A inconstitucionalidade da fixação de competência de prerrogativa de função pela lei de organização judiciária militar

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues
Promotor de Justiça Militar
Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal
Professor da Escola Superior da Magistratura do Pará e do Centro Universitário do Pará

1. INTRODUÇÃO

Tema interessante é a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da fixação de competência por prerrogativa de função por meio de lei infraconstitucional, em especial, leis de organização judiciária.

No desenvolvimento do assunto, será feita uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico pátrio. Em um primeiro momento, se fará discussão sobre a conceituação e as consequências da competência por prerrogativa de função; por segundo, verificar-se-á a previsão constitucional; por terceiro, a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das Constituições Estaduais fixarem competências por prerrogativa de função; e, finalmente, abordar-se-á a possibilidade de sua fixação por lei de organização judiciária.

2. CONCEITUAÇÃO

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais (OLIVEIRA, 2008, p. 182).

Trata-se de **competência por prerrogativa de função**, sendo delimitada pela Constituição Federal, ao fixar o juízo natural da autoridade que exerce

determinado cargo público, ou seja, a fixação do tribunal competente para processá-la e julgá-la. É lógico que não são todas as autoridades que têm esse direito, recaindo somente naquelas que exercem os mais altos cargos públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a quem o legislador optou dar foro privativo criminal.

Na competência por prerrogativa de função, apenas se discute qual o tribunal competente para julgar o feito, não se discutindo se se trata de jurisdição especial (justiça militar ou justiça eleitoral) ou ordinária (justiça federal ou justiça estadual), salvo se a própria norma traz exceção.

Não é foro privilegiado, não se dirigindo a proteger pessoas ou castas, mas foro especial em homenagem ao cargo ou função ocupada pelo acusado e relevante na estrutura estatal (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), no aspecto político e jurídico, sendo, por isso, também denominada competência funcional vertical, na espécie originária *ratione personae*.

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º**,** *caput,* estabelece que "todos são iguais perante a lei". Sendo, como efetivamente é, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com referida igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores (TOURINHO FILHO, 2009, p. 140).

Não se concebe, nesse sentido, por exemplo, que um Ministro do STF seja julgado por um juiz de direito, necessitando sua conduta, enquanto no exercício do cargo, ser processada e julgada criminalmente pelo próprio STF, conforme previsão do art. 102, I, "b", da CF. A relevância dos cargos, tanto no seu aspecto político como jurídico, é justamente o fator determinante para a existência do foro privativo, evitando, assim, possível ingerência política ou hierárquica que poderia advir da relação existente da estrutura estatal.

Se os Juízes de Direito julgassem os Desembargadores, em tese isso afetaria seu livre convencimento, sua imparcialidade, já que os Desembargadores, de forma coletiva, decidem sobre as remoções e promoções, bem como sobre a

aplicação de sanções, segundo a Lei de Organização do Tribunal, sem falar que a eles cabem o re-examinar as decisões dos Juízes de Direito.

Ao foro privativo tem direito quem ocupa o cargo público a que se refere a norma constitucional, independentemente da matéria a ser julgada – salvo se a própria norma excepciona, como já falado –, do lugar e do tempo do crime, tanto que, quanto ao tempo, se o acusado deixar a função, seja por exoneração, demissão, seja por aposentadoria, os autos do processo serão remetidos ao juízo que seria competente para julgar as condutas delituosas das pessoas que não possuem o foro privativo. Da mesma forma, ao assumir o cargo, se o delito se consumou antes dessa data, os autos serão remetidos para o foro privativo.

Em ambos, os atos praticados pelo juízo ou tribunal são válidos e eficazes, dando-se apenas continuidade ao processo, como se neles tivessem iniciado. Para exemplificar, se um cidadão comete um delito de homicídio, será julgado pelo Tribunal de Júri, mas se, no curso do processo, se eleger Senador, os autos serão imediatamente encaminhados para o STF, a quem compete julgar esse parlamentar (art. 102, I, "b", CF). Porém, se perder o cargo, os autos retornarão ao Tribunal de Júri.

Pelo que se verifica, o foro privativo não se dirige à pessoa, já que a Constituição Federal proíbe tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), mas ao cargo por ela ocupado. Enquanto o ocupar, devido a nomeação para exercício efetivo do cargo, tem direito ao foro privativo – não tem direito quem apenas responde pelo cargo, de forma transitória, eis a inserção da exigência da efetividade no cargo.

Por outro lado, o fato de o acusado ser julgado por um Tribunal implica que não haverá duplo grau de jurisdição, sendo o julgamento em uma única instância. Todavia, há casos de admissão de recurso extraordinário (CF, art. 102, III), recurso especial (art. 105, III, CF), recurso ordinário constitucional (CF, arts. 102, II, "a", e 105, II, "a") e agravo de instrumento da decisão que denegar ou obstar recurso que devia subir ao STF ao STJ, na dicção da Lei 8.038/90.

O juízo natural relativo à prerrogativa de função está estabelecido na Constituição Federal, podendo, segundo a jurisprudência pátria, como se verá adiante, ser estabelecido nas Constituições Estaduais, levando-se em conta

o princípio federativo, desde que obedecida a simetria com os casos estabelecidos na Constituição Federal.

A prerrogativa do foro privativo, nos casos dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, não abrange somente as ações penais, mas, também, os inquéritos policiais. Isso porque, se, no curso da investigação, a autoridade policial concluir pela existência de indícios de infração penal por parte de magistrado, deve pará-la e encaminhar os autos ao tribunal competente para julgá-lo, a fim de que se prossiga na investigação, *ex vi* do art. 33, parágrafo único, da LC nº 35/79. Uma vez concluída, será remetida para manifestação ministerial.

Se o investigado for membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos para o Procurador-Geral, que designará membro do Ministério Público para apuração do fato, por força do art. 18, parágrafo único da LC nº 75/93 e art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

Portanto, a autoridade policial interrompe suas investigações, se já a iniciou, conclui o relatório parcial e encaminha os autos ao juízo de 1º grau, requerendo o envio do Inquérito Policial a autoridade responsável pela investigação. Se não iniciou a investigação, deve oficiar ao Presidente do Tribunal competente para julgar o magistrado ou ao Procurador-Geral, quando o possível autor for membro do Ministério Público, conforme o caso, relatando o fato e anexando as provas existentes. Se assim não proceder, responderá pela omissão.

