

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FILIPPE ANDRETTA

A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO
DO JUIZ NATURAL

CURITIBA

2013

FILIFE ANDRETTA

A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DO PRINCÍPIO
DO JUIZ NATURAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia Jurídica como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CURITIBA

2013

Aos meus pais, Gilka e Ronei, pois toda conquista minha é sempre reflexo do esforço e do amor incondicional deles.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pelas aulas inigualáveis, e por ser exemplo de comprometimento.

Aos meus professores, não apenas os da Faculdade de Direito da UFPR, mas todos os mestres que participaram da minha formação – dentre eles, meus avós.

Às minhas irmãs, Lari, Brubs, Bella e Dani, pela companhia agradável no aconchego do lar.

Aos meus amigos.

À Fabi, por ser a melhor companhia, nos estudos e em todo o resto.

aqui
faço
o que todo mundo
faz
o que faço
tanto faz

Paulo Leminski

RESUMO

A prerrogativa de função no processo penal é matéria prevista em diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, a grande maioria deles inscrita na Constituição da República. Assim, ainda que haja muitas críticas à existência dessas prerrogativas, elas constituem regras de competência que não podem ser ignoradas. Portanto, enquanto vigentes, cumpre interpretá-las e aplicá-las à luz do princípio do juiz natural, pois esse é o único meio de garantir que não haja manipulação dos critérios de competência e, conseqüentemente, do conteúdo das decisões. Para tanto, é necessário inicialmente compreender as origens históricas e os significados desse princípio. A partir de tal concepção é possível perceber como os tribunais brasileiros frequentemente adotam posicionamentos que ignoram a existência do princípio do juiz natural, o que desvirtua os objetivos do instituto da prerrogativa de função. Desse modo, o objetivo do presente trabalho não é sugerir mudanças legislativas, mas apenas discorrer sobre a interpretação adequada que se deve dar às regras que dispõem sobre a competência originária dos tribunais para processar e julgar em matéria criminal.

Palavras-Chave: Prerrogativa de função. Juiz natural. Processo Penal. Competência.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

- CPP - Código de Processo Penal
- CR - Constituição da República Federativa do Brasil
- INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	08
2. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	10
2.1 ORÍGENS HISTÓRICAS.....	10
2.2 RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
2.3 TRIPLO SIGNIFICADO.....	14
3. A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	19
3.1 PRERROGATIVA OU PRIVILÉGIO.....	19
3.2 INCIDÊNCIA TEMPORAL DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	21
3.2.1 Fato penal contemporâneo ao exercício funcional.....	22
3.2.2 Fato penal anterior ao exercício funcional.....	29
3.2.3 Fato penal posterior à cessação do exercício funcional.....	31
4. OUTRAS QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	32
4.1 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA.....	32
4.2 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NOS CASOS DE COAUTORIA.....	35
4.2.1 Coautoria e prerrogativa de função nos crimes dolosos contra a vida.....	37
4.2.2 Concurso de agentes com prerrogativa de função perante tribunais diversos.....	40
4.2.3 A constitucionalidade da união processual.....	41
4.3 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DOS PREFEITOS.....	42
5. CONCLUSÕES.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O tema da prerrogativa de função se destaca em meio a outros assuntos jurídicos porque, além de ser amplamente debatido por juristas, não raro é comentado pelas mídias e também em conversas populares. Ainda que tratado por nomes diversos – como “foro privilegiado” ou “prerrogativa de foro” –, a questão é frequentemente abordada pela sociedade brasileira a partir de uma mesma perspectiva: a impunidade daqueles que gozam de prestígio político. Isso porque o senso comum elege a prerrogativa de função como um dos artifícios que permite aos poderosos se esquivarem das punições legais, e que assim contribui para que “tudo acabe em pizza”.

Não obstante parcela minoritária da doutrina adote entendimento semelhante, a maior parte dos juristas que disserta sobre o tema vê a prerrogativa de função com outros olhos. Esses afirmam que o instituto tem objetivos que justificam a diferenciação de ordem processual, tais quais a proteção das funções mais caras à democracia, a garantia da imparcialidade dos magistrados, a segurança da ordem hierárquica nos julgamentos, dentre outros.

Contudo, independentemente das divergências sobre o assunto, as prerrogativas de função têm previsão legal, principalmente em sede constitucional. Portanto, são regras que precisam ser interpretadas e aplicadas à luz do princípio do juiz natural, o qual deve ser o Norte em matéria de competência. Desse modo, o objetivo da presente pesquisa não é sugerir alterações na legislação pátria, ou comentar as propostas legislativas que buscam modificar as atuais regras de prerrogativa de função, mas sim verificar se essas têm sido interpretadas e aplicadas em conformidade com aquele princípio constitucional.

Assim, o ponto de partida será discorrer sobre o princípio do juiz natural. E não poderia ser diferente. Se a pretensão é adotá-lo como referência hermenêutica para as regras de prerrogativa de função, cumpre primeiramente defini-lo. Para tanto, é importante compreender as origens históricas do princípio, que estão atreladas à luta contra os privilégios odiosos e pelo fim da manipulação dos julgamentos. A partir disso será possível demarcar os significados e alcances da garantia constitucional do juiz natural no direito brasileiro.

Vencida a etapa inicial, a fase seguinte consistirá na análise da prerrogativa de função de modo geral. Nesse momento é necessário apreciar os argumentos da doutrina favoráveis e contrários ao instituto, de modo a entender as razões que sustentam a competência dos tribunais para processar e julgar originariamente em determinados casos. Tais fundamentos serão importantes para que se possa analisar as interpretações que se tem conferido às regras de prerrogativa de função.

Dentre os debates jurisprudenciais e doutrinários a propósito do tema, terão maior destaque aqueles sobre a incidência temporal da prerrogativa de função, os quais procuram definir quando se aplica a competência originária dos tribunais a partir da relação entre o momento do fato penal, o período do exercício funcional e o tempo da persecução criminal. Isso porque trata-se de questão pertinente a todas as regras de competência originária, mas alvo de decisões oscilantes e contraditórias que até hoje geram dúvidas quanto à solução aplicável aos casos concretos. Assim, o desafio será apontar qual a interpretação adequada segundo o princípio do juiz natural.

Ademais, outras questões polêmicas sobre prerrogativa de função serão igualmente selecionadas e debatidas para enriquecer as reflexões a respeito do assunto. O método permanecerá o mesmo, qual seja destacar os principais julgados quanto ao tema e contrapor algumas considerações doutrinárias, com o objetivo de identificar o entendimento que encontra amparo no princípio do juiz natural.

Por fim, muito embora o presente trabalho não tenha o intuito de apresentar as regras de competência originária dos tribunais em espécie, será destacada a prerrogativa de função dos prefeitos. Isso porque essa é provavelmente a mais debatida das regras de prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro, e assim se tornou rico exemplo de como o princípio do juiz não raro é ignorado pela doutrina e pela jurisprudência quando tratam sobre matéria de competência.

2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

2.1 ORÍGENS HISTÓRICAS

Hoje consagrado como garantia fundamental em diversas constituições modernas¹, o princípio do juiz natural é construção histórica decorrente da percepção de que a manipulação de regras processuais permite desvirtuar o próprio resultado do processo. Assim, a experiência jurídica ao longo do tempo levou à conclusão de que o órgão julgador competente para a análise de cada caso deve estar previsto através de preceitos rígidos, para não permitir que se escolha o juiz e, conseqüentemente, o conteúdo das decisões.

Desse modo, para Adelino Marcon², o mais seguro antecedente histórico do princípio do juiz natural é a Magna Carta do rei João Sem-Terra, de 1215. Muito embora o texto anglo-saxão não seja fruto de contexto democrático, mas sim de imposições da nobreza, nele formalizou-se regra específica de competência territorial ao determinar que os julgamentos fossem realizados por órgãos e pessoas do local em que o delito fora cometido³. Ademais, juristas como Antônio Scarance Fernandes⁴, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁵ e Jorge de Figueiredo Dias⁶ ressaltam ainda outros documentos ingleses importantes na história do princípio, como a Petition of Rights (1627) e a Bill of Rights (1688), pois nesses se buscou proibir os juízos extraordinários. A respeito do tema, Orlando Carlos Neves Belém⁷ afirma que “todo o processo histórico que determinou a restrição aos privilégios, numa visão abstratamente considerada, em síntese, possibilitou que a Inglaterra editasse vários textos normativos [...] em busca da contenção dos privilégios reais e de uma imperceptível afirmação dos direitos de uma classe e, posteriormente, de toda a sociedade inglesa”. Além disso, Ada Pellegrini Grinover⁸

¹ MARCON, A. **O princípio do juiz natural no processo penal**. p. 68-71.

² MARCON, A. **O princípio do juiz natural no processo penal**. p. 85.

³ FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. p. 123.

⁴ FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. p. 123.

⁵ CARVALHO, L. G. G. C. de. **Processo penal e Constituição – Princípios constitucionais do processo penal**. p. 112.

⁶ DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. v.1. p. 323.

⁷ BELÉM, O. C. N. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. p. 155-156.

⁸ GRINOVER, A. P. **O processo em sua unidade – II**. p. 08-09.

destaca também a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e as Constituições dos Estados Independentes (1776 a 1784) como marcos históricos na construção do princípio do juiz natural, e afirma que os Estados Unidos foram pioneiros ao inserir regras de distribuição de competência nos textos constitucionais.

Entretanto, a ampla maioria da doutrina converge ao afirmar que a consolidação do princípio do juiz natural teve início com a Revolução Francesa⁹. Isso porque “foi a partir desse lento e trabalhoso processo de autonomia que o pensamento jurídico iluminista teorizou a independência dos juízes dentro da doutrina da separação dos poderes”¹⁰.

De fato, já em 1789 foi extinto o direito dos nobres serem julgados pelas justiças senhoriais (o chamado foro privilegiado), afastado o poder de intervenção do rei nos julgamentos, e determinado que a justiça passasse a ser administrada por tribunais estabelecidos em lei¹¹.

Na sequência, a Lei 16-24 de agosto de 1790, além de ordenar a abolição dos privilégios em matéria de jurisdição, estipulou que “a ordem constitucional das jurisdições não poderá ser turbada, nem os jurisdicionados afastados dos seus juízes naturais por nenhuma comissão, nem por outras atribuições ou avocações senão as que determinadas pela lei”¹². Segundo Antônio Scarance Fernandes¹³, o referido diploma legal inaugurou o princípio do juiz natural a partir de três garantias:

O princípio manifesta-se inicialmente como tríplice garantia, opondo-se aos institutos da: a) comissão, com a proibição de juízes extraordinários, ex post facto, fora da organização judiciária; b) evocação, com a impossibilidade de derrogação de competência, impedindo-se o julgamento proferido por órgão diverso do previsto em lei, embora pertencente à organização judiciária; e c) atribuição, com a vedação de juízos especiais.

Contudo, Clara Maria Roman Borges¹⁴ adverte que o princípio, do modo como disposto em 1790 (e posteriormente consagrado na Constituição de 1791¹⁵), permitia o afastamento do juiz natural se a lei assim estabelecesse, pois refletia o

⁹ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 168.

¹⁰ FERRAJOLI, L. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. p. 540.

¹¹ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 61-66.

¹² COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 169.

¹³ FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. p. 123.

¹⁴ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 67.

¹⁵ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 168.

ideal francês iluminista de que a vontade popular – expressa através dos legisladores – tudo podia alterar.

