução, na corrupção, na demagogia, na compra de votos, na prostituição da vontade do eleitor (que já é muito debilitada enfraquecida pelo analfabetismo e semi-analfabetismo). Voltam afirmando que foram absolvidos pelas urnas. Desfaçatez!”¹⁰²

Segundo Paulo Queiroz, em artigo publicado na Revista Juristas, o foro privilegiado atenta contra os pilares da democracia, vai contra o Princípio da Igualdade e tem motivação claramente política, caracterizando um modo de legislar em causa própria, já que não dispondo os tribunais de estrutura adequada para fazer face a enorme demanda de processos, os processos criminais instaurados contra as autoridades muito provavelmente prescreverão, e elas sairão impunes. Para ele o foro privilegiado é mais um dispositivo de poder destinado a perpetuar a arbitrária seletividade do sistema penal, que só pune os excluídos.

Não é de estranhar, por isso, que mais uma vez o parlamento (PEC 358/05) pretenda ampliá-lo, estendendo-o também a ex-ocupantes de cargos políticos importantes: governadores, parlamentares, prefeitos etc., motivo pelo qual somente poderiam ser julgados penalmente pelos tribunais. O parlamento prestaria em verdade um grande serviço ao país se, ao invés de ampliar o foro privilegiado, fizesse exatamente o contrário: abolisse por completo toda sorte de prerrogativa de foro, afinal quanto mais importante é o cargo que se exerce tanto maior há de ser a responsabilidade do seu ocupante, que deve ser julgado como qualquer outro acusado, sem nenhum tipo de privilégio, embora conforme as garantias de um processo penal democrático. Aliás, se tais agentes políticos são julgados, nas ações cíveis, trabalhistas etc., perante os juízes comuns, que razão haveria para que não se fizesse o mesmo também quanto às ações penais?¹⁰³

¹⁰² VELOSO, Zeno, *Abaixo o foro privilegiado*, disponível em http://www.amb.com.br/portal/?secao=mostranoticia&mat_id=9287, acessado em 10 de junho de 2008.

¹⁰³ QUEIROZ, Paulo. *Foro privilegiado*. João Pessoa: Revista Juristas, 2006.

4.3 PEC 130/2007

Neste ponto do trabalho, tendo em vista toda esta celeuma a respeito da aplicação do foro por prerrogativa de função, é válida a abordagem de um projeto de lei, de autoria do deputado Marcelo Itagiba, que prevê a extinção do foro privilegiado. Apresentada em julho de 2007, no embalo de divulgação da pesquisa realizada pela AMB acerca dos números de condenações perpetradas pelos superiores tribunais de justiça a PEC 130/07 prevê:

PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº , de 2007.
(Do Sr. Dr. Marcelo Itagiba)

Revoga o inciso X do art. 29; o inciso III do art. 96; as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102; a alínea “a” do inciso I do art. 105; e a alínea “a” do inciso I do art. 108, todos da Constituição Federal.

Art. 1º Ficam revogados o inciso X do art. 29, o inciso III do art. 96, as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102, a alínea “a” do inciso I do art. 105, e a alínea “a” do inciso I do art. 108, todos da Constituição Federal.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

De acordo com o art. 29 da Constituição Federal, o Município reger-se-á por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Carta Magna, estabelecendo, em seu inciso X, o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

No art. 96, em seu inciso III, o Texto Maior estabelece que compete privativamente aos 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.

No art. 102, nas alíneas “b” e “c” de seu inciso I, que compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, originariamente, 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, e 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.

Na alínea “a” do inciso I do art. 105, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, 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.

Outrossim, na alínea “a” do inciso I do art. 108, a competência originária do Tribunal Regional Federal, para processar e julgar 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.