3. COMPETÊNCIA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

a) Competência do Supremo Tribunal Federal

Preceitua o art. 102, alíneas "b" e "c", da CF, que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, bem como, 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, da CF, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Veja-se que essa norma é taxativa quanto às autoridades com direito ao foro privativo no STF, não podendo ser incluídas outras sem que haja emenda à Constituição Federal. Mas aqui há um detalhe: quem determina a estrutura dos cargos do Executivo é o Presidente da República, por meio de projeto de lei, que, uma vez transformado em lei, tem eficácia. Assim, o status ou a condição de Ministro de Estado pode ser dado não só aos Ministros de Estado, conforme previsto na Constituição Federal, mas a outros cargos elencados em lei ordinária, como o de presidente do Banco Central, Chefe da Casa Civil, Advogado-Geral da União, etc.

Por exemplo, a Lei nº 10.683/2003, oriunda da MP 103/2003, que dispõe da organização da Presidência da República e dos Ministérios, estabelece, em seu art. 25, parágrafo único, alterado pela Lei 11.036/2004: "São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil".

Inclusive, há de se explicar que o STF julgou improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 11.036/2004, pelo que o Presidente do Banco Central é Ministro de Estado e deve ser julgado perante aquela Suprema Corte (ADI nº 3.829 e ADI 3.290).

Nesse passo, é preciso diferenciar a lei que explicita os cargos de Ministros de Estado daquela que simplesmente equipara a condição de Ministro de Estado, como acontece com o art. 38, *caput* § 1º, da Lei 10.683/2003, assim estabelecido: "São criados os cargos de natureza especial de Secretaria Espacial do Conselho de Desenvolvimento Econômico Social, de Secretário especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para Mulheres da presidência da República. § 1º. Os cargos referidos no *caput* terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministros de Estado". Por somente ter equivalência, sem serem Ministros de Estado, não gozam da prerrogativa de função perante o STF, respondendo, por suas condutas, perante juízo de 1ª instância, seja ele federal, seja estadual, comum ou especial. Nesse diapasão tem decidido o STF, citando-se a Pet 1.199 AgRg, Relator Sepúlveda Pertence, pleno, DJU 25.6.1999.

O art. 102, alíneas "b" e "c", da CF faz referência a dois tipos de infrações: infrações penais comuns e crimes de responsabilidade. Seriam os dois de natureza penal? A resposta é não.

Infrações penais comuns são todas as modalidades de infrações (crime militar, eleitoral, comum, contravenções, etc.). Assim, independentemente do local ou do tipo de crime que cometam essas autoridades serão julgados no STF. Veja-se que o critério utilizado para a fixação da competência é em razão da pessoa, agente do delito, desprezando-se a matéria. Não se trata da classificação do delito em crime especial ou crime comum, mas apenas de diferenciá-los dos crimes de responsabilidade, pelo que basta cometer um ilícito penal para ser julgado no foro privativo previsto na Constituição Federal.

Por sua vez, **crimes de responsabilidade** não são infrações penais, apesar de a Constituição Federal dar-lhes o nome de crimes. Quando se refere a crimes de responsabilidade, não está, na verdade, referindo-se a infrações penais, mas infrações político-administrativas, tanto que as sanções cominadas são a perda do cargo, com inabilitação por até 8 anos para o exercício de qualquer função pública, cassação do mandato e inabilitação funcional temporária – incapacidade para o exercício de qualquer cargo, emprego ou função pública, por prazo determinado (art. 52, parágrafo único, CF c/c art. 2º da Lei 1.079/50).

Atualmente, não há mais necessidade de prévia autorização para processar e julgar os membros do Congresso Nacional, como estava inserida na Carta Magna à época de sua promulgação, em 5/10/1988. Em decorrência da EC nº 35, de 20/12/2001, uma vez impetrada ação penal, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa Respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e por voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação, que implicará na suspensão do processo e da prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, §§ 3º e 5º, da CF).

Crime, segundo o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (DL 3.914/41), é "a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa". Contravenção é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Porém, esse é um conceito limitado à época da edição do Código Penal. Atualmen-

te, o inciso XLVI, do art. 5º, da CF estabelece como admissíveis penas de liberdade – em que se inclui a reclusão, a detenção e a prisão simples –, as penas restritivas de liberdade, as patrimoniais (perda de bens e multas) e as restritivas de direitos (prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos). De qualquer forma, não é o caso dos crimes de responsabilidade, já que, apesar de conter sanções, não se tratam de penas.

Em razão de sua sanção de natureza civil, não há, nos crimes de responsabilidade, que se falar em prisão, liberdade provisória, suspensão condicional da pena, penas alternativas, juizados especiais criminais, primariedade, inserção no rol dos culpados e outros efeitos da sentença condenatória, previstos nas leis penais e processuais.

Também as decisões da jurisdição política não têm efeito sobre a jurisdição penal, por não terem caráter de definitividade – inclusive, podem ser revistas por órgãos do Poder Judiciário, se por ele não foi julgado.

Por tais razões, esses crimes não têm sua normatização no Código Penal, e seu processamento não é regulado pelo Código de Processo Penal, mas pela CF ou por leis ordinárias, dentre elas a Lei nº. 1.079/50, relativa aos crimes de responsabilidade cometidos por Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governador do Estado e outras autoridades.

Há de se observar que, se forem conexos com os crimes de responsabilidade do Presidente da República, as autoridades descritas na alínea "c" do art. 102 da CF responderão perante o Senado Federal (art. 52, I, CF), e não no STF.

Segundo o art. 52 da CF, compete privativamente ao Senado Federal 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, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Idêntica norma pode ser promulgada nas constituições estaduais e leis orgânicas municipais para julgamento de autoridades desses entes federados, desde que tais previsões estejam em simetria com a Constituição Federal, de forma

que o julgamento caiba ao Poder Legislativo local. Assim, por exemplo, pode o prefeito ser julgados pela Câmara Municipal, bem como o Governador do Estado e do Distrito Federal, pela Assembleia Legislativa respectiva, nos crimes de responsabilidade.

Os crimes de Responsabilidade do Presidente da República estão descritos no art. 85 da CF e na Lei n. 1.079/50, que os define, também, para as demais autoridades descritas no art. 52, 102 e 105 da CF, devendo ser julgadas em seu juízo natural. Assim, os Ministros de Estado e os comandantes militares somente responderão perante o Senado Federal se houver conexão de seus crimes com os praticado pelo Presidente da República. Caso contrário, responderão perante o STF (art. 102, "c", CF).