Por isso, ainda que contemplado na Constituição Francesa de 1795, o princípio consagrou-se de forma mais ampla apenas na Constituição de 1814, a qual proibiu que a vontade geral legalmente instituisse comissões e tribunais extraordinários¹⁶ (salvo para as jurisdições *prévôtales*¹⁷). A partir de então, o princípio se propagou entre as legislações europeias, principalmente nas constitucionais¹⁸.

Desse modo, verifica-se que a ideia de juiz natural nasce também da repulsa aos privilégios odiosos no âmbito processual, de modo a estabelecer uma relação íntima com as noções de isonomia, imparcialidade e devido processo legal, conforme disciplina Luigi Ferrajoli¹⁹:

Quando Sir Edward Coke negou a Jaime I a concreta potestas iuris dicundi, e os juizes franceses fizeram o mesmo com o rei da França, ou impediram o pároco de Paris de tomar o lugar em seu tribunal, eles expressaram não só uma moção de independência em relação à autoridade delegante, mas também um protesto contra a lesão de valores de imparcialidade e certeza do juiz produzidas por alterações post factum da ordem normal de competências. [...] Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juizes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juizes e os mesmos procedimentos.

2.2 RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio do juiz natural esteve formalmente previsto já na primeira Constituição Brasileira, outorgada pelo imperador D. Pedro I em 1824²⁰, e foi

¹⁶ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 75.

¹⁷ “Que concerne à jurisdição dos prévôts, ou seja, nome que se dava a certos oficiais ou magistrados encarregados de uma jurisdição durante o *Acieèn Regime*” (COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 170).

¹⁸ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 171.

¹⁹ FERRAJOLI, L. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. p. 543.

²⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta. XVII. A excepção das Causas, que por sua natureza

novamente contemplado na Constituição Republicana de 1891²¹. Todavia, para Clara Maria Roman Borges²², essas primeiras redações do princípio no Brasil apresentaram falhas, porquanto não esclareceram de modo satisfatório que o juiz deve ter sua competência definida taxativamente por lei anterior ao fato. O mesmo erro não se repetiu com a Constituição de 1934²³, na qual, segundo a jurista, o princípio do juiz natural foi garantido com a mais extensa significação.

Por outro lado, na Constituição Brasileira de 1937 não houve qualquer menção ao princípio do juiz natural. Conforme bem observa Adelino Marcon²⁴, a brecha legal abriu espaço para a atuação repressora do Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1935 com o objetivo inicial de julgar os adversários políticos de Getúlio Vargas, e que se tornou poderoso instrumento antidemocrático durante o Estado Novo.

O retorno do princípio à ordem constitucional brasileira aconteceu em 1946²⁵, mas não demorou muito para ser mutilado pela ditadura militar. Tanto a Constituição de 1967²⁶ quanto a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969²⁷ se limitaram a proibir o foro privilegiado e os tribunais de exceção, mas não estabeleceram que os julgamentos fossem realizados por juízes competentes. Novamente, a omissão

pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

²¹ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

²² BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 79.

²³ Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 25. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas. § 26. Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

²⁴ MARCON, A. **O princípio do juiz natural no processo penal**. p. 81-83.

²⁵ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26. Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

²⁶ Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

²⁷ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção.

constitucional serviu de abrigo à manipulação dos órgãos jurisdicionais, o que é típico de regimes sustentados pela repressão e pelo autoritarismo.

Por fim, a atual Constituição da República, promulgada em 1988, prevê o princípio do juiz natural como garantia fundamental – e, portanto, cláusula pétrea – através do art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da seguinte maneira:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 XXXVII. não haverá juízo ou tribunal de exceção;
 LIII. ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

2.3 TRIPLO SIGNIFICADO

A atual redação do art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CR é exaltada pela doutrina porque não deixa margem a dúvidas²⁸, uma vez que anuncia, ainda que implicitamente, o tripé que sustenta o princípio do juiz natural²⁹. Para ilustrar esse tríplice significado, é indispensável transcrever os ensinamentos Jorge de Figueiredo Dias³⁰:

- a) Ele [o princípio do juiz natural] 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 explicar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio de *irretroatividade*: 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. Daqui a proibição de jurisdições de exceção, i. é., jurisdições ad hoc criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras *gerais* de competência; o que não obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.

²⁸ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem.** p. 173.

²⁹ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural.** p. 87.

³⁰ DIAS, J. de F. **Direito processual penal.** v.1. p. 322-323.

No que concerne ao plano da fonte, cumpre ressaltar que o jurista português menciona a lei de modo amplo, sem delimitar o sentido da palavra. Por outro lado, Maria Lúcia Karam³¹ defende que são as regras constitucionais sobre competência que contêm o valor de legitimar o exercício da jurisdição, porquanto expressam os interesses de ordem pública com maior relevância no processo. Neste passo, complementa que as regras infraconstitucionais sobre competência estão relacionadas somente à maior conveniência da administração da justiça, mas que passam também a funcionar como instrumentos de viabilização da proibição do juízo ou tribunal de exceção, de modo a assegurar a presença do juiz natural no processo.

Quanto à referência temporal, que igualmente compõe o princípio do juiz natural, salienta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho³² que a competência já está fixada no momento e no local da consumação do delito ou, no caso de tentativa, no local do último ato de execução (nos termos do art. 70, do CPP³³). Desse modo, sustenta a não aplicabilidade plena do art. 2º do mesmo diploma legal³⁴, haja vista que a alteração de regras de competência só tem incidência para casos futuros – o que alguns denominam regra do *tempus criminis regit iudicem*³⁵. Por isso, Coutinho lamenta o posicionamento assumido por Frederico Marques³⁶, o qual defendeu que as regras processuais em matéria de competência também devem ser imediatamente aplicadas, mesmo aos processos que já estiverem em andamento. Infelizmente, tal entendimento segue sustentado por alguns juristas, como Paulo Rangel³⁷ e Roberto Luis Luchi Demo³⁸, bem como pela jurisprudência:

³¹ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 64-67.

³² COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 172-173.

³³ Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. § 1º. Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução. § 2º. Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado. § 3º. Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

³⁴ Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

³⁵ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 7.

³⁶ MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. p. 46.

³⁷ RANGEL, P. **Direito processual penal**. p. 377.

³⁸ DEMO, R. L. L. **Competência penal originária – uma perspectiva jurisprudencial crítica**. p. 209-210.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. DELITO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.299/1996. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELO JUIZ AUDITOR MILITAR NO CURSO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA AUDITORIA MILITAR ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 9.299/1996 AOS PROCESSOS EM CURSO. NULIDADE DO FEITO. 1. A Lei 9.299/1996 incluiu o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar, consignando que os crimes nele tratados, quando dolosos contra a vida e praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum. 2. O mesmo diploma legal acrescentou, ainda, um parágrafo no artigo 82 no Código de Processo Penal Militar, determinando que a Justiça Militar encaminhe os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum, nos casos de crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil. 3. Diante de tais modificações, esta Corte Superior de Justiça adotou o entendimento de que, diante da incidência instantânea das normas processuais penais disposta no artigo 2º do Código de Processo Penal, a Lei 9.299/1996 possui aplicabilidade a partir da sua vigência, de modo que todas as investigações criminais e processos em curso relativos à crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil devem ser encaminhados à Justiça Comum. 4. No caso dos autos, embora o suposto homicídio praticado pelo recorrente, policial militar, contra vítima civil, remonte ao ano de 1994, quando ainda não vigia a Lei 9.299/1996, o certo é que antes mesmo do início da instrução processual, e diante do advento do citado diploma legal, o Juiz Auditor Militar declinou da competência para a Justiça Comum, determinação que foi ignorada pela Auditoria Militar, que proferiu sentença condenatória no feito. 5. Assim, como à época em que julgado o delito em tese praticado pelo recorrente já competia ao Tribunal do Júri apreciar o feito, uma vez que a Lei 9.299/1996 já estava em vigor, a sentença proferida pela Auditoria da Justiça Militar do Estado do Espírito Santo é nula, já que oriunda de Juízo absolutamente incompetente. [...] 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para anular o processo desde descumprimento do despacho do Juiz Auditor Militar que declinou da competência para a Justiça Comum, devendo o feito ser remetido a uma das Varas Criminais de Guarapari/ES.³⁹

A respeito do assunto, Jorge de Figueiredo Dias⁴⁰ esclarece que o princípio do juiz natural não proíbe que uma nova lei redefina as atribuições de competência, mas veda, sim, a criação posterior ao fato de um juiz, ou a possibilidade arbitrária de se determinar o juiz competente. Caso contrário, “estariamos então, na verdade, perante *actos políticos* norteados somente pela *raison d’État*, que acabam por inevitavelmente se dirigir ‘a um tratamento discriminatório e por isso incompatível com os cânones do Estado-de-direito’”. Isso porque, conforme bem disciplina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴¹ “mudar a competência depois de ter sido ela fixada só cabe para violar o princípio de garantia individual, seja para beneficiar alguns, seja para prejudicar outros, seja por puro comodismo”.

³⁹ STJ, RHC n.º 25.384, do Espírito Santo, Quinta Turma, rel. o Min. Jorge Mussi, julg. em 07/12/2010, D.J. de 14/02/2011.

⁴⁰ DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. v.1. p. 326.

⁴¹ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 172.

Por último, o princípio do juiz natural ainda implica existência de ordem taxativa de competência, sem a qual os dois primeiros aspectos estariam prejudicados, pois a lei, ainda que anterior ao fato, seria insuficiente se resultasse na possibilidade de que dois ou mais juizes fossem competentes para atuar simultaneamente no mesmo caso penal.

Além disso, o princípio do juiz natural estaria igualmente prejudicado se o juiz competente pudesse declinar ou delegar a outro o poder jurisdicional, de modo que tal garantia só tem eficácia se atrelada ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição⁴². “Essa é a razão elementar pela qual a competência é exclusiva de quem a detém e excludente dos demais, tudo de modo a se chegar, a partir dos critérios de sua distribuição, a um juízo único para o ato processual”⁴³.

Para tanto, Jorge de Figueiredo Dias⁴⁴ assevera ser imprescindível que a organização fixa dos tribunais seja específica ao ponto de regulamentar o âmbito de atuação de cada um de seus órgãos, de modo que a acusação saiba a qual autoridade deve se dirigir, uma vez que lhe não resta – e não deve restar – qualquer opção. Propõe, então, o jurista português um método trifásico com o intuito de determinar em concreto o tribunal competente:

- a) Qual o tribunal que, segundo a sua *espécie* [...], deve conhecer de um caso penal *de certa natureza* [...]? Trata-se aqui do problema da determinação da *competência material*,
- b) Qual o tribunal que, entre os da mesma espécie materialmente competente para o caso, deve, segundo a sua *localização* no território, ser chamado para conhecer e decidir concretamente de uma certo facto? É o problema da determinação da *competência territorial*.
- c) A determinação da competência relativa aos dois índices apontados – material e territorial – é feita pela lei tendo em atenção o desenvolvimento *inicial* do caso e, assim o seu processamento em *primeira instância*. Há pois que responder ainda a uma terceira questão, qual é a de determinar o tribunal (ou tribunais) competente(s) para o desenvolvimento do processo ou de singulares actos processuais *fora da actividade cognitiva de primeira instância (competência hierárquica)*, ou – dentro da mesma instância – *para certas fases da prossecução processual*. [...] costuma a doutrina abrangê-la no designativo comum de *competência funcional*.

Sobre o mesmo tema, mas ao tratar especificamente do processo penal brasileiro, Aury Lopes Jr.⁴⁵ sustenta que os primeiros critérios a serem observados são relativos à matéria e pessoa, para definir a “Justiça” (dentre as especiais ou

⁴² LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 450-451.

