

## A APLICABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Roque Hudson Ursulino Pontes<sup>1</sup>

### RESUMO:

Este trabalho científico tem como objetivo trazer aos leitores as possibilidades de aplicação do foro por prerrogativa de função, os casos de sua manutenção e o momento em que este se encerrará, respeitando o princípio da isonomia garantido constitucionalmente. As inspirações iluministas presentes na Revolução Francesa de 1789 trouxeram para as constituições modernas princípios que se tornaram base para o ordenamento jurídico contemporâneo. Na Constituição Brasileira não foi diferente. Esta consagrou textualmente que todos serão iguais perante a lei, sem distinção de raça, cor, credo, garantindo aos brasileiros a aplicação da lei sem qualquer distinção. Neste trilhar, tornou-se necessário que algumas pessoas que possuíssem funções essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito tivessem a prerrogativa de foro, evitando que suas manifestações em decorrência de sua função pudessem ser reprimidas através do poder judiciário, sendo julgadas pelo juízo singular, havendo, assim, possibilidade de se macular a aplicação do bom direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Foro por prerrogativa de função, isonomia, aplicação, autoridades.

### ABSTRACT:

This scientific work aims to bring readers to the possibilities of application for the prerogative of the forum function, cases of maintenance and when this will end, respecting the principle of equality guaranteed by the Constitution. Inspirations Enlightenment present in the French Revolution of 1789, brought to modern constitutions principles that became the basis for the contemporary legal system. In the Brazilian Constitution was no different, it spent literally all are equal before the law, without distinction of race, color, creed, guaranteeing to the Brazilian law enforcement without any distinction. In this tread has become necessary that some people who have critical roles to maintain the democratic rule of law, had the prerogative court, preventing its manifestations as a result of its function could be suppressed by the judiciary, being judged by the single judge, thus, there was opportunity to tarnish the good application of the law.

**KEYWORDS:** Forum for prerogative function, equality, enforcement, authorities

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA; Pós-graduado em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA; Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Luciano Feijão; Professor da Disciplina Estágio V.

## INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo a maioria dos estados observa e respeita o Estado Democrático de Direito, pois na antiguidade grande parte das civilizações viviam sob a égide da vingança privada ou da aplicação de penalidades, castigos existentes apenas para uma parcela da comunidade, pois as grandes castas não estavam sujeitas a estas disposições, visto que estes castigos eram aplicados em sua grande parte apenas contra os mais pobres.

Em decorrência desta barbárie, as classes menos favorecidas, após a Revolução Industrial e com o surgimento do Iluminismo, passaram a possuir voz na sociedade, então surgiram os movimentos sociais de inspiração libertária. Naquele momento histórico, haveria um rompimento entre os modelos de dominação medievais e passava-se a ter a necessidade de se criar garantias aos povos para sua manutenção na sociedade.

Diante destes anseios sociais, a Revolução Francesa, ao criar os ideais de Liberdade, Fraternidade e Liberdade, criou no estado moderno a necessidade de se criarem garantias aos povos administrados, evitando assim, os excessos por parte dos chefes do poder, nascendo a partir daí as raízes das garantias do homem e do cidadão.

Neste trilhar, as constituições contemporâneas exararam em seu texto, capítulos que versam sobre os direitos e garantias individuais e que se tornaram a base do novo constitucionalismo. Dentre os princípios criados está o princípio da isonomia ou igualdade, no qual todos devem ser tratados de forma igualitária e em alguns casos de forma desigual para se chegar à igualdade, como ocorre nos casos de crimes praticados por parlamentares, que devem ser processados e julgados através do Tribunal competente, evitando-se que o julgamento destes venha a ser influenciados por interesses de outros e não pela aplicação reta da legislação.

Neste sentido, o Legislador criou a figura do foro por prerrogativa de função, no qual as autoridades constituídas deverão ser processadas e julgadas por um Tribunal Superior, sem, no entanto, ferir o princípio da igualdade consagrado constitucionalmente.

## 1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os historiadores divergem quanto ao surgimento do princípio da isonomia ou da igualdade, alguns reputando que este princípio teve suas raízes na democracia Ateniense, no período de 508 A.C., no entanto, outros remetem este instituto ao Império Romano. Já a maioria destes estudiosos reputam que tratando-se da isonomia nos moldes atuais, esta ira ser consagrada na Carta de João Sem Terra, de 1215, razão pela qual se confere à Inglaterra e à citada compilação, como o primeiro momento do surgimento do princípio, que séculos depois foi multiplicado e incutido nas nações do mundo pela Revolução Francesa.