Independentemente de conexão, nesses crimes, os Membros dos Tribunais Superiores, os dos Tribunais de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente que cometerem crimes de responsabilidade serão julgados perante o STF (art. 102, "c", CF), e os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros do Conselho de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União, que oficiem perante tribunais da União, serão julgados perante o STJ (art. 105, "a", CF).

Também, pelo art. 108, I, "a", o julgamento dos crimes de responsabilidade dos juízes federais, do trabalho e da justiça militar, bem como dos membros do Ministério Público da União são realizados pelo Tribunal Regional Federal.

Nota-se, pelo art. 102, "b", do art. 105, "a" e 108, I, "a", da CF, que o julgamento dos crimes de responsabilidade não é uma exclusividade do Poder Legislativo, existindo situações em que são julgados por órgãos do Poder Judiciário (STF, STJ e TFR).

Inegavelmente, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, quando julgados por órgãos do Poder Legislativo, constituem jurisdição extraordinária (política). Disso, indagaríamos: a decisão proferida pelo Senado Federal tem caráter de definitividade, não podendo ser revista pelo Poder Judiciário?

Para ser mais completo: existe jurisdição não exercida pelo Poder Judiciário? A resposta se faz negativa. Excepcionalmente, a CF permite que o Poder Legislativo Federal, por meio do Senado Federal, julgue o Presidente da República e outras autoridades nos crimes de responsabilidade; porém, isso não quer dizer que se constitua em exercício de jurisdição, na inteireza desse conceito, pois o Poder Judiciário pode reapreciar tais decisões, sob o prisma da legalidade. Falta, portanto, aos aludidos julgamentos políticos, um dos requisitos mais marcantes da verdadeira jurisdição: a definitividade. Não é sentença e, consequentemente, não transita em julgado.

Somente se diz definitiva quando a sentença é proferida por um órgão do Poder Judiciário, quando não couber recursos, seja porque foram esgotadas as vias recursais, seja porque não foi interposto o recurso no prazo legal, o que lhe dá o caráter de imutabilidade, não podendo ser revista, ainda que seja por outro órgão do Poder Judiciário, salvo, em ação de revisão criminal ou em ação rescisória.

Coisa Julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem as partes, o que já ficou definitivamente julgado. No Estado de Direito, só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os atos administrativos e legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário. (GRINOVER, 2000, p. 136).

b) Competência do Superior Tribunal de Justiça

Segundo o art. 105, I, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, **nos crimes comuns**, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, **nestes e nos de responsabilidade**, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais – sejam eles superiores, regionais, sejam da Justiça do DF).

Quanto a esse artigo, ligeiras explicações devem ser feitas. A Lei nº. 1.079/50 também regula os crimes de responsabilidade cometidos pelos Governadores do Estado e do Distrito Federal e seus secretários, cujos processo e julgamento devem ser estabelecidos nas Constituições dos Estados e do Distrito Federal, para serem realizados pelas Assembleias Legislativas respectivas, em simetria ao que é preconizado para o Presidente da República, que é julgado pelo Senado Federal.

Quanto aos crimes comuns, os governadores são julgados no Superior Tribunal de Justiça, no rito contido na Lei 8.038/90.

No que se refere aos crimes de responsabilidade dos magistrados, à época da edição da Lei 1079/50, somente cometiam crimes de responsabilidade os ministros do STF, estando os tipos previstos no seu art. 39.

Posteriormente, a Lei nº 1.079/50, com a redação dada pela Lei 10.028/2000, incluiu o parágrafo único no art. 39-A, em que ficou estabelecido que os crimes de responsabilidade são cometidos também pelos presidentes, e seus substitutos, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e pelos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro graus de jurisdição, quanto às condutas previstas no art. 10 da referida lei. Veja que a lei não se dirige a todos os magistrados, mas aos que têm função administrativa.

O mesmo acontece com o Ministério Público, cujos crimes de responsabilidade, segundo o art. 40-A, com a redação dada pela Lei nº 10.028/2000, somente podem ser cometidos pelo Procurador-Geral da República, pelos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, pelos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do DF, e pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados e DF, bem como por seus substitutos, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

O rito do recebimento da denúncia, processamento e julgamento no STJ, quanto aos crimes comuns, está previsto na Lei nº 8.038/90.

Conforme se verifica, as pessoas julgadas no STJ levam a uma simetria com o cargo ocupado nas estruturas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na União e nos Estados, segundo sua relevância.

A exceção total à regra de simetria, por exclusivo critério de conveniência política, encontra-se na reserva da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça também para o julgamento dos Conselheiros ou membros dos Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, conforme disposto no art. 105, I, a, da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2008, p. 188), eis que se tratam de autoridades estaduais, que deveriam ser julgadas perante o Tribunal de Justiça do Estado, como ocorre com as demais autoridades dos Estados, à exceção dos desembargadores, governadores e membros do Tribunal de Contas dos Estados e do DF, que são julgados no Superior Tribunal de Justiça, justamente para que se busque imparcialidade, pois os integrantes dos Tribunais de Justiça são companheiros do acusado ou, quanto ao quinto constitucional, são nomeados pelo governador, o que resulta na presunção de impedimentos para processo e julgamento, diante da possibilidade de suas não isenções quanto ao livre convencimento, ainda que motivado.

Diferente é a situação dos membros do Tribunal de Contas, que julgam as contas dos poderes do Estado e do Ministério Público, sendo essa a razão pela qual são julgados no Superior Tribunal de Justiça. Os membros ou conselheiros dos Tribunais de Contas dos Municípios julgam as contas dos gestores municipais – Poder Executivo (administração direta e indireta) e Legislativo –, situação que não implica em nenhuma possibilidade de interferência no poder de julgar a pretensão punitiva, pelo que poderiam ser julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado; todavia o constituinte federal optou pelo julgamento no Superior Tribunal de Justiça, logicamente, para afastar qualquer influência política sobre o julgamento do fato posto sob sua jurisdição.

c) Competência do Tribunal Regional Federal

Por sua vez, prevê o art. 108, I, a, da CF que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, **ressalvada a competência da Justiça Eleitoral**.