⁴³ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 173.

⁴⁴ DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. v.1. p. 328-331.

⁴⁵ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 453-455.

comuns) e o nível de jurisdição da atuação originária. Na sequência, caso a competência seja da Justiça de primeiro grau, resta ainda definir o foro e, por derradeiro, a vara ou juízo. Já Renato Brasileiro de Lima⁴⁶ leciona que, definida a aplicação da lei penal brasileira, deve-se fazer análise detida da denominada *Competência de Justiça*. Por conseguinte, se o acusado não for contemplado com prerrogativa de função, impõe-se o estudo da competência territorial e, por fim, da competência do Juízo, na qual cumpre analisar as questões de distribuição e prevenção, juízos especializados, conexão e continência.

De toda forma, o que é necessário sublinhar neste momento é que o princípio do juiz natural impõe existência de critérios legais, taxativos e previstos anteriormente ao fato que se quer investigar. Somente assim é possível prever abstratamente de antemão qual o único órgão jurisdicional competente para atuar em determinado momento de um processo criminal. Desse modo, todo fato que vier a ser processado terá, desde o momento da sua gênese, o juiz natural que lhe é reservado.

⁴⁶ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 01-03.

3 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A prerrogativa de função é a competência legalmente atribuída a um tribunal para processar e julgar originariamente réu que exerce função pública de especial relevância. Não se trata, portanto, de competência funcional, uma vez que essa diz respeito à competência de cada autoridade jurisdicional para o exercício de determinados atos nas diversas fases processuais. Por outro lado, a prerrogativa de função se refere à particular situação do sujeito ativo do crime, que indica a competência material⁴⁷. Por esse motivo, não parece correta a expressão “prerrogativa de foro”, uma vez que remete à idéia de competência territorial, igualmente inadequada.

3.1 PRERROGATIVA OU PRIVILÉGIO?

Embora alguns juristas aleguem que o tratamento processual diferenciado decorrente das regras de prerrogativa de função resulte em desigualdade insustentável⁴⁸, a previsão abstrata de prerrogativa de função não configura privilégio pessoal. Isso porque tem na fonte o interesse de ordem pública de proteger com excepcional amplitude o livre exercício funcional daqueles que ocupam os cargos de principal relevância no quadro institucional democrático⁴⁹.

Ademais, a doutrina atribui à prerrogativa de função o papel de evitar a subversão hierárquica⁵⁰ e assim também assegurar a independência e imparcialidade do órgão jurisdicional⁵¹ – para que esse esteja menos vulnerável à influência, seja do réu, seja contra ele⁵².

⁴⁷ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 108.

⁴⁸ Marcelo Semer, por exemplo, sustenta que “o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridade é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição” (SEMER, M. **A síndrome dos desiguais**. p. 11).

⁴⁹ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 112-113.

⁵⁰ MARQUES, J. F. **Da competência em matéria criminal**. p. 65.

⁵¹ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 479.

⁵² DEMO, R. L. L. **Competência penal originária – uma perspectiva jurisprudencial crítica**. p. 181.

Desse modo, há pelo menos dois aspectos que diferenciam a prerrogativa de função de privilégio. Primeiramente, porque aquela não é destinada à pessoa que está sendo processada, mas à função que ela exerce. Ou seja, a previsão abstrata diz respeito ao cargo, o qual pode ser ocupado por cidadãos indeterminados. Assim, não há privilégio no sentido odioso do termo, pois esse só existiria se a ordem legislativa atribuísse a tribunal especial competência para processar ou julgar grupo determinado de pessoas⁵³.

Em segundo lugar, o processamento e julgamento originário do feito por um tribunal não raro se torna desvantajoso ao réu, visto que reduz (ou mesmo esgota) as possibilidades recursais do acusado⁵⁴. Para alguns, isso caracteriza a inexistência de duplo grau de jurisdição nos casos de prerrogativa de função, porque mesmo quando couber recurso, esse não poderá reexaminar toda a matéria de fato e de direito⁵⁵. O assunto, todavia, é muito debatido, especialmente em vista da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José), cujo art. 8º, 2, “h”⁵⁶, teria suprido a omissão da CR quanto ao princípio do duplo grau de jurisdição. Entretanto, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 79.785⁵⁷, o STF decidiu que aquela Convenção Internacional não tem o condão de contrariar o texto constitucional, no qual propositalmente não se previu possibilidade recursal em algumas hipóteses em que prevalece a competência originária dos tribunais.

Além disso, outro exemplo de possível prejuízo decorrente da prerrogativa de função advém da recente Lei Complementar n.º 135/10 (popularmente denominada Lei da Ficha Limpa), que alterou a Lei Complementar n.º 64/90. A partir da promulgação daquele diploma legal, consideram-se inelegíveis as pessoas condenadas por órgão judicial colegiado em hipóteses específicas⁵⁸, ainda que a decisão não tenha transitado em julgado. Nesse caso, a prerrogativa pode ser desfavorável ao réu, pois permite que ele seja declarado inelegível tão logo condenado pelo tribunal ao qual compete a análise originária do caso.

⁵³ MARQUES, J. F. **Da competência em matéria criminal**. p. 64.

⁵⁴ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 480.

⁵⁵ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 256.

⁵⁶ Art. 8º. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

⁵⁷ STF, RHC n.º 79.785, Tribunal Pleno, rel. o min. Sepúlveda Pertence, julg. em 29/03/2000, D.J. de 22/11/2002.

⁵⁸ Essas hipóteses estão previstas no art. 1º, inciso I, alíneas “d”, “e”, “h”, “j”, “l”, “n” e “p” da Lei Complementar n.º 64/90.

Logo, a prerrogativa de função e o foro privilegiado não comungam da mesma raiz e, portanto, não podem ser utilizadas como expressões sinônimas. Ademais, as denominações “foro privilegiado” e “privilégio de função” trazem em si mesmas tom irônico, pois aqueles que as utilizam sabem – ou deveriam saber – que tais expressões sugerem algo inconstitucional.

No entanto, isso não impede que algumas regras de competência originária sejam elaboradas e interpretadas sob o pretexto de proteger o exercício funcional, mas tenham como objetivo velado instituir benefícios processuais sem qualquer fundamento. Para Gilmar Ferreira Mendes⁵⁹, por exemplo, a antiga redação do art. 53 da CR⁶⁰ era passível de críticas, pois impedia o curso de processo criminal contra parlamentares sem a licença prévia da respectiva Casa Legislativa. Contudo, essa regra foi revista e, após a Emenda Constitucional n.º 35/01, os processos penais contra parlamentares passaram a ter tramitação regular, com sua eventual suspensão condicionada a uma manifestação da mesma Casa.

Todavia, não basta que as regras de competência originária estejam em conformidade com os fundamentos teóricos democráticos que sustentam a existência da prerrogativa de função. É também imprescindível que elas sejam interpretadas à luz do princípio do juiz natural. Caso contrário, ainda que a prerrogativa não constitua um privilégio pessoal, a simples manipulação da competência pode se tornar um meio eficaz de beneficiar determinado réu.

3.2 INCIDÊNCIA TEMPORAL DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

As regras de prerrogativa de função atribuem a tribunal competência originária para processar e julgar o réu que exerce determinado cargo. Logo, essa relação contempla três elementos com características temporais autônomas: a) o exercício da função; b) o fato imputado como crime; e c) a persecução penal. Afinal, o delito pode ocorrer antes, durante, ou depois do exercício funcional. Do mesmo

⁵⁹ MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. p. 525.

⁶⁰ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. § 1º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

modo, o desempenho do cargo pelo réu pode ser anterior, contemporâneo ou posterior à investigação ou ao processo.

Contudo, raramente o texto legal prevê de forma explícita qual o arranjo necessário entre esses elementos para que haja a incidência da prerrogativa de função. Tal omissão legislativa foi interpretada de formas diversas por parte da doutrina, e resultou em julgados oscilantes e contraditórios dos tribunais brasileiros.

3.2.1 Fato penal contemporâneo ao exercício funcional

Não há dúvida de que a prerrogativa de função estará assegurada quando o fato imputado como crime for cometido e o processo penal finalizado durante o desempenho do cargo. Nesse caso, tanto o suposto delito quanto a persecução criminal estão atrelados à função e, conseqüentemente, à competência originária do tribunal para processar e julgar o caso. A discussão cinge-se, portanto, às hipóteses em que o exercício da função cessa antes ou durante a investigação ou processo criminal.

O primeiro entendimento do STF sobre a questão ficou consagrado na Súmula n.º 394, editada em 1964, que dispunha da seguinte maneira: “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”⁶¹.

Porém, essa Súmula foi cancelada em 25/08/1999, no julgamento de questão de ordem suscitada no Inquérito n.º 687, quando o Plenário do STF entendeu que a competência da Corte não mais subsistia para processar ex-deputado federal por crime de tráfico de entorpecentes cometido durante o mandato parlamentar⁶². Naquela oportunidade, argumentou o Ministro Relator Sydney Sanches que a CR não é explícita ao contemplar com prerrogativa de função aqueles que já deixaram, por qualquer motivo, de ocupar o cargo. Asseverou ainda que as prerrogativas de função devem ser interpretadas restritivamente, e que são

⁶¹ STF, Súmula n.º 394, Sessão Plenária de 03/04/1964, D.J. de 12/5/1964.

⁶² STF, Inq n.º 687 QO, de São Paulo, Tribunal Pleno, rel. o Min. Sydney Sanches, julg. Em 25/08/1999, D.J. de 30-09-1999.

voltadas à proteção da função, e não da pessoa que a exerce. Todavia, o Ministro valeu-se também de argumentos de conteúdo político (como ele próprio advertiu) que merecem especial destaque:

26. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte.

Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República.

E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas.

E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse.

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

28. Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional.

Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles.

Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juizes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicia as garantias que justificaram a Súmula 394.

30. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até generosamente, sem paralelo no Direito Comparado.

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

Na mesma sessão, o Ministro Sepúlveda Pertence propôs edição de nova Súmula, segundo a qual a competência originária estaria assegurada mesmo depois do término da função, desde que o crime fosse cometido no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo. O magistrado sabiamente sustentou que ao titular da prerrogativa de função mais importa tê-la assegurada para o julgamento futuro dos atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o

protegem. Compartilha do mesmo entendimento Gilmar Ferreira Mendes⁶³ ao afirmar que um dos objetivos primários da prerrogativa de função é conferir a tranquilidade necessária ao exercício de certos cargos públicos, e que para tanto é imprescindível garantir que esses atos funcionais não venham a ser questionados no juízo ordinário.

Contudo, a sugestão do Ministro Sepúlveda Pertence foi rejeitada por maioria de votos e a Súmula n.º 394 cancelada por unanimidade. Ademais, o STF entendeu que a decisão teria eficácia *ex nunc* e determinou a remessa dos autos à Justiça de 1º grau com a preservação dos atos praticados até então pelo Tribunal.

