

4

A cultura do privilégio no Brasil

A origem do nosso Direito corresponde à família romano-germânica¹ e o nosso padrão cultural está diretamente submetido às características gerais que a colonização portuguesa imprimiu no Brasil, obviamente, com a interação do elemento indígena e do escravo negro.

Este padrão cultural legado por Portugal não foi composto apenas do português conhecido pela figura do degredado ou do condenado, verdadeiros párias aos olhos da sociedade portuguesa, os quais chegavam ao Brasil Colônia ao invés de serem submetidos à pena capital.

Por isso mesmo, a idéia geral que se tem do português responsável pela disseminação da sua cultura no Brasil, na verdade, não pode ficar adstrita ao conceito do português degredado e condenado, mas de uma pessoa portadora de contornos próprios, a qual GILBERTO FREYRE visualizava como uma *figura vaga, falta-lhe o contorno ou a cor que a individualize entre os imperialistas modernos. Assemelha-se em alguns pontos à do inglês; em outros à do espanhol. Um espanhol sem a flama guerreira nem a ortodoxia dramática do conquistador do México e do Peru; um inglês sem as duras linhas puritanas. O tipo do contemporizador. Nem ideais absolutos, nem preconceitos inflexíveis*².

O homem português no Brasil Colônia, decorrente ou não da miscigenação, acabou formando a nossa cultura, a qual serviu de embasamento para a criação do Direito, apesar de personificar, como GILBERTO FREYRE denominou “*um tipo contemporizador*” e “*sem ideais absolutos ou preconceitos inflexíveis*”, não escapou à realidade de uma sociedade devidamente estratificada,

¹DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 61.

²FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 50ª ed. São Paulo: Global, 2005, p. 265.

mas não impermeável, porquanto não havia uma aristocracia fechada na sociedade portuguesa³.

Assim, presente a separação das classes sociais sem que isso fosse o impedimento à contínua miscigenação e, ainda, a incidência constante dos privilégios na vida portuguesa e brasileira, o que é sintetizado por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA ao mencionar que, *no fundo, o próprio princípio de hierarquia nunca chegou a importar de modo cabal entre nós. Toda hierarquia funda-se necessariamente em privilégios. E a verdade é que, bem antes de triunfarem no mundo as chamadas idéias revolucionárias, portugueses e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a injustiça social de certos privilégios, sobretudo dos privilégios hereditários. O prestígio pessoal, independente do nome herdado, manteve-se continuamente nas épocas mais gloriosas da história das nações ibéricas*⁴.

Não espanta, assim, que o privilégio estivesse arraigado à cultura brasileira e houvesse criado numa parcela significativa da sociedade uma passividade ética e moral que facilitou a sua aceitação, mesmo porque, historicamente, as classes trabalhadoras almejavam as mesmas benesses que os nobres ou os seus patrões, o que dificultou o estabelecimento de um processo coletivo de rejeição. Factível a conclusão de que não se põe em questionamento o que um dia pode-se vir a ter.

Tão nítido o inter-relacionamento entre nobres e empregados em Portugal e no Brasil Colônia que as Ordenações estabeleceram regras privilegiando os empregados dos nobres ou fidalgos (vide capítulo I, item 1.2.3.1), situação diagnosticada por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA ao buscar e citar os ensinamentos de ALBERTO SAMPAIO enfatizando que “*como a lei consignada nas Ordenações confessa que havia homens da linhagem dos filhos d’algo em todas as profissões, desde os oficiais industriais, até os arrendatários de bens rústicos; unicamente lhes são negadas as honras enquanto viverem de trabalhos mecânicos. A comida do povo – declara ainda – não se distinguia muito da dos*

³HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*: Edição comemorativa 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 25.

⁴HOLANDA, Sérgio Buarque de. *op. cit.*, p. 24.

*cavalheiros nobres, por isso que uns e outros estavam em contínuas relações de intimidade; não só os nobres comiam com os populares, mas ainda lhes entregavam a criação dos filhos. Prova está na instituição do amádigo pela qual os nobres davam a educar seus filhos aos vilãos, que desfrutavam, neste caso, de alguns privilégios e isenções.”*⁵

Em face do inter-relacionamento inerente à cultura portuguesa, a aceitação do privilégio restou admissível entre nós, diferentemente de outros países da Europa, onde a separação das classes sociais fomentou um maior repúdio ao estabelecimento de privilégios, uma vez que os nobres do restante da Europa não mantinham uma convivência mais direta com os seus empregados e, conseqüentemente, os casamentos só ocorriam entre aqueles de classe semelhante⁶, justamente o que foi confirmado acima, por ocasião do exame das classes privilegiadas na França (vide nota de rodapé 174)⁷.

O privilégio, ademais, sempre fez parte do cotidiano do Brasil Colônia, segundo o que nos revela MARIA FERNANDA BICALHO⁸ ao analisar todo o processo de desenvolvimento da Cidade do Rio de Janeiro desde o século XVII e demonstrar que a idéia do privilégio alcançou tamanha difusão e naturalidade, chegando ao ponto de ser parte integrante da estrutura da Cidade.

Acentua MARIA FERNANDA BICALHO que “em 1642, os cidadãos da cidade de São Sebastião recebiam os mesmos privilégios, honras e liberdades conferidas por carta régia de 1º de junho de 1490 aos cidadãos do Porto” e “estendidos em meados do século XII aos colonos do Rio de Janeiro, esses privilégios atribuíam-lhes certas prerrogativas de fidalguia, e à cidade, o título de “Leal”. Uma primeira observação a se fazer acerca desses privilégios é o fato de serem concedidos aos cidadãos e não a todos os habitantes das cidades

⁵HOLANDA, Sérgio Buarque de. *op. cit.*, p. 25.

⁶HOLANDA, Sérgio Buarque de. *op. cit.*, p. 24, citando GIL VICENTE, in *Obras Completas*. Reimpressão fac-similada da edição de 1562, Lisboa, 1928, fol. CCXXXI.

⁷*Estabelecendo uma visão mais ampla e complementar do tema após a Revolução Francesa, verifica-se o pensamento de MICHELLE PERROT, in História da Vida Privada, 4: Da Revolução à Primeira Guerra*. Organização de Michelle Perrot, 8ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.105-114.

⁸BICALHO, Maria Fernanda. *A cidade e o império: o Rio de Janeiro no século XVIII*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 322.

contempladas. Por cidadãos entendiam-se aqueles que por eleição desempenhavam ou tinham desempenhado cargos administrativos nas câmaras municipais – vereadores, procuradores, juizes locais, almotacés etc. –, bem como seus descendentes. Entre as prerrogativas a que tinham direitos estavam as distinções de serem metidos a tormentos⁹ por quaisquer malefícios que tivessem cometido¹⁰, salvo nos modos em que eram os fidalgos do reino; de não poderem ser presos por nenhum crime, somente como eram e deviam ser os mesmos fidalgos, e de lhes ser permitido portar quaisquer tipos de armas.”¹¹

Foram diversos os privilégios concedidos aos cidadãos na Cidade do Rio de Janeiro e aos seus empregados¹², o que fornece a evidência precisa da participação do privilégio no nosso cotidiano e de como o mesmo inspirou a formação cultural de uma sociedade desde o século XVII, à medida que todos procuravam a obtenção de uma projeção social para alcançar o gozo dos referidos privilégios.

Não é de se estranhar, por conseguinte, que o privilégio tenha tido uma configuração própria e que a sua aplicação tenha continuado mesmo após o advento da Revolução Francesa e a proposta de igualitarismo nela contida.

⁹JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, o Marquês de São Vicente, ao versar sobre o art. 179, §19 da Constituição do Império, na sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 407-408 informa que: “*Nossa antiga legislação criminal, datada de três séculos anteriores, quando os conhecimentos jurídicos e sociais estavam ainda muito acanhados, reconhecia as penas degradantes ou bárbaras de açoites, tortura, marca de ferro e outras semelhantes. O homem por ser delinqüente não deixa de pertencer à humanidade; é de mister que seja punido, mas por modo consentâneo, com a razão, próprio de leis e do govêrno de uma sociedade civilizada.*”

¹⁰Ressalte-se que o término das práticas de tortura no Brasil ocorreu com o art. 179, §19 da Constituição do Império de 1824, nos seguintes termos: *desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.*

¹¹BICALHO, Maria Fernanda. *op cit.*, p. 322-323.

¹²BICALHO, Maria Fernanda. *op cit.*, p. 323.

4.1

Análise dos Privilégios Concedidos pela Coroa Portuguesa aos Ingleses em Território Português e no Brasil Colônia. Atuação da Inglaterra na garantia de benesses aos súditos ingleses.

Se atentarmos para a substancial rede de privilégios criados nas legislações portuguesas, com efeito, podemos adicionar a ocorrência de uma evidente submissão da soberania portuguesa à Coroa Inglesa em terras brasileiras, pois Dom João VI às vésperas da partida de Portugal (Lisboa) para o Brasil (Rio de Janeiro) permitiu aos seus encarregados e/ou ministros que celebrassem um acordo em Londres - "A Convenção Secreta" – com o representante inglês em Portugal - Lord Strangford -, que determinava a transferência temporária da sede da Monarquia lusitana para o Brasil e, acima de tudo, o reconhecimento, por parte do governo britânico da dinastia de Bragança como legítima detentora do poder político, o compromisso de Portugal (monarca) de não permitir a instalação do Tribunal da Inquisição, uma vez que os ingleses eram anglicanos, além de autorizar a instalação de um Tribunal constituído por juizes ingleses para julgar os crimes que os súditos da Coroa Britânica viessem a cometer no Brasil¹³.

A possibilidade dos súditos ingleses em solo português (Brasil Colônia) responderem pela prática de eventuais delitos com a aplicação da lei penal inglesa revela uma evidente proteção e, obviamente, um dos privilégios mais acentuados e somente explicável pela relação de subserviência que se instalou entre Portugal, então ameaçada pelas tropas napoleônicas, e a Inglaterra que manteve o reconhecimento de Portugal como nação.

Aliás, os privilégios concedidos aos ingleses em solo brasileiro foram profundamente criticados e considerados impopulares, ao que se depreende do comportamento dos brasileiros à época, os quais taxaram de verdadeiramente

¹³GOMES, Laurentino. *1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p. 208-209.

usurpadores os termos dos acordos e tratados elaborados pela Coroa Portuguesa com a Inglaterra¹⁴.

As normas editadas em Portugal guardaram um forte protecionismo às pessoas mais abastadas, em alguns casos, incluindo até os seus empregados, daí porque os privilégios permitidos aos ingleses pela Coroa Portuguesa, por mais estranhos que possam parecer, não se evidenciam anormais.

Em verdade, o cotejo das normas produzidas na Península Ibérica revela uma evidente interiorização do privilégio na cultural diária, desmistificando e impedindo a criação de qualquer resistência à sua manutenção.

É possível reconhecer, desta maneira, que a cultura do privilégio não causava espanto, diante da tamanha interiorização do tema, razão pela quais todas as situações expostas nos ordenamentos legais nunca foram repudiadas, ao contrário do sentimento desenvolvido na vertente inglesa (Common Law), cuja atuação primou, principalmente, pela limitação dos privilégios do clero, hipótese nunca cogitada no Direito Português, onde a influência da Igreja foi extremamente significativa, inclusive, transplantando-se para o Direito Brasileiro e mantendo-se presente até no período imperial brasileiro por força do Decreto n. 609, de 18 de agosto de 1851.