As constituições contemporâneas vêm consolidando em seu texto, a existência do princípio da isonomia ou igualdade, princípio este que tem como condão a garantia da aplicação da lei sem excessos aos administrados. Na Constituição Brasileira de 1988 não foi diferente. Esta especificou em seu texto notadamente em seu artigo quinto, que todos são iguais perante a lei e garantiu aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade e a igualdade. Senão vejamos o texto da Carta Maior:

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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição <sup>2</sup>.

Como se observa, o espírito da norma é consagrar tratamento igualitário entre homens, mulheres, brasileiros, estrangeiros residentes no país, para que, desta forma, não haja excessos por parte do administrador público ou de agentes políticos contra os administrados. Neste sentido, o doutrinador Alexandre de Moraes expressou o seguinte em sua obra: “*A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a*

---

<sup>2</sup> Constituição Federal Brasileira - [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

*igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”<sup>3</sup>.*

Analisando este princípio, observa-se que os direitos e obrigações dele decorrentes, são integrados desde o nascimento e durante a convivência humana, pois sua base teórica é a garantia da aplicação dos direitos fundamentais.

Estes fundamentos prevêem algumas formas de tratamento diferenciado, como no caso de aposentadoria, em que a mulher poderá se aposentar com o mesmo tempo de contribuição, mas com idade menor, conforme se lê do art. 40, III e 201, § 7º da CF, a não exigência do serviço militar para as mulheres e eclesiásticos, conforme se vê no art. 143, §2º da CF e as imunidades parlamentares, situação em que será conferida algumas imunidades aos parlamentares (art. 53 da CF) e foro com prerrogativa de função a outras autoridades, conforme se vê nos artigos 102, 104, 108 e 29 da Constituição Federal Brasileira.

Como se vê, certos tratamentos diferenciados e que foram autorizados pela Constituição não caracterizam inobservância ao princípio da isonomia, estes na verdade, buscam conceder as mesmas condições a pessoas que ocupam condição hipossuficiente ou que exerçam cargos que necessitam de análise de um órgão superior para aplicação correta da lei.

Neste passo, o foro por prerrogativa de função não fere ao princípio da isonomia, este na verdade autoriza através da lei maior que as autoridades elencadas na Constituição Federal venham a ser processadas e julgadas através de um Tribunal Superior, pois poderia, em caso de julgamento por juiz singular, ferir de morte o princípio da imparcialidade do juiz e a aplicação reta da lei.

Após esta breve explanação e da exposição das autorizações legais, iremos tratar do foro por prerrogativa de função. A lei expressa na realidade, à questão da igualdade material onde os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, deverão ser tratados de forma igualitária pela lei. Celso Antônio Bandeira de Melo escreveu sobre o

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. (p. 36)

princípio da igualdade, e especificou que este princípio constitucional deve ser observado sob três aspectos, senão vejamos o que expressou em sua obra:

a) a primeira condiz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicizada.<sup>2</sup>

Notadamente que, ao observarmos as disposições acima transcritas, torna-se patente que o princípio da isonomia tem diversas aplicações. Sob um de seus prismas, iremos desenvolver este assunto, pois será abordado no próximo tópico o foro por prerrogativa de função, que se observamos apenas sob uma das visões do princípio, teria a aparência de um tratamento privilegiado para pessoas pertencentes à mesma sociedade e que feria de pronto o princípio da igualdade. Urge salientar que como transcrito por Alexandre de Moraes e pelo Ministro Celso de Melo, o princípio possui peculiaridades que autorizam ao legislador a criar disposições que concedam tratamento diferenciado no intuito de se manter a paridade, igualdade entre os brasileiros, vejamos o próximo tópico.

## **2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

O tema ora proposto é de grande controvérsia no meio jurídico, pois para parte dos doutrinadores o foro por prerrogativa de função seria uma garantia de manutenção do Estado Democrático de Direito e da própria governabilidade, e, para outra parte, seria uma forma de se desrespeitar de forma clara o princípio da isonomia.