Tratam-se os dispositivos referidos na expressão constitucional do instituto jurídico do foro privilegiado que, há muito, tem sido criticado, tanto pelo cidadão brasileiro comum, quanto pela própria Corte Suprema do País:

...a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. (...)Ademais, 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 exercentes de tais cargos ou mandatos.” (Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 25-8-99, DJ de 9-11-01)

"Prerrogativa de foro (...) Cancelamento da Súmula 394/STF — Não incidência do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* — Postulado republicano e juiz natural — Recurso de agravo improvido. - O postulado republicano — que repele privilégios e não tolera discriminações — impede que prevaleça a prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, mesmo que a prática delituosa tenha ocorrido durante o período de atividade funcional, se sobrevier a cessação da investidura do indiciado, denunciado ou réu no cargo, função ou mandato cuja titularidade (desde que subsistente) qualifica-se como o único fator de legitimação constitucional apto a fazer instaurar a competência penal originária da Suprema Corte (CF, art. 102, I, b e c). (...) (Inq 1.376-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-2-07, DJ de 16-3-07)

A nosso ver, fazendo nossas as palavras do Supremo tribunal Federal de que nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República, o reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal ou quaisquer outras cortes, nos ilícitos penais comuns, em favor de quem quer que seja, não só daqueles que usufruem deste privilégio, mas de qualquer pessoa, transgredir valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.

A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal

instaurada pelo Estado, mas tal prerrogativa já se descaracterizou em sua essência mesma, estando hoje degradada à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal, razão de nossa iniciativa com a apresentação da presente Emenda Constitucional, inspirados nas conclusões expostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, realizado em Brasília, nesta data, cujo tema que dava nome ao evento era “Juízes contra a corrupção”.

Desse modo, acreditando estar contribuindo para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito brasileiro, esperando o apoio dos nobres colegas para a sua aprovação.

Sala das Sessões, Brasília – DF, de julho de 2007.

MARCELO

ITAGIBA

Deputado Federal – PMDB/RJ

Tal PEC já foi inclusive aprovada na Câmara de Constituição e Justiça – CCJ, porém o relator da matéria na Comissão Especial, deputado Regis de Oliveira já adiantou que não será fácil, principalmente por que acaba com o privilégio para parlamentares, que passariam a ser julgados na Justiça comum, em primeira instância. Outras tentativas de mudança nesse sentido já foram derrotadas antes.

Trata-se de uma medida um tanto quanto radical. Não há ainda manifestações conclusivas acerca do direcionamento que tal proposta irá tomar.

O representante da Associação dos Juízes Federais, Fernando Batista de Mattos, disse que a entidade ainda não tem uma posição definida sobre a manutenção do foro especial. Segundo ele, a PEC 130/07 não resolve o problema da lentidão dos processos. Por isso, ele sugeriu a discussão e aprovação pelo Congresso de mais projetos que acelerem os processos judiciais.

Tendo em vista um longo processo até a edição da emenda constitucional, só nos resta aguardar cenas do próximo capítulo para sabermos que fim levou o foro por prerrogativa de função. É certo que do modo que está não dá para continuar.

5. CONCLUSÃO

Nosso estudo dedicou-se à análise de um tema complexo e interessante, que proporciona uma grande discussão acerca de sua aplicação. Seria o foro por prerrogativa de função uma garantia ou um privilégio para as autoridades que dele gozam.

Contemplado no nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial de 1824, o instituto do foro por prerrogativa de função sempre foi motivo de polêmica. Atualmente, além de polêmico, é notícia freqüente nos principais meios de comunicação, haja vista os casos mais recentes como, por exemplo, o do deputado estadual fluminense

Álvaro Lins, e o caso não tão recente do ex- presidente do Senado Federal, o senador Renan Calheiros, dentre outros igualmente famosos.

Esses cidadãos investidos de função pública por ato ou escolha popular, como no caso dos mandatos eletivos, detentores de representação e poderes públicos, tem maior relevância social e conseqüentemente maiores responsabilidades públicas. Daí a admissão que esses cidadãos tem muito mais obrigações do que privilégios. Devido a essa condição especial se faz necessário o sentido de cidadania a florado e, caso venham a incorrer em algum crime, comum ou de responsabilidade, a celeridade do processo e as penas tem de ser rigorosas. O agente público tem que saber que um dos preços que pagará por sua projeção é o alcance da opinião pública, a necessidade de transparência e publicidade de seus atos e opiniões além do exemplo que precisam dar acerca do acatamento aos princípios da moralidade, probidade, ética, eficiência e competência.

