

## Da competência pela prerrogativa de função

FERNANDO TOURINHO FILHO (\*)

A competência pela prerrogativa de função vem fixada na CR (arts. 102, I, b e c, 105, I, 108, I, a, 96, III, 29, X, e 125, § 1º). Dela cuidam, também, as Constituições Estaduais, a Lei de Organização Judiciária Militar e, finalmente, os arts. 84 a 87 do CPP. Trata-se do foro *ratione personae vel muneris*. Há determinadas pessoas, independente de condições de fortuna, posição social, raça ou credo, que exercem no cenário jurídico-político da nossa terra funções relevantes e, em atenção a essas funções, gozam elas de foro especial, isto é, não são processadas e julgadas pelos órgãos de primeira instância, mas pelos Tribunais. Não obstante todos sejam iguais perante a lei, esse foro privativo a que estamos nos referindo foi criado para melhor assegurar a aplicação da lei penal. Ele não é dispensado à pessoa. Tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece o "privilégio" (*rectius*: a garantia), na dicção da Súmula 451 do STF.

Nesses casos, o foro pela prerrogativa de função pode satisfazer a uma dupla finalidade da justiça: "*poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios*" (ALCALA-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, t. I, p. 222).

Indaga-se: seria uma vantagem concedida a alguns em detrimento de outros? Um privilégio, enfim? Como professava FAUSTIN HÉLIE: "... *c'est une garantie assurée à l'indépendance et à l'impartialité de la justice, et qui, par conséquent, est destinée à protéger un intérêt général*" (*apud* FREDERICO MARQUES, em notas aos Apontamentos sobre o processo penal brasileiro, de J. A. PIMENTA BUENO, São Paulo, RT, 1959, p. 153). No mesmo sentido, CORINNE RENAULT BRAHINSKY: "*bien que les citoyens soient égaux devant la loi en application de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, des juridictions spéciales ont été créés en vue d'assurer une meilleure justice pénale*". Não obstante os cidadãos sejam iguais perante a lei, consoante o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as jurisdições especiais foram instituídas visando a assegurar uma melhor justiça penal (*Procédure pénale*, Paris, Gualino Éditeur, 1999, p. 27).

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, *caput*, estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Sendo, como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com aquela igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

Observe-se que esse foro não é concedido à pessoa, mas dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça. Nem teria sentido pudesse um juiz de direito processar e julgar um desembargador. Da mesma forma que seria esdrúxulo pudesse um ministro do STJ ou de qualquer Tribunal Superior da República ser processado e julgado por desembargadores, e muito menos por Juízes da inferior instância. Note-se que a competência funcional originária *ratione personae vel muneris* é exercida em uma única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Embora se presuma o acerto das decisões dos órgãos superiores, posto que colegiados, o ideal seria, e ainda o acalentamos, devessem os tribunais, no processo e julgamento das pessoas subordinadas às suas jurisdições, atuar pelas suas câmaras ou turmas, isto é, pelos seus órgãos fracionários, funcionando o Pleno como órgão de segundo grau.

Nos Estados Unidos da América do Norte, essa competência pela prerrogativa de função tem assento exclusivamente na Constituição. Entre nós, antes da CF/88, havia quem afirmasse, à maneira do que se passava na América do Norte, que somente a Lei Maior tinha poderes para a concessão do foro pela prerrogativa de função e, por isso, não faltavam críticas ao art. 87 do CPP, que, à revelia da Lei das Leis, conferia foro privativo aos “membros do MP, interventores, Secretários de Estado, Prefeito do Distrito Federal e Chefes de Polícia”. Não obstante a crítica fosse desarrazoada, à vista de várias decisões da Suprema Corte (RT 314/499 e RTJ 67/579), a nova CF, entretanto, procurando evitar essa apreciação desfavorável, conferiu ao art. 125, § 1º, poderes para que os Estados, em suas Constituições, estabelecessem a competência dos seus TJ. Sem embargo, a competência privativa do STM é fixada na Lei de Organização Judiciária Militar.

De início, cumpre observar que o art. 84 do CPP, na sua redação primitiva, de mais de cinqüenta anos, dispunha que a competência pela prerrogativa de função era do STF e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devessem responder perante eles por crime comum ou de responsabilidade. Àquela época, tirante o então Supremo Tribunal Militar, agora Superior Tribunal Militar, havia apenas o STF e os então chamados Tribunais de Apelação. Hoje existem outros: o STJ, o TSE, os TRES, os TRFs, os Tribunais de Alçada, sem falar nos Tribunais do Trabalho, que não exercem nenhuma atividade de natureza penal. Aliás, abrimos um parêntese, para anotar que a Emenda Constitucional n. 45 promulgada em 8 de dezembro de 2004, não só extinguiu os Tribunais de Alçada, como, inclusive, conferiu à Justiça do Trabalho, poderes para conhecer



de *habeas corpus* quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Além disso, desde a CF/46, os Tribunais de Apelação perderam essa denominação e são chamados “Tribunais de Justiça”. Dessa maneira, o art. 84 de há muito devia ser lido assim: a competência pela prerrogativa de função é do STF, do STJ, dos TRFs e TJ dos Estados e do Distrito Federal. Respeitante aos Tribunais de Alçada, apenas cinco Estados os criaram: São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Estes últimos de há muito os extinguíram, sendo que seus membros foram incorporados aos Tribunais de Justiça. Quanto aos demais, a Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, seguiu as orientações gaúcha e carioca...

Na redação atual, em face da Lei nº 10.628/02, o art. 84 do CPP passou a ter a seguinte redação:

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

Essa mesma regra vem fixada nos arts. 102, I, *b e c*, 105, I, *a*, 108, I, *a e 96, III*, da CF. Conhecidos os órgãos que têm competência funcional vertical originária *ratione personae vel muneris*, indaga-se: quais as pessoas que são processadas e julgadas por esses Tribunais?

#### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Compete à mais alta Corte de Justiça, nos termos do art. 102, I, *b*, da CF, processar e julgar, apenas 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. Insta esclarecer que a expressão “*infrações penais comuns*” está em antagonismo a crimes de responsabilidade. Assim, toda e qualquer infração penal que não se incluir no rol dos crimes de responsabilidade é uma infração penal comum. O crime eleitoral, o crime de imprensa, o crime político, os crimes dolosos contra a vida, o crime militar, todos são crimes comuns e, por isso, se qualquer daquelas pessoas vier a cometer uma infração penal não qualificada como de responsabilidade, o processo e julgamento caberão, privativamente, ao STF. A CF fala em infração penal, abrangendo assim a contravenção. Ainda que empregasse o termo “crime”, como o faz o art. 105, I, *a*, e como o fez a Constituição anterior, a interpretação continuaria a mesma, em face da regra de que, quem pode o mais, pode o menos.

