



Orlando Carlos Neves Belém

**Do Foro Privilegiado à
Prerrogativa de Função**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Ana Lúcia de Lyra Tavares

Rio de Janeiro
julho de 2008.



Orlando Carlos Neves Belém

**Do Foro Privilegiado à
Prerrogativa de Função**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela comissão examinadora abaixo assinada.

Profª. Ana Lúcia de Lyra Tavares
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. Francisco Mauro Dias
Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Departamento de Direito – UERJ

Prof. Nizar Messari
Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2008.



Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, da autora e da orientadora.

Orlando Carlos Neves Belém

Graduou-se em Bacharel em Direito no ano de 1987 pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e ingressou no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no ano de 1991, no cargo de Promotor de Justiça. Procurador de Justiça desde 2007. Foi Professor de Direito Constitucional na Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, na Fundação Escola do Ministério Público - FEMPERJ e no Curso Gliche.

Ficha Catalográfica

Belém, Orlando Carlos Neves.

. Do Privilegiado à Prerrogativa de Função / Orlando Carlos Neves Belém; orientadora: Ana Lúcia de Lyra Tavares. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

166 fls. 29cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Privilégio. 3. prerrogativa de função. 4. Princípio Republicano. 5. auto-organização. 6. competência originária. I. Tavares, Ana Lúcia de Lyra, II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

A minha orientadora, Professora Ana Lúcia de Lyra Tavares, o meu testemunho é representado pela gratidão infinda da ajuda prestada e do saber partilhado. Muito obrigado!

A todos os Professores integrantes do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, pela troca incessante de informações, o incentivo e a dedicação à frente deste nobre ofício de divulgar idéias e pensamentos. Um destaque aos Professores Adrian Sgarbi, Francisco Mauro Dias, Gustavo Senèchal de Goffredo e José Ribas Vieira, porquanto, cada um, de um modo singular, contribuiu bastante para esta jornada.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro pelo auxílio indispensável e efetivo.

Aos queridos e prestimosos Anderson e Carmen, considerando a ajuda prestada pelos mesmos.

A Juliana de Lima Brandão pela paciência e ajuda diária na digitação deste texto. Serei sempre grato!

A Maria Amélia Couto Carvalho, Denise Freitas Fabião Guasque e a Lázaro José Freitas Calvino por trocarem impressões sobre o assunto e pela amizade.

Aos meus Pais, simplesmente, pela Vida que me proporcionaram. E, eternamente, pelo carinho e amor devotados.

A Eliane (Naninha) por ser tudo para mim. Você me completa e como diz a canção: “*siempre está en mi corazón*”.

Resumo

Belém, Orlando Carlos Neves; Tavares, Ana Lúcia de Lyra. Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função. Rio de Janeiro, 2008. 166 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O privilégio desde a Antiguidade, quase sempre, esteve associado à função judicante e, acima de tudo, legitimado sob o ponto de vista legislativo. Na verdade, muitos foram os conflitos gerados pelas tentativas de manutenção ou de extinção dos privilégios conferidos aos membros da Igreja e aos nobres. É sustentável a afirmação de que o privilégio, por um lado, conheceu uma forte restrição nos países orientados pela *Common Law*, um traço marcante desde a Carta Magna de 1215, diferentemente do contexto em que se formou na Península Ibérica, onde o mesmo, frequentemente, teve o seu embasamento normativo autorizado nas Leis das Siete Partidas e nas Ordenações, inclusive, durante o período da inquisição. A organização política daquela época, a rigor, foi baseada em um sistema complexo das relações feudais, no caso, desconhecadora da igualdade entre os membros do mesmo grupo social e que propiciava uma patente superioridade do nobre e das pessoas associadas às funções mais importantes do Reino. Evidentemente, em virtude do prolongamento destas situações de desigualdade, o advento da Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 consolidado com a emissão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 exerceu, cada qual, uma forte contribuição para a eliminação de toda a gama de privilégios existentes na esfera da sociedade, a par de proclamar a idéia de valorização do ser humano sem retrocessos, Embora o privilégio não guarde equivalência com a prerrogativa de função, não se pode chegar ao exame do mesmo, sem antes pesquisar a sua tradição normativa, ou seja, o sistema do qual fazia parte. Portanto, a paulatina rejeição dos privilégios nos países influenciados pela *Common Law* resultou, nos dias atuais, na inexistência do foro por prerrogativa de função, enquanto a natural leniência dos países da Península Ibérica com a sua existência e aceitação, ao seu turno, deu ensejo a um complexo padrão normativo, o qual se notabiliza pelo estabelecimento do foro por prerrogativa de função em moldes exagerados e desvirtuadores dos princípios formulados na Revolução Francesa e com o surgimento das Constituições liberais. Seguimos com a análise e o desenvolvimento do foro por prerrogativa de função no Brasil, para tanto tomando como amparo as fontes normativas portuguesas e, ainda, a influência constitucional americana, principalmente por ocasião da adoção do Princípio Republicano entre 1889 a 1891, bem como as distorções causadas pela sua extensão aos cargos públicos de menor importância na República brasileira e a impossibilidade por demais evidente, de sua ampliação às causas cíveis fornecem elementos concretos do caráter dinâmico do tema e das alternativas criadas em cada constitucionalismo para inseri-lo nos respectivos domínios normativos.