Dessa forma, caso os juízes federais, juízes do trabalho e da justiça militar da União, que atuam em 1ª instância, cometam crime ou contravenção, serão processados e julgados no Tribunal Regional Federal da área de suas jurisdições, exceto em caso de crime eleitoral, no qual serão processados e julgados na Justiça Eleitoral.

Silenciou a norma constitucional sobre qual o órgão da Justiça Eleitoral que irá julgar o fato, sendo corrente na jurisprudência pátria que, em face do foro privativo, deve ser sempre um tribunal a julgá-lo, qual seja, o Tribunal Regional Eleitoral. Aplica-se, aqui, o princípio da simetria, que implica sempre em julgamento perante um tribunal.

Mas não é só isso. Qual o foro? Da sede do Tribunal Regional Federal; da capital do Estado onde exerce a jurisdição o magistrado ou oficia o membro do Ministério Público da União; ou do local do crime, na forma do art. 70 do CPP?

Carlos Frederico Coelho Nogueira afirma que é da região em que a autoridade exerce suas funções (2006, p. 1024), no que concordamos, diante de interpretação sistemática do tema ora apresentado – ou seja, se tais autoridades são julgadas pelos crimes comuns, exceto os eleitorais, perante o Tribunal Regional Federal do foro em que atuam, por certos, que nos crimes eleitorais, serão julgados no Tribunal Regional Eleitoral da região onde atuam, ou seja, na capital do Estado.

d) Competência do Tribunal de Justiça

Segundo o art. 96, III, da CF, compete, privativamente, aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal 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**.

Seja onde forem cometidos os crimes (em qualquer Estado ou no exterior), independentemente da sua natureza, os juízes de 1ª instância dos Estados e do Distrito Federal serão sempre julgados pelo Tribunal de Justiça de seu Estado e do Distrito Federal, respectivamente.

De forma idêntica ocorre com os membros do Ministério Público dos Estados, sejam Procuradores de Justiça, sejam Promotores de Justiça. Chamo atenção, neste ponto, que os membros do Ministério Público do Distrito Federal, diferentemente dos membros dos Estados, não são julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Isso porque são integrantes do Ministério Público da União, *ex vi* do art.128 da CF. Esclarecendo: o Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal tem por foro privativo o Superior

Tribunal de Justiça, *ex vi* do art. 105, I, "a", da CF, e o Promotor de Justiça do mesmo órgão, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *ex vi* do art. 108, I, "a", da CF.

Há de se destacar que há uma ressalva na parte final do inciso III citado, de que o foro privativo exclui o julgamento dos crimes eleitorais. Nesse caso, continuam com direito a foro privativo, que será do TRE do Estado em que oficiam, como já explicado em relação aos membros da magistratura e do Ministério Público da União. Aplicou-se, nesse passo, o princípio da simetria.

Por sua vez, a CF, no inciso X do art. 29 da CF, estabelece que o julgamento **do** Prefeito será feito perante o Tribunal de Justiça. Pergunta-se: esse foro privativo é igual ao das demais autoridades, ou seja, independentemente da matéria ou do lugar o julgamento será feito perante o Tribunal de Justiça do Estado ao qual pertence o município onde o acusado é prefeito? A resposta é não.

Diferentemente do art. 96, III, da CF, o art. 29, IX, da CF não contém a expressão "**crime comum**", pelo que o julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça limita-se aos crimes de competência da Justiça Estadual, ou seja, não invadirá a competência da Justiça Federal, da Eleitoral e da Militar Federal, conforme entendimentos pretorianos[1]. Nesses casos, aplicando-se o princípio da simetria, o prefeito será julgado perante o Tribunal Regional Federal, quando for acusado de crime de competência da Justiça Federal; pelo Tribunal Regional Eleitoral, quando o crime for eleitoral; e pelo Superior Tribunal Militar, quando o crime for militar. Nesse sentido é a Súmula 702 do STF, assim escrita: "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".

As normas constitucionais são específicas em relação à natureza do crime a ser processado e julgado quanto ao foro privativo, como, por exemplo, os Tribunais Regionais Federais julgam os juízes federais, militares e do trabalho, bem como os membros do Ministério Público da União, que oficiam na 1ª instância, quando acusados da prática de **crimes comuns, exceto os crimes eleitorais**. Já quanto aos prefeitos, não há qualquer referência quanto

[1]STF, HC 65.503, j. 4.8.92; HC 69.967, j. 9.10.91.

à espécie de crime (comum, eleitoral ou de responsabilidade), estando o texto da norma posto de forma genérica: compete ao Tribunal de Justiça julgá-los e só. Dessa forma, não aumentou a competência do Tribunal de Justiça, que continua julgando de forma residual, ou seja, tudo que não for da Justiça Federal, da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, será da Justiça Estadual. Assim, em caso de cometimento de crimes eleitorais, militares e federais, os tribunais respectivos julgarão o prefeito.

Quanto aos crimes de competência da Justiça Estadual, ainda que o crime seja cometido fora do Estado, o Prefeito será julgado no Tribunal de Justiça do Estado em que fica localizado o município que administra.

Por outro lado, quando a CF estabelece que o Tribunal de Justiça é competente para julgar o prefeito municipal, entende-se que pode ser um dos seus órgãos, ou seja, o pleno, as câmaras ou as turmas, segundo previsão em Lei de Organização Judiciária e Regimento Interno do Tribunal. Nesse sentido é a seguinte decisão: "Cabe, exclusivamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça atribuir competência ao Pleno, ou ao Órgão Especial, ou a órgão fracionário, para processar e julgar Prefeitos Municipais (CF, art. 29, X, e art. 96, I, a)." (STF, HC 73.232, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 12-3-96, DJ de 3-5-96).

Cumpre anotar que os crimes de responsabilidade tipificados no art. 4º do Decreto-Lei n. 201/67 – dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores – são julgados pela Câmara Municipal, enquanto durar o mandato, se assim estiver previsto na Lei Orgânica Municipal. No entanto, se o prefeito municipal incorrer no art. 1º dessa Lei, que configura crime comum, relativo à função desenvolvida, será processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do seu Estado.

Mas por que essa diferença? Quanto a isso, ao se observar tal lei, verifica-se que a sanção relativa ao art. 1º é de reclusão, que vai de 2 (dois) a 12 (doze) anos, nos casos do incisos I e II, e, nos demais caos, de 3 (três) meses a 3 (três) anos; já a sanção relativa ao art. 4º não é penal, prevendo o afastamento do cargo, podendo, inclusive, ser revista pelo Poder Judiciário para aferição de sua legalidade. Portanto, a natureza jurídica do primeiro é de crime comum, e do segundo, infração político-administrativa, chamada de crime de responsabilidade.