Compete-lhe, também, privativamente, processar e julgar, tanto nas infrações penais comuns como nos crimes de responsabilidade: a) os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvada a hipótese de o crime de responsabilidade ser conexo ao do Presidente da República ou do Vice-Presidente, quando, então, o processo e julgamento se deslocam, anormalmente, para o Senado, nos termos dos arts. 102, I, c/c art. 52, I, ambos da CF; b) os membros dos Tribunais Superiores (STJ, STM, TSE, TST) e do TCU; e, finalmente, c) os chefes de missão diplomática de caráter permanente (nossos embaixadores).

Por outro lado, é de observar que a Lei Magna, empregando a expressão "crime de responsabilidade", está se referindo às infrações político-administrativas. Não confundi-las com os crimes funcionais, tipificados nos arts. 312 a 326 do CP, imprópria e indevidamente denominados pelo CPP como "crimes de responsabilidade de funcionários públicos", no capítulo que se inicia no art. 513.

Aqui o legislador ordinário alude às infrações praticadas pelos funcionários no exercício de suas funções (arts. 312/326 do CP). São os delitos funcionais. Os crimes de responsabilidade de que trata a Lei Maior, tal como se infere do parágrafo único do seu art. 85, serão definidos em lei especial que, inclusive, estabelecerá as normas do processo e julgamento. Como ainda não foi elaborada essa lei especial, entende-se ter sido recepcionada pela nossa Constituição a Lei nº 1.079, de 10.04.1950, que define os "crimes de responsabilidade".

Atualmente, em face dos arts. 51, I, e 52, I e II, da CF, o Presidente, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e os Comandantes das Três Armas, nos crimes conexos aos daqueles, os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça, os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República serão processados e julgados pela Câmara Alta, nos termos do art. 52 da CF em face da Emenda Constitucional n. 45/2004. O *judicium accusationis* e o *judicium causae* ficaram afetos ao Senado. Em se tratando de crime comum, o Advogado-Geral da União é processado e julgado pelo STF. Certo que a CF não lhe conferiu foro privativo, todavia, a MP 2.216-37, de 31.08.2001, alterando a Lei nº 9.649, de 27.05.1998, acrescentou-lhe o art. 24-B, com a seguinte redação: "O cargo de natureza especial de Advogado-Geral da União fica transformado em cargo de Ministro de Estado"... Logo, se o cargo de Advogado-Geral da União ficou transformado em cargo de Ministro de Estado, Ministro ele é. Sendo-o, aplica-se-lhe o disposto no art. 102, I, c, da CF. Observe-se mais: o parágrafo único do art. 25 da Lei nº 10.683/03, com a redação dada pela Lei nº 10.869, de 13.05.2004, dispõe: "São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do



Banco Central do Brasil" (este último incluído pela MP 207/04). Tendo sido essas pessoas guindadas à posição de Ministros de Estado, passam a ter como foro privativo o STF.

Parece-nos ter havido um pequeno senão na Emenda Constitucional n. 45/2004. Se compete ao Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar os membros do Conselho Nacional de Justiça e os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, deveria competir ao Supremo Tribunal Federal processá-los e julgá-los nos crimes comuns.

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Compete ao STJ, nos termos do art. 105, I, *a*, da CF, processar e julgar os *Governadores dos Estados e do Distrito Federal*, nos crimes comuns. Aqui, também, a expressão "crime comum" tem o mesmo sentido: é todo aquele que não seja de responsabilidade. Por outro lado, embora se use, aqui, a expressão "crime", ela é abrangente da contravenção. Evidente: se o STJ julga um Governador que venha a cometer um homicídio, não teria sentido não pudesse julgá-lo por uma contravenção. Interpretação extensiva: quem pode o mais, pode o menos.

Compete-lhe, também, processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos TJEs e do Distrito Federal, os membros dos TCEs e do Distrito Federal, dos TRFs, dos TRES e dos TRTs, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

Os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal são objeto da Lei nº 7.106, de 28.06.1983 e, quanto aos dos Governadores estaduais, da Lei nº 1.079, de 10.04.1950.

O texto constitucional refere-se aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, bem como aos dos Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios. Havia Tribunais de Contas da União e dos Estados. Embora o § 3º do art. 16 da Carta anterior permitisse aos Municípios a criação desses Tribunais, somente os do Rio de Janeiro e São Paulo o instituíram. Trata-se de órgãos que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária. A atual CF, no § 4º do art. 31, veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Assim, essa fiscalização, onde não houver tais órgãos, ficará a cargo do próprio TCE a que pertencer o Município.

Membros do Ministério Público da União que oficiam perante os Tribunais são os Procuradores ou Subprocuradores que atuam no STF, STJ, STM, TSE, TST, TRFs, TRES, TRTs e, inclusive, no TJDF, porquanto os membros do Ministério Público do Distrito Federal integram o Ministério Público da União (art. 128, I, *d*, da CF). Em quaisquer infrações penais, serão todos eles processados e julgados pelo STJ. E se um Procurador da República, que atua junto aos Juízes Federais, cometer uma infração e, em curso o processo penal, seja-lhe atribuída a função de atuar junto a Tribunais? A Suprema Corte, apreciando a espécie, salientou

que a competência, nesse caso, desloca-se *ope constitutionis* para o STJ (RT 744/491).

### SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Ao STM competia, nos crimes militares definidos em lei (art. 124 da CF), processar e julgar, nos termos da Lei nº 8.457 de 04.09.1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), os Oficiais Gerais das Forças Armadas, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Juízes Auditores, membros do Ministério Público Federal e Defensores Públicos que atuam junto à Justiça Militar. Contudo, a Lei nº 8.719, de 19.10.1993, que deu nova redação à alínea *a* e revogou a alínea *b*, ambas do inciso I do art. 6º daquele diploma, deixou expresso que o STM tem competência originária para processar e julgar, tão-somente, nos crimes militares definidos em lei, os Oficiais Gerais das Três Armas, exceto seus Comandantes, uma vez que a EC 23/99 reservou ao STF competência para processá-los e julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade. Quanto a estes últimos, se conexos com os do Presidente ou Vice-Presidente, o processo e julgamento ficam afetos ao Senado, nos termos do art. 52, I, da CF.

### TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O Código Eleitoral conferia, no art. 22, I, *d*, ao TSE competência para processar e julgar os seus próprios Ministros e os membros dos TREs nos crimes eleitorais e nos comuns que lhes fossem conexos. A CF/88, entretanto, dizendo competir ao STF processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros dos Tribunais Superiores da República (e o TSE é um deles), por óbvio revogou aquela disposição do Código Eleitoral que conferia ao TSE o processo e julgamento dos seus próprios Ministros. Quanto à competência para processar e julgar os membros dos TREs em quaisquer infrações, nos termos do art. 105, I, *a*, da Magna Carta, foi deslocada do TSE para o STJ.

Assim, em face de expressa disposição constitucional, o TSE perdeu a sua competência funcional vertical originária *ratione personae vel muneris*.

### TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS

Em cada unidade da Federação há um TRE. Conforme dispõe o art. 121 da CF, a competência dos Juízes, Juntas e Tribunais Eleitorais será objeto de lei complementar. Mas, enquanto não for ela elaborada (e ainda não o foi), continua vigendo, recepcionado que foi pela CF, o Código Eleitoral. E este dispõe, no art. 29, I, *d*, competir ao TRE processar e julgar os crimes eleitorais cometidos por Juízes Eleitorais.

E quanto aos Promotores de Justiça que, no exercício de funções eleitorais, vierem a cometer crimes eleitorais? As CFs anteriores à de 1988 não concediam



foro privativo aos membros do MP. E quanto à Justiça Eleitoral, o Código Eleitoral não os incluía entre as pessoas que tinham o TRE como foro privativo. A CF atual, no art. 96, III, confere, expressamente, aos TJ's competência para o processo e julgamento dos Juízes Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do MP, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência eleitoral. Desse modo, como atualmente a competência para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público Estadual vem fixada na Lei Maior, ressalvada apenas a competência da Justiça Eleitoral, é de entender que, se Juízes e Promotores de Justiça, nas funções eleitorais, cometerem crimes eleitorais, a competência se desloca para o TRE, ficando portanto alterada, por força constitucional, a disposição do art. 29, I, *d*, do Código Eleitoral. Assim, compete ao TRE processar e julgar, nos crimes eleitorais e nos comuns que lhes forem conexos, não só os Juízes eleitorais, como também os Promotores de Justiça, quando no exercício de função eleitoral.

Não nos parece que a ressalva à Justiça Eleitoral feita no inciso III do art. 96 da CF alcance todas as pessoas ali nomeadas. Nem teria sentido, cremos, um membro do Tribunal de Alçada (quando havia Tribunal de Alçada), órgão de segundo grau da Justiça Estadual, ser julgado pelo TRE, órgão de 2º grau da Justiça Eleitoral, porquanto na composição desse órgão encontram-se dois Juízes Estaduais, hierarquicamente inferiores aos Juízes do Alçada. Por outro lado, a vingar interpretação diversa, o Procurador-Geral de Justiça do Estado que exerce função simetrizada ao do Procurador-Geral da República – que em quaisquer infrações, exceto as de responsabilidade, é julgado pelo mais alto Tribunal do País – deixaria de ser julgado, nos crimes eleitorais, pelo mais alto Tribunal do Estado. Se são julgados pelo TJ nos crimes militares e federais, não há razão lógica para a alteração do foro, tratando-se de crime eleitoral.

Ademais, repita-se, a ressalva feita pelo inciso III do art. 96 da CF, a nosso ver, alude, designadamente, aos Juízes e membros do Ministério Público Estadual, quando no exercício de funções eleitorais cometerem crimes eleitorais.

### TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Compete aos TRFs, nos termos do art. 108, I, *a*, da CF, processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e nos de responsabilidade: a) os Juízes Federais *da área de sua jurisdição*, incluídos os Juízes da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; b) os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A expressão “da área de sua jurisdição” contida no art. 108, I, *a*, da CF, significa que o TRF julga, apenas, os Juízes Federais, os Juízes Auditores da Justiça Militar da União, os Juízes do Trabalho e os membros do MPF que exercerem suas funções dentro do seu território jurisdicional, pouco importando onde tenham cometido a infração. São 5 os TRFs: o 1º, com sede em Brasília e jurisdição no Distrito Federal, Bahia, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Roraima, Amapá, Amazonas, Pará, Tocantins, Piauí e Maranhão; o 2º, com sede

no Rio de Janeiro e jurisdição nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo; o 3º, com sede em São Paulo e jurisdição nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; o 4º, com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; e, finalmente, o 5º, com sede em Recife e jurisdição em Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará. Assim, se um Juiz Federal do Paraná cometer qualquer infração penal, pouco importando o lugar onde a cometeu, será processado e julgado pelo TRF da 4ª Região, porquanto estão sob a sua jurisdição os Juizes Federais das Seções do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

E já se fala na criação de mais 3 TRFs (Bahia, Minas Gerais e outro no Norte, compreendendo Acre, Rondônia, Roraima, Amazonas, Amapá e Pará).

A expressão “ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”, contida naquela mesma disposição – pensamos –, refere-se aos membros do Ministério Público da União e restringe-se à hipótese de cometerem eles infração eleitoral no exercício de funções eleitorais. É certo que a Lei Maior não faz essa distinção. Também a CF/67, com a redação dada pela EC 1/69, no seu art. 144, § 3º, embora dissesse competir ao TJ processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes da inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvava a competência da Justiça Eleitoral e, apesar disso, o Código Eleitoral, recepcionado que fora por aquele Diploma Maior, só atribuiu ao TRE poderes para processar e julgar os crimes eleitorais cometidos por Juizes Eleitorais. Sem embargo, o TRF da 4ª Região, Relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, quando em exercício naquele eg. Tribunal, deu-se por incompetente para o processo de um Juiz Classista do Trabalho por crime eleitoral, remetendo os autos ao TRE de Santa Catarina (*A Constituição na visão dos tribunais*, São Paulo, Saraiva, 1997, v. 2, p. 826).

Os constituintes de 1988 seguiram a orientação dos seus antecessores. É verdade que o art. 121 da atual CF delegou à lei complementar estabelecer a competência da Justiça Eleitoral e, como até o momento não foi elaborado tal diploma, tem-se entendido, pacificamente, que o Código Eleitoral, pelo menos no campo da competência, foi recepcionado pela Lei Maior. Desse modo, se apenas os Juizes eleitorais, quando cometerem crimes da alçada dessa Justiça, é que serão processados e julgados pelos TREs, a nós nos parece que, enquanto não vier a lei complementar a que se refere o art. 121 da CF, esses Tribunais somente processarão os Juizes, nos crimes eleitorais, se estiverem no exercício de funções dessa natureza. Se um Juiz de Direito não estiver nas funções de Juiz Eleitoral, à dicção do art. 29, I, d, do referido Código, cometendo um crime eleitoral ou um comum conexo àquele, será processado e julgado pelo TJ a que estiver vinculado.