Entretanto, na visão de parte dos juristas brasileiros, o cancelamento da Súmula n.º 394 do STF viola o princípio do juiz natural⁶⁴. De fato, é inegável que a decisão permite mudança da competência após a prática do suposto delito, o que vai de encontro à limitação temporal que compõe um dos três elementos daquele princípio⁶⁵. Desse modo, o julgamento da questão de ordem no Inquérito n.º 687 do STF foi um marco negativo na jurisprudência brasileira, pois nele prevaleceram argumentos primordialmente políticos que abriram possibilidades de manipulação da competência, conforme ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶⁶:

Como devem recordar todos, o e. STF, depois de fixada a competência – e quiçá porque o caso fosse muito complexo e tivesse tido uma grande repercussão, o que não diz nada para o deslinde da questão, embora, infelizmente, possa ter dito –, decidiu por “se livrar” dela, declinando-a. Tal julgamento, sem embargo de não ter sido o primeiro e nem o último nessa matéria, foi paradigmático em razão de se ter, de certa forma, “liberado” a todos para dizerem – e fazerem – qualquer coisa sobre a matéria, um pouco no melhor estilo “vale tudo” desde que seja justificável retoricamente a violação da Constituição. Em tal tema, como referido, não tem meio termo: fixada a competência, tem-se o juiz natural; e não se mexe mais! Todas as soluções aos problemas sugeridos, mormente funcionais (o acúmulo de processos em uma Vara, Câmara ou Turma, como se deu, não raro, com os casos em que eram réus prefeitos municipais, ocorridos antes da CF/88), passam por outras soluções, mas não se pode desprezar a CF, sob pena de ela não ser efetiva nunca, por força do casuísmo.

Aquela decisão, contudo, foi posta em cheque com a promulgação da Lei n.º 10.628/02, que alterou a redação do art. 84 do CPP e incluiu dois parágrafos ao mesmo dispositivo, nos seguintes termos:

⁶³ MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. p. 527.

⁶⁴ MARCON, A. **O princípio do juiz natural no processo penal**. p. 123.

⁶⁵ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 114.

⁶⁶ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 175.

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.

§ 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.

Conforme se observa, o primeiro parágrafo adicionado pela Lei n.º 10.628/02 retomou parcialmente a orientação da extinta Súmula n.º 394 do STF⁶⁷. Com efeito, o diploma legal deixou claro que a competência originária dos tribunais impera mesmo para as investigações ou processos que tenham iniciado após o término do desempenho funcional, desde que o crime seja relativo a atos administrativos do agente. Tal redação é muito próxima àquela proposta como nova Súmula pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Inquérito n.º 687, rejeitada pela maioria do Plenário do STF. Além disso, o segundo parágrafo estendeu a prerrogativa de função também para as ações de improbidade administrativa.

A partir da edição da Lei n.º 10.628/02, “os processos que, com a revogação da Súmula n.º 394, tinham ‘caído’, ou seja, redistribuídos para juízes de primeiro grau, foram novamente encaminhados para os tribunais assegurados pela prerrogativa de foro”⁶⁸. Entretanto, a promulgação desse diploma legal gerou imediata reprovação de parcela da doutrina. Paulo Rangel⁶⁹, por exemplo, descreve como absurda a ampliação da competência constitucional dos tribunais por meio de lei ordinária. Além disso, entende que aquela lei criou “foro por prerrogativa de ex-função”, não só para crimes, mas também para ações civis públicas, o que fere o princípio da igualdade.

Contudo, os dois parágrafos do art. 84 do CPP tiveram vida breve no ordenamento jurídico brasileiro. Já em 05/09/2005 o Plenário do STF julgou procedente as ADI n.º 2.797 e 2.860, e assim declarou inconstitucional a Lei n.º

⁶⁷ DEMO, R. L. L. **Competência penal originária – uma perspectiva jurisprudencial crítica**. p. 207.

⁶⁸ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 481.

⁶⁹ RANGEL, P. **Direito processual penal**. p. 370-371.

10.628/02⁷⁰. Por maioria de votos, a Corte acolheu o entendimento do Ministro Relator Sepúlveda Pertence de que a extensão do foro por prerrogativa de função seria incompatível com a Constituição em virtude do vício formal de ter sido instituída por meio de lei ordinária. Além disso, considerou que o dispositivo legal refletia tentativa do Congresso de neutralizar o cancelamento da Súmula n.º 394, o que fere a competência do STF como guardião da Constituição.

Posteriormente, foram acolhidos embargos declaratórios das referidas ADI, e novamente o STF concluiu que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos do art. 84 do CPP teriam eficácia *ex nunc*, com a preservação da validade dos atos processuais que haviam sido praticados até 15/09/2005 em ações de improbidade, inquéritos e processos penais, contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro⁷¹.

Nesse momento, parecia clara a intenção do STF de adotar a atualidade do exercício do cargo como fator determinante para a aplicabilidade da prerrogativa de função. Segundo tal entendimento, assim que o réu deixa de exercer o cargo, cessa a competência originária do tribunal para processar o feito. Todavia, o STF hesitou quanto à adequação do critério adotado ao se deparar com um novo problema: a renúncia de mandato às vésperas do julgamento.

Essa situação foi enfrentada pela Suprema Corte em uma das questões de ordem suscitadas na Ação Penal n.º 333, haja vista ter o réu renunciado ao mandato de deputado federal quando o julgamento já estava pautado⁷². Por seis votos a quatro, o STF decidiu em 05/12/2007 que não tinha mais competência para julgar o feito. Assim, aplicou o critério da atualidade do exercício da função que outrora justificou o cancelamento da Súmula n.º 394 do STF, segundo se denota do seguinte trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

A segunda questão suscitada diz respeito exatamente à eficácia da renúncia do réu parlamentar, deputado federal, no plano processual. Nesse ponto, com a devida vênia daqueles que pensam em sentido contrário, entendo que a manutenção da condição de parlamentar por parte do réu constitui uma condição objetiva de procedibilidade, imprescindível, *data*

⁷⁰ STF, ADI n.º 2.797 e 2.860, do Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. o Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005, D.J. de 19/12/2006.

⁷¹ ADI 2797 ED, do Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. o Min. Menezes Direito, rel. para acórdão o Min. Ayres Britto, julgado em 16/05/2012, D.J. de 27/02/2013.

⁷² STF, AP n.º 333, da Paraíba, Tribunal Pleno, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, julg. em 05/12/2007, D.J. de 10/04/2008.

vênia, para a continuidade da tramitação da ação penal perante o Supremo Tribunal Federal.

A renúncia, a não-reeleição, a perda do mandato por qualquer das hipóteses previstas na Constituição faz cessar, inapelavelmente, penso eu, a prerrogativa do foro especial, taxativamente prevista na Constituição. Esse, aliás, foi o principal argumento que levou à revogação da Súmula 394.

Porém, o mesmo entendimento não prevaleceu na Ação Penal n.º 396⁷³. A questão de ordem suscitada nesse processo, cumpre ressaltar, foi idêntica àquela da Ação Penal n.º 333, qual seja a renúncia do réu ao mandato de deputado federal às vésperas do julgamento por crime comum perante o STF. Contudo, na sessão ocorrida no dia 28/10/2010 prevaleceram os argumentos da Ministra Relatora Cármen Lúcia, acompanhada de sete outros magistrados (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio), a qual entendeu que a renúncia configurava abuso de direito, pois com esse ato o acusado pretendia se esquivar da competência da Suprema Corte e postergar o julgamento do caso:

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoa, menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de penas.

No caso em pauta, o abandono do mandato pode se dar na espécie, afastando-se o réu do cargo que ocupava. Mas daí a ele poder subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude processual inaceitável e que frustra até mesmo regras constitucionais não apenas de competência (art. 55, inc. VI, da Constituição), mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente.

Por isso, os efeitos da renúncia somente se estendem com o que seja legítimo no ordenamento, como forma de desincumbir-se o renunciante do encargo, mas não como mecanismo de se subtrair ele de débitos que tenha com a Administração Pública ou, principalmente, com a sociedade.

Desse modo, o julgamento da Ação Penal n.º 396 deixou evidente que desde o cancelamento da Súmula n.º 394 o STF não consegue adotar um posicionamento convincente sobre a competência originária dos tribunais para processar e julgar pessoas acusadas de cometer crimes quando ainda desempenhavam cargos contemplados com a prerrogativa de função. De fato, a Suprema Corte construiu em 1999 um critério objetivo (a atualidade do exercício da

⁷³ STF, AP 396, de Rondônia, Tribunal Pleno, Rel. a Min. Cármen Lúcia, julg. em 28/10/2010, D.J. de 27/04/2011.

função), mas foi obrigada a abandoná-lo quando se deu conta de que, em determinadas hipóteses, permitia ao réu escolher o juiz do caso.

E não se pode dizer que esse problema não era previsível. Ainda na década de 1950, José Frederico Marques⁷⁴ alertou que se a competência dependesse da permanência no cargo ficaria ao arbítrio não apenas do acusado – ao qual bastaria deixar de exercer a função –, mas também do Poder Público, nos casos em que se pode demitir ou exonerar o réu daquele posto. Por essa razão Gilmar Ferreira Mendes sustenta que a prerrogativa de função é uma proteção ao cargo que o autor do fato não tem a faculdade de renunciar, ainda que prefira ser julgado por órgão inferior, pois isso configuraria uma fraude à garantia do juiz natural e, conseqüentemente, à Constituição. Pelo mesmo motivo, salienta o Ministro Francisco Rezek⁷⁵ que o uso do termo “prerrogativa” foi uma impropriedade linguística do legislador, pois a palavra indica que haveria uma opção por parte do réu, o que não é verdade.

Mas, além de refletir o abandono da atualidade do exercício da função como critério da competência originária dos tribunais, o julgamento da Ação Penal n.º 396 pelo STF demonstrou o rompimento dessa Corte com os argumentos que fundamentaram o cancelamento da Súmula n.º 394. Afinal, em 1999 venceu o entendimento de que a prerrogativa de função protege exclusivamente o cargo, que a Constituição não estende tal prerrogativa àqueles que não mais exercem a função, e que o STF não deveria interpretar ampliativamente a questão, uma vez que os tribunais já tinham dificuldades para exercer as competências explícitas, haja vista o grande volume processual. Em contrapartida, em 2010, o STF invocou novos argumentos (mormente o abuso de direito do réu) para julgar ex-deputado federal originariamente, e assim passou por cima da sustentação anterior.

Ademais, é importante frisar que todas as vezes que o entendimento jurisprudencial sobre o tema foi alterado, diversos processos penais em andamento tiveram os autos redistribuídos, como se a mera preservação dos atos até então praticados fosse suficiente para neutralizar o descaso com a questão da competência. Esse fato, nas sábias palavras de Aury Lopes Jr.⁷⁶, “é um imbróglio

⁷⁴ MARQUES, J. F. **Da competência em matéria criminal**. p. 230-231.

⁷⁵ STF, HC N.º 69.344, do Rio de Janeiro, Segunda Turma, rel. o Min. Néri da Silveira, julg. em 22/09/1992, D.J. de 18/06/1993.

⁷⁶ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 481.

que só serve para demonstrar o quanto se manipulam os critérios de competência nesse país, e que a garantia do juiz natural é apenas um adereço teórico”.

Portanto, é certo que fatos penais contemporâneos ao exercício da função devem ser processados e julgados originariamente pelo tribunal competente, independentemente de o réu ter deixado de ocupar o cargo. Essa é uma conclusão lógica decorrente do princípio do juiz natural: a competência criminal é fixada no momento do delito, por lei anterior a ele, e não pode ser modificada.

3.2.2 Fato penal anterior ao exercício funcional

O STF sempre acolheu o entendimento de que o advento da investidura do indiciado ou acusado em função contemplada com prerrogativa de foro atribui imediatamente competência originária para processar e julgar o caso ao respectivo tribunal. Contudo, houve muitos debates jurisprudenciais sobre a validade dos atos praticados antes da alteração da competência.