O prefeito municipal adquire foro privativo a partir de sua diplomação pela Justiça Eleitoral. Cometendo o crime depois de eleito e antes da cerimônia de diplomação, será processado e julgado por juízo de 1º grau. Porém, diplomado, os autos serão remetidos ao foro que lhe é privativo. Por sua vez, encerrado o mandato, serão os autos remetidos para o juízo de 1º grau, por não mais estar exercendo o cargo de prefeito municipal.

4. COMPETÊNCIA FIXADA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Não há, de forma clara, na Constituição Federal, norma que autorize as Constituições Estaduais a estabelecer outros casos de fixação de competência por prerrogativa de função. Isso leva a diversas discussões: pela impossibilidade ou pela possibilidade.

Nesse passo, concordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, quando afirma que "a existência de toda a celeuma tem um pressuposto: o de que seria lícito às Constituições Estaduais instituírem foros privativos, o que, a nosso aviso, é inteiramente inadequado. Nosso sistema federativo, nossa repartição de competência jurisdicional e, enfim, nossa distribuição do Poder Público, apontam em sentido contrário, ou seja, no sentido de que, estabelecida na Constituição da República *toda* a distribuição da função jurisdicional, não se deveria aceitar o exercício de semelhante tarefa por parte do constituinte estadual" (OLIVEIRA, 2008, p. 192).

Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal é de que há autorização constitucional, conforme se verifica no voto do Ministro Maurício Corrêa, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.587-2 GO, transcrita parcialmente, da seguinte forma:

> "É importante considerar, de plano, que a Constituição Federal sempre ressalvou que as Constituições Estaduais deveriam observar as balizas definidas pela primeira, e assim dispôs nos artigos 25 e 11 da ADCT. Por isso a importância tem sido dada por esta corte ao princípio da simetria.
> Não foi diferente quando o constituinte originário cuidou dos Tribunais de Justiça dos Estados. Está claro e expresso no artigo 125 da Carta Federal que "os Estados organizarão sua Justiça, ***observados os princípios estabelecidos nesta Constituição"*** (grifei). Essa observância compulsória, por óbvio, estende-se

> à fixação da competência dos Tribunais de Justiça pelas respectivas Constituições Estaduais, a quem a Carta da República expressamente outorgou tal poder no parágrafo primeiro do mesmo artigo 125.
> A questão que ora se coloca é simplesmente a de saber se o alargamento das hipóteses de foro privilegiado pelas Constituições dos Estados atinge ou não os princípios fixados pela Constituição Federal. Penso que sim, pelas razões que a seguir aduzo.
> A Constituição Federal já atribui, de forma cogente, aos Tribunais de Justiça a competência constitucional e excepcional de processar os juízes e membros do Ministério Público dos Estados respectivos (CF, artigo 96, III, CF), os Prefeitos (CF, artigo 29) X) e os deputados estaduais (CF, art. 27, § 1º c/c artigo 53, § 1º). Permitiu, ainda, na forma do art. 125, que as Constituições Estaduais possam estabelecer outras prerrogativas de funções, desde que observados os princípios da Carta Federal, o que, nesse caso, interpreto como sendo limitação material ao poder constituinte material, que fica restrito às exceções admitidas pelo modelo federal.[...]
> Penso que o art. 125 não outorgou às Constituições Estaduais uma verdadeira carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendesse, conferindo aos Tribunais de Justiça competências que não encontram paralelo na Carta Política. A questão refoge a simples opção política, mas retrata um sistema rígido de jurisdição excepcional, que por diferir postulados basilares do Estado de Direito Democrático exige uma interpretação restritiva e expressa.[...]
> A questão do foro especial tem natureza constitucional, e não fere, admito, matéria processual penal ordinária, estando por isso mesmo reduzida aos casos expressos na Carta Magna e nas Constituições Estaduais que conservem a simetria necessária com o modelo federal (STF, ADI nº 2254-1/GO, relator Min. Maurício Corrêa, julgada em 01/12/2004, DJ 06/11/2006). (grifei)

Assim sendo, as Constituições Estaduais podem estabelecer outros casos de prerrogativa de função, sob o fundamento que o § 1º, do art. 125, da CF estabelece que "a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça", não distingindo se a competência é originária ou recursal.

Por sua vez, o art. 25 da CF preceitua que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**.

Reafirmando tal preceito, o art. 11 da ADCT preceitua que "cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta**".

Dessa forma, o constituinte estadual, ao organizar a Justiça do Estado, pode estabelecer casos de competência por prerrogativa de função, **desde que obedecidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal**. Isso quer dizer que a previsão de foros privativos, uma vez possível, deve guardar simetria com os estabelecidos na CF, sem prevalecer sobre esta, seja em razão da matéria, seja em razão da pessoa.

Assim, o constituinte estadual pode criar foro privativo para Vice-Governador, Deputado Estadual e Secretários Estaduais, para serem processados e julgados pelo Tribunal de Justiça, já que as funções correlatas na estrutura da União têm foro privativo, sendo o cargo simétrico o de Vice-Presidente, Deputado Federal e Ministro de Estado, que são julgados pelo STF, *ex vi* do art. 102, I, "a" e "b", da CF.

Se não houver essa simetria, a norma prevista na Constituição Estadual é inconstitucional. Existem Constituições Estaduais, por exemplo, que estabeleceram foro privativo para delegados de polícia[2], tendo-se manifestado o STF, em ação direta, pela sua inconstitucionalidade, diante da ausência da simetria com a CF.

O fundamento jurídico, além dos já especificados, é o princípio federativo, que tem natureza constitucional (art. 1º, CF). Nesse passo, o critério de simetria, que não é critério de inclusão, mas de limitação do poder dado ao constituinte estadual de incluir como foro privativo qualquer autoridade. Quando se diz federativo, é porque o tratamento será igual entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive na fixação do foro privativo para suas autoridades.

[2]STF, ADI nº 2.587-2 GO, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 01/02/2004, pleno.