Convém esclarecer, até para marcar a posição do autor, que se as regras relativas às imunidades estão a merecer mudanças, não se pode ceder assim aos apelos da opinião pública, nem sempre corretos, que pugnam, usualmente, pela própria abolição das imunidades (haja vista PEC 130/07). Basta afirmar que os países democráticos, todos, contemplam em seus ordenamentos jurídicos algum tipo de imunidade, que serve para garantir independência a determinadas funções, que restariam como que manietadas, transformando-se em meros fantoches, não fosse a existência de alguma proteção especial. Cumpre aduzir que a Constituição de 1967 e sua emenda de 1969, editadas em períodos de exceção, tornaram praticamente inexistentes as imunidades parlamentares, por exemplo, relegadas a serem aplicadas em casos especialíssimos, o que tanto contribuiu para que não se contasse a época com um Legislativo independente.

É inquestionável, no entanto, o longo tempo de tramitação dos processos de autoridades que gozam do foro por prerrogativa, seja pelo grande número de processos seja pela falta de estrutura física ou ainda a incapacidade de condução de investigações por parte dos Tribunais Superiores. Portanto, não há que nos surpreendermos com o alto índice de processos prescritos, com conseqüente absolvição do réu. Há aqui um problema de ordem operacional.

A motivação política no andamento destes processos também é outro empecilho no trâmite processual. Por exemplo, o Congresso Nacional, peça importante neste sentido, que enseja aprovação de maioria de dois terços de seus membros para instauração do processo

no STF tem se revelado altamente protecionista. Este juízo de conveniência e oportunidade tem colaborado para a grande descrença dos políticos brasileiros por parte da população.

Proteger o cargo que a autoridade ocupa e não a pessoa que o ocupa, muito menos a pessoa que o ocupou e não o faz mais é o maior fundamento do foro por prerrogativa de função. Não há o intuito de dar tratamento diferenciado para as autoridades, mas sim protegê-las enquanto exercem a função. Neste sentido não há afronta ao princípio da igualdade assegurado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Não se trata, portanto de um privilégio, mas sim de uma garantia constitucional importante e necessária ao Estado democrático de Direito.

A existência do foro por prerrogativa de função se faz necessária, porém não nos moldes adotados atualmente. Definitivamente não deve ser aplicado este instituto aos ocupantes de cargos públicos pelo próprio nome do foro *por prerrogativa de função*. Os respectivos tribunais elencados como juízes naturais para essa ou aquela autoridade devem buscar se aparelhar com o intuito de conseguir processar e julgar as autoridades brasileiras no aclamado tempo razoável de duração do processo, estatuído pela Emenda Constitucional 45/04, sob pena de continuar a dar a impressão de completa impunidade daqueles que gozam do instituto. Como é sabido, “não é a severidade da pena, mas a velocidade com a decisão punitiva que acaba com a noção de impunidade”.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da igualdade. Introdução à jurisprudência**. 1 ed. Coimbra: Almedina. 1993.

ALEMANHA. **Constituição** (1949). <http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf> Acessado em 08 de jun. de 2007.

AFRICA DO SUL. **Constituição** (1996). 4 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>. Acesso em: 07 fev. 2007.

ARAÚJO, Marcelo de. **Justiça como Igualdade? Alguns Aspectos da Discussão Contemporânea em torno do Conceto de Justiça**. In: ETHICA – Cadernos Acadêmicos. v. 8. n.2. p.111-131, 2001.

Barbosa, Joaquim, **STF jamais puniu um parlamentar**, entrevista concedida ao jornal O Globo – RJ, disponível em http://www.stf.gov.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2007_mar_18.pdf, acessado em 10 de junho de 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.344.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 4 v.