Convém lembrar que, anteriormente à CF/88, era a lei ordinária (o CPP) que conferia foro privativo aos membros do MP. Essa prerrogativa deslocou-se para o texto constitucional com a CF/88. Assim, como o Juiz Eleitoral, cometendo crime eleitoral, será processado e julgado pelo TRE a que estiver subordinado,



não teria sentido que o membro do MP, nas funções eleitorais, cometendo crime eleitoral, devesse ser processado e julgado por outro órgão.

Como os Promotores de Justiça do Distrito Federal integram o Ministério Público da União, têm eles a prerrogativa de ser processados e julgados pelo TRF da 1ª Região, com sede em Brasília. Mas, se esses mesmos Promotores estiverem exercendo funções eleitorais e cometerem crimes eleitorais, a competência se desloca para o TRE, *ex vi* da ressalva feita no art. 108, I, *a*, da CF. Já os Procuradores de Justiça do Distrito Federal, porque oficiam perante o TJ da Capital da República, em quaisquer infrações (inclusive eleitorais), serão processados e julgados pelo STJ (art. 105, I, *a*, da CF).

## TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A competência originária *ratione personae vel muneris* dos TJE e do Distrito Federal e Territórios vem fixada na CF, nas Constituições Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, nas Leis Orgânicas dos Municípios e no CPP.

De acordo com o direito pretoriano, há grande importância prática em se distinguir uma situação de outra.

## COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dispõe o art. 96, III, da CF, competir privativamente aos TJ “julgar os Juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do MP, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”. A expressão “Juízes Estaduais” compreende os membros dos Tribunais de Justiça Militar (onde houver), os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar Estadual. Quanto aos membros do MP, a expressão, obviamente, abrange os Promotores de Justiça e os Procuradores de Justiça dos Estados, inclusive o Procurador-Geral de Justiça. Como essa competência é fixada na Lei Maior, entende-se, sem discrepância, competir ao TJ processar e julgar essas pessoas, quaisquer que sejam as infrações por elas praticadas, até mesmo os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, ressalvando-se, apenas, como vimos, a competência da Justiça Eleitoral, que, por sua vez, processa e julga os Juízes Eleitorais e Promotores Eleitorais quando cometerem crimes eleitorais e – pelo menos no Estado de São Paulo –, em relação ao Procurador-Geral de Justiça, quanto aos crimes de responsabilidade. Aliás, esse tem sido o entendimento do STF, como se vê na RTJ 138/819, referente ao HC 68.935/SP e no HC 77.558/ES, cuja ementa foi publicada no *Informativo STF* nºs 142 e 148, onde se lê: “Nos termos do art. 96, III, da Constituição, compete aos TJ julgar os Juízes estaduais, mesmo quando acusados de crime de competência da JF”. E, obviamente, pela mesma razão e pelo mesmo fundamento, quando o crime da alçada federal for praticado por membro do MP estadual. Ainda que se trate de

crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, a competência continua sendo do TJ, não só pelo fato de a Constituição poder excepcionar a si própria, como também pelo que se infere da Súmula 721 do STF, que confere prevalência do Júri sobre o TJ, quando a competência deste for fixada *exclusivamente* pela Constituição local. Como na hipótese a competência do TJ é fixada na Lei Maior, inaplicável aquele preceito sumular.

#### COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELAS LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS

Consoante prescreve o art. 29, X, da CF, “o Município reger-se-á por Lei Orgânica ... atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: ... X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”.

Segundo entendimento pretoriano, compete ao TJ processar e julgar os Prefeitos Municipais nos crimes comuns que forem da alçada da Justiça Estadual. Quanto aos crimes da competência da JF, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar da União, deverão ser processados e julgados pelos órgãos de segundo grau dessas Justiças (RT 701/421, 720/570, 752/584; RSTJ 17/140, 19/141, dentre outros).

Nos crimes de responsabilidade, ainda de acordo com o art. 29, *caput*, da Lei Maior, deve a Lei Orgânica do Município obedecer aos princípios estabelecidos na CF e, como um desses princípios confere ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, logo, há de competir à Câmara Municipal, nesses crimes, processar e julgar o Prefeito Municipal. E esse é o entendimento já pacificado.

E se se tratar de crime doloso contra a vida consumado ou tentado? O *Informativo STF*, nºs 132, 233 e 253, publicou várias decisões do STF no sentido de que: “O foro privilegiado concedido pelas Constituições dos Estados não alcança os crimes dolosos contra a vida, uma vez que a Constituição do Estado-membro não pode excluir a competência constitucional do Tribunal do Júri”. E esse entendimento consolidou-se na Súmula 721 do STF. Se a Constituição local não pode... muito menos a Lei Orgânica do Município.

#### COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FIXADA PELAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Antes da CF/88, a competência privativa dos TJ vinha estabelecida na CF (quando se tratava de Juízes estaduais), no art. 87 do CPP e na própria Constituição local. A alegada inconstitucionalidade desse dispositivo da lei ordinária de há muito foi afastada pela Suprema Corte em várias oportunidades (RT 314/499 e RTJ 67/559). No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES (*Da competência em matéria penal*, Saraiva, p. 65). Hoje, o disposto no art. 87 do CPP perdeu grande



parte do seu conteúdo. Houve um esvaziamento. Os governadores são julgados pelo STJ; no Distrito Federal, não mais há prefeito, e sim governador, cujo julgamento fica afeto, também, ao STJ; os secretários têm o seu foro previsto na Constituição local; os chefes de polícia, que são os atuais Secretários da Segurança Pública, têm seu julgamento afeto ao TJ. O mesmo se dá com os Juízes e órgãos do MP. Quanto aos interventores, não os temos com aquela freqüência e importância que havia na década de 40. Mas, se por acaso vier a ocorrer a hipótese prevista no art. 34 da CF, o direito pretoriano terá a necessária sensibilidade de equipará-los ao Governador.

Tantas foram as críticas dirigidas ao art. 87 do CPP, que os constituintes de 1988 resolveram, no corpo da CF, neutralizar essa disposição subconstitucional e conferir às Constituições locais poderes para definirem a competência dos TJ.

Os Estados-membros, em suas Constituições, por força do § 1º do art. 125 da CF, atribuem aos TJ poderes para o processo e julgamento de determinadas pessoas que, a seu critério, desempenham funções de relevo dentro no âmbito estadual.