Diante deste fato, a Nossa Carta Maior elencou em seu texto o foro por prerrogativa de função, disposição esta que tinha por finalidade resguardar um tratamento isonômico para as autoridades constituídas, concedendo a estas a prerrogativa de em seus crimes comuns, serem

---

<sup>4</sup> Celso Antônio Bandeira de Melo, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21 e desenvolvimento, p.23-43.

processados e julgados perante o Tribunal competente. Estas disposições estão traçadas nos seguintes artigos: art. 29 (Prefeito Municipal); Art. 102 (Presidente da República), Art. 104 (Governador dos Estados), Art. 108 (Juizes Federais), todos da Constituição Federal.

Ao consagrar em seu texto o tratamento diferenciado para algumas autoridades, a Constituição Brasileira buscou na realidade conceder igualdade de tratamento para as autoridades pertencentes à administração pública municipal, estadual e federal, através da competência *ratione materiae*, pois a importância do cargo poderia trazer tratamento diferenciado que de alguma forma poderiam macular a aplicação da lei.

O presente instituto possui fundamento na medida em que os legitimados que exerçam o cargo especial e de grande relevância no cenário político do Estado e outras autoridades, venham a ser julgados por órgãos superiores garantindo-se assim, a aplicação do princípio da igualdade. A manutenção do julgamento destas autoridades por um juiz singular, de primeiro grau, poderia em decorrência do cargo exercido pelo acusado, gerar de forma direta ou indireta a aplicação de forma tendenciosa da lei, ferindo de morte o princípio da isonomia e principalmente o da legalidade.

Ressalte-se que estas garantias concedidas pela Carta Magna só serão aplicadas para as condutas criminosas ocorridas durante o momento em que esse encontrava o “criminoso” investido no cargo ou função pública, não se aplicando às questões cíveis.

Ocorre que a Corte Maior de nossa nação, após interpretações diversas desta prerrogativa constitucional, ainda não pacificou o entendimento, pois existem posicionamentos divergentes sobre o tema, senão vejamos.

### **3. DA APLICABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

O foro por prerrogativa de função será concedido às autoridades que investidas em suas funções ou cargos públicos, venham a cometer crimes comuns, devendo ser processadas e julgadas originariamente pelo Tribunal Superior respectivo, segundo o que expõe a Constituição Federal. Muito se discute a respeito do tempo em que esta prerrogativa se

mantém se após o fim do mandato se encerra a prerrogativa ou se mesmo após o mandato esta será mantida.

O foro por prerrogativa de função trata-se da competência *ratione personae*, que se concede a algumas pessoas para que sejam julgadas por órgãos superiores do Poder Judiciário em decorrência da função de especial relevância que exercem. Tourinho Filho especifica que:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.<sup>3</sup>

Alcalá-Zamora explica que:

cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en si, sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y la justicia: si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones”<sup>4</sup>.

Para dirimir esta contenda o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 394, que especificava mesmo que os inquéritos, para apurar crimes cometidos por uma autoridade com foro privilegiado, que fossem instaurados após o fim da prerrogativa, seriam processados e julgados perante o Tribunal Superior respectivo. Notadamente que a citada Súmula era incompatível com o texto normativo maior; então coube ao guardião da Constituição, velando

---

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003

<sup>4</sup> Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945, pp. 222/223.

pela constitucionalidade das leis tomarem uma posição sobre este enunciado, cancelando a citada Súmula, pois com a cessação do cargo ou função pública, o investigado passaria a ser um cidadão comum, sendo a manutenção da prerrogativa uma grave afronta ao regime democrático de direito e ao princípio da igualdade, senão vejamos seu enunciado: *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.*<sup>5</sup>

Após ampla vigência no âmbito jurídico, por quase trinta e seis anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu cancelar a Súmula 394 na sessão plenária do Excelso Pretório, em uma Questão de Ordem suscitada em um inquérito iniciado no ano de 1997 de n. ° 687-SP, que tinha como indiciado um ex-deputado federal.

