

### 3

## **Análise comparativa do foro por prerrogativa de função.**

O foro por prerrogativa de função se encontra em uma série de Constituições, contudo, em nenhuma delas com a dimensão e a complexidade observada no texto constitucional brasileiro, o que corresponde a uma avaliação extremamente reducionista da questão, tendo em vista o desdobramento da matéria no plano dos Estados Federados, ou seja, as unidades federativas definidas nos artigos 1º, *caput*, 18, *caput*, 25, *caput* da CRFB e 11 do ADCT da CRFB.

Se considerarmos a dimensão propiciada pelo Estado Federal, em virtude da distribuição da autonomia entre a União e os Estados-Membros, obviamente, a sistemática adotada no Estado unitário francês e português e até mesmo o *Estado regional ou autonômico espanhol e italiano*<sup>1</sup> não oferecerão a oportunidade de conduzir a um critério de comparação, onde possamos destacar as eventuais semelhanças quanto ao foro por prerrogativa de função.

É certo que o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro teve início com a reprodução da concepção contida na Constituição Portuguesa de 1822 e por ocasião da adoção da República tomou emprestado diversos elementos que se encontravam presentes no constitucionalismo americano, o que foi devidamente assinalado pela doutrina brasileira, como se deduz da lição fornecida por RAUL MACHADO HORTA, nos seguintes termos:

“O rompimento com o nosso passado constitucional alterou, também, as fontes inspiradoras das instituições republicanas. Abandonou-se o modelo monárquico europeu. Os autores do Anteprojeto da Constituição, notadamente Rui Barbosa, o notável artífice do Projeto do Governo Provisório, e os membros do Congresso Constituinte voltaram-se para o modelo norte-americano e de lá importaram, como havia feito a Argentina, em 1853, a República, o Federalismo, o Presidencialismo e as técnicas inerentes às novas instituições, como a intervenção federal, o primado do Supremo Tribunal Federal, o controle da constitucionalidade das leis, o bicameralismo federal, convertendo o Senado na Câmara eletiva dos Estados, a repartição de competências através dos poderes enumerados à União e dos poderes

---

<sup>1</sup>Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Profissional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

reservados aos Estados autônomos, o hábeas corpus, para defender o indivíduo contra a violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (Constituição de 1891, art. 72, § 22), a concepção da autonomia dos municípios em função de seu peculiar interesse.

O liberalismo constitucional impregnou a Declaração de Direitos da Constituição de 1891, como já havia influenciado a Constituição do Império, para assegurar “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 72), dentre esses direitos a igualdade perante a lei (§1º)...”<sup>2</sup>.

As bases federativas que foram lançadas no constitucionalismo brasileiro fizeram com que o mesmo construísse uma identidade própria a respeito do foro por prerrogativa de função, mesmo porque, a despeito da influência do constitucionalismo americano na Carta Brasileira de 1891, a concepção existente na Constituição americana não restou incorporada integralmente no direito constitucional brasileiro.

Quando se examina a Constituição americana, observa-se que o artigo I, na seção 3, parte final e artigo II, seção 4 somente estabeleceram o julgamento do Presidente, Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos para as questões que envolvessem a destituição de função e a proibição de exercício de atividade pública, honorífica ou remunerada, daí porque, sem prejuízo de eventual e posterior demanda no âmbito do direito comum, ou seja, na Justiça Criminal, cujo julgamento será efetivado perante o Júri (art. III, seção 2, parte final)<sup>3</sup>.

A nossa herança normativa portuguesa, no que diz respeito ao tema, praticamente ficou dissociada com o surgimento da Constituição da República de 1891, embora os fatores que propiciem o aumento inconcebível na concessão do foro por prerrogativa de função tenham as suas raízes em todo o processo histórico e antropológico vivenciado pelo homem brasileiro, como será objeto de avaliação posteriormente.

É possível, deste modo, assinalar, que recebemos a concepção federalista americana, mas quanto ao julgamento do Presidente da República não

---

<sup>2</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 57.

<sup>3</sup> *Vide* Constituições Estrangeiras. Tradutor José Luiz Tuffani de Carvalho, Espaço Jurídico, 2003, p. 5-14.

endossamos integralmente a tese contida no Direito Constitucional Americano, o que é possível constatar da leitura dos artigos 53, *caput* e 59, inciso I, alínea “a” (redação conferida pela EC de 5 de setembro de 1926)<sup>4</sup>.

Compreensível, portanto, que não seja possível emprendermos um trabalho efetivamente comparativo com o foro por prerrogativa de função definido na Constituição Brasileira com o procedimento que se estabeleceu no constitucionalismo americano.

O que se demonstra pertinente, a princípio, é a observância de que o *impeachment*<sup>5</sup> foi inserido no nosso constitucionalismo por influência americana, o que foi bem detalhado por ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA ao esclarecer que:

“A Constituição de 1891, absorvendo os ensinamentos norte-americanos, de um modo geral, imprimiu ao “impeachment” sensíveis aperfeiçoamentos. Entregou ao Congresso Nacional, dividido em seus ramos clássicos, a competência para acusar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como, nos mesmos crimes, os ocupantes de relevantes posições. O art. 29 de nossa primeira Constituição republicana, assim, outorgou à Câmara dos Deputados a competência para declarar a procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente. E o art. 33, a seu turno, incluiu na competência privativa do Senado Federal o julgamento do Presidente da República e demais funcionários designados pela Constituição, nos termos e pela forma por ela prescritos. Estes funcionários federais, designados pela Constituição, seriam os Ministros de Estado (art. 52) e os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 57, § 2.º). O Presidente da República, pois, seria acusado pela Câmara e julgado pelo Senado, nos crimes de responsabilidade. Submeter-se-ia ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns (art. 53).”<sup>6</sup>

<sup>4</sup> CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 700.

<sup>5</sup> *Importante a observância do esclarecimento constante do prefácio do livro de ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, in O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1960, XV: “*impeachment, palavra inglesa derivada do latim, do impedicare, ora traduzido para o vernáculo com o nome de impedimento ou de julgamento político, mas quase sempre se utilizando no vocabulário político o termo inglês. Surgido na Inglaterra no século XIV, em 1376, a princípio com certa importância, no século XVIII ainda se apontaram 12 casos de impeachment, no século XIX apenas 2 casos, um dos quais, contra LORD PALMERSTON em 1846, não teve êxito. Hoje é instituto obsoleto na Inglaterra, o seu desuso provocado pela substituição através do voto de confiança, como observou ESMEIN. O impeachment consiste na acusação do agente executivo e sua conseqüente perda de cargo, acusação feita pela câmara baixa e julgamento pela câmara alta. Foi transplantado com este estilo para o Estados Unidos e posteriormente para o regime presidencial latino-americano.*”.