Vale dizer, que mesmo após o advento da Revolução Francesa, das Constituições Liberais de Cádiz de 1812 e do Porto de 1822 e, bem como, da Constituição Brasileira de 1824, a idéia de se conferir proteção aos membros do clero não foi infirmada, o que revela um traço cultural importante, suscetível até de um profundo estudo antropológico, considerando os componentes sócio-culturais que atuam em relação ao tema privilégio.

Tais fatores servem para explicar o comportamento e o motivo de o povo brasileiro, mesmo nos dias atuais – século XXI –, associar a prerrogativa de função elaborada pelo modelo republicano e direcionada à preservação dos cargos

¹⁴WILCKEN, Patrick. *Império à deriva: A corte portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 151 e 159.

públicos, como um mecanismo destinado à concessão de benesses aos políticos eleitos pelo voto popular, apesar de uma constante extrapolação quanto à escolha das autoridades que fazem jus a tal prerrogativa, o que leva, aparentemente, a distorção popular de qualificar prerrogativa como privilégio.

4.2

Constituição do Império de 1824, a instituição do Poder Moderador, a abolição dos privilégios puramente pessoais e a instituição dos privilégios de causa ou de foro. A manutenção dos privilégios aos membros da Igreja no Decreto 609, de 18/08/1851.

Independentemente da influência exercida na nossa Constituição do Império de 1823 pela Revolução Francesa, as Constituições Francesas de 1791 e a de 4 de junho de 1814, a Constituição Espanhola (Cádiz) de 19 de março de 1812 e a Constituição Portuguesa (Porto) de 23 de setembro de 1822, não se deve perder a perspectiva de que a nossa primeira Constituição, sem dúvida nenhuma, mais do que um produto decorrente da inspiração do constitucionalismo liberal oriundo da Europa, de fato, representou, no cenário brasileiro a concretização dos “*fatores reais de poder*”¹⁵ porque, como bem assinala MARCELLO CERQUEIRA, “*a Carta Imperial foi um pacto entre a coroa e a escravidão. Desfeito conduziu à República.*”¹⁶.

Como é possível identificar, o idealismo que presidiu a Constituinte de 1823 teve a sua fundação no liberalismo, o qual “*pretendia ao mesmo passo remover do plano institucional os abusos do passado, os vícios de poder, os erros da tradição, os prestígios injustos dos privilégios, enfim, suprimir séculos de autoridade pessoal absoluta, de que era expressão concreta e histórica as chamadas monarquias do direito divino.*”¹⁷.

¹⁵Neste sentido, FERDINAND LASSALLE. *Que é uma Constituição?* Guanabara – Rio de Janeiro: Laemmert, 1969, Cap. II, p. 27: “*Sim, existem sem dúvida, e esta incógnita que estamos investigando apoia-se, simplesmente, nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade. Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como ela são.*”

¹⁶CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma.* op.cit., p. 287.

¹⁷BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 92.

Nada obstante a pujança contida no liberalismo, PAULO BONAVIDES E PAES DE ANDRADE detectam que “o idealismo e a pureza desses postulados não se concretizou na realidade institucional senão durante breve período, e de modo consideravelmente incompleto”¹⁸, uma clara demonstração de que o pragmatismo, ou seja, a utilidade e o próprio êxito ou satisfação da sociedade brasileira inserida numa estrutura política monárquica moderadora – Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante –¹⁹ e num modelo de vida social permeada pelo componente senhorial, agrícola e escravocrata.

A estrutura constitucional surgida com a Carta Outorgada de 1824 introduziu, entre nós, a figura do Poder Moderador, embora a Constituinte de 1823 nada tivesse falado acerca deste privilégio que foi conferido ao Imperador²⁰ de possuir um controle direto sobre os demais poderes²¹.

Assim, o poder moderador estabelecido no artigo 99 da C. do Imp. afirma que “A pessoa do imperador é inviolável e Sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”²², uma nítida fixação de um privilégio em favor do monarca.

Firmaram-se as prerrogativas reais, em especial, aquela que determinava a irresponsabilidade integral do monarca “*The King can do no wrong*”²³, o que foi interpretado por BENJAMIN CONSTANT como algo natural porque “*um monarca hereditário pode e deve ser irresponsável. É um ser à parte no topo do edifício; sua atribuição, que lhe é particular e que é permanente, não apenas nele, mas em toda a sua estirpe, dos seus ancestrais aos seus descendentes, separa-o de todos os indivíduos do seu império. Não é nada extraordinário*

¹⁸BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *op. cit.*, p. 93.

¹⁹HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 56.

²⁰SOBRINHO, Barbosa Lima; MELLO, F. I. M. Homem de; ALENCAR, José de; et al. *A Constituinte de 1823: Obra comemorativa do sesquicentenário da Instituição Parlamentar*. Brasília: Senado Federal, 1973, p. 100.

²¹Vide CAETANO, Marcelo. *op. cit.*, pp. 504-506.

²²Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 211.

²³Nesse sentido, RENÉ DAVID in *O direito inglês. op. cit.*, p. 85: “*Durante séculos, até 1947, proclamou-se na Inglaterra o princípio de que “o rei não pode agir mal”, The King can do no wrong. Não é possível, juridicamente, que o soberano tenha agido contrariamente ao direito e que se possa argüir, por conseguinte, a responsabilidade contratual ou delitual da Coroa*”.

declarar um homem inviolável quando uma família é investida do direito de governar um grande povo, com exclusão das outras famílias e expondo-se ao risco de todos os azares da sucessão.”²⁴.

Sem dúvida, o Poder Moderador²⁵ nada mais foi que a inclusão de um privilégio, ou seja, uma faceta para que o Imperador exercesse o controle absoluto sobre os demais poderes de Estado instituídos pela Constituição, ou seja, uma monarquia que RAUL MACHADO HORTA assinala como estatamental e feudal, na hipótese, conhecedora de inúmeros privilégios, antes que a República e o próprio governo monárquico contemporâneo abolissem os *privilégios*, visando à conservação das *prerrogativas*²⁶.

Entretanto, a nossa primeira Constituição buscou a eliminação dos processos causadores de desigualdade entre as pessoas, uma iniciativa que correspondeu à formulação de uma idéia protetiva que PIMENTA BUENO afirmava imprescindível, porque argumentava que *“embora porém exista essa desigualdade importante e incontestável, por outro lado é fora de dúvida que todos os homens têm a mesma origem e destino, ou fim idêntico. Todos têm o mesmo direito de exigir que os outros respeitem os seus direitos, de alegar que uns não nasceram para escravos, nem outros para senhores, que a natureza não criou privilégios, favores e isenções para uns, penas, trabalhos e proibições para outros; enfim que não tirou uns da cabeça de Brama, e outros do pó da terra.*

Consequentemente, qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer ela castigue, é a da justiça, que deve

²⁴CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222, *apud* Réflexions sur les constitutions et les garanties.

²⁵*Acerca do assunto, ver J. J. GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 137, *apud* BENJAMIN CONSTANT, “Principes de Politique”, in *De La Liberté chez les Modernes*, org. de M. Gauchet, Paris, 1980, p. 280 : “A ideia do poder moderador é um “produto teórico” trabalhado sobretudo por Benjamin Constant. Designando-o por “pouvoir royal”, este autor justificava a sua existência pela necessidade de o “poder real” ser um “poder neutro”, a fim de evitar o vício de quase todas as constituições”: “ ne pás avoir créé un pouvoir neutre, mais d’avior placé la somme totale d’autorité don til doit être investi dans l’un des pouvoirs actifs”.

²⁶HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 595.

*ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma.*²⁷.

A extinção ou a abolição dos privilégios puramente pessoais foi a tônica imprimida na C. do Imp., no art. 179, §§16 e 17 seguindo a mesma esteira da Carta Francesa de 1791 e das Constituições Liberais do século XIX de Cádiz de 1812 e do Porto de 1822, nos seguintes termos:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte
 §16. Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial, e inteiramente legados aos Cargos, por utilidade publica.
 §17. A’ excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.”²⁸

Por ocasião da supressão dos privilégios estritamente pessoais na C. do Imp., PIMENTA BUENO, com muito acerto, enalteceu a nova vertente constitucional, para tanto, justificando que *“a abolição dos privilégios, salva a única exceção dos que forem essencial e inteiramente exigidos por utilidade ou serviços públicos, é uma outra consequência necessária do justo e útil princípio da igualdade perante a lei”*²⁹.

A conclusão fornecida por PIMENTA BUENO para justificar a eliminação dos privilégios pessoais se insere no reconhecimento de que os mesmos são absolutamente odiosos, razão pela qual, a melhor diretriz é aquela que está correlacionada à observância rigorosa de que os “privilégios”, se existentes, devem recair sobre os cargos e empregos, com abono nos seguintes critérios:

“A lei deve ser uma e a mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa, que não fôr fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania.

²⁷PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. op. cit.*, p. 412.

²⁸MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 225.

²⁹PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. op. cit.*, p. 414.

Os privilégios que como dissemos podem versar sobre diversos objetos ou concessões quaisquer, e ser mais ou menos extensos, mais ou menos importantes, costumam ser divididos ou distinguidos em pessoais e reais.

582. Chamam-se pessoais os que são concedidos à pessoa em razão de si mesma, por amor dela, ou seja por graça, ou a título de remuneração de serviços. Êste privilégio é odioso, é um péssimo meio de remunerar serviços, ainda mesmo quando sejam verdadeiros; há mil outros meios de fazê-lo sem ferir a lei comum. Felizmente nossa sábia Constituição aboliu êste abuso para sempre.

583. Denominam-se reais os que são concedidos, não às pessoas, embora redundem também em proveito delas, e sim às coisas que estão relacionadas com tais pessoas, como os cargos, empregos, dignidade, invenções, descobertas, etc. Êstes nada têm de odiosos desde que o interesse público os demanda e que não provêm de abuso, tal é o privilégio que tem o deputado, ou senador de não ser prêso senão nos únicos têrmos excepcionais da Constituição. O privilégio do fôro, ou juízo privativo do senado, de que trataremos no parágrafo seguinte, é um outro que está no mesmo caso.

Salvas pois as bem fundadas exceções reais, nossa lei fundamental não consente favores parciais, ou injustas arbitrariedades.”³⁰.

A C. do Imp. inspirada nas Cartas Liberais Francesas editadas de 1791 a 1814³¹, na C. de Cádiz de 1812 e na Constituição do Porto de 1822 reconheceu que o privilégio de causa ou de foro teria fundamento nas pessoas ou poderia ser geral, o que revela a preocupação de se estabelecer um óbice aos privilégios postos em prática antes do surgimento da C. do Imp. e, por outro lado, a afirmação de que os “privilégios reais” residiriam, com exclusividade, para as causas criminais, excluindo toda a matéria atinente às causas cíveis.

Disso resulta que PIMENTA BUENO indica com total clareza que “*o foro privilegiado em benefício das pessoas felizmente já não existe mais entre nós, era uma desigualdade, que o § 16 do art. 179 da const., aboliu, não deixando subsistir privilegio algum que não fosse essencial e inteiramente ligado aos cargos por utilidade publica. Não tendo pois actualmente tal privilegio civil, não nos demoraremos sobre esta parte da divisão desta competência.*”³².

Nesses termos, a C. do Imp. de 1824, chama a atenção, por haver difundido no constitucionalismo brasileiro à idéia do foro privilegiado (privilégios reais) ou

³⁰PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. op. cit.*, p. 414-415.

³¹Vide DEBBASCH, Charles. e PONTIER, Jean-Marie. *Les Constitutions de La France*. 3a. ed., Paris: Dalloz, 1996, p. 113-131.

³² PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil. op. cit.*, p. 45.

do denominado foro por prerrogativa de função, o que se observa da demarcação efetivada por PIMENTA BUENO, *in verbis*:

“588. 1.º) Os privilégios reais dos deputados e senadores, que constam dos arts. 26, 27, 28 e 47 da Constituição.

2.º) Os dos ministros e conselheiros de estado, na conformidade dos arts. 38, 47, 133 e 148 da Constituição.

3.º) Os dos conselheiros do supremo tribunal de justiça, desembargadores, presidentes de províncias, membros do corpo diplomático e bispos, na forma do art. 164 §2.º da constituição, e lei de 18 de agosto de 1851.

4.º) Os dos juízes de direito e comandantes militares, nos têrmos dos arts. 154 e 155 da Constituição, e do cód. do procrim., art. 155 § 2.º.

Êstes privilégios, à exceção do que respeita aos comandantes militares, prevalecem tanto nos crimes responsabilidade, como individuais; vigoram porém sòmente no crime e não no cível.

Assim é que não valem mais os tít. 5.º e 12 da ord. do liv. 3.º, que autorizavam a certos privilégios em matérias cíveis, ainda quando eram autores, a chamar à côrte seus concidadãos, embora residentes nos confins do império, para aí virem perder seus direitos, sem meios de prova, onerados de incômodos e despesas, em suma, sem esperanças de justiça! Não valem mais tantas outras leis extravagantes em todos os sentidos, senão para monumentos da injustiça, e por isso mesmo de novos estímulos de amor à sábia constituição, que nos rege e que em cada uma de suas disposições oferece aos brasileiros belas e preciosas garantias.

O parágrafo constitucional que analisamos confirma enfim mais uma vez a proscrição de tôdas as comissões especiais, quer em causas cíveis, como em causas criminais, abuso sem dúvida injustificável e de que já nos ocupamos.”³³.

A estrutura do foro por prerrogativa de função ou, então, como era conhecido à época “os privilégios reais”, na C. do Imp., foram esquematizados com o julgamento dos delitos eventualmente cometidos por autoridades junto ao poder legislativo e judiciário.

Cumprir verificar que o art. 47, §1º da C. do Imp. estabelecia o julgamento pelo Senado dos membros da Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores a qualquer tempo e Deputados, durante o período da legislatura, cuja autorização deveria ser concedida pela Câmara dos Deputados, nos termos do art. 38 da C. do Imp., no tocante à acusação contra os Ministros de Estado e Conselheiros de Estado.

Por outro lado, o art. 164, §2º da C. do Imp. atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça o julgamento pela prática dos “erros de ofício” e dos “delitos”

³³PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. op. cit.*, p. 417/418.

cometidos pelos seus Ministros, os Magistrados dos Tribunais das relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias.

A estrutura concernente ao foro por prerrogativa de função na C. do Imp. foi distribuída entre o Poder Judiciário (Supremo Tribunal de Justiça) e o Poder Legislativo (Senado), tendo, assim, uma configuração diferente da Carta Portuguesa de 1822, a qual só estabeleceu o conhecimento dos “erros de ofício” – não menciona a expressão delito –, condicionando o julgamento dos Secretários de Estado a prévia deliberação das Cortes (Poder Legislativo).

Houve, obviamente, uma plena identidade do art. 154 da C. do Imp. com a Carta Portuguesa de 1822 quanto ao exame das questões envolvendo abusos de poder e erros de ofício praticados pelos magistrados e as queixas contra eles dirigidas que permaneciam sob a tutela e aferição do Imperador no Brasil, sendo certo que, na sistemática firmada nos artigos 196 e 197 da Carta Portuguesa de 1822, da mesma forma, a competência para a análise da matéria era exclusiva do monarca.

Quanto ao assunto destacado no parágrafo precedente, de modo diferente, a C. de Cádiz (artigos 239 e 253) fez expressa alusão de que as eventuais queixas contra os magistrados ficariam ao encargo do Supremo Tribunal de Justiça e o Conselho de Estado com a responsabilidade pela efetivação da suspensão dos mesmos.

Ao que se depreende da nossa primeira Constituição, de fato, o exercício do foro por prerrogativa de função restou dividido entre os Poderes Judiciário e Legislativo, resultando numa configuração própria ao tema, caso seja efetivado um balizamento com a estrutura decorrente do constitucionalismo liberal Francês de 1791 e aquelas provenientes do século XIX (Cartas Espanhola de 1812 e a Portuguesa de 1822).

Nota-se, acima de tudo, que a extinção dos privilégios no corpo da Declaração de Direitos e das Constituições liberais não foi capaz de impedir que a

Igreja continuasse a gozar de influência ímpar, levando-se em conta o mencionado Decreto n. 609, de 18 de agosto de 1851, *in verbis*:

“Art. 1 Os arcebispos e bispos do Império do Brasil, nas causas que não forem puramente espirituais, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça.”³⁴.

Vê-se, por conseguinte, que a eliminação total dos privilégios não foi alcançada na vigência da nossa C. do Imp. de 1824, o que é explicável, considerando a simbiose existente entre a Igreja e o Estado.

Com o surgimento da República *ex vi* do Decreto n.º: 1, de 15 de novembro de 1889 e, por fim, com o que foi disciplinado no Decreto n.º: 119 A, de 7 de janeiro de 1890 ficou consolidada a dissociação da Igreja e do Estado, partindo-se para o Estado brasileiro laico, um dos Princípios mais importantes da forma de governo republicana, uma vez impede a intromissão dos aspectos puramente dogmáticos, inquestionáveis e concernentes à fé nos assuntos do Estado, a par de suprimir os privilégios conferidos aos membros da Igreja Católica, a partir daquela data, não mais a religião oficial do País.

Firma-se, neste diapasão, entre nós, a instalação da República e, com ela, sem mais delongas, a criação do foro por prerrogativa de função ou dos chamados “*privilégios reais*”, que impulsionava, no caso, a concessão da citada prerrogativa às autoridades, em decorrência do cargo e da importância mesmos na vida política e republicana do País.

4.3

Instituição da República no Brasil e o foro por prerrogativa de função.

A Constituição da República de 1891 seguindo o mesmo roteiro da Carta do Império, em síntese, fez expressa alusão ao foro por prerrogativa de função,

³⁴PIMENTA BUENO, José Antônio. *José Antonio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente / organização e introdução de Eduardo Kugelmas (Coleção Formadores do Brasil), op. cit., p. 680.*

salientando que proibia o exercício do foro privilegiado e dos tribunais de exceção.

Assim, a Carta Republicana de 1891, quis atrair a atenção para a efetiva proibição de instituição do foro privilegiado, inclusive, alojando tal proibição no capítulo pertinente aos Direitos e Garantias Individuais.

Realmente, a adoção do preceito Republicano impossibilita a manutenção de qualquer item no texto constitucional que venha a endossar a falta de alternância no poder e restrição quanto à sucessividade dos governantes³⁵e, ainda, elementos que venham a mitigar o compromisso de apuração da responsabilidade dos agentes públicos, pois, como exposto por GERALDO ATALIBA “*a simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial. Regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis. Michel Temer afirma: “Aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da res publica. A responsabilidade é corolário do regime republicano” (Elementos de Direito Constitucional, p. 163). João Barbalho, de seu lado, já asseverava: “É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional” (Constituição Federal Brasileira Comentada, Rio, 1924, p. 61). A responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação da soberania popular, são investidos os mandatários. É lógico corolário da situação de administradores, lato sensu, ou seja, gestores de coisa alheia. Dalmo Dallari assevera: “Todos os que agirem, em qualquer área ou nível, como integrantes de algum órgão público ou exercendo uma função pública devem ser juridicamente responsáveis por seus atos e omissões. Para efetivação dessa responsabilidade é preciso admitir que o*

³⁵Vide MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 11.

agente do poder público ou o exercente de função pública possam ser chamados a dar explicações, por qualquer pessoa do povo, por um grupo social definido ou por um órgão público previsto na Constituição como agente fiscalizador” (Constituição ..., p. 30). Se a coisa pública pertence ao povo, perante este todos os seus gestores devem responder. Diversos matizes tem a responsabilidade dos mandatários executivos, no regime republicano: político, penal, civil. Quer dizer: nos termos da Constituição e das leis, respondem eles (presidente, governadores e [...] prefeitos) perante o povo, ou o Legislativo ou o Judiciário, por seus atos e deliberações. Nisso opõe-se a república às demais formas de governo, principalmente a monarquia, regime no qual o chefe de Estado é irresponsável (the king can do no wrong) e, por isso, investido vitaliciamente.”³⁶.

A condição imposta ao Estado Republicano e Federativo desde a edição da nossa “pré-Constituição” – o Decreto n.º: 1, de 15 de novembro de 1889 –, já exigia dos nossos Constituintes de 1890 à busca de dados para respaldar a elaboração do novo texto constitucional, o que resultou numa integração da Carta Política americana, embora CARLOS MAXIMILIANO tenha acentuado as diferenças propositadamente estabelecidas porque a nossa Constituição *Desviando-se, em parte, do modelo norte-americano, o estatuto brasileiro não sujeitou a impeachment os crimes communs do Presidente e seus Ministros: preferiu o julgamento pelos tribunales ordinarios. Rodeou apenas aqueles altos servidores do Estado de algumas garantias compatíveis com a sua posição alvejada pela calúnia e pela inveja. O processo não tem andamento sem que a Camara dos Deputados declare procedente a accusação; aos mais altos juizes, collocados, na propria hierarchia, em nivel igual ao dos réus poderosos e illustres, na ordem administrativa, compete colher e apreciar a prova e condemnal-os ou absolvel-os afinal. As denuncias tendenciosas, que visam apenas magoar o homem publico, humilhal-o, desvial-o, provisoriamente ao menos, do desempenho de altos deveres, caem logo, no plenario da Camara. Se por alli transitam em triumpho, esboroam-se adeante, ante a serenidade olympica e a rectidão esclarecida do Supremo Tribunal. Dispõe o estatuto norte-americano: “Em todos os casos concernentes aos embaixadores, outros ministros*

³⁶ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 65-66.

públicos e consules, e naquelles em que um Estado for parte, a Côrte Suprema terá jurisdição originaria”(art. 3º, secção 2ª, n. 2). Refere-se o texto a diplomatas estrangeiros; e deu margem a duvidas sobre se abrangia os secretarios e demais auxiliares de legação, inclusive os creados. Acha-se o codigo brasileiro em mais perfeito accôrdo com o Direito Internacional.”³⁷.

A necessidade de materializar o princípio republicano concernente à responsabilidade dos agentes públicos fez com que a Constituinte de 1890 reproduzisse da Carta Americana o *impeachment* e, concomitantemente, pusesse em prática a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar Presidente da República e os Ministros de Estados, hipótese não prevista na Carta Americana, porém com exemplificação e parâmetros na Constituição Portuguesa.