Obviamente, não houve uniformidade entre os constituintes estaduais. No Estado de São Paulo, a CF/88, no art. 74, atribuiu ao TJ competência privativa para processar e julgar, *nas infrações penais comuns*, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais. Nas *infrações penais comuns* e nos *crimes de responsabilidade*, os Juízes dos Tribunais de Alçada e do Tribunal de Justiça Militar, os Juízes de Direito e os Juízes Auditores da Justiça Militar, os membros do MP (exceto o Procurador-Geral de Justiça), o Delegado-Geral da Polícia Civil e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

Quanto aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Vice-Governador, pelos Secretários de Estado, conexos com os daquele, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Procurador-Geral do Estado e até mesmo o Governador, serão eles processados e julgados, nos termos do § 2º do art. 49 daquele diploma paulista, por um Tribunal Especial, constituído de sete Deputados e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do TJ, que também o presidirá. Aliás, a Lei nº 1.079, de 10.04.1950, no seu art. 48, deixou a critério do Estado-membro a maneira de proceder a esse julgamento, acenando, inclusive, para esse Tribunal misto. Se cabe a esse Tribunal processar e julgar, funciona ele como Tribunal de Pronúncia e Tribunal de Julgamento. No Estado do Amazonas, por exemplo, se o Governador cometer um crime de responsabilidade, ofertada a denúncia por qualquer do povo, se a Assembléia, por 2/3 dos seus membros, acolher a acusação, o julgamento ficará afeto à própria Assembléia, nos termos do art. 56 da Constituição amazonense.

Urge observar que a nossa Corte Maior entende que as Constituições locais não podem conceder foro privativo a quem bem quiser e entender, mas, tão-somente, às pessoas que exercem funções simetizadas às daquelas às quais a

CF também confere essa garantia. Assim, perderiam esse foro, no Estado de São Paulo, o Delegado-Geral da Polícia Civil, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e o Comandante-Geral da Polícia Militar, ante a impossibilidade de se aplicar o princípio da simetria.

E se uma dessas pessoas que têm o TJ como foro privativo fixado apenas na Constituição local cometer um crime da alçada eleitoral ou federal? O STF, abordado ao puro bom senso, tem admitido um alargamento, tanto no que tange à sua competência originária *ratione personae vel muneris*, como no que respeita à dos demais Tribunais, não só nas hipóteses de conexão e continência, como também nas hipóteses de a pessoa ter o TJ como seu foro privativo por força exclusiva da Constituição local e vir a cometer crime eleitoral ou federal.

FREDERICO MARQUES doutrinava: "Se a competência originária dos tribunais superiores é antes *garantia* que privilégio, nada impede que as lacunas ou omissões sobre o assunto sejam cobertas pela analogia ou pelos princípios gerais do direito" (*Elementos de direito processual penal*, Forense, 1965, v. I, nº 109, p. 208).

E essa mesma lição foi apanhada e gasalhada, *una voce*, pelo Plenário da Excelsa Corte no julgamento do CJ 6.113/MT, instaurado entre os Tribunais de Justiça e Regional Eleitoral do Estado do Mato Grosso, em que se discutia sobre a competência para o processo e julgamento de Deputado Estadual pela prática de crime eleitoral. Enquanto aquele sustentava falta de jurisdição e este alegava que o Código Eleitoral, no seu art. 29, I, *d*, restringia a competência originária *ratione muneris* apenas aos Juízes Eleitorais, quando do cometimento de crime eleitoral, pelo que a competência seria do órgão de primeiro grau, a augusta Corte acolheu o voto do eminente Ministro **Moreira Alves** que, com profunda sensibilidade jurídica, e respaldado na melhor doutrina, considerou competente o TRE, *por aplicação analógica*, porquanto as normas sobre competência funcional – e nelas se situam as relativas à competência originária dos Tribunais (LIEBMAN, em nota à tradução brasileira das *Instituições de direito processual civil*, de CHIOVENDA, v. II, p. 267) – são suscetíveis de ter suas lacunas preenchidas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito... (RTJ, 91/62).

Ao que nos parece, é em decorrência não só de situar o foro pela prerrogativa de função, necessariamente, no segundo grau de jurisdição, como reconhecido naquela v. decisão retrocitada, como também, ante a omissão legislativa, e *por se tratar de garantia e não de privilégio*, que a Suprema Corte, *por força de compreensão*, tem admitido, tranqüila e remansosamente, a competência dos TRF e Eleitorais para o processo e julgamento de Prefeitos Municipais, Deputados Estaduais e Secretários de Estado e de outras pessoas que têm o foro privativo fixado exclusivamente nas Constituições locais, nas infrações da alçada da Justiça Comum Federal e da Justiça Eleitoral. Muito a propósito a 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.”

E obviamente esse mesmo preceito sumular estende-se a todas as pessoas que têm o TJ como seu foro privativo por determinação exclusiva da Constituição local: Deputados Estaduais, Secretários de Estado e todos aqueles que exercem funções simetrizadas às de autoridades da União.

Por outro lado, a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, além de atualizar a redação do art. 84 do CPP, acrescentou-lhe dois parágrafos. Diz o § 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.”

#### CESSAÇÃO DA FUNÇÃO

Se a infração for cometida após a cessação definitiva do exercício da função, não há falar em prerrogativa da função, desaparecendo assim o foro privativo, nos termos da Súmula 451 do STF. Ademais, se a infração fosse cometida durante o exercício da função, mesmo com a definitiva cessação desta, persistiria o foro privativo, de acordo com a Súmula 394 do STF, até porque Juiz natural é aquele competente à época da infração. A súmula, a nosso juízo, dizia o que era óbvio.

Até 24 de agosto de 1999 vigorava a referida Súmula 394, segundo a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Todavia, quando do julgamento do Inquérito nº 687/SP, em 25.08.1999, em sessão plenária, o STF cancelou esse preceito sumular e determinou que os processos que estivessem no Tribunal voltassem à primeira instância (*Informativo STF nº 159*).

A nós, nos pareceu, e nos parece, que o cancelamento não alterava a competência dos Tribunais. Se a CF, nos arts. 29, X, 96, III, 102, I, b e c, 105, I, a, e 108, I, a, e as Constituições Estaduais fixaram a competência especial por prerrogativa de função para as pessoas ali citadas, evidente que essa competência persistiria mesmo após a cessação do exercício funcional, desde que a infração houvesse sido cometida durante o exercício do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem instaurados após a cessação da função. De fato. Se *Juiz legal*, como ensina EBERHARD SCHMIDT, nos seus *Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (E.B.A., 1957, p. 325), “es aquel Tribunal cuya competencia resulta, en el momento del hecho, de las normas legales abstractas, cualquier otro Tribunal es tribunal de excepción”, parece claro que, se a infração foi cometida quando do

exercício funcional, a competência do Tribunal deve continuar. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, ao salientar que o princípio do Juiz natural apresenta tríplice significado: “a) ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo; c) em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente” (*Direito processual penal*, Coimbra, 1974, 1º v., p. 322). Assim, também CORDERO: “nessuno può essere giudicato da un organo istituito sucessivamente al fatto...” (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2ª ed., 1971, p. 128). Daí a regra do nº 7 do art. 32 da Constituição portuguesa:

“Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal, cuja competência esteja fixada em lei anterior”. Juiz natural, pois, é o Juiz pré-constituído por lei (GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. I, p. 52).

“Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural não há função jurisdicional possível.” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *O processo em sua unidade*, RT, 1984, v. II, p. 4).

Sempre vigorou o princípio de que o acusado deve ser processado e julgado pela autoridade competente ao tempo da prática da infração. Outro não é o sentido da expressão contida no inciso LIII do art. 5º da CF: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, compreendendo-se como tal não só o Juiz constitucionalmente competente, como também aquele com competência fixada *ante factum*. Se a Lei Maior atribuiu ao STF e a outros Tribunais competência para processar e julgar determinadas pessoas, *em razão do cargo*, evidente que a competência pelos crimes cometidos no exercício do cargo não pode ser alterada *post facto*. E, não bastasse essa regra que decorre do princípio do Juiz natural, o próprio STF, *enfaticamente*, firmou, na Súmula 394, o princípio de que, no caso de foro pela prerrogativa de função, cometida a infração durante o exercício funcional, a competência do Tribunal continuaria, mesmo cessada a função, pouco importando se o inquérito ou a ação penal fossem iniciados depois. Parece-nos que a súmula foi editada *ex abundantia*, porquanto o texto da Lei Magna era e é bastante. Com justa razão, observa JULIO MAYER: “*el único tribunal competente para el juicio es aquel designado*”



como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento" (*Derecho procesal penal argentino, 1b, Fundamentos, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, p. 491*).

Contudo, se o crime foi praticado antes da assunção ao cargo, obviamente não faz sentido o foro especial se por acaso a ação penal for instaurada após a cessação da função. Se for instaurada antes, sim. Por outro princípio: é a competência *ope constitutionis*.

Assim, *data maxima venia*, não cremos pudesse a Excelsa Corte determinar a remessa dos autos à primeira instância de todos os processos instaurados com fulcro naquela súmula, mormente os que estavam em curso.

Desse modo, a nosso juízo, não se pode conceber que, por um ato discricionário, fossem aquelas pessoas subtraídas do seu Juiz natural.

Mas, ainda que se diga que, cessada a função, cessaria a prerrogativa, e que a prerrogativa estava sendo respeitada em decorrência da súmula, é de observar então que o preceito sumular já nascera inconstitucional, posto haver criado um Juiz natural ao arrepio do ordenamento e, de conseguinte, todos aqueles que foram condenados pelos Tribunais em decorrência da Súmula 394 poderão ingressar no juízo revisional, em face da manifesta nulidade: juízo incompetente.

FREDERICO MARQUES indagava: o foro privilegiado ainda persiste se a pessoa que cometeu um crime quando ocupava algum dos cargos que dão direito ao privilégio vem, depois, a deixá-lo? E respondia que RENÉ GARRAUD adotava a orientação certa e verdadeira: "*la juridiction est déterminée par la qualité de l'inculpé, au jour où l'infraction qui lui est reprochée a été commise, et non pas au jour où s'exerce la poursuite*". A jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no instante do cometimento da infração que lhe é imputada, e não no dia em que o procedimento é instaurado (*Da competência em matéria penal, São Paulo, Saraiva, 1953, p. 230*). Assim, também BENTO DE FARIA: "... tal jurisdição é determinada pela qualidade do acusado no dia da prática delituosa que lhe for atribuída, pouco importando que não mais a possua na ocasião de ser iniciado o procedimento criminal" (*CPP, cit., v. I, p. 157*).

Ademais, mesmo que se afirme que cessada a função desaparece a competência especial, e com o respeito que merecem todos os pronunciamentos da nossa mais alta Corte, o cancelamento deveria vigorar para os casos futuros. *Tempus regit actus*. Pelo princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, os processos pertinentes àquelas pessoas que se beneficiaram da Súmula 394 deveriam continuar nos Tribunais. O litígio deve ser solucionado perante o juízo em que foi iniciado, como lembrava FREDERICO MARQUES (*Elementos, cit., v. I, p. 293*). Ou, segundo a fórmula latina, *ubi acceptum est semel iudicium, ibi est finem accipere debet*.

Observamos, contudo: se Mévio estiver sendo processado por um crime de estelionato e, em seguida, consegue eleger-se Deputado Federal, a competência se desloca, *ope constitutionis*, para o STF. Se a Mesa da Câmara não autorizar o andamento do processo, findo o mandato, não conseguindo ele a reeleição, os

autos retornam ao juízo de primeiro grau, que readquire a sua competência. Nesse sentido RTJ 121/423 e 124/19. Insta esclarecer que a Lei nº 10.628, de 24.12.2002, conforme vimos, deu nova redação ao art. 84 do CPP, atualizando-o e, ao mesmo tempo, acrescentando-lhe dois parágrafos. O primeiro deles tentou vivificar a Súmula 394 do STF. Falamos “tentou”, porquanto, na verdade, sua restauração se deu parcialmente.

Ali se diz persistir o foro pela prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública, quanto “aos atos administrativos do agente”... E quanto às condutas que não decorram de atos administrativos? Um homicídio, um estelionato, um atentado violento ao pudor, uma calúnia, uma injúria, enfim, uma conduta desprezada da função administrativa? A nós, nos parece que, qualquer que seja a infração cometida no exercício do cargo, para aqueles que gozam do foro privativo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação da função, a competência pela prerrogativa persistirá. Importa apenas indagar: quando da prática da infração, o agente estava no exercício da função? Se a resposta for positiva, já se sabe qual é o Juiz natural. Quando da votação da reforma do Judiciário, o Senado aprovou a proposta no sentido de se restabelecer o princípio de que o foro privativo prevalece, mesmo após a cessação do cargo ou função, tal como proclamava a Súmula 394 e, ao que parece essa proposta encontra-se na Câmara dos Deputados para a devida apreciação.

#### ACÇÃO DE IMPROBIDADE

Dispõe o § 2º, acrescido ao art. 84 do diploma processual penal:

“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...”