Inicialmente, entendeu o STF que a diplomação e posse de um dos denunciados no mandato de deputado federal durante a tramitação do processo implicava remessa desse à Suprema Corte na condição anterior de mero inquirido, por efeito da nulidade absoluta dos atos decisórios⁷⁷. Posteriormente, prevaleceu a compreensão de que são válidos os atos praticados quando o suposto autor do fato ainda não exercia a função com prerrogativa de foro, porquanto exercidos por órgão jurisdicional competente naquele momento⁷⁸.

A discussão, porém, é sintoma do mesmo problema destacado no ponto anterior, o qual tem como origem a adoção do critério da atualidade do exercício da função para determinar a competência criminal. Com efeito, não houvesse a atribuição de competência originária decorrente de fatos posteriores ao suposto crime, não haveria deslocamento da competência no curso da investigação ou do processo.

⁷⁷ STF, Inq n.º 141, de São Paulo, Tribunal Pleno, Rel. o Min. Soares Munoz, julg. em 22/06/1983, D.J. de 12/08/1983.

⁷⁸ STF, Inq n.º 571 QO, do Distrito Federal, Tribunal Pleno, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. em 26/02/1992, D.J de 05/03/1993.

Entretanto, não se pode negar que há fortes argumentos para sustentar a incidência da prerrogativa de função após o fato penal, devido à investidura do indiciado ou do réu no cargo. Afinal, se a prerrogativa tem como objetivo proteger a função, não importa quem a exerça, seria interessante que ela alcançasse inclusive as persecuções penais em andamento. Ademais, o deslocamento da competência para o tribunal poderia assegurar a tranquilidade e a independência de quem julga, pois afastaria a hipótese de subversão hierárquica no curso da investigação ou do processo penal⁷⁹.

Todavia, por mais relevantes que sejam tais argumentos, aceitá-los significa necessariamente permitir que fatos posteriores ao suposto crime alterem a competência criminal. E isso é algo que se não pode admitir.

Trata-se, sem dúvida, de uma questão delicada, pois não há solução que contemple simultaneamente a garantia do juiz natural e as proteções especiais destinadas às funções contempladas com a prerrogativa. Mas, como bem ensina Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “para se fazer efetiva a regra constitucional, há que se pagar um preço, o preço da democracia”⁸⁰. E para garantir um processo democrático, é imprescindível assegurar primeiro o juiz natural, pois se a persecução penal for conduzida por juízo designado com manipulação das regras de competência, nenhuma proteção especial será suficiente para impedir um resultado tendencioso. De fato, conforme disciplina Orlando Carlos Neves Belém⁸¹, “o Princípio do Juiz Natural antecede a todos os aspectos que conduzem o processo judicial criminal”.

Neste passo, é importante frisar que em determinadas situações a prerrogativa de função está vinculada a cargos comissionados, nos quais os agentes podem ser admitidos ou demitidos *ad nutum*. É o caso, por exemplo, dos Ministros de Estado, os quais têm a prerrogativa disciplinada no art. 52, I⁸², e art. 102, I, “c”⁸³,

⁷⁹ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 480.

⁸⁰ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. p. 175.

⁸¹ BELÉM, O. C. N. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. p. 107.

⁸² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I. processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

⁸³ 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 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;

ambos da CR. Logo, permitir que a investidura nessas funções implique imediata alteração da competência criminal é aceitar que o juiz da causa seja modificável com extrema facilidade.

Portanto, se o fato penal for anterior ao exercício da função, não deve haver prerrogativa de foro, ainda que o autor do fato seja investido no cargo antes mesmo do início das investigações criminais⁸⁴. Não obstante esse não seja o entendimento dos tribunais brasileiros, trata-se da única solução que respeita a garantia do juiz natural e que, por isso, deve ser adotada.

3.2.3 Fato penal posterior à cessação do exercício funcional

Os crimes praticados após o término do exercício funcional não serão contemplados com a prerrogativa de função. Essa é uma conclusão lógica, uma vez que a competência originária dos tribunais em matéria penal justifica-se como meio para garantir o exercício do cargo, e não para proteger quem o exerce ou exerceu⁸⁵.

Esse posicionamento encontra-se pacificado nos tribunais brasileiros através da Súmula n.º 451 do STF: “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”⁸⁶. Não há dúvida de que tal entendimento está de acordo com o princípio do juiz natural, porquanto no momento do pretense crime o autor do fato não exerce função que justifique a imediata incidência de competência originária.

⁸⁴ RANGEL, P. **Direito processual penal**. p. 372.

⁸⁵ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 268.

⁸⁶ STF, Súmula n.º 451, Sessão Plenária de 01/10/1964, D.J. de 12/10/1964.

4. OUTRAS QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

4.1 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

A competência originária dos tribunais para processar e julgar crimes dolosos contra vida é um ponto que necessita análise cuidadosa. A questão aparece em face do art. 5º, XXXVIII, “d”, da CR, o qual expressamente assegura à instituição do Júri a competência para julgar aqueles delitos, o que gera aparente conflito de normas.

Para responder tal questionamento, o primeiro passo é identificar a fonte legislativa que institui a prerrogativa de função. Quando essa estiver prevista na CR, entende Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁷ – acompanhado pela vasta maioria da doutrina – que prevalece a competência originária dos tribunais, porquanto essa constitui exceção claramente estabelecida pelo próprio legislador originário ao art. 5º, XXXVIII, “d”. A prevalência da prerrogativa de função ocorre, portanto, em função do princípio da especialidade⁸⁸.

Sobre o tema, Maria Lúcia Karam⁸⁹ destaca que ao inserir a competência do Júri no art. 5º, o constituinte conferiu ao cidadão o direito fundamental de, “sendo acusado da prática de crime doloso contra a vida, ser submetido a um julgamento imotivado onde as questões de fato se avaliem em um exame guiado unicamente pela consciência do julgador, assegurada a soberania do veredito assim pronunciado”. Porém, ressalva que isso não é suficiente para afastar a competência por prerrogativa de função prevista na CR, pois essa reflete a opção política de mitigar a garantia individual e priorizar o interesse público que fundamenta a competência originária dos tribunais:

[...] o constituinte fez uma opção política, que, embora criticável, há que ser observada: no confronto entre o direito individual do cidadão que ocupa determinados cargos públicos de ser submetido a julgamento pelo júri, quando lhe for imputada prática de crime doloso contra a vida, e o

⁸⁷ TOURINHO FILHO, F. da C. **Código de Processo Penal Comentado**. p. 196.

⁸⁸ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 272-273.

⁸⁹ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 121-124.

interesse do Estado em garantir a preservação da dignidade e da relevância daqueles determinados cargos públicos, através da intervenção no processo tão somente de órgãos jurisdicionais de graduação superior, optou o constituinte pelo sacrifício do direito individual em prol de um interesse da coletividade (que, pelo menos em tese, o Estado representa).

A jurista sustenta ainda que a inversão desse raciocínio é desejável, mas que somente seria possível através do regular procedimento de emendas ao texto constitucional. Além disso, defende uma possível harmonização entre a competência do Júri e a prerrogativa de função. Para tanto, bastaria que ao tribunal de competência originária coubesse apenas a admissibilidade da acusação e a presidência da sessão de julgamento, enquanto o veredito final seria atribuição dos jurados⁹⁰. Entretanto, essa não é uma hipótese contemplada atualmente na CR. De fato, todos os dispositivos constitucionais que instituem prerrogativa de função para crimes comuns (dentre os quais estão os dolosos contra a vida) são claros ao atribuir a competência originária para julgar, e não para apenas atuar nas fases de postulação e instrução do processo criminal⁹¹.

Esse, inclusive, foi um dos argumentos trazidos através do voto do Ministro Joaquim Barbosa em questão de ordem concernente à competência do STF para julgar crime de homicídio imputado a parlamentar federal, na Ação Penal n.º 333⁹². O relator aduziu também que não prevalece tese de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo que a garantia individual prevista no art. 5º, XXXVIII, “d”, não tem o condão de afastar as ressalvas previstas pelo próprio constituinte ao atribuir competência originária para os tribunais. Nessa oportunidade, a Suprema Corte confirmou tal entendimento⁹³, em consonância com o que havia julgado no *Habeas Corpus* n.º 69.344⁹⁴.

Entretanto, nem sempre a prerrogativa de função está prevista na CR. É comum que os Estados Membros estabeleçam em suas Constituições a competência originária do respectivo Tribunal de Justiça e da Assembléia Legislativa para processar e julgar crimes comuns e de responsabilidade, com base no art. 125,

⁹⁰ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 125-126.

⁹¹ Vide art. 29, X; art. 96, III; art. 102, I; art. 105, I; art. 108, I; todos da CR.

⁹² STF, AP n.º 333, da Paraíba, Tribunal Pleno, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, julg. em 05/12/2007, D.J. de 10/04/2008.

⁹³ Entretanto, o STF entendeu que sua competência não mais subsistia, visto que o parlamentar renunciara ao mandato dias antes do julgamento, conforme explicado no ponto 2.2.1 desta dissertação.

⁹⁴ STF, HC n.º 69.344, do Rio de Janeiro, Segunda Turma, rel. o Min. Néri da Silveira, julg. em 22/09/1992, D.J. de 18/06/1993.

§ 1º, da CR⁹⁵. Além disso, há também leis federais que instituem prerrogativas de função, como ocorre no art. 78 da Lei n.º 1.079/50⁹⁶. Nesses casos, a competência do Júri prevalece sobre as prerrogativas de função, tendo em vista a hierarquia superior da norma contida no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Lei Maior. Esse entendimento foi acertadamente adotado pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 78.168⁹⁷, o qual foi um dos principais precedentes da Súmula n.º 721⁹⁸, editada pela Suprema corte em 24/09/2003, com a seguinte redação: “A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”.

A Súmula n.º 721, no entanto, não é seguida ao pé da letra pelo STF. De fato, a Suprema Corte continua a interpretar que a prerrogativa de função instituída por Constituição Estadual pode prevalecer sobre a competência do Júri, desde que haja simetria com prerrogativa estabelecida pela CR. Neste sentido foi a decisão no *Habeas Corpus* n.º 95.485⁹⁹, na qual o STF entendeu que a competência para processar e julgar deputado estadual por crime de homicídio era do Tribunal de Justiça do Alagoas. Isso porque a Constituição desse ente federativo estabelece a prerrogativa àquela função parlamentar, a qual é reflexo e extensão das prerrogativas previstas nos artigos 27, § 1º¹⁰⁰, e 53, § 2º¹⁰¹, da CR.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Art. 78. O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado, senão à perda do cargo, com inabilitação até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum. § 1º. Quando o tribunal de julgamento fôr de jurisdição mista, serão iguais, pelo número, os representantes dos órgãos que o integrarem, excluído o Presidente, que será o Presidente do Tribunal de Justiça. § 2º. Em qualquer hipótese, só poderá ser decretada a condenação pelo voto de dois terços dos membros de que se compuser o tribunal de julgamento. § 3º. Nos Estados, onde as Constituições não determinarem o processo nos crimes de responsabilidade dos Governadores, aplicar-se-á o disposto nesta lei, devendo, porém, o julgamento ser proferido por um tribunal composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate. A escolha desse Tribunal será feita - a dos membros do legislativo, mediante eleição pela Assembléia; a dos desembargadores, mediante sorteio. § 4º. Esses atos deverão ser executados dentro em cinco dias contados da data em que a Assembléia enviar ao Presidente do Tribunal de Justiça os autos do processo, depois de decretada a procedência da acusação.

⁹⁷ STF, HC n.º 78.168, da Paraíba, Tribunal Pleno, rel. o Min. Néri da Silveira, julg. em 18/11/1998, D.J. de 29/08/2003.