Palavras-chave

Privilégio; prerrogativa de função; Princípio Republicano; auto-organização; competência originária.

Résumé

Belém, Orlando Carlos Neves; Tavares, Ana Lúcia de Lyra. De privilège à la prérogative attachées à certains fonctions. Rio de Janeiro, 2008. 166 p. Mémoire de Maîtrise. Département de Droit. Université Pontificale de Rio de Janeiro.

Dès l'Antiquité, le privilège de juridiction a presque toujours été associé à la fonction judiciaire et surtout considéré légitime au point de vue législatif. A vrai dire, les essais ayant en vue soit le maintien soit la suppression des privilèges octroyés aussi bien aux membres de l'Eglise qu'aux nobles ont déclenché de nombreux conflits. Il est possible d'affirmer que le privilège de juridiction était conçu de façon restrictive dans le pays issu du système de la *Common Law*, notamment à partir de la Charte de 1215, différemment de ce qui se passa dans la Péninsule Ibérique où les fondements normatifs du privilège étaient fournis par les Lois des Siete Partidas et par Ordonnances, y compris pendant l'Inquisition. L'organisation politique de cette époque-la était bâtie à partir d'un système complexe de rapports féodaux. D'une part, elle méconnaissait l'égalité qui devrait exister entre les membres du même groupe social et d'autre part elle favorisait une nette supériorité des nobles ainsi que des personnes associées aux fonctions les plus hautes du Royaume. Certes, en raison de la durée de ce cadre inégalitaire, la Déclaration des Droits de Virginie de 1776, la Révolution Française de 1789 et la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen de la même année ont joué un rôle décisif pour l'abolition de toutes sortes de privilèges existant dans la société en proclamant en outre l'idée de la mise en valeur de la personne humaine à être poursuivie de façon irréversible. Quoique le privilège de juridiction n'équivaut pas à la prérogative de fonction, on ne peut pas l'étudier sans entreprendre d'abord l'examen de sa tradition juridique, c'est à dire, du système de droit auquel il appartenait. On peut donc constater que le rejet graduel des privilèges dans le pays appartenant au système de la *Common Law* a fait que de nos jours n'existe dans ces pays le privilège de juridiction tandis qu'une situation distincte se dégage dans le pays ibériques. Dans ceux-ci, la tolérance à l'égard des privilèges a créé un cadre normatif complexe dans lequel le privilège de juridiction est reconnu de façon exagérée, défigurant la notion même d'égalité proclamée par la Révolution Française et reprise par les Constitutions de la démocratie libérale. Après avoir remonté aux racines générales du sujet, nous avons poursuivi notre étude en examinant la prérogative de fonction au Brésil à partir des sources normatives portugaises, en passant par l'influence constitutionnelle du droit américain, notamment lors de l'adoption du principe républicain, entre 1889 et 1891. Nous nous penchons également sur les distorsions entraînées par l'octroi de ce privilège, dans notre République, à certaines fonctions d'importance mineure. De même, nous examinons l'impossibilité de l'étendre aux affaires civiles. Ces aspects, entre autres, traduisent la nature dynamique du thème et les voies distinctes de son traitement au niveau des systèmes constitutionnels.

Mots-clés:

Privilège de juridiction, prérogative de fonction; principe républicain; auto-organisation; compétence juridictionnelle en premier ressort.