A explicação da sistemática que veio a prevalecer na Constituição de 1891 foi dada com substancial fundamentação por PEDRO LESSA ao concluir que as modificações entre o modelo constitucional americano e aquele que aqui restou efetivado foram de ordem significativa a começar pelo “*artigo 59 da nossa Constituição por se afastar nesse ponto (o que fez o legislador em tantos outros) do seu modelo, que é a Constituição norte-americana. A passo que nos Estado- Unidos da América do Norte o único julgamento excepcional, estatuído para o Presidente da República, é o impeachment, em que funciona o Senado como Côrte de justiça, entre nós além do impeachment temos para os próprios crimes communs do Presidente da Republica uma competencia excepcional, a originaria e privativa do Supremo Tribunal Federal, com a prévia declaração pela Camara dos Deputados da procedencia da accusação (artigo 53 da Constituição Federal). Tem esta ultima providencia por fim manifesto obstar a que prosigam denuncias aleivosas, processos infundados, acções que inoportuna ou inconvenientemente poderiam arredar do seu posto o chefe da nação, em graves conjuncturas da politica nacional, ou da politica internacional. Tanto nos crimes communs, como nos de responsabilidade, são os ministros de Estado processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Dispõe o artigo 52 da Constituição que esses funcionarios públicos não são responsaveis perante o*

³⁷MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 588-589.

Congresso, ou perante os tribunales, pelos conselhos dados ao Presidente da Republica; respondem, porém, quanto aos seus actos pelos crimes qualificados em lei, sendo processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes communs e de responsabilidade, e nos connexos com os do Presidente da Republica pela autoridade competente para o julgamento deste.”³⁸.

E prossegue, tecendo considerações acerca das diferenças vislumbradas entre as Cartas Constitucionais Americana e Brasileira, no sentido de concluir que “ao Supremo Tribunal Federal também compete processar e julgar, originaria e privativamente, “os ministros diplomaticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade”. O que primeiro que tudo desperta a atenção de quem lê esta parte do artigo 59, é a diferença de redacção entre o nosso preceito constitucional e o correlativo na Constituição norte-americana e na argentina. A norte-americana declara, numa expressão ampla, que ao poder judiciario (isto é, á Suprema Côrte Federal, como se explica na seguinte alinea) compete julgar todos os litigios que interessam a embaixadores, ministros publicos e consules (*all cases affecting ambassadors, other public ministers, and consuls*). A argentina usa destes termos: “Corresponde à la Corte Suprema... el conocimiento y decision... de las causas concernientes à embajadores, ministros publicos e consules extranjeros.” Quasi reproduz a disposição norte-americana, acrescentando á enumeração dos funcionarios sujeitos á jurisdicção da Côrte Suprema o qualificativo – estrangeiros. Diante da redacção do legislador norte-americano estudam os commentadores da Constituição daquelle paiz a questão de saber em que casos, em se tratando de que litigios, estão os embaixadores e agentes diplomaticos das nações estrangeiras, acreditados junto do governo norte-americano, sujeitos á jurisdicção da Suprema Côrte Federal. Marshall em um processo celebre investidou se a competencia originaria e privativa da Suprema Côrte se estende aos secretarios e famulos de uma embaixada de nação estrangeira nos Estados-Unidos. Na exegese do artigo corresponde da Constituição argentina inquirirem os seus interpretes igualmente quaes as hypotheses em que os agentes diplomaticos estrangeiros pódem ser partes, tanto no civil como no crime, perante a Suprema Côrte Federal. Aguntin de Vedia

³⁸ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. 2º milheiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 45-46.

noticia alguns julgados desse alto tribunal argentino, relativos á sua competencia para conhecer de questões civeis e criminaes, em que são interessados embaixadores e outros agentes diplomaticos de nações estrangeiras. A competencia de que cogitou o nosso legislador constituinte neste preceito do artigo 59, é muito diversa da que constitue o objecto das disposições referidas na Constituição norte-americana e da argentina. Aqui ficou o Supremo Tribunal Federal investido pelo artigo 59 de competencia originaria e privativa para processar e julgar os ministros diplomaticos brasileiros, nos crimes communs e de responsabilidade.”³⁹.

A Constituinte de 1890, como se vê, teve um mérito de desenvolver uma identidade própria ao nosso direito, porque a Constituinte de 1823 foi inteiramente mal sucedida e acabou por ser suplantada com a Carta Outorgada de 1824.

Sendo assim, a Constituição Brasileira de 1891 adaptou o *impeachment*, definiu foro por prerrogativa de função especificamente para a matéria criminal, em termos absolutamente corretos, enquanto a Carta Americana limitou o julgamento do Presidente da República ao julgamento com fundamento na responsabilidade política.

O significado deste ato pela Constituição de 1891 foi que a delimitação do foro por prerrogativa de função apenas para as autoridades públicas essenciais à vida republicana do país, portanto, a lição mais importante que se extrai do assunto debatido.

³⁹ LESSA, Pedro. *op. cit.*, p. 48-49.

4.4

A evolução do foro por prerrogativa de função na Constituição Federal de 1946 e nas Constituições Estaduais promulgadas na vigência da mesma Carta Política. Coronelismo uma forma representativa do exercício de um privilégio odioso.

A Carta de 1946 representou a consumação de um período conturbado da vida política e constitucional do país, a qual foi antecedida pelas Cartas Políticas de 1934 e 1937, todas elas efetivadas no Período Vargas, o que representou uma retomada no processo democrático brasileiro que seria interrompido com o golpe militar de 1964.

A respeito da Constituição de 1946 é importante o registro feito por PAES DE ANDRADE e PAULO BONAVIDES ao comentar o término do Período Vargas acentuando que “*A Constituição de 1946 nos traz a certeza de que toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim. E, no caso da ditadura de Vargas, pode-se dizer que a luz que se seguiu às trevas foi de especial intensidade: o liberalismo do texto de 46 deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros. Foi parâmetro importante para nossa recente experiência constituinte e há de ser lembrada com atenção e respeito*”.⁴⁰.

PAES DE ANDRADE e PAULO BONAVIDES enfatizam, ainda, que a Carta de 1946 “*buscava devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático*”⁴¹, o que é até explicável, considerando os vários anos da Ditadura Vargas, a qual concentrou as estruturas de poder do Estado, desfigurando, assim, as Instituições Políticas.

Por isso mesmo, não se desconhece que o advento da Constituição de 1946 está marcado por um momento de profunda instabilidade política e democrática, uma vez que se operou durante a transição dos quinze anos ininterruptos de Getúlio Vargas como Presidente do País.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *op. cit.*, p. 409.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *op. cit.*, p. 409.

Tal instabilidade política percorreu o Estado brasileiro nas décadas de 40 e 50 e foi exasperada com o retorno de Vargas à Presidência da República até a divulgação da sua morte em 24 de agosto de 1954 e da sua Carta Testamento, em virtude de inaudita perseguição política desencadeada por detratores, a despeito de a sua eleição ter ocorrido sob o plano da legitimidade democrática.

O Estado social configurado na Constituição de 1946 quis inserir um compromisso democrático, no entanto, o mesmo teve que conviver com a visão populista disseminada na sociedade brasileira e, ainda, com a presença do coronelismo no nordeste e nas zonas rurais.

A agregação do populismo e do coronelismo fornece a base conceitual da persistência do privilégio e, por conseguinte, da hierarquização, da demarcada estratificação social e do autoritarismo no seio das instituições brasileiras, como precisamente indicado por GILBERTO FREYRE ao enunciar que “*a nossa tradição revolucionária, liberal, demagógica, é antes aparente e limitada a focos de fácil profilaxia política: no íntimo, o que grosso modo se pode chamar “povo brasileiro” ainda goza é a pressão sobre ele de um governo másculo e corajosamente autocrático.*”⁴².

A compreensão do populismo está associada à idéia do privilégio e, sobretudo, explica a formação da consciência autoritária a que fazem referência PAES DE ANDRADE e PAULO BONAVIDES, no intuito de demonstrar o déficit democrático instalado no país na vigência da Carta Política de 1946, tendo em vista a franca aceitação do populismo e de todas as suas formas de manifestação (clientelismo, caudilhismo, coronelismo e o autoritarismo)⁴³.

O privilégio está ínsito ao populismo e a todas as demais formas perniciosas ou comprometedoras da liberdade de expressão, dentre elas, o aliciamento político efetivado no clientelismo e também no coronelismo, o qual se manteve vivo no Brasil mesmo na vigência da Constituição de 1946 e que foi devidamente estudado por VICTOR NUNES LEAL, ao salientar que “*a rarefação do Poder*

⁴² FREYRE, Gilberto. *op. cit.*, p. 114.

⁴³ Vide BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *op. cit.*, p. 410/411.

Público em nosso país contribuiu muito para a ascendência dos “coronéis”, já que, por esse motivo, estão em condições de exercer, extra-oficialmente, grande número de funções do Estado em relação aos seus dependentes. Mas essa ausência do poder público, que tem como conseqüência necessária a efetiva atuação do poder privado, (...)”⁴⁴.

A atuação do coronel no Brasil na década de 50 representa uma forma nítida de exercício do privilégio no âmbito da sociedade, uma espécie de preponderância autoritária, inquestionável e que foi analisada por MARCOS VINÍCIUS VILAÇA e ROBERTO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE como o exercício da função de “árbitro social, que decorre do seu poder e do medo de sua vingança, também se explica por seu papel de definidor e de intérprete indiscutido e até prazerosamente acatado da sociedade que domina. É ele, com efeito, juiz entre questões e disputas humanas na jurisdição de seus domínios, função que quase sempre exerce de maneira deveras impressionante. Resolve questões de terra, disputas de dinheiro, casos de família; acata criminosos e malfeitores, que protege exaltando-lhes a bravura e convertendo-os em instrumentos de sua força. Esses poderes pessoais de polícia e de juiz, é claro que se atenuam com a penetração do Estado como autoridade em seus domínios. No entanto, na maior parte dos casos, continua o coronel-político a exercê-los, se bem que despersonalizados, através de delegados e de juízes que indica aos governos – e que remove, quando lhe desagradam.”⁴⁵.

A atuação dos Coronéis no processo de indicação dos Prefeitos no período do Estado Novo, bem como a interferência na escolha de Delegados, Juízes e Promotores tornavam o mesmo imune à aplicação lei em relação aos mesmos e aos seus apaniguados ⁴⁶.

A condição de estar e permanecer acima da lei, em síntese, representava um privilégio dos mais odiosos, cuja influência perde espaço, não só com o

⁴⁴ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 62-63.

⁴⁵ VILAÇA, Marcos Vinícios e ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti. *Coronel, Coronéis – Apogeu e declínio do coronelismo no Nordeste*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 57-58.

⁴⁶ LEAL, Victor Nunes. *op. cit.*, p.146 e 242.

aperfeiçoamento do modelo eleitoral⁴⁷, contudo, também, em decorrência do maior assistencialismo público e da imposição do concurso público para a admissão dos delegados, juízes e promotores de justiça, os quais passaram a gozar de autonomia e não ficavam mais a mercê do chefe político que o indicou para o cargo.

O coronelismo, durante um largo período, representou uma forma de superação aos ditames da lei, albergando um sentido extremamente amplo e que impedia a concretização da Justiça, daí o porquê de registrarmos a sua atuação deletéria nas decisões tomadas pela esfera pública.

A despeito da conjuntura social acima relatada, é imprescindível mencionar que, na vigência da Carta de 1946, é oportuno salientar que a competência por prerrogativa de função se achava definida no artigo 101, I, alíneas *a*, *b* e *c*, perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que, a qualidade e a quantidade dos agentes públicos detentores do foro por prerrogativa de função, de fato, representava o exercício da prerrogativa de função instituída pelo modelo republicano e não um “inchaço” na competência originária do Supremo Tribunal Federal.

As Cartas Estaduais estavam autorizadas, *ex vi* do artigo 124 a estabelecerem as suas competências originárias, o que ocorreu com a parcimônia recomendada e dentro dos limites da competência de auto-organização dos Estados-Membros.

4.5

Foro por prerrogativa de função na vigência da Constituição de 1967 (EC n. 1 de 17-10-69) e o Ato Institucional n. 5, de 18 de dezembro de 1968.