<sup>6</sup> MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. *op. cit.*, p. 242.

Não houve, desta forma, uma perfeita identidade entre o foro por prerrogativa de função estipulado na Constituição brasileira de 1891 com a sistemática criada na Carta Americana de 1787 e emendas posteriores, a qual, na verdade, não contemplou o foro por prerrogativa de função.

Em verdade, a concepção do foro por prerrogativa de função consolidada no Brasil guarda uma maior proximidade com o disciplinamento fornecido na Carta espanhola de 1812 e na Constituição portuguesa de 1822 (artigo 191, inciso I), especialmente o texto levado a efeito na Carta Constitucional Portuguesa de 1826 e o seu Ato Adicional de 1832 (artigo 131, § 2º)<sup>7</sup>.

O estudo contido na obra de JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA que está reproduzido na nota de rodapé transcrita anteriormente e que dá a perfeita

<sup>7</sup> Sobre o tema, ver LOPES PRAÇA, José Joaquim. *Direito Constitucional Portuguez*. Coimbra: Coimbra, 1997, vol. II, p. 347: “Nos termos do §.º 2 do art. 131 da Carta é também da atribuição do Supremo Tribunal de Justiça conhecer dos delictos e erros d’offício que commeterem os seus ministros, o das Relações, e os empregados do corpo diplomatico. Esta disposição importa uma excepção aos principios geraes de competencia e aos §§ 10º e 12º do artigo 145 da Carta; mas defendem-na como derivação do § 15º do mesmo artigo por duas razões. Em primeiro não parecia accetavel que réos tão qualificados deixassem de ser julgados por um tribunal colectivo em condições de maior illustração e imparcialidade; em segundo lugar um procedimento diverso seria contrario à ordem jerarchica dos tribunaes. A Carta não mencionou n’este paragrapho os secretarios e os conselheiros d’estado, nem os regentes do reino como o fizera o no I do art. 191 da Constituição de 1822. A omissão explica-se porque tendo a Constituição de 1822 repudiado uma segunda camara, ou camara alta, não podia, como fez a Carta Constitucional, commetter à camara dos pares o conhecimento dos delictos individuaes praticados pelos membros da familia real, ministros de estado, conselheiros d’estado, etc. (C. C., art. 41, §1º). O art. 99 da Carta estabeleceu também a irresponsabilidade da regencia e do regente. E não só apenas os ministros do Supremo Tribunal de Justiça e os das Relações que estão sujeitos, excepcionalmente, a uma competencia especial nos termos dos capitulos V e VI do Titulo XIX da Nova Reforma Judiciária e leis applicaveis. Os proprios juizes de direito e agentes do ministério público tem um processo especial em relação aos crimes por elles commettidos, quer no exercicio quer fóra do exercicio de suas funcções, e aos erros d’offício, como se regulou nos capitulos V e VI do Titulo XVIII da Nova Reforma Judiciaria, e leis respectivas. Foi na nota ao §763.º da Nova Reforma Judiciária que Castro Netto escreveu: “O processo especial estabelecido n’este capitulo e no seguinte, bem como no capitulo V do tit. XIX e nos capitulos XVIII e XIX do tit. XXI deveria também coprehender os crimes commettidos contra os magistrados a quem os mesmos capitulos se referem, porque as razões que persuadem a necessidade de haver um juizo especial, e um processo especial, para os crimes dos juizes e magistrados do M.P. militam com maior força de razão para os crimes de que estes funcionarios forem victimas; de maneira que (à excepção dos militares) todas as pessoas, que segundo a Carta Constitucional e conforme o art.º 126 Nova Reforma Judiciária tem o privilegio de fôro nos crimes que commettem, deviam gosar do mesmo privilegio nos crimes que contra ellas se commettessem; privilegio que além d’isso, deveria também pertencer a muitos outros funcionarios, como sejam os bispos e arcebispos, ainda que não fossem pares do reino, os vigarios capitulares, geraes e da vara, os parochos, os conselheiros do thesouro, e conselho fiscal de contas, os governadores civis, os administradores do concelho, e outros empregados públicos que não devem ser julgados por um jury composto de pessoas de quem por força de seus empregos podem ter contrahido a animadversão.”

dimensão da tendência lusitana em proceder à ampliação dos agentes detentores do foro por prerrogativa de função, considerando que o texto efetivado antes da denominada Nova Reforma Judiciária era bem mais restrito quanto aos agentes públicos indicados para o gozo da citada prerrogativa.

A adoção do federalismo e da república modificou a nossa concepção de Estado e eliminou toda e qualquer forma de privilégio, levando-se em conta o padrão definido no constitucionalismo americano, contudo, ainda mantivemos boa parte da influência legada pelo ordenamento jurídico português, circunstância inevitável e efetivamente presente em nosso dia a dia, mesmo na vigência da Constituição atual.

Impende notar, ainda, que o tema concernente ao foro por prerrogativa de função também pode ser detectado na Constituição Federal Austríaca de 1º de outubro de 1920, considerando que HANS KELSEN, ao examinar a jurisdição constitucional e administrativa a serviço do citado Estado, em síntese, identifica a sua presença, quando sustenta o seguinte: *“Por fim, a Corte Constitucional atual como corte suprema central – ou, se se quiser – comum a União e estados. Nessa qualidade, julga a acusação mediante a qual se caracteriza a responsabilidade dos órgãos supremos federais e estaduais por violações culposas do direito, no exercício das respectivas funções. A acusação pode ser levantada: a) contra o presidente federal por violação da Constituição federal, mediante resolução da Assembléia Federal (é necessária maioria de dois terços); b) contra membros do governo federal e órgãos que lhes sejam equiparados (atualmente o presidente do Tribunal de Contas) por violação da lei e mediante resolução do Conselho Nacional (basta maioria simples); c) contra membros de um governo estadual e órgãos que lhes sejam equiparados pelas Constituições estaduais quanto à responsabilidade por violação da lei, e mediante resolução do Parlamento estadual competente. A decisão condenatória da Corte Constitucional deve determinar a perda do cargo, e, em casos particularmente graves, também a perda temporária dos direitos políticos. A acusação pode também ser formulada em virtude de atos de natureza criminal, relacionados ao exercício das funções do acusado. Nesse caso a competência para julgar é exclusiva da Corte Constitucional, devendo-lhe ser remetido o inquérito que porventura já estiver*

*pendente nos tribunais criminais ordinários. Além das penas específicas de perda de mandato e dos direitos políticos, a Corte Constitucional também pode impor, em tais casos, as penas previstas no código penal.”*<sup>8</sup>.