Como se vê, trata-se de uma inquestionável afronta aos princípios constitucionais e ao que determinam as disposições constitucionais. Diante deste fato, na sessão do dia 25.08.1999, o Plenário decidia pelo cancelamento da Súmula, vejamos a decisão:

Em decisão de 25.08.1999, do Plenário, proferida no Inq. 687 (*et al.*), relator o Min. Moreira Alves, cancelou a Súmula n. 394. Como ficou consignado, ela garantia julgamento perante o Pretório Excelso a ex-Deputados e a ex-Ministros processados por crimes cometidos na atividade funcional, ainda que cessado esse exercício (perda ou término do mandato, demissão do ministério etc.). Diante do cancelamento, cessado, *v. g.*, o exercício funcional, os autos deveriam retornar ao juízo de primeiro grau. A prerrogativa de foro, afirmou o Min. Carlos Velloso por ocasião do julgamento, pressupõe o exercício do cargo ou do mandato, razão pela qual a súmula, ampliando o privilégio, não condizia com o regime democrático. Para o Plenário, a prerrogativa é funcional e não pessoal. Assim, terminado o exercício do cargo ou do mandato, cessa também a competência funcional, sendo válidos os atos praticados e as decisões proferidas com base na referida súmula (decisões com efeito *ex nunc*). O Pleno, por 7 votos a 4, decidiu não editar nova súmula sobre o tema”<sup>6</sup>.

Após o cancelamento estava mantido o Estado Democrático de Direito e manutenção

---

<sup>5</sup> [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<sup>6</sup> *Informativo STF* n. 159/1-4, 23-27 ago. 1999 e *DJU* de 9.11.2001, p. 44.

das instituições, pois assim evitava-se macular o princípio da isonomia, pois a partir daquele momento, as autoridades após perda do cargo, passariam a ser julgadas por um júízo singular.

Depois de resolvida a questão que violava gravemente a Constituição, notadamente no ano de 2002, foi publicada a Lei 10.628/2002, legislação infraconstitucional que modificou o art. 84 do Código de Processo Penal brasileiro e tratou das pessoas que teriam foro por prerrogativa de função. Se observarmos o que determina a Constituição Federal, esta matéria só será tratada ou modificada na Constituição Federal, pois trata-se de uma competência absoluta, demonstrando ser completamente inconstitucional a aplicação dos efeitos contidos nesta legislação. O citado artigo ficou com a seguinte redação:

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

§ 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 administrativa, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou a autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1.º<sup>7</sup>.

Com a edição desta lei, o legislador infraconstitucional buscou na verdade reavivar as questões contidas na Súmula 394, revogada no ano de 1999, ferindo de forma desastrosa aos princípios constitucionais. Como se vê, existem dois grandes erros na publicação desta lei, uma de caráter formal e outra de caráter material.

O primeiro se dá, em decorrência de que esta matéria só poderá ser tratada na Constituição Federal, ou seja, para revalidar o anterior entendimento sobre as prerrogativas, seria necessária a modificação do texto constitucional através de Emenda à Constituição, medida que necessita de um processo legislativo bem diferente do utilizado para edição de uma lei ordinária.

---

<sup>7</sup> [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

O segundo se dá em decorrência da lei infraconstitucional ser divergente do espírito da norma contida no art. 102 da Constituição Federal e da decisão da Corte Maior em revogar a Súmula 394, pois o entendimento da corte é que estas disposições feriam preceitos constitucionais. Com a revogação, crimes cometidos por agentes possuidores de função ou cargo público responderiam perante a justiça comum, como por exemplo, nos casos de crime doloso contra a vida, tendo a autoridade sido exonerada do cargo, os autos da ação penal por homicídio que seria promovida perante o Tribunal competente, seria remetida a justiça comum para ser julgada perante o Tribunal do Júri.

Dessa forma, estava resguardada a verdadeira motivação do foro por prerrogativa de função, pois este só persistirá enquanto a pessoa estiver desempenhando a função ou cargo público, pois após este fato seria processada e julgada perante a justiça comum, onde todos os atos de instrução porventura já realizados serão aproveitados no inquérito ou no processo, sendo todos os atos praticados considerados como válidos por terem sido realizados por juízo competente.

Diante da patente violação trazida pela Lei 10.628/2002, foram impetradas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's), notadamente a Adin 2.797, que tinha por finalidade retirar o texto de caráter inconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Na análise do caso, o Supremo Tribunal Federal realizou uma interpretação restritiva do que determina o art. 102 da Constituição Federal, pois especificou que o resguardo trazido pela Carta Maior era ao cargo ou mandato e não à pessoa; logo a lei infraconstitucional estava em desacordo com a Lei Maior. Senão vejamos o que expressa o citado artigo:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) *nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*<sup>8</sup>. (Grifo Nosso).

Como se vê a citada Lei 10.628/2002, que modificou o texto do art. 84 do Código de Processo Penal Brasileiro, quis na realidade modificar de forma ilegal e imoral, a aplicação das prerrogativas do foro por prerrogativa de função, ao propor que os legitimados estivessem sob o manto da proteção legislativa, mesmo após a saída do cargo público, inclusive no que tange às ações de improbidade administrativa.