O período de vigência da Constituição de 1967 foi alcançado pela decretação do AI-5, que no artigo 5º., inciso I, determinou a cessação de

⁴⁷LEAL, Victor Nunes. *op. cit.*, p. 282.

privilégios de foro por prerrogativa de função, cuja aplicação, ao menos, se fez bem efetiva até a promulgação da Constituição Federal de 1969.

A referida determinação – AI-5 –, levada a efeito em dezembro de 1968, foi incorporada ao preâmbulo da Emenda Constitucional n. 1/69, contudo, não teve o condão de suprimir o exercício do foro por prerrogativa a partir de 17 de outubro de 1969, daí porque a competência originária do STF fixada no artigo 119, inciso I, alíneas “a” e “b” teve plena efetividade, bem como restabeleceu-se a elaboração do foro especial no plano da Justiça Comum Estadual nos termos do artigo 144, §3º. da EC n. 1/69.

A existência do AI – 5 na vida constitucional brasileira é um incidente lamentável da nossa vida constitucional que já era portadora de outras máculas e de necessária referência, não só para recordar o momento histórico pelo qual passamos, mas, acima de tudo, servindo de advertência às gerações futuras do perigo de se ceder aos falsos argumentos e promessas de restauração da ordem pública em detrimento do Estado de Democrático de Direito.

4.6

Foro por prerrogativa de função na Constituição de 1988: a inadmissibilidade da manutenção do julgamento às autoridades não mais detentoras de cargo público e a impossibilidade de extensão do foro por prerrogativa às ações de improbidade da Lei n. 8.429/92.

É inquestionável que a Constituição brasileira delimitou, de maneira específica, a concessão do foro por prerrogativa de função às autoridades públicas pertencentes à estrutura da União e do Município, além de haver permitido que os Estados-Membros pudessem efetivar a escolha dos agentes políticos que fariam jus ao mesmo (artigo 125, §1º da CF).

O texto constitucional brasileiro, no que concerne à prerrogativa de função estabelecida no plano federal e municipal, ao contrário dos Estados-Membros, não admitiu a complementação legislativa para a escolha das autoridades detentoras da prerrogativa de função.

“Tratando-se de crime de competência da Justiça Federal, é curial que esta não perde a sua competência constitucional, quando o acusado é deputado estadual. Considerando-se que a Constituição e as leis estaduais não podem alterar as regras de competência da Constituição federal, parece fora de dúvida que os deputados estaduais respondem perante os Juízos e Tribunais da União, quer na instância comum, quer nas especializadas – Justiça Federal, Justiça Eleitoral, Justiça Militar – cujas competências privativas não podem ser deslocadas para a dos Tribunais de Justiça dos Estados.”⁴⁸.

Aliado ao contexto da competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do inquérito 687, na seção de 25/08/1999 cancelou a Súmula 394 com a eficácia *ex nunc* e fez cessar a manutenção do processo, isto é, a prerrogativa de função depois de terminada a investidura funcional, neste momento, o STF sinalizou pela inadmissibilidade da *perpetuatio jurisdictionis*.

No passado, foram inúmeras as discussões quanto à possibilidade do indivíduo não mais no exercício de função pública perpetuar o julgamento perante o órgão jurisdicional que tinha o gozo do foro especial sob argumento de que o foro por prerrogativa se protrairia no tempo.

Todas as considerações que levaram ao surgimento da Súmula 394 apenas servem para exemplificar as distorções que podem ter incidência sobre o assunto até que se alcance a completa descaracterização da prerrogativa de função e a sua conversão em verdadeiro privilégio, fugindo, por completo, à essência do fundamento Republicano, o qual amparado no princípio da responsabilização dos agentes públicos quis possibilitar o julgamento perante os Órgãos Jurisdicionais Superiores daquelas autoridades mais importantes da República.

Além disso, é de ser lembrada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º que foram acrescidos ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628, de 24/12/2002 reconheceu a inconstitucionalidade da norma amparada na circunstância de que promovia o restabelecimento da Súmula 394, afrontando,

⁴⁸TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 161.

assim, o princípio republicano, pois o foro por prerrogativa de função só poder ser concedido enquanto no exercício da função.

“Art. 84. (...)§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, 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.”

O STF deixou evidenciado no julgamento da ADIn 2.797 (15.9.2005), o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que acresceu, ao art. 84 do CPP, os respectivos §§ 1º e 2º, é bem esclarecido em despacho do Min. CELSO DE MELLO:

“Cumpre enfatizar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, no referido julgamento plenário da ADI 2.797/DF, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, na parte em que esta introduziu o § 2º no art. 84 do CPP, explicitou que, tratando-se de ação civil pública por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois, em processo dessa natureza, a ação civil deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau.

Cabe assinalar, por outro lado, que esta Suprema Corte, em tal julgamento, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 também no ponto em que esse diploma legislativo atribuía prerrogativa de foro a ex-ocupantes de cargos públicos e a ex-titulares de mandatos eletivos, sendo indiferente, para esse efeito, que, contra eles, houvesse sido instaurado ou estivesse em curso, quer processo penal de índole condenatória, quer processo resultante do ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) (Recl. 2.997, DJ 30.9.2005).”.

A decisão do STF fixou a impossibilidade da ampliação dos agentes públicos detentores do foro por prerrogativa de função na esfera da competência originária dos Tribunais, bem como definiu que a concessão da prerrogativa em apreço não pode ser dada para as ações cíveis, mesmo porque, somente é apropriado correlacionar o foro por prerrogativa para as ações ou demandas que venham a ensejar condenação na órbita criminal.

Disso resulta, que a extensão do foro por prerrogativa às ações de improbidade da Lei n. 8.429/92 causaram efetiva mácula ao preceito constitucional que determina a competência dos Estados membros para tratarem dos assuntos relativos à sua justiça (artigo 125, § 1º da CF).

Verdadeiramente, o que se pretendeu com a inclusão dos §§ 1º e 2º que foram acrescidos ao art. 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628, de 24/12/2002, de modo imediato e ostensivo, foi a reativação da Súmula 394 cancelada e a invasão de competência reservada ao Estado para legislar sobre organização judiciária.

4.6.1

Foro por prerrogativa de função no plano municipal.

Na esfera municipal, o tema foi exaurido no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal ao dispor o seguinte:

Art. 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 a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

I a IX - ...omissis...;

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; (Renumerado do inciso VIII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992).

Como se vê, a Constituição Federal não ofereceu chance aos responsáveis pela elaboração da Constituição Estadual quanto ao tema, ou seja, impediu a ampliação das autoridades que seriam portadoras do foro por prerrogativa no plano municipal, daí porque, esta diretriz constitucional decorrente de uma preordenação, a rigor, só poderia ser observada na maioria dos textos estaduais⁴⁹.

⁴⁹Constituições estaduais compatíveis com o artigo 29, inciso X, da CF/88: Acre (art. 95, I, “a” e “b”), Alagoas (art. 133, IX, “b”), Amapá (art. 133, II, “a”), Amazonas (art. 72, I, “a”), Bahia (art. 123, I, “a”), Ceará (art. 108, VII, “a”), Espírito Santo (art. 109, I, “a”), Goiás (art. 46, VIII, “F”), Maranhão (art. 81, IV), Mato Grosso (sem norma correspondente, o que enseja a reprodução obrigatória do texto da Constituição Federal), Mato Grosso do Sul (art. 114, II, “a”), Minas Gerais (art. 106, I, “b”), Pará (art. 161, I, “a”), Paraíba (art. 104, XIII, “b”), Paraná (art. 101, VII, “a”), Pernambuco (art. 61, I, “a”), Rio Grande do Norte (art. 71, I, “d”), Rio Grande do Sul (art. 95, XI), Rondônia (art. 87, IV, “a”), Roraima (art. 77, X, “a”), Santa Catarina (art. 83, XI, “b”), São Paulo (art. 74, I), Sergipe (art. 106, I, “a”) e Tocantins (art. 48, §1º, VI).

Ainda assim, no aspecto realçado, pelo menos duas Constituições estaduais ousaram desobedecer à clareza do texto da Constituição Federal, como se infere, por exemplo, da redação firmada na CERJ - Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a qual, no artigo 161, inciso IV, alínea “d”, número 3, estendeu indevidamente o foro por prerrogativa aos Vice-Prefeitos e Vereadores⁵⁰.

A ampliação do foro por prerrogativa em prol dos Vice-Prefeitos e Vereadores praticada pela Constituição Fluminense foi alvo de impugnação na ADIN 558-8, cujo julgamento final ainda se acha pendente.

Desde logo, é de se ressaltar a inconstitucionalidade da previsão constitucional de foro por prerrogativa de função por parte de alguns agentes públicos relacionados na Carta Estadual.

O dispositivo da Constituição Estadual que venha a ser invocado, possivelmente, albergará inconfessável descompasso em face à Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que somente os Juízes e membros do Ministério Público Estaduais foram abrangidos por esta prerrogativa, à luz do que dispõe o artigo 96, III, da Constituição Federal, em conjugação com o artigo 161, IV, alínea “d”, número 2, da Constituição Estadual e, da mesma forma, os Prefeitos municipais *ex vi* do artigo 29, X, da Lei Maior combinado com o artigo 161, IV, alínea “d”, número 3, da CERJ.

No que tange à prerrogativa de foro junto ao Eg. TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que foi conferida aos Vereadores na Constituição Estadual do Rio de Janeiro pelo art. 161, inciso IV, alínea “d”, nº 3, obviamente, o preceito se acha eivado de manifesta inconstitucionalidade, *vis a vis* o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, isto é, o poder constituinte derivado decorrente exercido pelos Estados federados (art. 25 da C.F.).

É impossível qualquer situação que venha ampliar o foro por prerrogativa de função na órbita municipal, sob pena de provocar efetiva inconstitucionalidade

⁵⁰No mesmo sentido, apenas a Constituição do Estado do Piauí (art. 123, III, alínea “d”, número 4).

pela invasão da competência privativa da União quanto a legislar sobre o processo.

A questão em apreço está submetida aos aspectos teóricos que fundam o chamado Poder Constituinte Derivado Decorrente, o qual se encontra subordinado aos Princípios Constitucionais estabelecidos pela Carta Magna, precisamente, quando no artigo 11 *caput* do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que à Assembléia Legislativa dotada de poderes constituintes elaborará sua Constituição Estadual obedecidos os Princípios constantes da Carta Política.

No mesmo sentido, verifica-se o artigo 25 da Carta Magna ao estabelecer que a capacidade política de auto-organização será efetivada pela constituição Estadual, porém, observados os Princípios Constitucionais Estabelecidos na própria Carta Política Federal.

Nada obstante tal fato, o artigo 125 da CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil, em tom reverencial, novamente adverte que a capacidade política de auto-organização do Estado federado está limitada e submetida ao influxo dos princípios estabelecidos nesta Constituição.

É incontroverso, assim, que é vedado ao Poder Instituído Decorrente supor que não se acha subordinado a incidência dos preceitos da Carta Magna, pois, da mesma forma, que o Poder constituinte derivado reformador está submetido aos limites materiais enumerados no artigo 60§4º, incisos I a IV, ou seja, às cláusulas pétreas e, ainda, a eventuais limites implícitos, o Poder constituinte derivado decorrente deve e tem que se amoldar aos limites impostos pelos princípios constitucionais que atuam em relação à chamada capacidade política de auto-organização, a saber, o poder de que o Estado federado possui para criar e elaborar a sua Carta estadual.