Sumário

1.Introdução	10
1.1 Objetivo da dissertação	10
1.2. Plano de exposição e justificação	12
1.3. Método	17
2. Retrospectiva e considerações sobre o privilégio na história	20
2.1. Grécia: Privilégio no âmbito da justiça e dos cidadãos, Roma: O privilégio e a sua inclusão na vida política (esfera pública) e os Hebreus: O privilégio correlacionado aos intérpretes das Escrituras Sagradas	21
2.2. O Privilégio no Período da Civilização Ocidental Medieval e Moderna	31
2.2.1. O Período Bizantino e a influência do modelo Romano quanto ao privilégio	31
2.2.2. Abordagem dos privilégios dos clérigos na Europa e os embates mantidos entre a Igreja e os monarcas	33
2.2.2.1. Constituições de Clarendon. Conflitos entre a Igreja e o monarca pela manutenção dos privilégios. Caso Thomas Becket <i>versus</i> o monarca Inglês Henrique II. A extinção dos privilégios da Igreja Católica Apostólica Romana na Inglaterra e outros países da Europa	37
2.2.3. Exame do Privilégio na Espanha, Portugal e no Brasil Colônia	55
2.2.3.1. Exame dos privilégios na Lei das Siete Partidas e nas Ordenações	58
2.2.4. Privilégio dos agentes encarregados da Inquisição (Séculos XV-XIX)	67
2.3. A contestação dos privilégios no constitucionalismo americano e a herança política de Locke	72
2.4. Privilégios estabelecidos na corte francesa. A Revolução Francesa, um momento histórico destinado à eliminação dos privilégios da sociedade de corte francesa	75
3. Análise comparativa do foro por prerrogativa de função	83
3.1. A competência originária dos Tribunais nos Estados Unidos e na Inglaterra. Países orientados pela <i>Common Law</i>	89
3.2. Foro por prerrogativa de função nos Países Ibéricos e a estrutura dos Tribunais dotados de competência originária. Assunto reservado à legislação infraconstitucional	94
3.3. Análise no plano Constitucional do Foro por prerrogativa de função na Europa Ocidental. França e a criação da Corte de Justiça da República. Alemanha e a competência da Corte Constitucional	101
3.4. Natureza jurídica do foro por prerrogativa de função	105

4. A cultura do privilégio no Brasil	108
4.1. Análise dos Privilégios concedidos pela Coroa Portuguesa aos Ingleses em território Português e no Brasil Colônia. Atuação da Inglaterra na garantia de benesses aos súditos ingleses	112
4.2. Constituição do Império de 1824, a instituição do Poder Moderador, a abolição dos privilégios puramente pessoais e a instituição dos privilégios de causa ou de foro. A manutenção dos privilégios aos membros da Igreja no Decreto 609, de 18/08/1851	114
4.3. Instituição da República no Brasil e o foro por prerrogativa de função	121
4.4. Evolução do foro por prerrogativa de função na Constituição Federal de 1946 e nas Constituições Estaduais promulgadas na vigência da mesma Carta Política. Coronelismo uma forma representativa do exercício de um privilégio odioso	127
4.5. Foro por prerrogativa de função na vigência da Constituição de 1967 (EC n. 1 de 17-10-69) e o Ato Institucional n. 5, de 18 de dezembro de 1968	130
4.6. Foro por prerrogativa de função na Constituição de 1988: a inadmissibilidade da manutenção do julgamento às autoridades não mais detentoras de cargo público e a impossibilidade de extensão do foro por prerrogativa às ações de improbidade da Lei n. 8.429/92	131
4.6.1. Foro por prerrogativa de função no plano municipal	134
4.6.2. Foro por prerrogativa de função e o exame na esfera da Justiça Eleitoral	142
4.6.3. A competência originária do Superior Tribunal Militar	145
4.6.4. A autonomia dos Estados Federados e o foro por prerrogativa de função	146
4.6.5. Crítica ao foro por prerrogativa de função anteriormente definido em Medidas Provisórias	151
5. Conclusões	155
6. Referências bibliográficas	159

Lista de abreviaturas:

ADC – *Ação Declaratória de Constitucionalidade*

ADCT – *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*

ADI – *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

ADIn – *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

C. de Cádiz – *Constituição de Cádiz de 1812*

C. do Imp. – *Constituição do Império de 1824*

CE – *Constituição Espanhola*

CERJ – *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*

CF – *Constituição Federal*

CFr – *Constituição Francesa*

CClar. – *Constituições de Clarendon*

CP – *Constituição Portuguesa*

CPPB – *Código de Processo Penal Brasileiro*

CPPP – *Código de Processo Penal Português*

CRFB – *Constituição da República Federativa do Brasil*

DJ – *Diário de Justiça*

EC – *Emenda Constitucional*

HC – *Habeas Corpus*

INQ. – *Inquérito*

MC – *Medida Cautelar*

QO – *Questão Originária*

STJ – *Superior Tribunal de Justiça*

STF – *Supremo Tribunal Federal*

STM – *Superior Tribunal Militar*

TJRJ – *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

TRE – *Tribunal Regional Eleitoral*

TRF – *Tribunal Regional Federal*

TSE – *Tribunal Superior Eleitoral*

1

Introdução

1.1

Objetivo da Dissertação.