A lição fornecida por KELSEN reproduz uma idéia própria do foro por prerrogativa de função, uma vez que a Constituição Austríaca permitia cogitar a responsabilidade dos órgãos supremos federais e, portanto, dos respectivos agentes públicos, em virtude da prática de fato dotado de relevância penal<sup>9</sup>.

A norma inserida na Carta Austríaca, se confrontada com o texto constitucional brasileiro vigente à época, realmente, apresenta uma sensível identidade, fato que possibilita a demonstração de que o foro por prerrogativa de função teve espaço na Constituição Austríaca de 1920, revelando-se um texto efetivamente inovador quanto à perspectiva da responsabilização política e tutela dos interesses da Administração Pública.

Acentue-se, que o texto constitucional austríaco foi alvo de contínuas alterações a partir de 1934, por ocasião da anexação da Áustria pela Alemanha, sendo que, em 13 de março de 1938, houve a supressão de dois temas que se achavam inseridos na aludida Carta, a saber, a jurisdição constitucional e o foro por prerrogativa de função<sup>10</sup>.

Posteriormente, com o término da Segunda Grande Guerra houve a restauração da Constituição Austríaca de 1920, *ex vi* da Lei Constitucional de 12 de outubro de 1945, sendo que, apesar das reformas sofridas pela Carta em apreço, ainda assim, o artigo 142 da mesma permanece vigente quanto ao foro por prerrogativa de função.

Em conclusão, a idéia do foro por prerrogativa de função está conciliada com todo o processo constitucional em que se pretenda a responsabilização dos

---

<sup>8</sup>KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 35-36.

<sup>9</sup>Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 340.

<sup>10</sup>FAVOREU. L.; LUCHAIRE. F.; SCHLAICH. K *et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, por ERMACORA, Félix, p. 270. *No mesmo sentido*: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 132.

agentes públicos, daí porque, independentemente da natureza jurídica do Estado, surge sempre a possibilidade da Constituição firmar a incidência desta prerrogativa, como restou demonstrado nas Constituições Portuguesas de 1822 e 1826, na Carta Brasileira de 1891, ou na Carta Austríaca de 1º. de outubro de 1920.

### 3.1

#### **A competência originária dos Tribunais na Inglaterra e nos Estados Unidos. Países orientados pela *Common Law*.**

Quando se examina o direito constitucional e as regras processuais criminais inglesas não se verifica qualquer referência ou previsão normativa acerca da existência do foro por prerrogativa de função.

Nesses termos, a organização judiciária inglesa composta pela *Supreme Court of Judicature* que compreende a *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*, as quais não exercitam a competência originária similar ao foro por prerrogativa de função, aliás, ROLAND SÈROUSSI informa que o alcance da responsabilidade penal na Inglaterra quanto às pessoas de direito público implicaria numa imunidade penal total da Coroa (Soberano e Ministérios) e, ainda, em relação aos Chefes de Estado estrangeiros e aos diplomatas.<sup>11</sup>

RENÉ DAVID empreende uma extensa abordagem quanto à sistemática das Cortes Superiores Inglesas, no caso, indicando apenas a existência de uma atividade puramente recursal quanto à atividade das mesmas e adverte que em matéria de responsabilidade delitual, o *Crown Proceedings Act* de 1947 não trouxe sensíveis modificações quanto aos aspectos criminais e processuais, permanecendo, de fato, a imunidade de jurisdição conferida ao soberano<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 73.

<sup>12</sup>DAVID, René. *O direito inglês*. op. cit., p. 89: “Ressaltamos, enfim, que próprio soberano desfruta de uma imunidade de jurisdição: pode-se mover uma ação contra o Attorney General como representante da Coroa, mas não se pode fazê-lo para comprometer a responsabilidade pessoal de Sua Majestade a Rainha. A Coroa, sob diversos aspectos, foi colocada numa situação privilegiada em relação aos cidadãos. A obrigação de exhibir em justiça documentos apresenta, no que a concerne, particularidades: não há prescrição em relação a ela como há em relação aos particulares. A matéria das formas de execução, sobretudo, encontra-se inteiramente modificada

A análise de todas as situações concernentes ao direito inglês revela a inexistência do foro por prerrogativa de função ou de uma competência originária relativa à matéria criminal<sup>13</sup> junto a *Crown Court* ou na chamada *Court of Appeal (Criminal Division)* com a presença do *Lord Chief Justices*<sup>14</sup>.

Na Constituição Americana, de imediato, o privilégio que restou resguardado foi o julgamento pelo júri, como se deduz do Artigo III, seção 2 e da leitura da Emenda VI, *in verbis*:

“Em qualquer processo criminal, o acusado terá direito de ser julgado rapidamente e publicamente, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime tenha sido cometido, devendo o dito distrito ser previamente determinado por lei, ser informado da natureza e dos motivos das denúncias que pesam sobre ele, direito de ser acareado com as testemunhas de acusação, direito de citas testemunhas de defesa; direito de se beneficiar da assistência de um advogado para sua defesa.”<sup>15</sup>.

Realmente, a visão firmada pelo Constituinte americano é de que o julgamento pelo júri corresponde a uma garantia conferida ao cidadão americano, razão pela qual desde a criação da Constituição Americana até a presente data, dificilmente se tem notícia do indivíduo renunciando ao direito de ser julgado pelo Júri.

ALEXANDER HAMILTON, ao interpretar a Constituição Americana, acentua sobre o júri que “*O poder para constituir tribunais envolve o poder de estipular o modo de julgamento; conseqüentemente, se nada fosse dito na Constituição a respeito de júris, o legislativo estaria livre para adotar essa instituição ou deixá-la de lado. No tocante às causas criminais, essa liberdade é reduzida pela imposição expressa do julgamento por júri em todas elas; mas resta, claramente, uma larga margem de liberdade em relação às causas civis, já que há total silêncio a este respeito.*”<sup>16</sup>.