As limitações aplicadas à Federação são de duas espécies, a saber, inicialmente os chamados Princípios Constitucionais Sensíveis, definidos no artigo 34, inciso VII, alíneas “a” a “e”, da Carta Magna cujo descumprimento propicia a incidência do mecanismo da representação interventiva que resulta na

supressão temporária da autonomia estadual e, por outro lado, os Princípios constitucionais estabelecidos, onde a inobservância do dispositivo da Carta Política acarretaria a inconstitucionalidade do preceito estadual, mediante o exercício do controle repressivo da constitucionalidade difuso ou concentrado.

A subordinação aplicada pelo Poder constituinte originário em relação à Constituição estadual que é expressão do Poder constituinte derivado decorrente é uma exigência lógica da organização federal, razão pela qual o constituinte estadual reproduz uma idéia constitucional, traçando, assim, caminho de extrema dependência, ao revés do que acontece com o Constituinte federal que prima pela originalidade, mormente, em virtude do seu caráter soberano e de inicialidade.

A verdade é que ter autonomia, nem sempre significa ter liberdade criadora, porquanto a mesma só poderá ser experimentada pelo constituinte estadual nos assuntos onde a sua capacidade política de auto-organização não esteja restringida, caso contrário, o desiderato a ser percorrido consistirá na observância rígida das chamadas normas centrais (Princípios constitucionais estabelecidos, normas de preordenação do Estado-membro, normas de reprodução obrigatória) que condicionam a auto-organização do Estado Federado e, via de conseqüência, o Poder constituinte derivado decorrente.

A propósito do tema analisado, revela-se enriquecedora a lição ministrada por RAUL MACHADO HORTA⁵¹, ao definir que *“As normas centrais da Constituição Federal, tenham elas a natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos e de normas de preordenação, afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder. Como conseqüência da subordinação à Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-membros, a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução, mediante as quais faz o transporte da Constituição Federal para a Constituição do Estado das normas centrais, especialmente as situadas no campo da preordenação.”*

⁵¹HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 77.

Redação diferente, por menor que seja, que venha a ser implementada ou realizada ao talante do Constituinte estadual resultará apenas na cominação de inconstitucionalidade da Carta Estadual no aspecto salientado.

Assim ocorreu e, por tais motivos, as Constituições Estaduais do Rio de Janeiro e do Piauí se puseram em inconciliável contraste com a Carta Magna Federal, ofendendo os aludidos preceitos contidos nos artigos 25 e 125 desta última, sem falar no artigo 11 do ADCT da CF/88, a par de preterir, de roldão, a regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I da C.F.), na medida em que criou hipótese de foro especial por prerrogativa de função não correspondente a qualquer permissivo da Constituição Federal.

A hipótese versada, aliás, guardada a devida proporção, já tinha merecido exame de JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO⁵² que salientou, com absoluta pertinência, que *“Aquelles privilegios, embora sejam estabelecidos, não por amor dos individuos, sim do character, cargos ou funções que elles exercem, embora n’esse sentido se possam chamar reaes ou estabelecidos racione materiae, todavia tornam-se necessariamente pessoas no sentido de que se extendem a todos os actos, quer publicos quer privados, que a pessoa pratica: é por isso que os collocamos sob esta rubrica.”*

Com referência às autoridades municipais - Vice-Prefeito e Vereadores – tratadas anteriormente, revela-se oportuno acentuar que a própria Constituição Federal acentua a limitação existente em âmbito municipal, em virtude do seu artigo 29, X haver direcionado a concessão do foro por prerrogativa de função ao Prefeito Municipal, sendo certo que a Lei Maior reafirma tal limitação quando atribuiu ao Vereador apenas o gozo da imunidade material ou absoluta em razão dos pronunciamentos emitidos na sua circunscrição territorial e vedando-lhe o exercício da imunidade formal ou processual.

⁵²PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro. op. cit.*, p. 86.

O porquê dessa restrição imposta pela Constituição Federal, na realidade, serviu para conferir o tom a ser impresso pelo constituinte estadual quando da elaboração da Constituição estadual.

Embora o Supremo Tribunal Federal no exame da liminar na ADIN 558-8, neste particular, não tenha suspenso a eficácia e nem declarado inconstitucionalidade do art. 158, IV, "d", n. 3, da Constituição do Estado (atual artigo 161, inciso IV, alínea "d", número 3 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), a hipótese foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local em inúmeros julgamentos⁵³, dentre eles, o emitido na Ação Penal Originária n.º: 1990.068.00001 - Ação Penal Pública (Originária), Relator, o Sr. Des. CLAUDIO LIMA - Julgamento: 31/05/1990 – Órgão Especial, com a seguinte redação:

“VEREADOR

FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNCAO
COMPETÊNCIA

ART. 158, INC. IV, AL. D,N. 3, da CONSTITUICAO ESTADUAL DE 1989
INCONSTITUCIONALIDADE

Ação penal. Incompetência. Acusado Vereador. Inconstitucionalidade do art. 158, IV, "d", n. 3, da Constituição do Estado. Necessária observância, pelos Estados, dos princípios da Constituição Federal. Compete privativamente a União legislar sobre Direito Processual. Não é da competência do Tribunal de Justiça o processo e o julgamento de ação penal em que é acusado Vereador. Determinação de retorno dos autos ao douto Juízo de origem. (RC). Ementário: 31/1990 - N. 39 - 13/09/1990 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol 11, pág. 278”.

Importante destacar e refutar, neste passo, que o tratamento aplicado ao assunto pelo **Superior Tribunal de Justiça - STJ, onde o exame da matéria atinente à Constituição Estadual, ultimamente, consubstanciou-se pela insistência em determinar que o artigo 161, inciso IV, alínea “d”, número 3**

⁵³ No mesmo sentido, os arestos proferidos nos seguintes julgamentos: Apelação Criminal n.º: 1993.050.00126, Des. Paulo Gomes da Silva Filho - Julgamento: 15/03/1994 - Primeira Câmara Criminal, Habeas Corpus n.º: 1999.059.01204, Des. João Antonio - Julgamento: 24/06/1999 - Oitava Câmara Criminal, Peças de Informação n.º: 1999.062.00003, Des. Manoel Alberto - Julgamento: 15/04/1999 - Quinta Câmara Criminal, Habeas Corpus n.º: 2000.059.02382, Des. Fátima Clemente - Julgamento: 19/09/2000 - Quarta Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito n.º: 2002.051.00530, Des. J. C. Murta Ribeiro - Julgamento: 26/11/2002 - Segunda Câmara Criminal, Habeas Corpus n.º: 2003.059.00732, Des. Carmine A. Savino Filho - Julgamento: 03/06/2003 - Sétima Câmara Criminal, Habeas Corpus n.º: 2004.059.05944, Des. Maria Raimunda T. Azevedo - Julgamento: 25/11/2004 - Oitava Câmara Criminal, Apelação Criminal n.º: 2005.050.06296, Des. Marly Macedônio França - Julgamento: 11/04/2006 - Quarta Câmara Criminal, Arguição de Inconstitucionalidade n.º: 2006.150.00001, Des. Gamaliel Q. de Souza - Julgamento: 13/11/2006 - Órgão Especial e Habeas Corpus n.º: 2007.059.05104 - Des. Antonio Carlos Amado - Julgamento: 04/10/2007 - Sexta Câmara Criminal.

da Constituição do Estado do Rio de Janeiro seria constitucional⁵⁴, como se vislumbra das decisões proferidas desde 2005, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VEREADOR. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. FORO PRIVILEGIADO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. POSSIBILIDADE DIANTE DA SIMETRIA ENTRE CARGOS NAS ESFERAS MUNICIPAL, ESTADUAL E FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A redação da Súmula 721/STF, no sentido de que "A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual", indica, claramente, a possibilidade de atribuição de foro privilegiado por prerrogativa de função estabelecido – exclusivamente – por Constituição estadual.

2. Com efeito, prescreve o art. 125 da Carta da República, que "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição", acrescentando, ainda, no § 1º, que "A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça".

3. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – visto que se trata de matéria constitucional – aponta para a declaração de inconstitucionalidade ou para a suspensão, em sede de liminares, da eficácia de dispositivos de Constituições estaduais que outorgam competência penal originária a seus tribunais para processar e julgar ações instauradas contra seus agentes públicos, cujos símiles, no âmbito federal, não detenham prerrogativas de foro conferidas pela Carta da República (ADINs 2.587-2/GO, DJ de 6/9/2002; 882-0/MT, DJ de 23/6/2004 e 2.553-8/MA, DJ de 22/10/2004).

4. Assim sendo, por opção de natureza política – que comporta juízo discricionário do constituinte – matéria infensa a exame pelo Judiciário, a Constituição estadual pode atribuir competência ao respectivo tribunal de justiça para processar e julgar, originariamente, vereador, por ser agente político, ocupante de cargo eletivo, integrante do Legislativo municipal, o qual encontra simetria com os cargos de deputados estaduais, federais e senadores, sendo que estes, por força do disposto na própria Constituição Federal (art. 102, inc. I, letra b), têm foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, e aqueles perante os respectivos tribunais de justiça, conforme Cartas estaduais, tendo em vista, inclusive, a regra que se contém no art. 25, parte final, da Carta da República.

5. No caso, o paciente, que exerce o cargo de vereador, foi condenado por Juízo de 1º grau, não obstante a competência originária do respectivo Tribunal de Justiça prevista na Constituição estadual, o que enseja a nulidade absoluta da sentença.

6. Ordem concedida.

(HC 40.388/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 401)”.

O fundamento constante dos arestos emitidos pelo STJ tomou assento na perspectiva isolada de que a Constituição Estadual poderia ampliar o foro por

⁵⁴No mesmo sentido, os arestos proferidos nos seguintes julgamentos: HC 57.340/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 14.05.2007 p. 339 HC 57.341/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.10.2007, DJ 05.11.2007 p. 299.

prerrogativa do artigo 29, X da CF porque a concessão do mesmo ao Vereador e Vice-Prefeito seria compatível com a Constituição Federal.

A ilação retirada pelo STJ é a de que o Vereador e o Vice-Prefeito têm direito ao foro por prerrogativa de função conferida pelas Constituições estaduais do Rio de Janeiro e do Piauí porque a Constituição Federal concedeu tal prerrogativa para agentes públicos idênticos (Deputados Federais e Estaduais, Senadores e Vice-Presidente), o que corresponderia à aplicação de uma simetria constitucional.

Entretanto, **não pode haver a incidência da simetria constitucional nas situações em que o constituinte originário manifestou o total exaurimento da matéria, porquanto o artigo 29, inciso X, da CF só faz alusão ao agente político Prefeito, traduzindo-se, na verdade, num silêncio eloquente, o qual excluiu as demais figuras políticas do Município**, donde se permite concluir que o artigo em comento não permite a visualização de qualquer tipo de **lacuna constitucional**.

O artigo 29, inciso X, da CF, portanto, é insuscetível de complementação (ampliação) nas Constituições Estaduais, nas leis em sentido formal ou de apropriação pelo mundo dos atos normativos, cuja incidência deve ser veementemente rejeitada neste caso.

Cabe salientar, nesta oportunidade, que a **Súmula 702 do STF** prescreve que **“a competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”**, ou seja, ao TRE (os crimes pertinentes à matéria da Justiça Eleitoral) e ao TRF (os delitos concernentes à matéria da Justiça Comum Federal).

Anote-se que os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas municipais são julgados perante o Superior Tribunal de Justiça nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “a” da CF/88.