Quanto aos Deputados Estaduais, pelo fato de não haver previsão de foro privativo na CF, é necessária sua previsão em Constituição Estadual. Sobre isso, Pacelli posiciona-se da seguinte forma:

> "Explica-se: a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento de crimes comuns praticados pelos deputados estaduais decorre do disposto no art. 27, § 1º da Constituição Federal, que prevê igual tratamento aos referidos parlamentares no que respeita a inviolabilidade e imunidade, e do contido na norma geral do art. 25, que explicita o princípio constitucional federativo (OLIVEIRA, 2008, p.189).

No entanto, o posicionamento de Pacelli não é unânime, existindo divergências. Parte da doutrina entende não ter o § 1º, do art. 27, da CF incluído o foro privativo do Deputado Estadual dentre as garantias e prerrogativas que lhe são extensivas, devendo estar previsto, nesse caso, nas Constituições Estaduais, para seu processo e julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado. Segundo essa corrente, o que ocorre *in casu* é que há simetria do cargo de deputado estadual com o deputado federal, cujos processo e julgamento são feitos pelo STF, *ex vi* do art. 102, I, "b", da CF.

Em verdade, a equiparação feita pelo § 1º do art. 27 da CF foi parcial, pois somente alcança o sistema eleitoral, a inviolabilidade, as imunidades, a remuneração, a perda de mandato, a licença, os impedimentos e a incorporação às Forças Armadas, não tendo sido incluída equiparação referente à prerrogativa de foro, a ser feita pelo Tribunal de Justiça. Se assim for, a norma deve ser escrita. Como não está, deve ser feito na Constituição Estadual ou Distrital, sob pena de, não existindo, o Deputado Estadual ser julgado perante o juízo de 1º grau.

Nesse passo, a prerrogativa de foro estabelecida nas Constituições Estaduais, por permissão do § 1º, do art. 25 da CF, incluindo os Deputados Estaduais, somente é válida perante autoridades judiciárias locais. Não atinge os crimes eleitorais, federais ou militares federais, que serão julgados pelos respectivos tribunais. Para melhor exemplificar, imaginemos que um Deputado Estadual cometa um crime eleitoral; seu julgamento será no Tribunal Regional Eleitoral. Se cometer crime de competência da Justiça Federal, será julgado no Tribunal Regional Federal. Se militar, no Superior Tribunal Militar. Da mesma forma, se cometer um delito em outro Estado da Federação, por crime de

competência da Justiça estadual, será julgado no TJE de seu Estado. Esse é o posicionamento do STF, conforme se verifica na seguinte ementa:

> EMENTA: - Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Jurisdição. Competência. Paciente (deputado estadual) denunciado por crime previsto no art. 19 da lei nº 7.492, de 16.06.1986: obtenção de financiamento em instituição financeira mediante fraude. Crime contra o sistema financeiro nacional. Competência da Justiça Federal. Classificação do delito. "habeas corpus". 1. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de ação penal por crime contra o Sistema Financeiro Nacional, nos casos determinados em lei (art. 109, VI, da C.F. de 1988), como é o caso da obtenção de financiamento em instituição financeira, mediante fraude (artigos 19 e 26 da Lei n 7.492, de 16.06.1986. Precedente: R.T.J. 129/192, de 03.03.1989. 2. Quanto a ser imputável, em tese, ao paciente, no caso, o crime de duplicata simulada (art. 172 do Código Penal) - e não o de obtenção de financiamento em instituição financeira, mediante fraude -, como se sustenta na inicial, é questão que não pode ser dirimida por esta Corte, mediante supressão da instância própria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao menos em face dos termos claros da denúncia, que descrevem e atribuem ao denunciado a prática do delito previsto no art. 19 da Lei n 7.492, de 16.06.1986, e não simplesmente o uso de duplicatas simuladas. Eventual desclassificação e suas consequências hão de ser consideradas inicialmente na instância regional, em face das provas que lá foram colhidas. 3. E, em se tratando de Deputado Estadual, que está sendo acusado de prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, da competência da Justiça Federal, sua prerrogativa de foro submete-o ao Tribunal Regional Federal - e não ao Tribunal de Justiça do Estado, como vem decidindo esta Corte, em inúmeros precedentes (inclusive de Prefeitos Municipais). 4. "Habeas Corpus" indeferido.[3]

Mas as Constituições Estaduais podem também estabelecer outros casos de foros privativos, de acordo com o § 1º, do art. 25, da CF, como, por exemplo, para o Secretário de Estado, cujo cargo é simétrico, na estrutura da União, ao

[3] STF, HC nº 80.612/P, rel. Min. Sidney Sanches, julgamento em 13/02/2001, Primeira turma.

cargo de Ministro de Estado. Assim, em cometendo crime de competência do Tribunal de Justiça, por este será julgado. A questão discutida na doutrina é se, por ser norma estadual, quem processará e julgará essa autoridade quando cometer crime de competência da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral e da Justiça comum de outro Estado: a 1ª instância ou um tribunal? Nos crimes de competência das justiças estaduais, a justiça do Estado da autoridade ou a do Estado onde ocorreu o delito?

Resolvendo a questão, quanto ao crime de competência da Justiça Federal, o STJ entendeu que deve ser o Tribunal Regional Federal, conforme se verifica na seguinte ementa:

> "HABEAS CORPUS. **SECRETÁRIO** DE ESTADO. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIME DA ALÇADA DA JUSTIÇA FEDERAL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDO. ORDEM CONCEDIDA.
> 1 - Tendo em vista que o foro por prerrogativa de função visa a proteger o cargo e não seu ocupante eventual, aquele sim a ser amparado pela garantia legal, e tratando-se de delitos da alçada da Justiça Federal, a competência é do Tribunal Federal com jurisdição sobre a unidade da Federação onde o cargo com prerrogativa de foro é exercido.
> 2 - O **Secretário**de Estado em Pernambuco, que praticou crime no Distrito Federal em detrimento de bens ou interesse da União, deve ser processado e julgado pelo Tribunal Federal da 5ª Região.
> 3 - Habeas corpus concedido."[4]

O STF também tem o mesmo entendimento, não só porque o processo e o julgamento no foro privativo se dão, necessariamente, no 2° grau de jurisdição, utilizando critério de simetria, mas, também, pelo fato de que há omissão legislativa, e se tratar de garantia, e não de privilégio. Nesse caso, será competência dos Tribunais Regionais Federais, quanto ao cometimento de crimes de competência da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Eleitorais, quanto aos crimes eleitorais, e do Superior Tribunal Militar, para os crimes

[4] STJ, HC nº 86218, Relator Ministro Paulo Galotti, DJ 19/11/2007, P. 298, decisão em 9/10/2007.

militares, para o processo e julgamento dos Secretários de Estado e de outras pessoas que têm o foro privativo fixado, exclusivamente, nas Constituições estaduais. Tal posicionamento se assemelha à competência para julgamento dos deputados e prefeitos, esclarecido na Súmula nº. 702 do STF: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau."