---

*aqui: não se pode obter contra a Coroa nenhuma ordem judiciária, nenhuma ordem de execução forçada, não se pode impetrar contra a Coroa nenhum mandado de segurança, nenhuma execução forçada, nenhuma penhora.”*

<sup>13</sup>DAVID, René. *O direito inglês. op. cit.*, p. 61.

<sup>14</sup>SÈROUSSI, Roland. *op. cit.*, p. 33.

<sup>15</sup>Vide Constituições Estrangeiras. Tradutor José Luiz Tuffani de Carvalho. *op. cit.*, p. 20.

<sup>16</sup>HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *op. cit.*, p. 506-507.

É importante observar que a Constituição Americana e a interpretação que foi realizada a respeito da mesma, de fato, reconheceu a impossibilidade de que a competência originária da Suprema Corte viesse a ser ampliada, o que foi objeto de análise no *leading case* Cohens contra o Estado da Virgínia, na Sessão de fevereiro de 1821 (6, repertório de Wheaton, 264 e 447), julgado por MARSHALL, *in verbis*:

“Depois de fazer cuidadoso estudo do assumpto, o Tribunal sente escapar-lhe qualquer razão deduzida da qualidade das partes para admittir uma excepção que a Constituição não fez; e somos de parecer que o Poder Judiciario, conforme foi originariamente outorgado, se estende a todas as causas derivadas da Constituição ou de alguma lei dos Estados Unidos, quaesquer que sejam as partes.

Tambem se objectou que esta jurisdicção, si deferida, é originaria e não póde exercer-se por via de apellação.

A Constituição assim se exprime: Em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros publicos e consules e naquellas em que fôr parte um Estado, o Supremo Tribunal terá jurisdicção originaria. Em todas as outras causas acima mencionadas terá o Supremo Tribunal jurisdicção em grão de recurso.

Este distincção entre jurisdicção de unica ou primeira instancia e jurisdicção de segunda instancia exclue, disse-se, em todas as causas o exercício de uma quando é dada a outra.

A Constituição dá ao Supremo Tribunal jurisdicção originaria em certas e enumeradas causas, e dá-lhe em todas as outras jurisdicção em grão de recurso. Entre as causas em que a jurisdicção deve exercer-se em segunda instancia estão as derivadas da Constituição e leis dos Estados Unidos. Essas disposições das Constituições são egualmente obrigatorias e devem ser respeitadas.”<sup>17</sup>.

E conclui:

“Em taes causas, portanto, o Supremo Tribunal não póde exercer jurisdicção originaria. Em qualquer outra causa, isto é, em toda causa a que se estende o poder judicial, e em que a jurisdicção originaria não é dada expressamente, o poder judicial será exercido tão somente por via de recurso. A jurisdicção originaria deste Tribunal não póde dilatar-se, mas a sua jurisdicção grão de recurso póde exercer-se em toda a causa susceptivel de ser submettida, nos termos do art. 3º, ao conhecimento dos tribunaes federaes, e em que a jurisdicção originaria não tem cabimento; (...)”<sup>18</sup>.

MARSHALL, no voto acima elaborado, de maneira textual, recrimina qualquer possibilidade de que se venha a proceder à ampliação da Constituição

<sup>17</sup>MARSHALL, John. *Decisões Constitucionaes*. Traduzida por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 178-179.

<sup>18</sup>MARSHALL, John. *op. cit.*, p. 183-184.

para estabelecer ou trazer outras situações ao exame da competência originária da Suprema Corte Americana.

O pensamento de MARSHALL, ao que tudo indica, esmoreceu a possibilidade de que surgisse um processo de interpretação da Constituição americana com a finalidade de se criar um foro por prerrogativa de função na esfera da Suprema Corte e, muito embora o voto não tenha tratado diretamente do tema, o mesmo é bastante elucidativo quanto à inadmissibilidade da elaboração de um mecanismo que se destine a fomentar a usurpação da vontade do Constituinte Originário.

Este contexto está definitivamente consolidado no Direito Constitucional Americano e foi objeto de exame minucioso por DANIEL JOHN MEADOR<sup>19</sup>, que dissecou as estruturas dos Tribunais Estaduais e Federais nos Estados Unidos e, efetivamente, em nenhum momento fez a menor alusão à existência de uma denominada competência originária para o julgamento de causas criminais, mas, ao contrário, exaure o tema quanto ao julgamento da matéria criminal, em decorrência da atividade recursal.

Aduza-se, nesta oportunidade, que a matéria processual na sistemática constitucional americana está reservada à competência dos Estados Membros, o que é enfatizado por GUIDO FERNANDO SILVA SOARES ao salientar que: *“Deve ser notado que as matérias da Criminal Law e do Criminal Procedure são, na sua esmagadora maioria, de pertinência do direito dos Estados-membros, e que por isso mesmo refogem a qualquer uniformidade nos EUA. Já nos referimos ao fato de que a legislação de processo criminal da Corte Suprema, portanto válida para as justiças federais, o Code of Criminal Procedure de 1946, pouca influência teve nas legislações estaduais. Por outro lado, dada a diversidade entre os próprios Estados-membros, no que se refere à política penitenciária, as características locais dos regimes de aplicação e gradação das penas fazem com que a diversidade dos Direitos de Processo Penal seja muito grande e de tal*

---

<sup>19</sup>MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América, 1996.

*maneira locais, que são muito ferrenhamente conservados na sua tipicidade, em função das individualidades dos Estados federados.”*<sup>20</sup>.

É de se concluir, portanto, que a Constituição Americana não estabeleceu competência para os Estados definirem a prerrogativa de função concernente à Suprema Corte, pois a admissão de tal circunstância resultaria numa total inversão de valores e alargamento do sentido que se emprestou a Emenda X (dez).<sup>21</sup>.

Em abono à tese acima, é de se levar em conta à sistemática presente na *Common Law* americana, segundo a qual GUIDO FERNANDO SILVA SOARES informa que a competência legislativa quanto à matéria processual é, realmente, dos Estados-Membros, porém, o que se deve “*considerar no desenvolvimento das normas do processo penal nos EUA é a sua constante atualização pela Corte Suprema dos EUA, US Supreme Court, que tanto pode resultar em um sistema mais ou menos liberal ou em direção a conservadorismos, (...)*”<sup>22</sup>.

A investigação de todos os aspectos trazidos à colação indica, sem qualquer margem de dúvida, que os idealizadores da Declaração de Direitos de Virgínia e da Constituição Americana de 1787 com as Emendas Constitucionais inseridas em 1791, em nenhum momento, pretenderam criar um mecanismo que tivesse por finalidade resguardar o julgamento das causas criminais a determinados agentes públicos junto aos Tribunais Federais ou Estaduais, bem como junto à Suprema Corte.