4.6.2

Foro por prerrogativa de função e o exame na esfera da Justiça Eleitoral.

Na órbita do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, o foro por prerrogativa das autoridades foi estabelecido nos seguintes artigos:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) - ...omissis...;

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

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999).**

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

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

Como se vê, a competência processual para o julgamento das autoridades ou dos agentes políticos federais é o que predomina junto ao STF, STJ e ao TRF, embora seja possível a observância de autoridades públicas estaduais e municipais submetidas ao foro por prerrogativa junto ao Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição não delimitou a competência pelo foro por prerrogativa de função no âmbito da Justiça Trabalhista (arts. 111 a 116 da CF com a redação dada pelas Emendas Constitucionais 24/1999 e 45/2004).

Entretanto, os artigos 121, *caput* e 124, parágrafo único, da CF possibilitaram ao legislador infraconstitucional a eventual fixação do foro por prerrogativa de função das autoridades pertencentes as suas respectivas estruturas, ou seja, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, *in verbis*:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A Constituição Federal de 1988 quanto à Justiça Eleitoral, houve por bem estabelecer que o disciplinamento, a organização e a competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais ficassem a cargo de uma lei complementar.

Ao que se depreende da Constituição atual, a mesma recepcionou o Código Eleitoral (Lei n.º: 4.737/65), obviamente, naqueles pontos em que a competência *ratione personae* não se encontrasse em confronto com o texto constitucional.

Deste modo, a competência por prerrogativa de função existente para o Tribunal Superior Eleitoral no artigo 22, inciso I, alínea “d” do Código Eleitoral em relação “aos crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais” não foi recepcionada, porquanto o art. 102, I, “c” da CF define que o julgamento dos magistrados com assento no Tribunal Superior Eleitoral será efetivado no STF e o art. 105, I, “a” e incluiu na competência *ratione personae* do STJ, o julgamento dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Cabe trazer à discussão, ademais, a existência de posicionamento minoritário sobre a permanência do foro por prerrogativa no TSE, o qual assinala que os crimes eleitorais não estariam subsumidos na categoria de crimes comuns utilizada no texto constitucional, fato que determinaria a qualificação dos crimes

eleitorais dentro de uma classificação diferenciada, nos mesmos moldes dos crimes militares, ou seja, crimes especiais.

Com efeito, o que se pretendeu estabelecer, em suma, foi uma chamada competência *ratione materiae*, onde o TSE ficaria responsável pelo julgamento dos crimes eleitorais praticados pelo Presidente e Vice-Presidente, o TRE encarregado do julgamento de Senadores, Suplentes, Deputados, Governador, Vice-Governador e Prefeitos e os Juízes Eleitorais o exame dos delitos eleitorais eventualmente praticados por Vice-Prefeito e Vereadores, uma vez que JOEL JOSÉ CÂNDIDO sustenta que não há justificativa plausível para que a Corte Eleitoral (TSE) não tenha a competência originária para o julgamento dos delitos praticados por determinadas autoridades, no caso o Presidente e o Vice-Presidente

55.

A tese acima, no entanto, foi amplamente rejeitada pelos Tribunais⁵⁶, o que permite assegurar que o TSE não exerce a competência por prerrogativa de função atualmente, pois os termos dos artigos 102, I, “c” e do art. 105, I, “a”, ambos da CF, na verdade, só estabeleceram diferenças entre os crimes comuns e os de responsabilidade, não permitindo a criação de uma competência *ratione materiae*, isto é, que o exame e julgamento dos processos que envolvam crimes eleitorais estejam adstritos aos órgãos da Justiça Eleitoral⁵⁷.

Possível concluir, assim, que não há competência *ratione personae* no Tribunal Superior Eleitoral, tendo em vista a ausência de recepção do artigo 22, inciso I, alínea “d” do Código Eleitoral⁵⁸, sendo certo que a competência *ratione personae* subsiste no Tribunal Regional Eleitoral *ex vi* da redação contida nos

⁵⁵CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*: São Paulo, 11ª ed., 3ª tiragem, EDIPRO, 2005, p. 341-342.

⁵⁶REspe nº 14.962-AC, Relator: Min. Eduardo Alckmin, julgamento em 30-6-98, DJ de 7-8-98, p. 139, Resoluções 17.537 e 17.914 do TSE e RE 398.042, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-12-03, DJ de 6-2-04.

⁵⁷ NETO, Armando Antonio Sobreiro. *Direito Eleitoral – Teoria e Prática*: Curitiba, 3ª ed., 2ª tiragem, Juruá, 2005, p. 49-50.

⁵⁸Neste sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 2º volume: São Paulo, 11ª ed., Saraiva, 1989, p. 117, GOMES, Suzana de Camargo. *A Justiça Eleitoral e sua Competência*: São Paulo, 1ª ed., Revista dos Tribunais, 1998, p. 217, PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral. Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais*: São Paulo, 2ª ed., Atlas, 2005, p. 268-269.

artigos 96, inciso III e 108, inciso I, alínea “a” da CF para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público e Juízes com atuação em primeira instância e do Prefeito Municipal (Súmula 702 do STF) “A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”.

4.6.3

A competência originária do Superior Tribunal Militar.

Quanto à competência por prerrogativa de função nos crimes militares, especificamente, no que diz respeito ao Superior Tribunal Militar - STM, a Constituição é silente acerca do tema, todavia exige a edição de norma disciplinadora da questão, o que deu azo a elaboração da Lei n.º: 8.457/92 com a redação efetivada pela Lei 8.719/93 estabelecendo que:

Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

a) os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 8.719, de 19.10.93).

Indiscutível que o exame do foro por prerrogativa no plano das autoridades públicas federais demanda complementação legislativa, no que diz respeito à Justiça Eleitoral e Militar, as quais foram realizadas com o aproveitamento das normas existentes (recepção constitucional) ou pela criação de outras que versaram sobre o assunto.

Não há a possibilidade de qualquer complementação normativa com o emprego de atos normativos, uma vez que o tema em apreço está essencialmente relacionado com a lei em sentido formal, sendo certo que, em alguns casos, chega a estar submetida à reserva da lei complementar.

4.6.4

A autonomia dos Estados Federados e o foro por prerrogativa de função.

Impõe-se, ainda, a análise do **foro por prerrogativa no plano estadual**, especificamente, com o estudo da técnica utilizada para a sua atribuição às autoridades públicas estaduais.

O tema já incorporou, automaticamente, a concessão do foro por prerrogativa à figura política do prefeito municipal (artigo 29, X da CF) e, também, aos membros da magistratura e do Ministério Público Estadual (96, III da CF), ambos já mencionados no curso deste trabalho.

As citadas regras preordenaram a delimitação do foro por prerrogativa de função, o que importa numa pequena restrição quanto à concessão do foro para os agentes políticos que atuam na órbita dos Estados-Membros e dos Municípios acima indicados.

A autonomia estadual não ficou restringida, contudo, ficou obrigada a reproduzir uma parcela da Carta Política de 1988, sem que isso tenha causado menoscabo à escolha das demais autoridades estaduais detentoras do foro por prerrogativa nos termos do que reza o artigo 125, § 1º da CF:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Como se vê, a Constituição Estadual recebeu uma permissão do Constituinte para definir a competência dos tribunais, neste caso, partindo da observância e enumeração de determinados agentes políticos, os quais fariam jus à prerrogativa de função.

O assunto não é suscetível ao disciplinamento por ato normativo, pertencendo ao estrito domínio da lei em sentido formal.

A escolha dos detentores do foro por prerrogativa, ainda hoje, faz parte de uma extensa controvérsia quanto aos limites de sua concessão, o que restou consolidado em diversos julgamentos acerca do foro por prerrogativa de função no plano estadual, razão pela qual, são frequentes as dúvidas sobre a atribuição da mesma a determinados agentes públicos.

Inicialmente, a norma que trata da prerrogativa de foro (§ 1º do artigo 125 da CF), valendo-se da autonomia estadual, ou seja, da sua capacidade política de auto-organização, em síntese, autorizou a Constituição Estadual a deliberar com total liberdade acerca dos agentes detentores da referida prerrogativa, contudo, assumiu total relevância a advertência pronunciada por FRANCISCO CAMPOS porque *“As assembleias democráticas têm uma tendência muito pronunciada a exagerar o sentimento da sua própria importância, o que as conduz, muitas vezes, a estender, além do limite razoável, as prerrogativas e privilégios que elas julgam essenciais à garantia e defesa da sua independência. Tanto quanto, porém, matéria tão plástica e difusa, própria a ser afeiçoada ao capricho das oportunidades e ao sabor dos sentimentos e emoções, a que se acham tão expostas as assembleias legislativas, comporta regras e princípios, o princípio que deve presidir à interpretação ou construção dos privilégios parlamentares é o de que devem ser entendidos nos seus termos estritos, como toda exceção às regras gerais de imputabilidade e de responsabilidade, particularmente em regimes democráticos, em que o postulado da igualdade perante a lei só deve declinar em casos absolutamente excepcionais e por motivos de rigorosa necessidade ou utilidade pública.”*⁵⁹.

É razoável concluir que o tema está sujeito a algumas limitações, considerando que a autonomia estadual para a definição da prerrogativa de foro na Constituição Estadual foi tomada com parâmetros na Constituição Federal, o que, por si só, inibe a pretensão de que a Constituição Estadual poderia dispor com liberdade sobre a prerrogativa de foro.

⁵⁹CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1956, 2º vol., p. 107.

A propósito, revela-se oportuno o ensinamento firmado por OSWALDO TRIGUEIRO que complementa a visão doutrinária exposta no parágrafo precedente, uma vez que “*desde que não podem legislar sobre matéria penal, ou mesmo processual – reservadas à competência privativa da União – os Estados devem limitar-se a reproduzir o direito federal, com as adaptações necessárias e indispensáveis. Daí encontrar-se, em todas as Constituições estaduais, o mesmo sistema de garantia do mandato legislativo.*”⁶⁰.

Obviamente, os limites aplicados à autonomia estadual fazem parte de uma discussão que tem se mostrado acentuada no STF e suscetível a mudanças quanto aos critérios para a escolha dos agentes públicos detentores do foro por prerrogativa.

Nesses termos, a Constituição brasileira ao relacionar os agentes públicos agraciados por foro por prerrogativa de função nos artigos 29, X e 96 III da CF, na verdade, não quis exaurir o rol dos detentores do foro por prerrogativa, caso contrário, estaria interferindo na autonomia estadual.

Depreende-se, assim, que o foro por prerrogativa estadual (Tribunal de Justiça) não está exaurido na preordenação constante dos artigos 29, X e 96, III da CF, o que permitiu a inclusão de outros agentes públicos na relação dos detentores desta prerrogativa, v.g. Defensores Públicos, Procuradores do Estado e Vice-Governador.

O que se discute, no entanto, são as justificativas firmadas para a definição deste processo de escolha, o qual gravitaria entre a total liberdade quanto à indicação dos detentores do foro por prerrogativa até uma sensível restrição, no que diz respeito à enumeração dos mesmos.

Deste modo, o STF reconheceu que o foro por prerrogativa, num primeiro momento poderia ser concedido na Constituição Estadual com total liberdade⁶¹, como é possível visualizar da decisão ora transcrita:

⁶⁰TRIGUEIRO, Oswaldo. *op. cit.*, p. 160-161.

⁶¹HC 70.474, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-8-93, DJ de 24-9-93.