Se a pessoa que tiver o Tribunal de Justiça como foro privativo concedido exclusivamente pela Constituição local vier a cometer um crime fora do Estado onde exerce suas atividades, qual o órgão competente para processamento e julgamento? Obviamente a competência será do Tribunal de Justiça onde ela exerce suas atividades (STF, RTJ, 91/62).

Sendo assim, se Deputado Estadual baiano, por exemplo, vier a cometer um crime comum no Estado de São Paulo, o processo deve tramitar pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Considerando que a competência por prerrogativa de função situa-se necessariamente no 2° de jurisdição a impossibilidade de se atribuir o processo ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que processa e julga apenas as pessoas que exercem suas funções no Estado, a competência desloca-se para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde ele exerce a atividade que lhe confere o foro privativo (TOURINHO FILHO, 2009, P. 159/160).

Não bastassem tais argumentos, há mais: da mesma forma que os Tribunais Regionais Federais processam e julgam as pessoas enumeradas no art. 108, I, "a", da CF, "da área de sua jurisdição", o mesmo deve ocorrer com os Tribunais de Justiça: processam e julgam as pessoas sujeitas a sua jurisdição onde quer que cometam a sua infração (TOURINHO FILHO, 2009, p.160).

Sobre o assunto, de forma minoritária, contrapõem-se alguns doutrinadores, entendendo que fora do Estado onde a autoridade exerce suas funções, o juízo competente é do 1º grau, e não de um tribunal, sob o fundamento da hierarquia de leis – ou seja, prevalece a Constituição Federal sobre as Constituições Estaduais, em que foi previsto o foro privativo, na forma do art. 25, § 1º da CF. Carlos Frederico Coelho Nogueira expõe fundamentos nesse sentido:

> "Somos de parecer, portanto, que os Secretários de Estado e do Distrito Federal devem ser julgados originariamente pelos TJs dos Estados em que exercem suas funções – pouco importando

> o lugar do crime – somente nos crimes comuns de competência da Justiça Local, assim mesmo excetuados os dolosos contra a vida, pois o julgamento destes compete ao tribunal de júri (CF, art. 5º, XXXVIII, d). Nos crimes federais, devem ser julgados nos crimes federais; nos militares, pela Justiça Militar de 1ª Instância; e, nos eleitorais, pelos juízes eleitorais".(COELHO, 2002, p. 1042/1043).

Em que pese tais posicionamentos, o STF já pacificou a matéria, no mesmo sentido do STJ, entendendo que o Secretário de Estado, ao cometer crime eleitoral, deve ser julgado no Tribunal Regional Eleitoral, conforme se verifica na seguinte ementa:

> "Habeas Corpus". Competência para o processo e julgamento de Secretário do Estado acusado da prática de crime eleitoral. Constituição de 1988 - compete originariamente aos tribunais regionais eleitorais processar e julgar, por crimes eleitorais, as autoridades estaduais que, em crimes comuns, tenham no tribunal de justiça o foro por prerrogativa de função. Recurso ordinário a que se nega provimento"[5].

Prevaleceu, portanto, a hierarquia das leis, pois as normas de competência relativas às Justiças Federal, Eleitoral e Militar estão previstas na CF. Sob o mesmo fundamento, o STF também entendeu, que em caso de crime doloso contra a vida, prevalece o Tribunal de Júri sobre o foro privativo estabelecido nas Constituições Estaduais, sendo o agente processado e julgado no local em que ele cometeu o crime, seja no seu Estado, seja em outro da Federação. Nesse sentido é a Súmula 721 do STF, escrita da seguinte forma: "A competência constitucional do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual".

E não poderia ser diferente, pois as normas previstas na Constituição Federal, *in casu* o inciso XXXVIII do art. 5º da CF, prevalecem sobre as previstas nas Constituições Estaduais, ou seja, a autoridade com foro privativo previsto em Constituição Estadual, ao cometer crime doloso contra vida, será julgada pelo Tribunal de Júri do foro no qual ocorreu o delito (art. 70, CPP) e não pelo Tribunal de Justiça de seu Estado.

---

[5] STF, RHC 69773-PR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26-11-1992, DJ 12-02-1993.

A Súmula 721 do STF veio para resolver uma velha discussão sobre o assunto. No entanto, ficou uma interrogação: o foro privativo dos deputados estaduais, previsto nas Constituições Estaduais, prevalece sobre o procedimento do tribunal de júri, previsto na Constituição Federal, em ocorrendo crime doloso contra a vida? Veja-se que a questão envolve polêmica:

1ª) uma corrente de doutrinadores se posiciona no sentido de que os deputados estaduais têm prerrogativa de função em face da norma contida no art. 27, § 1º, da CF, ou seja, não sendo necessária inserção de norma em Constituição Estadual estabelecendo competência do Tribunal de Justiça para julgá-los, conforme citado acima, na transcrição de Eugênio Pacelli de Oliveira.

2ª) De forma contrária, outra corrente afirma que há necessidade de sua inclusão em carta estadual e, sendo assim, prevalece o tribunal de júri, cuja competência é delimitada pela Constituição Federal, ou seja, a norma constitucional federal prevalece sobre a norma constitucional estadual.

Há até antiga decisão, ainda sob a égide da Constituição anterior à de 1988, nesse sentido, do STF, cuja ementa está exposta da seguinte forma:

> Habeas corpus. Competência. Crime doloso contra a vida de que é acusado deputado estadual. Pode a constituição do estado-membro, com base no poder implícito que reconhece a este de atribuir a seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal que a constituição federal outorga aos seus que lhes são correspondentes, estabelecer que o foro por prerrogativa de função de deputado estadual e o tribunal de justiça do estado, para todos os crimes da competência da justiça desse estado-membro, inclusive os dolosos contra a vida. Existência, no caso, de norma constitucional estadual nesse sentido. Habeas corpus deferido em parte.[6]

Por sua vez, em recente decisão, o STJ manifestou-se pela competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar deputado estadual por crime doloso contra vida.[7]

---

[6] STF, HC nº 58.410/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18/03/1981, Pleno.