O que se pretendeu estabelecer no texto constitucional americano e restou incorporado ao sistema constitucional brasileiro, de fato, foi o *impeachment* do Presidente da República – no Direito Constitucional Americano, bem mais amplo, porque atinge a qualquer servidor público, inclusive os juízes, embora tal circunstância não seja utilizada com frequência contra os mesmos nos Estados

---

<sup>20</sup>SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

<sup>21</sup>Vide CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte Americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 258.

<sup>22</sup>SOARES, Guido Fernando Silva. *op. cit.*, p. 127.

Unidos –<sup>23</sup>, porquanto não há qualquer alusão ao foro por prerrogativa de função, sendo certo que o mero balizamento da Constituição Americana com as Cartas Brasileiras elaboradas a partir de 1891, nos leva a deduzir que a inclusão da prerrogativa de foro no nosso texto constitucional está fortemente ligada à vertente constitucional portuguesa.

Assim, a única exceção aberta na Constituição Americana quanto à competência originária, ou seja, o foro por prerrogativa de função, em suma, corresponde aos litígios envolvendo embaixadores, outros ministros e cônsules, os quais são julgados perante a Suprema Corte (vide Artigo III, Seção 2, da Carta Americana), no restante, a competência da referida Corte de Justiça é apenas recursal.

O privilégio no constitucionalismo americano, portanto, é o direito de todo o Cidadão, pouco importando o cargo ou função pública desempenhada ser julgado no Júri pelos seus semelhantes (vide Artigo III, Seção 2 da Constituição Americana).

### 3.2

#### **Foro por prerrogativa de função nos Países Ibéricos e a estrutura dos Tribunais dotados de competência originária.**

A prerrogativa de função integra o constitucionalismo Ibérico desde as suas primeiras Constituições liberais, como é possível concluir da leitura dos artigos 239 e 253 da Constituição Espanhola de 1812 e dos mencionados artigos 191, inciso I da Constituição do Porto de 1822 e 131, § 2º da Carta Portuguesa de 1826.

A estrutura constitucional atual dos Países Ibéricos manteve o foro por prerrogativa de função, por exemplo, no artigo 130 da Constituição Portuguesa de 1974 e no artigo 102 da Carta Espanhola de 1978, demonstrando que o tema não

---

<sup>23</sup>BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1987, p. 104-105.

sofreu qualquer espécie de rejeição popular, considerando que a promulgação das citadas constituições obedeceu a um rígido processo legitimador quanto às respectivas Constituintes.

Não se deve esquecer que a Constituição da Espanha foi aprovada pelas Cortes Gerais (Poder Legislativo na Espanha) nas sessões plenárias do Congresso (Deputados e Senadores) celebrada em 31 de outubro de 1978 e ratificada pelo povo espanhol em referendo efetivado em 06 de dezembro de 1978, seguindo-se a sanção do Rei de Espanha perante as Cortes Gerais em 27 de dezembro do mesmo ano (Diário Oficial do Estado número 311, de 29 de dezembro de 1978)<sup>24</sup>.

Por outro lado, como se observa do seu Preâmbulo da Constituição Portuguesa, a mesma decorreu de um movimento destinado a proceder ao restabelecimento dos direitos e liberdades do povo português oprimido pela ditadura imposta por Salazar e que gerou a Revolução dos Cravos de 1974 com o apoio das Forças Armadas, mas, sobretudo, com o respaldo de pessoas humildes e camponeses<sup>25</sup>.

Estamos, assim, diante de Constituições formadas com extenso apoio popular e que preservaram o foro por prerrogativa de função, a par de permitirem a ampliação do seu contexto nas suas respectivas legislações infraconstitucionais.

Passando, primeiramente, ao exame do foro por prerrogativa de função no sistema constitucional Português, em suma, observamos que a responsabilidade criminal do Presidente da República foi definida no artigo 130º, nos seguintes termos:

“Artigo 130.º (Responsabilidade criminal)

1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.
2. A iniciativa do processo cabe à Assembléia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.
3. A condenação implica a destituição de cargo e a impossibilidade de reeleição.

<sup>24</sup>GUERRA, Luis López. *Constitución española*. 10ª. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 25.

<sup>25</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 11.-12.

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.”.

O foro por prerrogativa de função no Direito Português, contudo, não se limita ao artigo acima citado, embora o texto constitucional português não tenha disciplinado, em outro momento, o tema com a mesma ênfase do artigo 130 da CP, é possível vislumbrar situações correlatas com a prerrogativa de função no artigo 196º 1. e 2. da referida Carta (responsabilidade criminal dos membros do Governo).

Coube ao Código de Processo Penal e subsidiariamente às Leis de Organização Judiciária o estabelecimento da competência originária dos Tribunais e, portanto, a delimitação do foro por prerrogativa de função no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça e no Tribunal das Relações, *in verbis*:

## CAPÍTULO II

### Da Competência

#### SECÇÃO I

##### Competência material e funcional

Artigo 10.º (Disposições aplicáveis)

***A competência material e funcional dos tribunais em matéria penal é regulada pelas disposições deste Código e, subsidiariamente, pelas leis de organização judiciária.***

***Artigo 11.º (Competência do Supremo Tribunal de Justiça)***

1 — Em matéria penal, o plenário do Supremo Tribunal de Justiça tem a competência que lhe é atribuída por lei.

2 — Compete ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Conhecer dos conflitos de competência entre secções;

***b) Autorizar a interceptação, a gravação e a transcrição de conversações ou comunicações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro e determinar a respectiva destruição, nos termos dos artigos 187.º a 190.º;***

c) Exercer as demais atribuições conferidas por lei.

***3 — Compete ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:***

***a) Julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções;***

***4 — Compete às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:***

***a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações e magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados;***

***Artigo 12.º (Competência das relações)***

1 — Em matéria penal, o plenário das relações tem a competência que lhe é atribuída por lei.

2 — Compete aos presidentes das relações, em matéria penal:

a) Conhecer dos conflitos de competência entre secções;

b) Exercer as demais atribuições conferidas por lei.