Empós a edição da Lei citada, foram impetradas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tinham por finalidade declarar inconstitucional o dispositivo do art. 84 do CCP. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – impetrou no dia 27.12.2002, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo como objeto justamente os §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP, acrescentados pela Lei nº 10.628/02.

O Ministro Ilmar Galvão, na época como Presidente interino da Suprema Corte, negou a liminar na referida ação no dia 07.01.2003, entendendo não estar presente o *periculum in mora*. Tendo em vista o indeferimento do pedido liminar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela CONAMP, o § 1º do artigo 84, com a redação da Lei nº 10.628/02, deve ter aplicação imediata, por força do artigo 2º do CPP.

Enquanto estava pendente o julgamento da Adin 2.797-2, a Corte Constitucional realizou muitos julgamentos, nos quais entendiam ser competente o Tribunal Superior para processar e julgar os crimes de improbidade administrativa, possibilidade contida no parágrafo segundo do art. 84 do CPP, senão vejamos alguns dos julgados:

Tramita contra os Reclamantes - Prefeitos dos Municípios de Entre Rios e Cardeal da Silva, no Estado da Bahia -, perante o Juízo de Direito da Comarca de Entre Rios, ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 1992. No

---

<sup>8</sup> Constituição Federal Brasileira - [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

referido processo, a par de ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 2002, firmando assim a sua competência para julgar ação de improbidade contra Prefeitos (fls. 114/115), a Juíza de Direito de Entre Rios decretou, em liminar, a indisponibilidade dos bens dos reclamantes, até o limite de cem vezes a remuneração dos réus (fls. 116/120). Apontam, ademais, a iminência de decisão do juízo reclamado acerca de pedido de afastamento sumário dos reclamantes de seus cargos. Com base na prerrogativa de foro prevista na Lei nº 10.628, de 2002, pretendem os reclamantes ver decretada a nulidade dos atos praticados na referida ação de improbidade, tendo em vista a configuração de incompetência absoluta do Juízo de Direito da Comarca de Entre Rios. Os reclamantes invocam precedentes desta Corte sobre o tema. Postula-se liminar para o fim de suspender o processo, assim como os atos decisórios já praticados. Ressalvado melhor juízo quando do julgamento do mérito, considerando a presunção de legitimidade da Lei nº 10.628, de 2002, e o indeferimento da liminar na ADI nº 2.797-2, considero plausível o fundamento do pedido. Defiro, portanto, a liminar, para o fim de que fiquem sobrestados todos os atos decisórios praticados nos autos da ação de improbidade em curso perante o Juízo de Direito da Comarca de Entre Rios - BA (Processo nº 484/03), e que os autos dessa ação de improbidade sejam remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Comunique-se e, no mesmo ofício, requisitem-se as informações. Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2004. Ministro Gilmar Mendes Relator.<sup>9</sup>

Cuida-se de reclamação ajuizada por Alcino Cardoso, prefeito municipal de Itapemirim, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo que, dando provimento a agravo de instrumento, tirado em ação de improbidade administrativa e interposto pelo representante do Ministério Público, rejeitou preliminar de incompetência do juízo de primeiro grau e determinou o afastamento do ora reclamante das funções por sessenta dias. Sustenta o reclamante que, ao entender competente o juízo de primeiro grau para conhecer da ação civil de improbidade administrativa, teria o acórdão afrontado decisão desta Corte na Rcl nº 2.381, em cujo julgamento teria o Plenário reputado constitucional a Lei nº 10.628, de 2002, até decisão da ADI nº 2.797. 2. O caso é de liminar. O acórdão impugnado hostiliza, de veras, a autoridade de decisão da Corte, que, no julgamento da Rcl nº 2.381-AgR (rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 02.04.2004), deu, contra o voto do Min. MARCO AURÉLIO, pela vigência do art. 84, § 2º, do CPP, com a redação da Lei nº 10.628, de 2002, até que sobrevenha decisão final da ADI nº 2.797, na qual se negou pedido de liminar. Concluiu, a respeito, o voto do Min. Relator: "a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade no caso de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública". Porque a pendência doutra demanda, em

---

<sup>9</sup> STF - Rcl 2669 MC / BA – Relator o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes – Julgado em 11/06/2004 – Publicado no DJ de 17/06/2004 - página 05.