O propósito deste estudo é estabelecer uma abordagem acerca do foro por prerrogativa de função no âmbito do sistema constitucional brasileiro e dos principais fundamentos que orientaram a sua difusão. Em observância às exigências inerentes ao estudo, procuramos enfatizar o debate dos aspectos mais importantes que estão associados ao tema, para tanto rejeitando os clichês ou os eventuais preconceitos que pudessem incidir sobre o assunto, notadamente, a qualificação da prerrogativa como sinônimo de privilégio às autoridades políticas.

Na confecção deste trabalho, assim, recorreremos a um exame comparativo de algumas Constituições, cabendo advertir, no entanto, que a obra em questão não tem a pretensão de constituir-se num ensaio de direito comparado.

A técnica comparativa de que se lançou mão aqui, na verdade, serve para demonstrar que o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro adquiriu feições próprias, ainda que parecido com os sistemas normativos dos países Ibéricos, mas, acentuadamente diferente do padrão elaborado pelas famílias jurídicas que tiveram inspiração na *Common Law* e, inclusive, com o modelo constitucional criado na França após a Revolução Francesa.

Evidente, como será alvo de exposição no curso desta dissertação, a impossibilidade de estabelecimento de qualquer traço comparativo da nossa noção de foro por prerrogativa de função com as outras Constituições analisadas, em razão do nosso contexto cultural, o qual rejeitou os padrões normativos estrangeiros quanto ao assunto.

Consta dos objetivos deste trabalho, obrigatoriamente, a busca de um embasamento histórico, no sentido de possibilitar um olhar específico de

privilégios relacionados às pessoas e às estruturas de poder existentes antes e depois do advento da clássica tripartição das funções do Estado na formulação concebida por MONTESQUIEU.

Ademais, procuramos demarcar que a prerrogativa de foro, tal como a viemos conhecer, teve a sua origem firmada no Iluminismo e sob a égide de uma República igualitária, tendo em vista a conversão dos privilégios em prerrogativas, além de seu ingresso nos sistemas constitucionais liberais que se formaram após a Revolução Francesa e de sua rejeição no sistema de origem inglesa e no constitucionalismo americano.

Ao iniciar a obra, é importante enfatizar que dentre os propósitos desta dissertação não se almeja o estabelecimento de questionamentos oriundos do foro por prerrogativa de função no plano processual, embora se possa recorrer a uma ou outra citação concernente à matéria para o enriquecimento e melhor explicitação de alguns itens.

O estudo está submetido, primordialmente, ao exame do contexto constitucional, animada por uma perspectiva federativa, em que a competência normativa do assunto está constitucionalmente repartida entre duas entidades da federação, sobretudo, no intuito de analisar o exercício da autonomia estadual – *capacidade política de auto-organização* – materializada pelo surgimento das Constituições estaduais após a Constituinte de 1988 e a possível intromissão daquelas sobre o no plano da competência privativa em matéria processual conferida à União.

Por isso mesmo, o limite constitucional das competências da União e dos Estados federados em relação ao tema, necessariamente, foi objeto de balizamento, em virtude do minucioso exame dos diversos acórdãos produzidos no Supremo Tribunal Federal após a Carta Política de 1988.

O processo de escolha dos detentores do foro por prerrogativa de função e a possibilidade da sua preservação após o término do mandato ou do exercício da função pública – *perpetuatio jurisdictionis* – são representativos de uma afirmada

judicialização da política reservada ao assunto, o que nos impulsionou a proceder ao exame jurisprudencial das referidas questões e a uma sucinta reflexão sobre as relações de poder e, sobretudo, para a compreensão dos mecanismos que estimulam a sociedade brasileira, ainda hoje, a sublinhar o foro por prerrogativa de função com a noção de privilégio.