**3 — Compete às secções criminais das relações, em matéria penal:**

**a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes de direito, procuradores da República e procuradores-adjuntos;**

Além do Código de Processo Penal, a Lei n.º: 28, de 15 de novembro de 1982, – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional –, disciplinou a extensão do foro por prerrogativa de função aos membros do Tribunal Constitucional, para tanto, estabelecendo o seguinte:

**Artigo 26º (Responsabilidade civil e criminal)**

**1. São aplicáveis aos juízes do Tribunal Constitucional, com as necessárias adaptações, as normas que regulam a efectivação da responsabilidade civil e criminal dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, bem como as normas relativas à respectiva prisão preventiva.**

**2. Movido procedimento criminal contra juiz do Tribunal Constitucional e acusado este por crime praticado no exercício das suas funções, o seguimento do processo depende de deliberação da Assembleia da República.**

**3. Quando, na situação prevista no número anterior, for autorizado o seguimento do processo, o Tribunal suspenderá o juiz do exercício das suas funções.**

**4. Deduzida acusação contra juiz do Tribunal Constitucional por crime estranho ao exercício das suas funções, o Tribunal decidirá se o juiz deve ou não ser suspenso de funções para o efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.**

Perceptível, assim, que a Constituição Portuguesa diferentemente da Constituição Brasileira não se ocupou da enumeração das situações designativas do foro por prerrogativa de função, mas sim, reservou ao Código de Processo Penal e as Leis de Organização do Judiciário a especificação referente ao tema, no que diz respeito ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal das Relações.

A legislação portuguesa, portanto, encarregou-se de definir o foro por prerrogativa de função, contudo, não o fez em doses amplas, ou seja, alcançando a todos os segmentos políticos portugueses, uma vez que os próprios membros da Assembleia da República, os membros do Poder Legislativo português, à exceção do seu Presidente, não fazem jus à competência originária para o julgamento das ações penais eventualmente ajuizadas, conforme se infere do artigo 11, número 3, alínea “a” do CPPP e, ainda, do Estatuto dos Deputados (Lei n.º 7, de 1 de Março 93 com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 24, de 18 de Agosto 95, n.º 55 de 18 de Agosto 98, n.º 8 de 10 de Fevereiro 99, n.º 45 de 16 de Junho 99, n.º 3 de

23 de Fevereiro 2001, Lei n.º 24, de 4 de Julho 2003, n.º 52-A, de 10 de Outubro 2005 e Lei n.º 43, de 24 de Agosto 2007).

Podemos concluir, assim, que as proposições relativas ao foro por prerrogativa de função no sistema normativo português não foram exageradas e, a bem da verdade, foram conferidas às Autoridades que desempenham funções vitais à República Portuguesa, não se verificando o risco da prerrogativa se converter numa forma de privilégio.

A Constituição Espanhola, por sua vez, concebeu disciplinamento acerca do foro especial por prerrogativa de função da seguinte forma:

**“Artículo 102.**

***1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.***

***2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.***

***3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.”***

Depreende-se, assim, que a Constituição Espanhola, igualmente, foi lacônica ao tratar do tema, pois o artigo 122, números 1 a 3 remete à Lei de Orgânica do Poder Judiciário, no caso, a Lei n.º: 6, de 1º de Julho de 1985.

Realmente, na Lei n.º: 6, de 1º de Julho de 1985, vamos encontrar a definição do foro especial distribuído entre os órgãos jurisdicionais superiores (*Tribunal Supremo e do Tribunal Superior de Justicia*) encarregados d exame da matéria criminal decorrente das ações penais deflagradas – competência originária.

O disciplinamento contido na legislação espanhola divide o exercício do foro por prerrogativa de função entre o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Justiça da seguinte maneira, *in verbis*:

Artículo 55.

**El Tribunal Supremo** estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera: De lo Civil.
- Segunda: De lo Penal.
- Tercera: De lo Contencioso-administrativo.
- Cuarta: De lo Social.
- Quinta: De lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

Artículo 57.

**1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo** conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el **Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.**

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.

### CAPÍTULO III

#### DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Artículo 70.

**El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.**

Artículo 71.

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

Artículo 72.

1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social.

2. Se compondrá de un Presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, de las Secciones que puedan dentro de ellas crearse.

Artículo 73.

1. ...omissis...

2. ...omissis...

3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) *El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.*

b) *La instrucción y el fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.*

Constata-se, deste modo, que o tratamento do assunto na legislação espanhola já revela parâmetros aproximados com o fixado na Constituição brasileira e nas nossas leis, levando-se em conta que a Espanha é um **Estado regional ou autonômico** onde as Comunidades Autônomas Estado são portadoras de uma autonomia parecida com aquela exercida pelos Estados-membros na Federação.

A circunstância de o Estado autonômico espanhol comportar uma concomitância quanto ao exercício de competências entre o Poder Central situado em Madri e as Comunidades Autônomas portadoras de Estatutos (v.g. Estatuto de Autonomía de Cataluña, Estatuto de la Comunidad Valenciana, Estatuto Galicia e Estatuto País Vasco), equivalente às Constituições Estaduais nos países animados pelo preceito Federativo, não induz a existência de uma Justiça Federal e Estadual, como bem abordado por ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE ao sustentar que *“La posibilidad de los Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre esta cuestión, hay que señalar que estos Tribunales Superiores no son judiciales propios de las Comunidades Autónomas, sino órganos de la Administración de Justicia radicados en el territorio de éstas. Es decir, el principio de la unidad jurisdiccional no sufre quebranto alguno por la existencia de estos Tribunales.”*<sup>26</sup>.

O foro especial no ordenamento jurídico espanhol, portanto, ficou reservado à legislação infraconstitucional e detém algumas complexidades, a par de uma nomeação alentada de autoridades, muito parecida com o estilo incorporado ao

<sup>26</sup>CONDE, Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*. Volume II: Los Órganos Constitucionales el Estado Autonomico. Madrid: Tecnos, 1993, p. 252.

direito brasileiro, embora não se vislumbre qualquer influência das normas espanholas precedentes na estrutura constitucional brasileira.

### 3.3

#### **Análise no plano Constitucional do Foro por prerrogativa de função na Europa Ocidental (França e Alemanha).**

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já enfatiza o seu repúdio à corrupção dos governos e, naturalmente, adotou um comportamento radical quanto a qualquer circunstância que pudesse ensejar a concessão de privilégios.

O Constitucionalismo francês, de imediato, fez questão de indicar a responsabilidade dos Ministros e agentes públicos no Título III da Constituição Francesa de 1791.