⁹⁸ STF, Súmula n.º 721, Sessão Plenária de 24/09/2003, D.J. de 13/10/2003.

⁹⁹ STF, HC n.º 95.485, do Alagoas, Primeira Turma, rel. o Min. Marco Aurélio, julg. em 24/05/2011, D.J. de 29/07/2011.

¹⁰⁰ Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. § 1º. Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema

Criticável, porém, a adoção desse critério pelo STF. Ainda que as prerrogativas de função estabelecidas pelas constituições estaduais estejam espelhadas em regras da CR, o fundamento legal daquelas não se altera – é fruto de lei elaborada pelo poder constituinte derivado. Logo, a supremacia hierárquica do art. 5º, XXXVIII, “d”, da Lei Maior é inegável, razão pela qual deve prevalecer sobre a competência originária dos tribunais de justiça decorrente das constituições estaduais. Além disso, a Suprema Corte assume interpretação contrária à Súmula n.º 721, o que torna nebulosa a definição do juiz natural para o caso concreto.

4.2 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NOS CASOS DE COAUTORIA

Nas hipóteses de coautoria em que um dos réus tem prerrogativa de função, questiona-se se a competência originária do respectivo tribunal se estende aos demais acusados. Em análise aos julgados do STF, verifica-se que a tendência da Suprema Corte é responder afirmativamente, conforme decidido pelo Tribunal Pleno na seguinte ocasião:

EMENTA: Exceção de incompetência. Co-réus de autoridade sujeita a competência criminal do Supremo Tribunal Federal. - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que sua competência se prorroga, em virtude das normas sobre conexão e continência, para estender-se a acusados que não gozem do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal. Exceção de incompetência improcedente.¹⁰²

O STF já havia firmado o mesmo entendimento no *Habeas Corpus* n.º 68.846¹⁰³, oportunidade em que foi questionada a competência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para atuar em caso que envolvia crimes de peculato contra o INSS, cometido por diversas pessoas, dentre elas um juiz de direito daquele

eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

¹⁰¹ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

¹⁰² STF, Pet n.º 760, do Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. o Min. Moreira Alves, julg. em 08/04/1994, D.J. de 17/06/1994.

¹⁰³ STF, HC n.º 68.846, do Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, rel. o Min. Ilmar Galvão, julg. em 02/10/1991, D.J. de 16/06/1995.

Estado. No julgamento em Plenário, foi vencido o voto do relator, Ministro Ilmar Galvão, o qual entendeu pela necessidade de cisão processual: enquanto o juiz de direito seria processado e julgado no Tribunal de Justiça, os demais acusados seriam processados e julgados em primeira instância da Justiça Federal, visto que a natureza dos delitos determinava a aplicação do art. 109, IV, da CR¹⁰⁴, o qual não cede às regras infraconstitucionais de conexão e continência. Contudo, prevaleceu a interpretação de que a competência criminal tem *vis attractiva*, de modo que todos os denunciados seriam processados e julgados perante o Tribunal de Justiça, com fundamento na prerrogativa de função prevista no art. 96, III, da CR¹⁰⁵.

O STF procurou pacificar tal entendimento através da Súmula n.º 704¹⁰⁶, editada em 24/09/2003: “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”.

A redação dessa Súmula, porém, é extremamente infeliz. Ao afirmar que a união processual perante o tribunal de competência originária não viola a garantia do juiz natural, o STF definiu apenas que essa é uma solução possível. Todavia, não esclareceu se a cisão processual também é uma alternativa. Em outras palavras, a Súmula n.º 704 não definiu coisa alguma.

Isso levou parcela da doutrina a afirmar que a unidade de processos não é obrigatória quando um dos réus dispõe da prerrogativa de função. Segundo Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁷, por exemplo, nessas hipóteses o relator pode determinar a separação processual caso vislumbre motivo relevante que a recomende, conforme disposto no art. 80 do CPP¹⁰⁸. Compartilha do mesmo ponto de vista Alberto Vilas Boas¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV. os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

¹⁰⁵ Art. 96. Compete privativamente: III. aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹⁰⁶ STF, Súmula n.º 704, Sessão Plenária de 24/09/2003, D.J. de 13/10/2003.

¹⁰⁷ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 274.

¹⁰⁸ Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

¹⁰⁹ VILAS BOAS, A. **Código de processo penal: anotado e interpretado**. p. 149-150.

Esse entendimento foi aplicado em 2011 pelo STF para decidir questão de ordem aventada no Inquérito n.º 2.601¹¹⁰, o qual contava com vários indiciados, dentre eles dois parlamentares federais. Na ocasião, o Tribunal Pleno foi unânime ao determinar o desmembramento do feito, de modo a manter a competência do STF para processar e julgar somente aqueles dois agentes com prerrogativa de função.

Tal interpretação, no entanto, não encontra amparo no texto constitucional e representa clara afronta à garantia do juiz natural. Conforme destacado, “a competência é exclusiva de quem a detém e excludente dos demais”¹¹¹, e somente lei anterior ao fato penal é fonte legítima para determiná-la. Logo, é inaceitável que a decisão sobre a união ou cisão processual seja discricionária. Caso contrário, o que se admite é a manipulação da competência em matéria criminal e todos os problemas que a acompanham. Ademais, é a Constituição que deve orientar a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, não o contrário. Assim, o art. 80 do CPP (o qual, diga-se de passagem, não foi recepcionado, porque incompatível com o princípio do juiz natural assegurado na CR) não pode pautar a interpretação das regras de competência.

4.2.1 Coautoria e prerrogativa de função nos crimes dolosos contra a vida

Conforme ressaltado no capítulo 4.1, a competência constitucional da instituição do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida leva a interpretação diferenciada das regras de prerrogativa de função. Essa peculiaridade tem reflexos também nos casos de coautoria em que ao menos um dos indiciados ou acusados dispõe de prerrogativa de função.

Inicialmente, é importante destacar que se a prerrogativa tiver como fundamento norma de constituição estadual ou de qualquer legislação infraconstitucional, a competência é do Tribunal do Júri, pelos motivos anteriormente explicados. Mas, nos casos em que regra inscrita na CR determina competência

¹¹⁰ STF, Inq n.º 2.601 QO, do Rio de Janeiro, Tribunal Pleno, rel. o Min. Celso de Mello, julg. em 20/10/2011, D.J. de 16/05/2013.

¹¹¹ COUTINHO, J. N. de M. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem.** p. 173.

originária para processar e julgar um dos supostos autores do delito, há divergências dentro da doutrina e da jurisprudência brasileira sobre qual a interpretação adequada.

Juristas como Aury Lopes Jr.¹¹² e Renato Brasileiro de Lima¹¹³ sustentam que deve haver a cisão processual, de modo que somente o réu com prerrogativa de função seja processado e julgado originariamente pelo respectivo tribunal. Isso porque a competência do Júri é constitucional e, assim, só pode ser mitigada por outra da mesma hierarquia, o que impede a incidência da norma que determina a unidade do processo e julgamento em razão da continência (art. 77, I, do CPP¹¹⁴), bem como a aplicação da Súmula n.º 704, do STF.

A Suprema Corte, por maioria de votos do Plenário, havia adotado o mesmo posicionamento no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 69.325¹¹⁵, em 17/06/1992 (ou seja, antes da edição da Súmula n.º 704). Nessa sessão, o Ministro Francisco Rezek argumentou que o comparecimento ao Tribunal do Júri é um direito fundamental previsto na CR ao corréu que não goza de prerrogativa de função, e que esse direito não pode lhe ser negado por regras infraconstitucionais. Posteriormente, em 21/09/1993, a Segunda Turma do STF reforçou esse entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 70.581¹¹⁶, quando destacou que a atuação de órgãos diversos integrantes do Poder Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.

Por outro lado, Paulo Rangel¹¹⁷ defende que a competência originária do tribunal prevalece sobre a competência da instituição do Júri, visto que ambas são constitucionais, mas aquela é de maior graduação. Desse modo, entende que se aplica a regra do art. 78, III, do CPP¹¹⁸, com o objetivo de unificar o processo com todos os réus e, assim, evitar decisões conflitantes entre órgãos jurisdicionais

¹¹² LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 489-490.

¹¹³ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 275-276.

¹¹⁴ Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I. duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração.

¹¹⁵ STF, HC n.º 69.325, de Goiás, Tribunal Pleno, rel. o Min. Néri da Silveira, rel. p/ acórdão o Min. Marco Aurélio, julg. em 17/06/1992, D.J. de 04/12/1992

¹¹⁶ STF, HC n.º 70.581, do Alagoas, Segunda Turma, rel. o Min. Marco Aurélio, julg. em 21/09/1993, D.J. de 29/10/1993.

¹¹⁷ RANGEL, P. **Direito processual penal**. p. 362-363.

¹¹⁸ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: III. no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação.

diferentes. No mesmo sentido foi a decisão da Segunda Turma do STF no *Habeas Corpus* n.º 83.583¹¹⁹, em 20/04/2004:

EMENTA: COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRACÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, a), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes. 2. HC indeferido.

Portanto, desde a edição da Súmula n.º 704, em 24/09/2003, a tendência do STF é unificar os processos de crimes dolosos contra a vida perante o tribunal que tem competência para julgar ao menos um dos corréus, em contrapartida às decisões tomadas pela Suprema Corte na primeira metade da década de 1990. Mas, a matéria segue indefinida na jurisprudência pátria, conforme se verifica da seguinte decisão tomada em 03/12/2008 pelo STJ:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. AUTORIA INTELECTUAL IMPUTADA A DESEMBARGADOR E SEU CÔNJUGE. COMPETÊNCIA. REGRAS FIXADAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. OBRIGATORIEDADE. NECESSIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA COMPETÊNCIA PRORROGADA E PREVENTA DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE DO RECEBIMENTO DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA PELO JUÍZO DO PRIMEIRO GRAU E DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O MESMO JUÍZO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. A norma constitucional de competência, somente excluída por outra da mesma natureza e hierarquia, afasta a incidência da norma legal que determina a unidade de processo e julgamento em razão da continência. 2. Em caso de co-autoria em crime doloso contra a vida, o privilégio de foro ostentado por um dos agentes, porque desembargador, não atrai para competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do outro envolvido, que deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, seu juiz natural. Precedentes do STF e do STJ. 3. O reconhecimento da competência do Tribunal do Júri para processar e julgar a reclamante não prescinde da prévia desconstituição da competência até então prorrogada e preventa deste Superior Tribunal de Justiça em decorrência de anterior deferimento de quebra dos sigilos bancário e telefônico dos acusados, que não podia ser ignorada nem pelo Ministério Público, nem pelo Juízo do primeiro grau, nos seus efeitos jurídico-processuais. 4. Declaração de nulidade do recebimento do aditamento da denúncia pelo Juízo do primeiro grau, exclusão da reclamante da condição de investigada no inquérito fluente neste Superior Tribunal de Justiça e de todas as medidas probatórias

¹¹⁹ STF, HC n.º 83.583, da Paraíba, Segunda Turma, rel. a Min. Ellen Gracie, julgado em 20/04/2004, D.J. de 07/05/2004.

jurisdicionais a ela relativas, com declinatória de competência para o Juízo do Júri. 5. Reclamação parcialmente procedente.¹²⁰

4.2.2 Concurso de agentes com prerrogativa de função perante tribunais diversos

Se um caso penal envolve corréus com prerrogativa de função perante tribunais diferentes, o raciocínio para conhecer o juiz natural deve ser semelhante àquele dos processos de crimes dolosos contra a vida praticados em coautoria. Assim, o primeiro passo é identificar a fonte normativa da prerrogativa. Se apenas um dos agentes a tem em decorrência de regra da CR, a competência desse tribunal atrai os corréus, haja vista a superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico e a aplicabilidade das normas de conexão e continência previstas no CPP.