O trabalho pretende, deste modo, percorrer o processo histórico que proporcionou os mecanismos para a transformação do privilégio em prerrogativa de função e esta, a seu turno, num tema suscetível de críticas, as quais, no constitucionalismo brasileiro atual, se orientam pela premência da sua revisão, a extinção em determinadas hipóteses e a manutenção do que é absolutamente necessário.

Enfim, é imperioso que se faça a distinção entre privilégio e o foro por prerrogativa de função.

Mais importante, no entanto, é visualizar o momento em que o foro por prerrogativa se convolou numa forma de proteção pessoal do agente político envolvido com fatos dotados de relevância penal, deixando de servir ao modelo Republicano, onde a garantia se presta a preservação do cargo público.

1.2.

Plano de Exposição e Justificação.

Uma vez estabelecidos os propósitos almejados com o estudo, afigura-se-nos relevante à delimitação das fases históricas que integram a exposição do tema – *foro por prerrogativa de função* – e a sua efetiva justificativa.

A abordagem do privilégio e o seu desenvolvimento serão efetuados no *Capítulo I*, seguindo uma ordem cronológica, no intuito de percorrer os mais diversos períodos da história e os variados sistemas constitucionais que versaram sobre o assunto.

O começo desta exposição fixará a observância do privilégio na fase grega (ateniense), a partir da obra de PLATÃO¹ e, ainda, dos aspectos que se acham presentes na República romana, ou seja, o denominado direito público romano, particularmente, demarcando seu ingresso na denominada esfera pública, no caso, já presente nas estruturas políticas existentes à época, *verbi gratia*, para os detentores da função de julgar.

Com referência à Idade Média, alguns apontamentos serão efetuados para que se demonstre a controvérsia existente entre os monarcas e a comunidade senhorial, no sentido de terem a primazia na nomeação dos julgadores e a concessão de privilégios aos exercentes das altas funções públicas que viessem a ser julgados.

Trouxemos à baila, por isso mesmo, o debate e a substancial controvérsia que se estabeleceram nas relações dos monarcas com a Igreja Católica nos séculos XII e XIII, especialmente, a tentativa de predomínio da jurisdição secular, como se infere das Constituições de Clarendon de 1164² editadas na Inglaterra, baseada na autoridade real, substancialmente idêntica aos julgamentos efetuados pela Igreja, isto é, impregnados de casuísmos³.

É indispensável, porém, a pesquisa do processo de afirmação da lei e o seu papel limitador dos privilégios ocorrido na Idade Medieval, em especial na Inglaterra, em virtude da edição de alguns textos que formam a chamada Constituição Britânica, à medida que “*o princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média,*

¹PLATÃO. *As leis, ou da legislação ou Epinomis*. Bauru: EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1999.

²*Conjunto de normas elaboradas pelo Monarca Inglês Henrique II para desautorizar a jurisdição canônica sobre os ocupantes de altas funções no Reinado e para submeter os membros da Igreja à jurisdição secular.*

³*Ver sobre o tema GIRARD, René. A violência e o sagrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1998, p. 36 ao salientar que: “Como não representa nenhum grupo particular, e como é apenas ela mesma, a autoridade judiciária não depende de ninguém em particular, estando portanto a serviço de todos, e todos se curvam diante de suas decisões. Somente o sistema judiciário não hesita em golpear frontalmente a violência, pois possui um monopólio absoluto sobre a vingança. Graças a este monopólio, ele consegue, normalmente, abafar a vingança ao invés de exasperá-la, ao invés de alastrá-la e de multiplicá-la, o que este tipo de conduta inevitavelmente provocaria em uma sociedade primitiva.”.*

ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos de governo.”⁴.

Pertinente, outrossim, a fixação de pequenas considerações quanto ao regramento dos privilégios no Estado Português, o que demanda uma análise detida das Ordenações Portuguesas, a par da sua influência e aplicação na Justiça do Brasil Colonial.

Concomitante à pesquisa das Ordenações Portuguesas, efetivaremos alguns apontamentos acerca da aplicação do privilégio na coletânea normativa espanhola das *Siete Partidas*, expondo, por conseguinte, as eventuais contradições e semelhanças entre ambas.

Diante do quadro normativo existente na Península Ibérica e da forte presença da Santa Inquisição na Idade Média e Moderna, entendemos conveniente a efetivação de um curto detalhamento quanto às benesses conferidas na sua vigência, a fim de permitir uma abordagem completa do tema.