No entanto, as constituições subseqüentes continuaram a estabelecer referida responsabilidade dos Ministros, *verbi gratia* art. 152 da Const. de 1795, arts. 13, 55 e 56 da Const. de 1814, arts. 12, 47 e 69 da Const. de 1830, arts. 68, 91 a 93 e 98 da Const. de 1848, art. 13 da Const. de 1852, arts. 48, 56 a 58 da Const. de 1946 e arts. 20, 49, 68-1 à 68-2 da Const. de 1958.

É fácil identificar a preocupação com a qual os textos constitucionais franceses fixaram a responsabilização dos agentes públicos (Ministros), o que não se verificou no foro por prerrogativa de função, diante da idéia de restabelecimento de um privilégio.

Apesar da previsão constitucional de responsabilidade dos Ministros, os Constituintes franceses notaram que a responsabilidade sob o aspecto penal, em suma, permanecia inviabilizada, daí o motivo da criação da *Cour de Justice de la Republique* na *Loi Organique de 23 de novembro de 1993*, no intuito de efetivar a persecução penal dos Ministros, uma vez que o artigo 68, *caput*, da Carta Francesa reserva a *Haute Cour de Justice* para o julgamento do Presidente da República apenas nos casos de alta traição.

O Conselheiro da *Cour de Cassation*, Monsieur LOUIS GONDRE em discurso proferido na cerimônia de instalação da Corte de Justiça da República, em 10 de fevereiro de 1994, acentuou que o ato de criação da referida Corte de Justiça tinha o intuito de propiciar o pleno funcionamento da atividade democrática com os princípios que regem a necessária responsabilização dos agentes públicos, uma vez que não pode haver autoridade legitimamente exercida sem a devida responsabilização dos seus atos, *in verbis*:

*“En créant la Cour de justice de la République le Pouvoir constituant a tenu à confirmer que le fonctionnement de la démocratie ne saurait s'accompagner d'une irresponsabilité pénale de fait des membres du Gouvernement. Il n'y a pas d'autorité sans responsabilité.*

*Déjà, la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 mentionnait que la société a le droit de demander compte de son administration à tout agent public. Aujourd'hui encore la société française, toujours éprise d'égalité et de progrès, aspire à plus de justice et de transparence dans la vie publique”<sup>27</sup>.*

A sustentação trazida por LOUIS GONDRE demonstra que a criação da Corte de Justiça da República parece ter sido a solução encontrada para reativar uma maior fiscalização quanto aos atos praticados pelos membros do Governo, no exercício das suas atribuições, o que revela uma fragilidade do sistema constitucional revogado e de uma possível deficiência na atuação dos responsáveis pela investigação de tais denúncias.

A Corte de Justiça da República, portanto, julga todas as questões criminais da qual está encarregada de emitir pronunciamento, nos estritos termos e limites da sua competência descrita no artigo 68-1 :

“Os membros do Governo são penalmente responsáveis pelos atos praticados no exercício de suas funções por crimes qualificados ou delitos, no momento em que foram cometidos.”

---

<sup>27</sup> Hautes juridictions et commissions juridictionnelles. Discours prononcé pour l'installation de la Cour de justice de la République 10 février 1994. Ceremonie d'installation de la Cour de Justice de la République, Jeudi 10 février 1994, Allocution du Président Monsieur LOUIS GONDRE Conseiller à la Cour de Cassation. Disponível em <http://www.courdecassation.fr/>.

Com a criação e a instalação da Corte de Justiça da República, o constitucionalismo francês autorizou a formação do foro por prerrogativa de função, a fim de que o citado órgão jurisdicional, na hipótese de verificação que o ato cometido por membro do Governo (Ministro), a rigor, constitui crime ou delito cometido no exercício das suas funções e que tem correlação direta com os trabalhos do Estado e as relevantes atribuições à frente da atividade ministerial venha a ser alvo de responsabilização penal<sup>28</sup>.

É plenamente viável, assim, a afirmação de que o foro por prerrogativa de função – *privilège de juridiction* – pode ser identificado no constitucionalismo francês no artigo 68-1 nos processos destinados à responsabilização penal dos membros do Governo.

No que se relaciona à responsabilidade penal dos magistrados, a diretriz que se firmou no constitucionalismo francês, com efeito, é o da negação do foro privilegiado, o que é analisado com precisão por M. GUY CANIVET, *Premier Président de la Cour de Cassation*, em conferência ministrada na Universidade de Cambridge, em 19 de novembro de 2002, sobre a “*Questão da responsabilidade do Juiz na França*”, ao tecer um rápido apanhado histórico do assunto, nos seguintes termos:

“5 - À la responsabilité disciplinaire, s'ajoutent les responsabilités pénale et civile. Dès l'Ancien Régime, en effet, les sanctions disciplinaires prises contre les juges n'empêchaient pas la répression pénale. Un juge coupable de concussion, corruption ou autres méfaits, pouvait être exclu, sans préjudice d'une peine que l'époque voulait exemplaire et publique : la mort, les galères, le pilori... Le code pénal de 1810 aménagea la responsabilité pénale des juges afin de punir les actes de forfaiture, concussion, corruption, abus d'autorité et déni de justice. Cette responsabilité pénale existe encore aujourd'hui, sous une forme rénovée et moins violente... Ne bénéficiant plus, depuis la loi du 4 janvier 1993, d'aucun privilège de juridiction, le juge est soumis à la loi commune, soit en sa qualité de citoyen, soit en sa qualité d'agent public. L'égalité de tous devant la loi pénale est ainsi assurée et, en raison de leurs fonctions propres, les juges sont même spécialement visés par des dispositions du Code pénal qui leur sont spécifiques, par exemple la corruption, le déni de justice ou l'abus d'autorité.”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup>ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 6<sup>a</sup> ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 508-509.

<sup>29</sup>CANIVET, GUY. *La question de la responsabilité du juge en France*. Net., Paris, nov. 2002. Colloques et activités de formation . Colloques passés. 2002. Cour de Cassation. Disponível em <http://www.courdecassation.fr/>.

A afirmação acima contida fornece um indicativo do tratamento conferido pelo Constituinte francês quanto à definição da responsabilidade do magistrado, à medida que informa expressamente que o privilégio de jurisdição, ou seja, o foro por prerrogativa de função não lhe é viabilizado e a sua responsabilidade é medida sem qualquer tipo de distinção, esteja o juiz na condição de cidadão ou de agente público.

O sistema estabelecido no Direito Constitucional francês para o exercício da persecução criminal em juízo não guarda correlação com o existente no Brasil, porquanto o privilégio de jurisdição na Carta Francesa está reservado para situações restritíssimas, como se infere dos artigos 67 a 68-3.