juízo de primeira instância, contra deputado federal, desrespeitou tal precedente, o Min. GILMAR MENDES deferiu medida liminar, suspendendo o processo e avocando os autos (Rcl nº 2.509). É o que, *mutatis mutandis*, convém à hipótese. 3. Do exposto, concedo a liminar, para sustar a eficácia do acórdão proferido no Ag. Inst. nº 026049000016 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e determinar suspensão do processo. Comunique-se incontinenti à autoridade, requisitando-se-lhe informações. Publique-se. Int.. Brasília, 20 de maio de 2004. Ministro CEZAR PELUSO Relator.<sup>10</sup>

Ocorre que em 15 de setembro do ano de 2005, a Adin 2.797-2 foi julgada o mérito da ação e resultou no julgamento de que os parágrafos contidos no art. 84 do Código de Processo Penal Brasileiro, estavam em desacordo com a Constituição e com entendimento esposto pela Corte, e em conclusão deveriam as disposições normativas serem revogadas de nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, vejamos a decisão da Adin 2.797-2:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.797.2**

**PROCED: DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**

**REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP**

**ADV. ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS**

**REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL**

**DECISÃO:** O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que julgava procedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros grau. Falaram, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 22.09.2004.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do senhor Ministro Eros grau, justificadamente nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Nelson Jobim. Plenário 10.11.2004.

---

<sup>10</sup> STF - Rcl 2645 MC / ES – Relator o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso – Julgado em 20/05/2004 – Publicado no DJ de 26/05/2004 - página 025.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, vencidos os Senhores Ministros Eros grau, Gilmar Mendes e a Presidente, Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice - Presidente). Plenário 15.09.2005<sup>11</sup>.

Como consequência da decisão acima esposada, hoje o ordenamento jurídico brasileiro consagra que o foro por prerrogativa de função persistirá apenas enquanto a autoridade estiver investida na função ou cargo público, buscando com esta finalidade resguardar apenas a função pública, após a perda do cargo, seja por fim ou perda do mandato ou perda da função pública, os ex-agentes públicos serão julgados pela justiça comum e não mais por um Tribunal Superior, assegurando a aplicação correta do foro com prerrogativa em detrimento do princípio da igualdade.

## CONCLUSÃO

Neste estudo científico se buscou elucidar as possibilidades de aplicação do foro por prerrogativa de função, matéria relativa ao Direito Constitucional e Processual Penal, cuja competência é *ratione personae*, sendo classificada como competência absoluta, portanto só podendo estar disposta na Constituição Federal.

No Estado Brasileiro ocorreram algumas discordâncias a respeito da forma de aplicação da prerrogativa, se esta acompanhava a autoridade após a saída do cargo ou função pública ou se esta só persistiria enquanto aquele agente estivesse investido na função.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de grande acerto e de visualização da manutenção do Estado Democrático de Direito e principalmente em observância a ratificação do princípio da isonomia, pois se mesmo após deixar o cargo à autoridade permanecesse com a prerrogativa de responder nos crimes comuns e nos casos de improbidade administrativa perante um Tribunal Superior, acabaria por estar à lei a conceder tratamento diferenciado a

---

<sup>11</sup> Supremo Tribunal Federal - [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

peessoas que possuem a mesma classificação, ou seja, entre cidadãos comuns.

A decisão na Adin 2.797-2 consagrou a interpretação restrita que deve ser concedida à Constituição Federal, devendo as pessoas que detinham cargos ou funções públicas, serem processadas e julgadas perante a justiça comum, como garantia da ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Victor Nunes. **O princípio do juiz natural e a competência por prerrogativa de função.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1112, 18 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8665>>. Acesso em: 9 jan. 2011.

Constituição Federal Brasileira - [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945, pp. 222/223.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira, **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo. 3ª Ed. : Editora Malheiros, 2008.

Informativo *STF* n. 159/1-4, 23-27 ago. 1999 e *DJU* de 9.11.2001, p. 44.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Atlas, 2010. (p. 36);

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STF - Rcl 2645 MC / ES – Relator o Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso – Julgado em 20/05/2004 – Publicado no DJ de 26/05/2004 - página 025.

STF - Rcl 2669 MC / BA – Relator o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes – Julgado em 11/06/2004 – Publicado no DJ de 17/06/2004 - página 05.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

#### **REFERENCIAS DE SITES**

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/866>

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)