Entretanto, não raro os casos penais envolvem dois ou mais réus que desempenham cargos diversos, mas contemplados pela CR com prerrogativa de função perante tribunais distintos. Nessas hipóteses, Renato Brasileiro de Lima¹²¹ conclui pela necessária cisão processual, uma vez que as regras infraconstitucionais de conexão e continência não prevalecem sobre as normas de competência originária com sede na Lei Maior:

Mas, se ambos os acusados pela prática de crime comum tiverem foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal (v.g., Promotor de Justiça perante o TJ, e Desembargador perante o STJ)? Novamente, devemos nos ater ao fato de que ambas as competências estão previstas na Constituição Federal: a do Tribunal de Justiça para processar e julgar Promotor de Justiça (CF, art. 96, inciso III); a do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de desembargadores (CF, art. 105, I, "a"). Se assim o é, não se pode admitir que a norma constitucional do art. 96, III, seja colocada em segundo plano em virtude de normas processuais penais – continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, inciso I) -, prevalecendo a jurisdição de maior graduação nos casos de conexão ou continência (CPP, art. 78, III). Ora, a continência e a conexão não podem alterar uma competência fixada na Constituição, de natureza absoluta. [...] De mais a mais, o argumento de ordem prática no sentido de se evitar, mediante a reunião de ações penais em um *simultaneus processus*, decisões conflitantes, não se sobrepõe à competência funcional estabelecida em norma de envergadura maior.

¹²⁰ STJ, Rcl n.º 2.125, do Ceará, Corte Especial, rel. o ministro Hamilton Carvalhido, julg. em 03/12/2008, D.J. de 05/02/2009.

¹²¹ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 275-277.

Mas, assim como fez nos casos de coautoria em delitos dolosos contra a vida, o STF já decidiu diferentemente ao determinar a reunião processual perante o tribunal de maior graduação. No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 91.437¹²², a Segunda Turma entendeu que membro do Ministério Público do Estado do Piauí deveria ser julgado pelo STJ, haja vista a conexão com crimes imputados a desembargador. Nesse julgamento, espanta um dos argumentos trazidos pelo Ministro Cezar Peluso, segundo quem o então paciente (Promotor de Justiça) não tinha interesse jurídico para requerer a reunião processual, visto que a jurisdição especial do STJ é garantia constitucional de mais justo julgamento em relação ao Tribunal de Justiça. Desse modo, sustentou o Ministro relator que a atração por conexão configurou “favor constitucional” irrenunciável. Os fundamentos dessa análise, porém, são equivocados em diversos níveis. Primeiramente, porque parte da premissa infundada de que os tribunais de maior graduação proferem decisões mais justas, o que afastaria o interesse do acusado de ser processado e julgado por órgão hierarquicamente inferior. Ademais, ainda que isso fosse verídico, a função do STF nesse episódio específico não era entregar a competência ao tribunal mais justo, mas sim identificar qual o juiz natural para o caso penal. Logo, é óbvio que o interesse jurídico na demanda existe não apenas por parte do paciente, mas também de toda a sociedade, uma vez que a matéria de competência é de ordem pública. Conforme bem disciplina Ada Pellegrini Grinover¹²³, “mais do que direito subjetivo da parte e para além de conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial”.

4.2.3 A constitucionalidade da união processual

A questão da união processual nos casos de coautoria discutidos nos dois últimos subtítulos, entretanto, não deve ser vista da perspectiva do confronto entre CR e regras infraconstitucionais, uma vez que essas complementam aquela. Assim,

¹²² STF, HC n.º 91.437, do Piauí, Segunda Turma, rel. o Min. Cezar Peluso, julg. em 04/09/2007, D.J. de 18/10/2007.

¹²³ GRINOVER, A. P. **O processo em sua unidade – II**. p. 04.

todas as regras de distribuição da competência, desde as inscritas no texto constitucional até as de menor hierarquia passam a viabilizar o princípio do Juiz Natural¹²⁴. Desse modo, a incidência de duas ou mais regras constitucionais aparentemente conflitantes não significa a pluralidade de competências no mesmo caso penal, porquanto há preceitos legais prévios que permitem apontar qual o único órgão que deve processá-lo e julgá-lo.

Ademais, alguns doutrinadores que adotam posicionamento contrário afirmam que a conexão e a continência têm o condão de prorrogar apenas as competências relativas¹²⁵, e que por isso não podem alterar competência absoluta fixada na CR¹²⁶. Todavia, conforme bem alerta Aury Lopes Jr.¹²⁷ e Adelino Marcon¹²⁸, em matéria criminal toda competência é absoluta. De fato, é absoluta porque as regras do ordenamento jurídico sempre apontam para o único juízo competente. Logo, a conexão e a continência servem como critério para estabelecer a competência de um órgão jurisdicional, e excluí-la dos demais, em conformidade com o princípio do juiz natural, e sem configurar inversão hierárquica. A união processual deve ocorrer, portanto, quando houve tribunal de maior graduação e que tenha competência originária prevista para processar e julgar um dos réus ou investigados.

4.3 A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DOS PREFEITOS

Dentre todas as regras de competência originária no ordenamento jurídico brasileiro, talvez a mais polêmica seja aquela que atribui prerrogativa de função aos prefeitos. No texto constitucional original, a regra estava no art. 29, VIII, mas foi reenumerada para o inciso X pela Emenda Constitucional n.º 01/92, e tem a seguinte redação:

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

¹²⁴ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 64-67.

¹²⁵ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 439-440

¹²⁶ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 276.

¹²⁷ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. p. 407-410.

¹²⁸ MARCON, A. **O princípio do juiz natural no processo penal**. p. 50.

membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X. julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

Embora o dispositivo legal atribua aos tribunais de justiça competência originária para julgar os prefeitos, parte da doutrina brasileira afirma que o tratamento dado pela norma é pouco representativo do alcance da prerrogativa de função¹²⁹, pois não faz referência ou ressalva no tocante à natureza da infração penal discutida¹³⁰. A jurisprudência pátria, por sua vez, tem interpretado o art. 29, X, da CR, de forma a restringir a competência dos tribunais de justiça para julgar os prefeitos nas hipóteses relativas aos delitos que via de regra estão sujeitos à competência da Justiça Estadual. Porém, as Cortes Superiores definiram que se a competência é da Justiça Federal, Eleitoral ou Militar, o prefeito deve ser processado e julgado perante o respectivo órgão de segunda instância (TRF, TRE ou STM¹³¹), conforme se denota das ementas dos seguintes julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREFEITO. COMPETÊNCIA. CRIME PRATICADO EM DETRIMENTO DE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO, SUAS ENTIDADES AUTARQUICAS OU EMPRESAS PUBLICAS. C.F., art. 29, VIII. I. - O Tribunal Regional Federal e competente para processar e julgar, originariamente, Prefeito Municipal acusado da pratica de crime contra bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autarquicas ou empresas publicas. II. - Interpretação do art. 29, VIII, da Constituição. III. - S.T.F., Plenário, HC no 68.967-PR, em 09.10.91. IV. - H.C. deferido.¹³²

EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. CONSTITUIÇÃO, ART. 29, VIII. CRIMES ELEITORAIS. NOS CRIMES ELEITORAIS, O PREFEITO MUNICIPAL E PROCESSADO E JULGADO NO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL E NÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA QUE O PROCESSO E JULGAMENTO DO PACIENTE E CO-RÉU, POR CRIMES ELEITORAIS, OCORRAM NO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS.¹³³

¹²⁹ LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. p. 486.

¹³⁰ LIMA, R. B. de. **Manual de competência criminal**. p. 311.

¹³¹ O STM é o órgão de segundo grau, pois não existe tribunal regional na organização da Justiça Militar (DEMO, R. L. L. **Competência penal originária – uma perspectiva jurisprudencial crítica**. p. 224).

¹³² STF, HC n.º 69.649, do Distrito Federal, Segunda Turma, rel. o Min. Carlos Velloso, julg. em 17/11/1992, D.J. de 05/02/1993.

¹³³ STF, HC n.º 69.503, de Minas Gerais, Segunda Turma, rel. o Min. Néri da Silveira, julg. em 04/08/1992, D.J. de 16/04/1993.

Essas decisões estão dentre aquelas que precederam a edição da Súmula n.º 702 do STF, em 24/09/2003, e que confirma o mesmo entendimento: “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”¹³⁴. Importante destacar também as Súmulas n.º 208¹³⁵ e 209¹³⁶ do STJ, que desde 27/05/1998 estabelecem a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal praticado por prefeito, salvo se o capital for transferido e incorporado ao patrimônio municipal.

Segundo Maria Lúcia Karam¹³⁷, o posicionamento jurisprudencial consagrado pela Súmula n.º 702 do STF é correto porque decorre da interpretação sistemática das demais regras de prerrogativa de função da CR. Para a jurista, a ressalva feita pelo constituinte quanto à competência da Justiça Eleitoral no art. 96, III¹³⁸, deixa claro que somente em casos excepcionais (como na hipótese de competência originária do STF) a prerrogativa de função afasta a intervenção dos órgãos jurisdicionais instituídos especialmente para examinar a matéria eleitoral. Da mesma forma, no concernente à competência da Justiça Federal e da Justiça Militar para julgar os prefeitos, argumenta que as regras de competência criminal inseridas nos artigos 109¹³⁹ e 124¹⁴⁰ da CR são especiais em relação à regra do art. 29, X,

¹³⁴ STF, Súmula n.º 702, Sessão Plenária de 24/09/2003, D.J. de 13/10/2003.

¹³⁵ “Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal” (STJ, Súmula n.º 208, Terceira Seção de 27/05/1998, D.J. de 03/06/1998).

¹³⁶ Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal. (STJ, Súmula n.º 208, Terceira Seção de 27/05/1998, D.J. de 03/06/1998).

¹³⁷ KARAM, M. L. **Competência no processo penal**. p. 116-119.

¹³⁸ Art. 96. Compete privativamente: III. aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹³⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV. os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V. os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A. as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; VI. os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII. os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; IX. os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X. os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; § 5º. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade

razão pela qual aquelas prevalecem. Além disso, Maria Lúcia Karam sustenta que mesmo nos casos penais em que os prefeitos não são julgados pelos tribunais de justiça, o processo deve sempre se desenvolver perante o órgão de segundo grau, de forma a harmonizar a necessária consideração da dignidade do cargo público e a competência especial da Justiça Federal, Eleitoral e Militar.

Entretanto, a Súmula n.º 702 do STF é equivocada, pois deturpa o dispositivo constitucional que define os tribunais de justiça como juiz natural para julgar os prefeitos em matéria criminal. De fato, o constituinte ressalvou expressamente a competência da Justiça Eleitoral para julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público Estadual (art. 96, III), mas não o fez para aos prefeitos. Logo, ainda que isso possa ser considerado uma incoerência resultante de deslize na redação constitucional, não caberia ao Poder Judiciário corrigir a regra conforme bem entender, criando exceções inexistentes na CR. O mesmo raciocínio se aplica à ausência de ressalvas quanto a competência da Justiça Federal e Militar no art. 29, X, da Lei maior, como bem disciplina Clara Maria Roman Borges¹⁴¹:

Alias, para aqueles que ainda continuam rezando a cartilha da Constituição de 1969, isso [o julgamento de prefeitos acusados de crimes eleitorais perante a Justiça Eleitoral] é completamente compreensível, já que o referido texto constitucional, em seu art. 144, § 3º, quando definia a competência do Tribunal de Justiça, para julgar aqueles que tinham prerrogativa de função, mais especificamente os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de primeira instância, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvava a competência da Justiça eleitoral.