“A Constituição — ao outorgar, sem reserva, ao Estado-Membro, o poder de definir a competência dos seus tribunais (art. 125, § 1º) — situou positivamente no âmbito da organização judiciária estadual a outorga do foro especial por prerrogativa de função, com as únicas limitações que decorram explícita ou implicitamente da própria Constituição Federal. Desse modo, a matéria ficou subtraída do campo normativo da legislação processual ordinária: já não incide, portanto, na área da jurisdição dos Estados-Membros, o art. 87 C. Proc. Penal.” (HC 70.474, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-8-93, DJ de 24-9-93).

Posteriormente, o STF veio a estabelecer a aplicação de um modelo federal à concessão do foro por prerrogativa, ou seja, o processo de escolha das autoridades estaduais teria que necessariamente estabelecer uma simetria com a Constituição Federal, donde se infere que uma eventual discrepância, de fato, implicaria em inconstitucionalidade das constituições estaduais⁶²:

“(...) o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.” (ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-2-06, DJ de 1º-9-06).”

“O Tribunal concluiu julgamento de ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT contra a alínea e do inciso VIII do art. 46 da Constituição do Estado de Goiás, na redação dada pela EC 29/2001, que, ampliando as hipóteses de foro especial por prerrogativa de função, outorgou ao Tribunal de Justiça estadual competência para processar e julgar, originariamente, "os Delegados de Polícia, os Procuradores do Estado e da Assembléia Legislativa e os Defensores Públicos, ressalvadas as competências da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri" - v. Informativos 340 e 370. Por maioria, acompanhando a divergência iniciada pelo Min. Carlos Britto, julgou-se procedente, em parte, o pedido, e declarou-se a inconstitucionalidade da expressão "e os Delegados de Polícia", contida no dispositivo impugnado. Entendeu-se que somente em relação aos Delegados de Polícia haveria incompatibilidade entre a prerrogativa de foro conferida e a efetividade de outras regras constitucionais, tendo em conta, principalmente, a que trata do controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público. Considerou-se, também, nos termos dos fundamentos do voto do Min. Gilmar Mendes, a necessidade de se garantir a determinadas categorias de agentes públicos, como a dos advogados públicos, maior independência e capacidade para resistir a eventuais pressões políticas, e, ainda, o disposto no §1º do art. 125 da CF, que reservou às constituições estaduais a definição da competência dos respectivos tribunais. Vencidos, em parte, os Ministros Maurício Corrêa, relator, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Velloso que julgavam o pedido integralmente procedente, e Marco Aurélio e Celso de Mello que o julgavam integralmente

⁶²ADC 12-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-2-06, DJ de 1º-9-06 e ADI 2587/GO, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, 1º.12.2004.

improcedente. ADI 2587/GO, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, 1º.12.2004. (ADI-2587).”

A abordagem ora efetivada quis, primordialmente, visualizar o nosso sistema constitucional relativo à prerrogativa de função, além de demonstrar que todo o plano de complementação legislativa concernente ao mesmo, na verdade, não se coaduna com o emprego de atos normativos (decretos, medidas provisórias, ou leis delegadas), uma vez que a complementação exigida deve ser estabelecida na lei em sentido formal, *verbi gratia*, a definição da competência da Justiça Eleitoral e Militar e junto às Constituições estaduais.

De qualquer sorte, o STF registrou algumas circunstâncias onde o emprego de ato normativo restou franqueado ao tema, como se infere da decisão que reconheceu a constitucionalidade do regimento interno dos tribunais para o disciplinamento do órgão jurisdicional da estrutura do Tribunal de Justiça que seria competente para o julgamento do Prefeito e, sem dúvida nenhuma, de qualquer outra autoridade que tenha recebido a prerrogativa de foro⁶³, tal como é possível concluir da decisão abaixo citada:

“HC 73232 / GO – GOIÁS

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Maurício Corrêa

Julgamento: 12/03/1996 - Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 03-05-1996 PP-13902 EMENT VOL-01826-02 PP-00379

Parte(s)

PACIENTE: DELCIDES PACHECO PIRES

IMPETRANTES: ROBINSON PEREIRA GUEDES E OUTRO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIAS

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". CRIME PRATICADO POR PREFEITO MUNICIPAL (ART. 1., I E IX, DO DECRETO-LEI N. 201/67). REGIMENTO INTERNO E RESOLUÇÃO N. 15/91 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIAS: COMPETÊNCIA ORIGINARIA PARA PROCESSAR E JULGAR PREFEITO ATRIBUIDA AS CÂMARAS CRIMINAIS ISOLADAS (CF, ART. 29, VIII, DA REDAÇÃO ORIGINAL, OU ART. 29, X, COM A REDAÇÃO DADA PELA E.C. N. 1/92). 1. Cabe, exclusivamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça atribuir competência ao Pleno, ou ao Órgão Especial, ou a órgão fracionário, para processar e julgar Prefeitos Municipais (CF, art. 29, X, e art. 96, I, "a"). 2. A Resolução n. 15, de 12.06.91, do Plenário do Tribunal de Justiça goiano, que vigora como Emenda Regimental, atribui

⁶³No mesmo sentido: HC 72.476, rel. Min. Maurício Corrêa, sessão de 8.8.95 (precedente noticiado no Boletim Interno nº 308/95) e HC 71702 / RS -Relator(a): Min. Sydney Sanches, Julgamento: 02/04/1996, Órgão Julgador: Primeira Turma e Publicação DJ 13-12-1996 PP-50160.

competência originária as Câmaras Criminais Isoladas para o julgamento de Prefeitos Municipais, ressalvados os crimes dolosos contra a vida, cuja competência e do Pleno. 3. Improcedência da alegação de incompetência da Primeira Câmara Criminal, para julgar Prefeito Municipal. 4. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido.”

Com efeito, o artigo 29, inciso X, da CF apenas prescreve que o julgamento do Prefeito ocorra no Tribunal de Justiça e não impõe, neste diapasão, como restou demarcado acima, qual o órgão jurisdicional incumbido de fazê-lo, ou seja, se a câmara criminal, a câmara especializada, a seção criminal, o grupo de câmaras, o pleno ou órgão especial.

O que importa, assim, para a manutenção da constitucionalidade do regimento interno, da resolução ou de qualquer ato normativo que seja editado pelo colegiado do Tribunal de Justiça é que a deliberação acerca do processo e julgamento de Prefeitos, membros do Ministério Público e Juízes preservem a competência constitucionalmente fixada pela Constituição.

4.6.5

Crítica ao foro por prerrogativa de função anteriormente definido em Medidas Provisórias.

Impende notar, por último, que o STF demonstrou enorme flexibilidade ao aceitar que a concessão do foro por prerrogativa de função pudesse ser realizada por intermédio de medida provisória, não restringindo que a normalização do assunto ficasse estritamente reservada à lei em sentido formal.

O STF em duas situações, todavia, permitiu que o tema pudesse ser alvo de disciplinamento por medida provisória, como se deduz das decisões que reconheceram a atribuição do foro por prerrogativa de função ao Advogado-Geral da União e ao Presidente do Banco Central⁶⁴, *in verbis*:

64 O STF, no entanto, não reconheceu a competência para o processamento e julgamento do Secretário Especial de Agricultura e Pesca encaminhada por Medida Provisória e, na oportunidade: “*declarou a sua incompetência para processar e julgar o feito, ao entendimento de que o Secretário Especial de Agricultura e Pesca, por não ser Ministro de Estado, não possui a prerrogativa de foro estabelecida no parágrafo único do artigo 25 da Lei nº 10.683/2003, com a redação dada pela Lei nº 10.869/04. Além disso, esta egrégia Corte decidiu que a extensão de prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos Ministros de Estado a que alude o*

INFORMATIVO Nº 201

Competência para julgar Advogado-Geral da União

PROCESSO

INQ - 1660

ARTIGO

O Tribunal, por maioria, reconheceu a sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória 2.049-22, de 28.8.2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, c, da CF ("Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: ... c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ..."). Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que, considerando a decisão na Petição 2.084-DF, proferida em 8.8.2000, no sentido de que o Advogado-Geral da União, por não ser ministro de Estado, não dispunha de prerrogativa de foro penal perante o STF, entendiam casuística a nova edição da MP 2.049-22 e declaravam a inconstitucionalidade formal da mesma na parte em que incluiu o Advogado-Geral da União como ministro de Estado pela falta de urgência necessária à edição da Medida Provisória (expressão "e o Advogado-Geral da União", contida no parágrafo único do art. 13 e do art. 24-B da Lei nº 9.649/98). Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, concedeu habeas corpus de ofício ao querelado para o fim de rejeitar a queixa-crime, uma vez que a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - ADPF, autora da ação, não tem legitimidade ativa ad causam para promover, em sede penal, interpelação judicial em defesa da honra de seus filiados, dado o caráter personalíssimo do bem jurídico penalmente tutelado. Inquérito (QO) 1.660-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 6.9.2000.(INQ-1660)

ADI 3289 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 05/05/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 03-02-2006 PP-00011

EMENT VOL-02219-02 PP-00304

REPUBLICAÇÃO DJ 24-02-2006 PP-00007

Parte(s)

REQTE.(S) : PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL

ADV.(A/S) : ADMAR GONZAGA NETO

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado. 2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, "d", 62, §1º, I, "b", §9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4.

§ 1º do art. 38 do referido diploma legislativo repercute somente nas esferas administrativa, financeira e protocolar, mas não na estritamente constitucional (Informativo nº 374 do STF)".

Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no texto constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, "d", da CF/88). 10. Prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. 11. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. 12. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais. 13. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

As decisões proferidas pelo STF abrangem períodos diferentes quanto à medida provisória, pois, quando o STF reconheceu a constitucionalidade do foro por prerrogativa ao Advogado-Geral da União, a mesma ocorreu antes das medidas provisórias serem alcançadas pelos limites temáticos impostos pela Emenda Constitucional n.º: 32/2001, o que torna admissível, mas não aceitável que o assunto se prestasse a este tipo de regulamentação, mesmo porque, substancialmente corrente doutrinária à época, já defendia que a matéria processual não poderia ser disciplinada por medidas provisórias, inclusive o próprio STF em algumas decisões⁶⁵.

A mesma justificativa, no entanto, não se aplica à concessão do foro por prerrogativa em prol do Presidente do Banco Central, pois o assunto foi efetivado na vigência da E.C. n.º: 32/2001, ou seja, sob o pálio da expressa vedação contida no artigo 62, §1º, inciso I, alínea "b" da CF, de que a medida provisória verse sobre matéria processual.

Nada obstante a restrição temática da Constituição, o julgamento da ADI 3289 no Supremo Tribunal Federal, relator Min. GILMAR MENDES, chancelou e deu total evidência a designação do foro por prerrogativa de função ao Presidente do Banco Central.

65 ADInMC 2.332-DF, rel. Min. Moreira Alves, 5.9.2001. Informativo 240.

Com efeito, o STF enfrentou o tema e a decisão do Sr. Min. GILMAR MENDES impressiona pela sua argumentação, mormente, ao definir que a prerrogativa de foro, no caso, *(a) seria um reforço à independência das funções de poder na República ex vi de razões de ordem política-constitucional, (b) justificada pela diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente e (c) que referida garantia se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais.*

Ainda assim, é de se concluir que a concessão do foro por prerrogativa de função ao Presidente do Banco Central com o emprego de medida provisória, norma em sentido material, integralmente a mercê de um ato discricionário do Chefe do Executivo, sem qualquer dúvida, se revela um ato inconstitucional e o fundamento desta imperfeição está na leitura da Constituição, a qual poderia ser restringida pelo responsável direto e final da sua interpretação, o Supremo Tribunal Federal.