A Constituição Alemã, no seu artigo 61, prescreve situação típica do chamado *impeachment*, não assumindo, assim, qualquer identidade com a prerrogativa de função.

NUNO ROGEIRO, comentando o artigo 61 da Carta Alemã, assinala que *“Trata-se do mecanismo típico de impeachment”, herdado da jurisprudência constitucional americana. O processo de acusação (Anklage) é, no entanto, ao contrário da norma dos EUA, dividido em duas vertentes: a política – revelando-se ainda aqui o princípio da participação dos “Länder” ao lado do parlamento federal – e a jurídica. Os órgãos políticos podem decidir sobre o desencadear do processo, agindo aqui como um acusador público (Staatsanwalt), mas o julgamento, com os implícitos direitos gerais de defesa e princípio do contraditório (art. 103.)”, será efectuado pelo Tribunal Constitucional.”<sup>30</sup>.*

A Lei Fundamental de Bonn, entretanto, no artigo 98.2-5, que deve ser interpretado em conjunto com os artigos 93.5 e 61, deixa assinalado que a decisão sobre a acusação a um juiz compete à Corte Constitucional Federal, o que demonstra a efetivação de uma responsabilização penal do magistrado perante um órgão jurisdicional, portanto, situação que contém aspectos do evidente exercício da prerrogativa de função.

---

<sup>30</sup>ROGEIRO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra 1996, p.179.

### 3.4

#### Natureza jurídica do Foro por Prerrogativa de Função.

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função no Direito Brasileiro obedece a uma circunstância *ratione personae*, ou seja, a sua concessão se estabelece em prol das pessoas (agentes públicos), que dada a importância da atividade acabam recebendo a prerrogativa de serem processados e julgados junto a órgão constitucional não pertencente à estrutura da primeira instância ou do juiz singular, bem como do Tribunal do Júri, nas hipóteses definidas no artigo 5º., inciso XXXVIII, alínea *d*, da CRFB.

Trata-se da competência funcional originária, que é exclusiva da matéria criminal, pois, como bem declarado por PIMENTA BUENO, não abrange os feitos cíveis<sup>31</sup>, sendo certo que tem o mérito de proteger as autoridades públicas contra possíveis perseguições ou julgamentos que viessem a ser efetivados pelos juízes singulares, no caso, eventualmente suscetíveis às influências políticas que o julgamento realizado junto aos Tribunais não propicia.<sup>32</sup>

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função está associada a idéia de uma garantia fundamental, na hipótese justificada pela circunstância de que a delimitação de um órgão jurisdicional competente na Constituição ou na Lei representa a definição do juiz natural, porquanto, como explica ROGÉRIO LAURIA TUCCI ao se valer da lição de CALAMANDREI, segundo a qual o Juiz Natural é a determinação de irretroatividade da lei, a qual se apresenta como garantia e na qual “*se consubstancia o inseparável sistema da legalidade*”<sup>33</sup>, razão pela qual a sua previsão no texto constitucional não representa um juízo de exceção, mas sim, uma garantia constitucional.

<sup>31</sup>PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911, p. 45.

<sup>32</sup>Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V, 1968, p. 248-249 ao expor que o foro por prerrogativa tinha por finalidade: “*evitar se exponha o Presidente da República aos azares dos julgamentos de juízes singulares, talvez em momentos de lutas políticas e de ódios vivos*”.

<sup>33</sup>TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 121-122.

Nesses termos, o que fica patente é que a prerrogativa de foro não se contrapõe ao Princípio do Juiz Natural, porém, ao contrário, se coaduna com as projeções possibilitadas do citado Princípio, no sentido de proteger o homem público, livrando-o de eventuais perseguições, daí porque, como bem ressaltado por VICTOR NUNES LEAL no voto proferido na Reclamação 473-GB, publicada DJ de 8-6-1962, a *“jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa 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”*.

Inquestionável, portanto, que o foro por prerrogativa de função, de maneira imediata, não serve à proteção dos interesses da coletividade e, tampouco determina uma maior eficiência da atividade Democrática e do preceito Republicano concernente à responsabilização dos agentes públicos, mas sim, em tese, permitiria ao indivíduo o direito de ser julgado com celeridade e perante o órgão jurisdicional fixado na lei ou na Constituição desde o dia em que o mesmo assumiu o cargo público.

A validade do foro por prerrogativa de função é indiscutível e, a respeito do assunto, JOSÉ FREDERICO MARQUES concluiu que a vedação incide sobre o *“foro estabelecido em atenção à pessoa em si (como nos casos dos foros pessoais, - rectius, profissionais). Aquêles instaurados em razão da relevância da função se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um juiz inferior.”*<sup>34</sup>.

O que é necessário fixar é que a delimitação da competência tem reflexos na prática dos atos pelo magistrado, daí porque, não estando o mesmo investido da jurisdição para processar e julgar pessoa detentora de foro por prerrogativa de função, a garantia do juiz natural estaria sendo rompida, o que qualifica como

---

<sup>34</sup>MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 65.

inteiramente pertinente à conclusão firmada por JOSÉ FREDERICO MARQUES de que “a jurisdição penal conhece também de causas criminais, submetidas à sua apreciação, não pelos titulares da perseguição penal, mas por aqueles que pretendem fazer valer o direito de liberdade que a norma penal regula e tutela de forma indireta. Sendo assim, não só a pretensão punitiva, mas também o direito de liberdade pode ser conteúdo do pedido com que se provoca o exercício da função jurisdicional penal.”<sup>35</sup>.

A conclusão é que a Constituição é dotada de uma série de garantias que foram elaboradas para que ninguém seja privado do seu direito de liberdade e de maneira mediata do direito de ser processado perante o órgão jurisdicional competente, nos termos da Constituição ou da Lei, a fim de que o *status libertatis* não seja afetado pela atuação de uma autoridade desprovida de competência (art. 5º., LIII, da CRFB).

Por isso mesmo, é válida a lembrança de que ninguém pode ser sentenciado senão *by the law of the land, ou by due process of law*, porque o Princípio do Juiz Natural antecede a todos os aspectos que conduzem o processo judicial criminal.

Assim sendo, a natureza jurídica do foro por prerrogativa é representativa de uma das garantias constitucionais, à medida que resguarda o direito de liberdade e o direito à segurança pessoal do indivíduo.

---

<sup>35</sup> MARQUES, José Frederico. *op.cit.*, p. 18.