Esse preceito, *concessa maxima venia*, não malferiu a nossa Lei Magna, como se tem propagado. Antes, consona-se e se lhe harmoniza com o texto. Se a CF erigiu determinados Tribunais para processar e julgar as pessoas mais representativas do nosso cenário jurídico-político, como o Presidente da República, o Vice-Presidente, seus próprios Ministros, Deputados Federais, Senadores, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os membros dos Tribunais Superiores da República, do TCU, nossos Embaixadores, Ministros de Estado e Comandantes das Três Armas, em toda e qualquer infração penal, ressaltando-se, tão-somente, quanto aos crimes de responsabilidade, os seus próprios Ministros, o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, os membros do



Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, e bem assim as pessoas elencadas no art. 52, I, da CR, quando, então, o processo e julgamento são da exclusiva alçada do Senado Federal, Governadores, Desembargadores, membros dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, Juízes e membros do MP *etc.*, seria o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo, como dizia RUI, permitir aos Juízes de primeiro grau o julgamento da ação "civil" por improbidade administrativa em relação a essas pessoas que têm foro privativo, tendo em vista a natureza das sanções ali cominadas, dentre estas, a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, reprimendas eminentemente penais.

Assim, parece-nos claro que o § 2º do art. 84 do CPP se ajusta à CF.

Citando ANTEAU, observa CANOTILHO que, de acordo com antiga jurisprudência americana, os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution...* Trata-se mais de um princípio de integração hierárquico-normativa do que de um simples princípio de conservação de normas (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 1.111/1.112). Alie-se, por último, a velha e revelha presunção de constitucionalidade das leis. E haveria acentuada arritmia institucional pudesse a inferior instância, numa inversão de hierarquia, punir pessoas que a Constituição colocou sob a proteção dos Tribunais, sob o falso pretexto de estar julgando ações civis, quando se sabe que as condutas descritas na Lei de Improbidade sujeitam-se a uma pesada carga penal.

Ensina CARLOS MAXIMILIANO: "Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e, este, juridicamente nulo". (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 210, nº 179)

Não se nega possa ser promovida ação civil pública ou mesmo ação popular, na inferior instância, em relação a quem quer que seja, mesmo porque, na pior das hipóteses, a sanção consistiria na recomposição de eventual dano. Já em se tratando de improbidade administrativa, há sanções nitidamente penais... não se pode sequer estabelecer um paralelismo entre as conseqüências de uma decisão proferida numa ação popular e as decorrentes da sentença que julga procedente a ação de improbidade, o que confere à lei que a disciplina um acentuado caráter híbrido. A propósito, a lição do sempre lembrado FREDERICO MARQUES: "No plano formal, a natureza penal ou extrapenal do ilícito se distingue pelo caráter da sanção cominada, o que obriga a verificar-se, primeiro, qual o tipo da medida sancionadora para em seguida determinar-se se contém regra penal ou não penal o preceito primário a que se liga a *sanctio juris*" (*Curso de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. III, p. 101, n. 2).

Ora, a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, do CP, é efeito específico da condenação penal. No mesmo sentido, art. 55, VI, da CF; art. 16 da Lei nº 7.716, de 05.01.1989 (preconceito de raça ou de cor praticado por servidor público); art.

83 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 (crime referente à licitação pública cometido por servidor público); art. 4º do Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967; art. 2º da Lei nº 1.079, de 10.04.1950. Assim, se o art. 12, I, II e III da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, comina, além de outras sanções, a pena de perda do cargo ou função pública, não se pode negar ao referido diploma acentuado colorido penal.

Na hipótese da Lei nº 8.429/92, além de condutas que apresentam um misto de ilícito civil e ilícito penal, numa espécie de hermafroditismo jurídico, às vezes o texto repete com outras palavras, e com sanções mais rigorosas, as mesmas disposições do CP, de que são exemplos os incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º, incisos I e III do art. 11.

Antes da promulgação desse diploma, quaisquer daquelas condutas descritas nos incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º se amoldaria ao tipo descrito no art. 317 do CP, tão manifesta sua tipicidade; a descrita no art. 11, III, é praticamente a repetição do art. 325 do estatuto repressivo e, finalmente, a prevista no art. 11, II, do referido diploma, é muito mais rigorosa que a prevista no art. 319 do CP. Vejamos:

Código Penal. “Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

*Pena - detenção de 3 meses a 1 ano e multa.*

Art. 11, nº II, da Lei de Improbidade:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”

Pena - Art. 12, III: “Na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos”.

Vale aqui uma observação: no estatuto penal, exige-se mais para a integração do tipo - o elemento subjetivo específico -, qual seja, “satisfazer interesse” ou “sentimento pessoal”. Na Lei de Improbidade, ao invés, basta o indevido retardamento ou a omissão do ato de ofício, pouco importando se há, ou não, interesse pessoal (material ou moral). Em suma: se o “diploma civil” exigisse o elemento subjetivo do injusto, tal como o fez o legislador penal, não saberíamos nem mesmo qual a extensão da pena.



Perfeito o temor de ALCALÁ-ZAMORA: “... si en manos de cualquiera estuviere las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones...” (*ibidem*).

Não se deve deslembrar, e tampouco é ocioso repetir, serem inúmeras as sanções prescritas aos que forem condenados por infringência do art. 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 02.06.1992, inclusive perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 12). Haveria, então, uma subversão de hierarquia: o Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados Federais, Ministros e outras pessoas da mais alta representatividade dentro da contextura da organização política constitucional da nossa Pátria, perderem o cargo ou o mandato por ato de Juízes de primeira instância. *Concessa maxima venia*, e com todo o respeito àqueles que defendem tese contrária, negar validade constitucional ao § 2º do art. 84 do CPP é interpretá-lo de maneira vesga, desorientada e treslada.

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR

Como o § 1º do art. 125 da CF autorizou as Constituições Estaduais a fixarem a competência dos Tribunais, a paulista, no art. 81, conferiu ao TJM processar e julgar, privativamente, *nos crimes militares*, o Chefe da Casa Militar e o Comandante-Geral da Polícia Militar.