Todavia, como já foi ressaltado, nos casos de crimes praticados por quem tem prerrogativa de função, prevalece a competência originária dos Tribunais Superiores, na medida que se trata de regra especial em relação à geral, que estabelece a competência das Justicas Militar, Eleitoral e Comum. Deste modo, ainda que cometa crimes eleitoral, o Prefeito municipal deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça estadual, nos termos do art. 29, X, da CR, que ademais não faz nenhuma ressalva quanto à competência da justiça eleitoral ou militar.

Além disso, é entendimento assente na jurisprudência que as prerrogativas de função estabelecidas pela CR são regras especiais, exceções que, por opção do

de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

¹⁴⁰ Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

¹⁴¹ BORGES, C. M. R. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. p. 122-123.

legislador, preponderam sobre as demais normas de competência, inclusive sobre a garantia constitucional do Júri, conforme já explicado. Portanto, é incoerente admitir que apenas a prerrogativa de função dos prefeitos ceda à competência da Justiça Federal, Militar e Eleitoral. Neste passo, cumpre ressaltar que aos magistrados estaduais, por exemplo, é assegurada a prerrogativa perante o respectivo Tribunal de Justiça, em vista do art. 96, III, da CR, ainda que o crime seja cometido em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, o que foi recentemente confirmado pelo STF no Agravo de Instrumento n.º 809.602¹⁴².

Ademais, o processamento e julgamento dos prefeitos originariamente perante os órgãos de segundo grau das Justiças Federal, Eleitoral e Militar não tem qualquer respaldo na CR. Com efeito, não há regra constitucional que preveja prerrogativa de função de prefeitos no TRF, TRE ou STM. Assim, a “solução” encontrada pela jurisprudência – e consagrada na Súmula n.º 702 do STF – é, na verdade, uma criação sem fundamentos que simboliza o desprestígio da garantia do juiz natural perante o Poder Judiciário brasileiro.

Por fim, o STF tem entendido que os prefeitos acusados de crimes de responsabilidade de natureza político-administrativa¹⁴³ devem ser julgados pela respectiva Câmara de Vereadores, em vista do disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 201/67¹⁴⁴, conforme se verifica dos seguintes julgados:

EMENTA: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - LEI ORGÂNICA DE MUNICÍPIO - JULGAMENTO DO PREFEITO NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE. Surge harmônico com a Carta da República

¹⁴² STF, AI n.º 809.602 AgR, de Minas Gerais, Primeira Turma, rel. o Min. Dias Toffoli, julg. Em 18/10/2011, D.J. de 09/11/2011.

¹⁴³ Apenas as infrações tipificadas no art. 4º do Decreto-Lei n.º 201/67 são consideradas infrações políticas-administrativas de prefeitos. As demais, apesar de denominadas crimes de responsabilidade, têm natureza de delito comum (STF, HC n.º 70.671, do Piauí, Tribunal Pleno, rel. o Min. Carlos Velloso, julg. Em 13/04/1994, D.J. de 15/05/1995).

¹⁴⁴ Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato: I. Impedir o funcionamento regular da Câmara; II. Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída; III. Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular; IV. Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade; V. Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária; VI. Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro, VII. Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática; VIII. Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura; IX. Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores; X. Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

preceito de lei orgânica de município prevendo a competência da câmara municipal para julgar o prefeito nos crimes de responsabilidade definidos no Decreto-Lei nº 201/67, o mesmo ocorrendo relativamente ao afastamento, por até noventa dias (período razoável), na hipótese de recebimento da denúncia. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - CRIME COMUM PRATICADO POR PREFEITO - ATUAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL. O afastamento do prefeito em face de recebimento de denúncia por tribunal de justiça circunscreve-se ao plano processual penal, competindo à União dispor a respeito.¹⁴⁵

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". PREFEITO. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS; FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 1., I E II, DO DECRETO-LEI N.201/67 E ARTS. 299 E 312 DO C.P). MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL:COMPETÊNCIA SUPERVENIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR PREFEITO(ART. 29, X, DA CONSTITUIÇÃO). SÚMULA 451. CRIME COMUM E CRIME DE RESPONSABILIDADE (INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA). 1. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE REGEM A COMPETÊNCIA TEM APLICAÇÃO IMEDIATA. O CONFLITO DE LEIS PROCESSUAIS NO TEMPO É SOLUCIONADO NO SENTIDO DE QUE A EFICÁCIA DA LEI NOVA É IMEDIATA, SEM PREJUÍZO DOS ATOS JÁ PRATICADOS. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA DENÚNCIA PERANTE O NOVO ÓRGÃO COMPETENTE. ART. 2. DOC.P.P. PRECEDENTES. 2. SÚMULA 451: "A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NÃO SE ESTENDE AO CRIME COMETIDO APÓS A CESSAÇÃO DEFINITIVA DO EXERCÍCIO FUNCIONAL". INAPLICABILIDADE, PORQUE OS CRIMES FORAM PRATICADOS DURANTE O MANDATO POPULAR. 3. OS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 1. DO DECRETO-LEI N. 201/67 SÃO COMUNS E O PROCESSO A ELES CORRESPONDENTES PODE SER INSTAURADO PERANTE O JUDICIÁRIO DURANTE OU APÓS O EXERCÍCIO FUNCIONAL. AS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS, OU CRIME DE RESPONSABILIDADE, PREVISTAS NO ART. 4. DO MESMO DECRETO-LEI, SÃO JULGADAS PELA CÂMARA DOS VEREADORES DURANTE O EXERCÍCIO DO MANDATO, PORQUE SANCIONADAS COM A CASSAÇÃO DO MANDATO. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SESSÃO PLENÁRIA DE 13.04.94, AO JULGAR O HC N. 70.671-1-PI. "HABEAS-CORPUS" CONHECIDO, MAS INDEFERIDO.¹⁴⁶

Assim, o STF tem aplicado o princípio da simetria para que os prefeitos sejam julgados pela respectiva Câmara de Vereadores nas infrações político-administrativas, uma vez que os governadores – via de regra¹⁴⁷ – e o presidente da

¹⁴⁵ STF, RE n.º 192.527, do Paraná, Tribunal Pleno, rel. o Min. Marco Aurélio, julg. em 25/04/2001, D.J. de 08/06/2001.

¹⁴⁶ STF, HC n.º 71.390, de Rondônia, Segunda Turma, rel. o Min. Maurício Corrêa, julg. em 21/02/1995, D.J. de 20/04/1995.

¹⁴⁷ A maioria das constituições estaduais atribui à Assembléia Legislativa local o julgamento dos Governadores pelos crimes de responsabilidade. Quando isso não ocorre, o julgamento ocorre pelo Tribunal Especial, previsto na Lei 1.079/50, no art. 78 ("O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado, senão à perda do cargo, com inabilitação até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum").

república¹⁴⁸ são submetidos ao julgamento do Poder Legislativo do mesmo ente federativo nos crimes de responsabilidade. Contudo, o art. 29, X, da CR não faz nenhum ressalva. Assim, a interpretação mais adequada é a de que o juiz natural dos prefeitos é o Tribunal de Justiça, independentemente da natureza do delito.

¹⁴⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I. processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

5 CONCLUSÕES

a) O princípio do juiz natural é construção histórica cujo objetivo é abolir a manipulação da competência e os privilégios odiosos de ordem processual, para assim garantir que as pessoas sejam processadas e julgadas com isonomia. Embora tenha antecedentes mais antigos, a consolidação desse princípio ocorreu principalmente durante a Revolução Francesa, a partir dos ideais iluministas.

b) O princípio do juiz natural foi recepcionado no direito brasileiro desde a primeira Constituição, em 1824. Desde então, foi alvo de mutilações que serviram para amparar regimes autoritários, nos quais a manipulação da competência era meio eficaz de repressão. Na atual Constituição, está previsto de forma ampla como garantia fundamental – e, portanto, cláusula pétrea – através do art. 5º, incisos XXXVII e LIII.

c) Para que esteja garantido por completo, o princípio do juiz natural deve ser compreendido em três aspectos: só a lei é fonte legítima para instituir o juiz e fixar-lhe a competência, a vigência dessa lei há de ser anterior ao tempo em que foi praticado o fato criminoso que será objeto da persecução e deve vincular ordem taxativa de competência que exclua qualquer alternativa de se decidir arbitrária ou discricionariamente.

d) A prerrogativa de função não configura privilégio porque é destinada à proteção das funções mais relevantes para o quadro institucional democrático brasileiro, e não a grupo determinado de indivíduos. Além disso, em determinadas situações a prerrogativa pode ser desvantajosa ao investigado ou acusado.

e) Os fatos penais contemporâneos ao exercício funcional devem ser processados e julgados pelo tribunal de competência originária, ainda que o autor do fato deixe de desempenhar a função antes mesmo do início da investigação. Isso porque a competência criminal é fixada no momento do suposto delito, e não pode ser alterada por fatos posteriores.

f) Pelo mesmo motivo, as persecuções penais concernentes aos crimes hipoteticamente praticados antes do exercício funcional não devem ser processadas e julgadas originariamente. Ainda que o investigado ou réu fique desamparado das proteções decorrentes da prerrogativa de função, é prioritário assegurar-lhe a garantia do juiz natural.

g) Não há qualquer motivo para atribuir competência originária aos tribunais para processar e julgar fatos penais ocorridos após a cessação do exercício funcional.

h) As regras de prerrogativa de função previstas na CR prevalecem sobre a competência do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida. Contudo, se a prerrogativa tiver fundamento em regra infraconstitucional, deve ser reconhecida a supremacia hierárquica da regra do art. 5º, XXXVIII, “d”, da CR.

i) Nos casos de coautoria em que ao menos um dos investigados ou réus dispuser de prerrogativa de função, deve haver a união processual perante o tribunal com competência originária que for mais graduado, ainda que isso implique na mitigação de outra regra de competência aparentemente em conflito.

j) O juiz natural para processar e julgar os prefeitos é o respectivo Tribunal de Justiça, por força do art. 29, X, da CR. Esse dispositivo legal é regra especial e não faz nenhuma ressalva, de modo que não cede à competência da Justiça Federal, Militar ou Eleitoral.

k) Os tribunais brasileiros não raro têm ignorado o princípio do juiz natural ao interpretar e aplicar as regras de prerrogativa de função. Isso é perceptível pela dificuldade da jurisprudência em manter um padrão que possa definir abstratamente as competências originárias. Desse modo, surgem possibilidades de manipulação da competência que, por um lado, podem aniquilar todas as proteções almejadas pelas prerrogativas de função e, por outro, podem fazer dessas prerrogativas verdadeiros privilégios inconstitucionais que permitam ao indivíduo escolher dentre dois ou mais órgãos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. 166 f. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 161 f. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição – princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88 – ordem e desordem**. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. de 2008.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária – uma perspectiva jurisprudencial crítica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1984.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Tradução de CHOUKR, Fauzi Hassan; GOMES, Luiz Flávio; TAVARES, Juarez; SICA, Ana Paula Zomer. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo penal em sua unidade – II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de competência criminal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. ver. e atual. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v.1. São Paulo / Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VILAS BOAS, Alberto. **Código de processo penal: anotado e interpretado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.