BEZERRA FILHO, Aluízio. **Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada**. Ed. Juruá, 2005

BRASIL, **Constituição** (1824). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%24.htm. Acessado em 2 de junho de 2008.>

BRASIL, **Constituição** (1934). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%34.htm. Acessado em 2 de junho de 2008.

BRASIL, **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL. **Decreto nº. 592** de 3 de julho de 1992. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acessado em 08 de jun. de 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz. JÚNIOR, Nelson Nery. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim(Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principlológicos do Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS E PROTOCOLOS ADICIONAIS (2003). <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>>. Acessado em 08 de jun. de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra – Portugal : Almedina, 2000.

COLLAÇO, RODRIGO. **Associação de magistrados abre guerra contra impunidade**. Disponível em: www.amb.com.br/portal/index.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004. v.1.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira apud SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 17ª ed. São Paulo, 2005.

GRECO, Leonardo. **O princípio do Contraditório**. In: Estudos de Direito Processual. 1 ed. Campos: Faculdade de Direito de Campos. 2005.

_____. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos. nº 9. p. 127.

GOMES, Luiz Flávio. **Corrupção, foro por prerrogativa de função e juizados de instrução**. Disponível em: www.amb.com.br.

ITÁLIA. **Constituição** (1948) <<http://www.camera.it/files/costituzione /costituzione.pdf>>
Acessado em 24 de fevereiro de 2008.

JOUANJAN, Olivier. **Le principe d'égalité devant la loi en droit allemande**. Paris: Economica. 1992.

JEULAND, Emmanuel. **Le droit processuel**. Paris: LGDJ. 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. São Paulo: **Justitia**, 1988.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3a. ed., 2002,

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2002.

LEMONS, Bruno Espiñera. **Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidades de novos paradigmas**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.
LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª. ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, Vol. 1º, Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Título no Original: **Manuale di Diritto Processuale Civile, I**.

LOBO TORRES, Ricardo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.p. 264.

LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **Princípio constitucional da igualdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Contemporâneo**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual em homenagem ao professor Egas Muniz de Aragão**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

MARQUES, José Frederico apud SILVA, José Afonso da. **A reforma do poder judiciário**. 17ª ed. São Paulo, 2005.

MARTENET, Vincent. **Géométrie de l'égalité**. Zurich-Bâle-Genève:Schulthess. 2003.

MAZIÈRE, Pierre. **Le principe d'égalité en droit privé**. Marseille: Presses Universitaires d'aix –Marseille. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 207.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

PAÇO, André Medeiros. **Foro por Prerrogativa de Função: prefeitos municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PELLISSIER, Gilles. **Le principe d'égalité en droit public**. Paris: L.G.D.J.

PERU. **Constituição** (1993). <<http://www2.congreso.gob.pe/congreso/constitucion.doc>>. Acesso em: 30 de agosto de 2007.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p.153.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 487.

QUEIROZ, Paulo. **Foro privilegiado**. João Pessoa: Revista Jurista, 2006.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Belo Horizonte. n. 9, p. 119, abr-jun, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Igualdade perante a lei e due process of law**. In: Problemas de Direito Positivo. Rio de Janeiro: Forense. 1953.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 17ª ed. São Paulo, 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.6465

SUIÇA. **Constituição** (1999). <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>> Acessado em: 07 fev. 2008.

TRÊS, Celso Antonio, **Teoria Geral do Delito Pelo Colarinho Branco**. Disponível em < www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/i-parte-geral/i-viii-do-foro-privilegiado>. Acesso em 30 de maio de 2008.

URUGUAI. **Constituição** (1967). <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

VELOSO, Zeno. **Abaixo o foro privilegiado**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/?secao=mostranoticia&mat_id=9287> Acesso em: 2 de junho de 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações do direito positivo – Constituição Federal e Código de Processo Civil**. nº 88. In: Revista do Advogado. São Paulo. 2006.