#### CRIME PRATICADO FORA DO ESTADO ONDE O BENEFICIÁRIO DE FORO PRIVATIVO EXERCE SUAS ATIVIDADES

Se a pessoa que tiver o TJ como foro privativo concedido exclusivamente pela Constituição local vier a cometer um crime comum fora do Estado onde exerce suas atividades, qual o órgão competente para o processo e julgamento? Obviamente, a competência será do TJ onde ela exerce suas atividades. Quando o STF, na sessão plenária de 1978, apreciou um conflito de competência em relação a um crime eleitoral cometido por um Deputado Estadual, o Ministro **Moreira Alves** observou: “A competência por prerrogativa de função se situa, necessariamente, no segundo grau de jurisdição” (RTJ 91/62). Sendo assim, se o Deputado Estadual baiano, por exemplo, vier a cometer um crime comum no Estado de São Paulo, o processo deve tramitar pelo TJBA. Considerando que a competência por prerrogativa de função se situa necessariamente no segundo grau de jurisdição e a impossibilidade de se atribuir o processo ao TJSP, que processa e julga apenas aquelas pessoas que exercem suas funções no Estado, a competência se desloca para o TJBA, onde ele exerce a atividade que lhe confere o foro privativo. É bem verdade que, em se tratando de Deputado Estadual, havia a Súmula 3 do STF, que proclamava (segundo a lição de PONTES DE MIRANDA)

que “a imunidade não passava dos limites do Estado-membro” (*Comentários à Constituição de 1934*, 1/492). Todavia, o art. 27, § 1º, da CF/88, mandando aplicar suas regras sobre imunidades aos Deputados Estaduais, obviamente tornou inócua aquele preceito sumular. As imunidades são de duas espécies: materiais e processuais. Dentre estas, destaca-se a prevista no § 3º do art. 53 da CF: apresentada denúncia em relação a um Deputado Estadual, uma vez recebida, será dada ciência à respectiva Casa que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até decisão final, sustar o andamento da ação. E, no exemplo dado, a Casa é o TJE em que o Deputado exerce suas atividades.

Não bastassem tais argumentos, há mais: da mesma forma que os TRF's processam e julgam as pessoas elencadas no art. 108, I, *a*, da CF, “da área de sua jurisdição”, o mesmo deve ocorrer, por aplicação analógica, com os TJ's: processam e julgam as pessoas sujeitas à sua jurisdição onde quer que cometam a infração penal. Observe-se até que, se um integrante da Polícia Militar de Pernambuco vier a São Paulo e aqui cometer um crime militar, o julgamento fica afeto ao Conselho de Justiça Militar daquele Estado, *ex vi* da Súmula 78 do STJ. Razão a mais para que se aplique o mesmo princípio em se tratando de competência dos TJ.

### O PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Dispõe a Constituição, no art. 25: “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Malgrado os Estados gozem de autonomia, esta não se confunde com soberania. Daí por que não podem as Constituições locais, segundo entendimento pretoriano, atribuir ao TJ competência para processar e julgar quaisquer pessoas, mas tão-somente aquelas que exercem funções análogas na União. Daí a tendência de os TJ's, observando o princípio da simetria de que trata o art. 25 da CF, concederem o foro privativo apenas às pessoas que, no âmbito federal, exercendo funções correspondentes, gozam do foro privativo. Nesse sentido, foi a decisão plenária do STF, se bem que por maioria, *verbis*: “Os Estados-membros têm competência para organizar a sua Justiça, com observância do modelo federal (art. 125, § 1º). A Constituição Estadual não pode conferir competência originária ao TJ para processar e julgar Procuradores do Estado e da Assembléia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal” (ADIn 2.587-2/GO, DJ 06.09.2002). Mesmo com referência aos vereadores, o STF considerou inconstitucionais, pela ausência de simetria, os dispositivos da Carta Magna do Piauí que lhes conferiam prerrogativa de foro *ratione muneris* (RT 741/554).



## NOSSO ENTENDIMENTO QUANTO À COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA *ratione personae vel muneris* DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Repensando sobre o assunto, uma vez que o foro pela prerrogativa de função deve situar-se no segundo grau de jurisdição, e uma vez que o TJ não tem jurisdição para processar e julgar infrações eleitorais ou da alçada da Justiça Comum Federal (salvo naquelas hipóteses em que a CF, podendo excepcionar a si própria, o fez - art. 96, III), a competência deve deslocar-se para o TRE ou TRF, conforme o caso.

Por isso mesmo, os Tribunais Superiores têm decidido que, nos crimes eleitorais cometidos por prefeitos, a competência é do TRE e, nos crimes da alçada federal, do TRF (STJ, CC 2850/92, DJ 09.08.1993, p. 15222; HC 4697, DJ 24.02.1997, p. 3.416). Na mesma esteira, se os crimes forem cometidos pelas pessoas que têm o TJ como foro privativo por força de disposição da Constituição local.

### O FORO PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O INSTITUTO DA CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Sabido qual o Tribunal competente para o processo e julgamento por prerrogativa da função, indaga-se: e se por acaso houver conexão ou continência envolvendo, também, pessoas desprovidas desse “privilégio”? Deverá haver junção ou disjunção dos processos? Respeitada a exceção quando se tratar de crime militar e outro que não o seja (art. 79, I, do CPP), a regra é a prevista no art. 78, III, do diploma processual penal (quando houver envolvimento de pessoas que têm o TJ ou o TRF como foro privativo e outras pessoas sem essa prerrogativa). Na verdade, se a jurisdição, quanto à categoria, distingue-se em superior e inferior, havendo conexão ou continência envolvendo a competência de uma e de outra, prevalece a de maior graduação (FREDERICO MARQUES, *Da competência em matéria penal*, 1953, p. 295). E essa unidade deve haver mesmo na hipótese de concurso entre órgãos de primeiro grau e Tribunais Superiores. Do contrário, eventual disjunção dos processos poderia carretar decisões conflitantes, com o inevitável desprestígio da Justiça. Daí a Súmula 704 do STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

### LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO CRIME

Insta esclarecer que, nessas hipóteses de competência originária *ratione muneris*, pouco importa qual tenha sido o *locus commissi delicti*. Em face da redação do art. 108, I, a, da CF (dando competência aos TRFs para processar e julgar os Juízes Federais da sua respectiva área) e considerando o art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, determinando que, no caso de prisão em flagrante de

Magistrado, deve a autoridade fazer imediata comunicação e sua apresentação ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado, não resta dúvida de que o processo e julgamento das pessoas que desfrutam do foro privativo, pouco importando o lugar onde se consumou a infração, devem tramitar perante o Tribunal sob cuja jurisdição estiver. A propósito: “*Ministério Público. Para julgamento de membro do MP, competente é o TJE onde ele exerce sua função, ainda que o delito tenha sido praticado em outro Estado da Federação*” (TJMG, RT 712/442).

### EXCEÇÃO

Se a pessoa tiver foro por prerrogativa de função concedido exclusivamente pela Constituição Estadual e vier a cometer um crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, à dicção da Súmula 721 do STF, a competência será do Tribunal do Júri e, desse modo, não havendo nenhuma razão que justifique a atração do Tribunal do Júri do Estado onde exerce suas funções, a competência será do Tribunal Popular do lugar onde ocorreu o fato, posto ser ininvocável o princípio do *parium suorum*.

---

(\*) FERNANDO TOURINHO FILHO é Promotor de Justiça aposentado e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara/SP.

---