[7] STJ, REsp. 738338/PR, Rel Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgamento em 21.11.2005.

Em resumo: embora haja necessidade de fixação do foro privativo na Constituição do Estado para o deputado estadual, essa possibilidade se faz não somente em relação ao § 1º, do art. 25, da CF, mas, também, em relação à norma contida no § 1º, do art. 27, da CF. Dessa forma, ao cometer crime doloso contra vida, responde perante o Tribunal de Justiça, se crime comum estadual. Será pelo Tribunal Regional Federal, se crime de competência da Justiça Federal. Se militar, perante o Superior Tribunal Militar. Quanto às demais autoridades, aplica-se a Súmula 721 do STF, prevalecendo o Tribunal de Júri, existente tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal. Quanto ao lugar, será aplicado o art. 70 do CPP, ou seja, o foro do delito.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE FORO PRIVATIVO POR LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Conforme se verificou acima, não existe norma expressa na Constituição Federal autorizando lei infraconstitucional a fixar outros foros privativos além dos que nela estão previstos.

A Constituição Federal, em seu art. 25, estabelece que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

Sob o mesmo enfoque, o art. 125 e § 1º da Constituição Federal prevê que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição, bem como que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Na dicção do Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque desses artigos, a Constituição Federal, ao prever a possibilidade das Constituições Estaduais e do Distrito Federal fixarem a competência dos Tribunais, permitiu que estas fixassem outros casos de competência por prerrogativa de função, quanto às pessoas que ocupam cargos na Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, desde que obedecidos os princípios nela previstos.

Por essa ressalva, o Supremo Tribunal Federal entende que a fixação de competência por prerrogativa de função nas cartas estaduais e distrital deve guardar simetria com os cargos previstos na Constituição Federal.

Dois pontos devem ser observado sobre o assunto discorrido: a constitucionalidade material e a constitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material é aquela na qual o antagonismo surge entre seu conteúdo e o da Constituição (BASTOS, 1996, p. 365), que no presente caso é a simetria com os cargos da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade formal diz respeito tão somente a um desvio de elaboração do ato, (BASTOS, 1996, p. 365), ou seja, a autorização para que as Constituições estaduais e distritais fixem outros foros privativos.

Em resumo: exige-se a constitucionalidade material, quanto à simetria dos cargos, e a constitucionalidade formal, quanto à lei que deve prever a competência por prerrogativa de função, qual seja, as cartas estaduais e distrital.

O controle formal é estritamente jurídico. Confere ao órgão incumbido a competência para examinar a conformidade das leis com a Constituição, do ponto de vista de observância das formas estatuídas, se a regra não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes. Tal controle é técnico. Não examina o conteúdo ou a substância da lei em exame. O controle formal revela um poder de hermenêutica, não de legislação, e parece ser muito pouco, pois a Constituição visa a um regime de liberdade para o homem, fim e fundamento da constitucionalidade (POLETTI apud BASTOS, 1996, p. 365).

Dentro dessa ordem, a previsão constitucional de que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça podem propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a alteração da organização e divisão judiciárias (art. 96, II, "d"), de o Tribunal Regional Federal (§ 1º do art. 107), o Superior Tribunal Eleitoral (art. 121) e o Superior Tribunal Militar organizarem-se por leis infraconstitucionais não significa que, por meio dessa forma, possam criar outros foros privativos.

A previsão desses foros somente é possível na Constituição Federal, e por autorização desta, obedecidos os princípios nela previstos, nas constituições estaduais e na distrital.

Sobre esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça considerou inconstitucional a competência de prerrogativa de função do comandante da Polícia Militar

do Pará, que fora fixada por meio de de resolução do Tribunal de Justiça do Estado[8].

Nesse sentido, padece de inconstitucionalidade formal o art. 6º, I, "a", da Lei nº 8.457/92, com a redação dada pela Lei nº 8.719/93, que prevê foro privativo no Superior Tribunal Militar para julgamentos dos Oficiais-Generais das Forças Armadas pelos crimes militares que cometeram. Tal Lei é a que organiza a Justiça Militar da União.

Se admitirmos a constitucionalidade dessa lei, temos de admitir que as demais leis de organização judiciária também podem prever outros casos de prerrogativa de função. E mais, por se tratar de órgão da Justiça da União, admitir-se-ia que a Constituição Federal não encerra todos os casos de fixação de prerrogativa de função.

Não haveria sequer a obrigatoriedade da obediência ao princípio da simetria, eis que é decorrente da adoção do Estado Federal, o que não é o caso, pois o Superior Tribunal Tribunal Militar é órgão do Poder Judiciário da União. E se assim fosse aplicado, o que não é o caso, não haveria simetria.

Também se entendermos constitucional tal previsão, temos de aceitar que os Oficiais-Generais, quando cometerem outros crimes que não sejam militares, sejam julgados em Tribunal de Superior, já que o julgamento dos crimes militares é de competência do Superior Tribunal Militar. Qual seria, então? Se eleitoral, o TSE, que não tem previsão constitucional de foro privativo? E os demais crimes, qual seria, o STJ, o STF? A resposta é simples: isso não é possível, por violar a Constituição Federal em seu aspecto formal.

Registre-se que a Constituição Federal somente prevê foro privativo no STF para os Oficiais-Generais das Forças Armadas que exerçam as funções de Ministros do STM e os comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica (art. 102, I, "c"), não havendo previsão quanto aos demais Oficiais-Generais.

[8]STJ, Resp. 243.804-PA, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3/10/2002, DJ 4/11/200, p.225.

6. CONCLUSÃO

A conclusão é que há inconstitucionalidade formal do art. 6º, I, "a", da Lei nº 8.457/92, com a redação dada pela Lei nº 8.719/93, que prevê foro privativo no Superior Tribunal Militar para julgamentos dos Oficiais-Generais, para crimes militares.

Somente possuem foro privativo aqueles que desempenham o cargo de Ministro do STM e os comandantes de cada Força Armada, justamente porque há previsão na CF, não podendo lei ordinária fixar outros casos de prerrogativa de função, como acontece com a referida lei.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS. Curso de Direito Constitucional – 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

COELHO, Carlos Frederico Nogueira. Comentários ao Código de Processo Penal. Bauru: Edipro. 2002.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência Penal Originária. São Paulo: Malheiros. 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Teoria Geral do Processo – 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 2 – 31. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.