No período contemporâneo, por conseguinte, vamos nos debruçar sobre as Constituições que desempenharam papel restritivo ao poder real e à nobreza, cuja materialização tomou formas definitivas no século XVIII, durante o ciclo constitucional americano e francês, a despeito do período constitucionalista inglês iniciado com a *Magna Cartha Libertatum* de 1215 e o *Habeas Corpus Act* de 1679.

A limitação ou a rejeição dos privilégios constituídos em favor de determinadas ordens ou classes sociais não pode prescindir de uma análise da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, se considerarmos que “*a lei*

⁴CERQUEIRA, Marcello. *Cartas Constitucionais: Império, República & Autoritarismo: ensaio crítica documentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13.

deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer castigue”⁵ e da Constituição Americana, uma vez que os citados documentos, inspirados pelas proposições Iluministas, de fato contribuíram para a derrocada dos privilégios.

Faz parte do presente trabalho, ademais, uma visão sobre a assimilação dos ideais Iluministas, republicanos e do primado da igualdade no direito espanhol e português com o surgimento das Constituições Liberais Ibéricas de 1812 e 1822, bem como, a influência desencadeada pelas mesmas na elaboração da nossa Constituição do Império de 1824, que, em contrapartida, serviu de matriz à Portuguesa de 1826⁶.

Encerro a construção histórica desta dissertação com o exame descritivo, no particular, das Constituições brasileiras produzidas após a proclamação da República, a fim de que seja possível a compreensão de todo o processo que pontuou o disciplinamento do foro por prerrogativa de função em nosso sistema político e jurídico.

No *Capítulo II*, em posse dos elementos anteriormente expostos, objetivo a análise dos traços comparativos acerca da amplitude ou das limitações quanto à escolha dos agentes públicos detentores do foro por prerrogativa de função nas Constituições vigentes e que fazem parte desta pesquisa, no caso realçando o balizamento de modelos constitucionais pertencentes a sistemas ou famílias jurídicas diferentes.

A intenção, como se espera demonstrar, é a de acentuar as tendências de cada uma delas, descrevendo suas incompatibilidades e as similitudes, com o escopo de viabilizar a apresentação de um conceito e, portanto, a definição da sua natureza jurídica da prerrogativa de função.

Esta análise comparativa ficará circunscrita ao constitucionalismo inglês, americano, português, espanhol, francês e alemão, cujas tendências podem ser

⁵CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2003, p. 142.

⁶Vide CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, volume 1, 1987, pp. 507-508.

reputadas como similares no seu âmbito, mas antagônicas com a estrutura constitucional conferida no Brasil ao foro por prerrogativa de função.

Quanto ao *Capítulo III*, o mesmo está reservado ao estudo do desenvolvimento do assunto no plano constitucional brasileiro de 1988, o qual será efetuado em três seções.

Impõe-se, primeiramente, a investigação do foro por prerrogativa à luz da competência privativa da União e dos limites traçados aos Estados Federados por força da sua capacidade política de auto-organização (artigo 125, §1º da Constituição de 1988).

As restrições e os critérios para o exercício do foro por prerrogativa de função no plano da autonomia estadual fazem parte dos itens a serem pesquisados, com a finalidade de que se reconheçam as variáveis propiciadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

Cabe, portanto, buscar a perfeita distinção entre os limites da competência privativa da União e da autonomia dos Estados-membros, posicionando, as tendências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que experimentaram mudanças significativas acerca do tema, em especial:

a) - desde a concessão de uma total amplitude aos autores da Constituição Estadual (artigo 11, *caput*, do ADCT da CF/88), no processo de escolha das autoridades estaduais que receberiam o foro por prerrogativa de função;

b) – pesquisando o conceito de que a delimitação do foro por prerrogativa estadual estaria atrelada a um sistema de total parametricidade, mediante a escolha e a sua concessão aos agentes públicos análogos daqueles indicados na Carta Política de 1988 – uma reprodução condicionada –; e,

c) a explícita restrição quanto à concessão do foro por prerrogativa de função para determinados agentes públicos, levando-se em conta a natureza do ofício ou do *munus* desempenhado.

Procuramos, num segundo momento, discutir a extensão da prerrogativa em relação aos novos cargos públicos federais, o início e término da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal e a inepta tentativa de retorno da *perpetuatio jurisdictionis* com a Lei n.º: 10.628, de 24/12/2002, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida.

Encerraremos o *Capítulo III*, mediante o exame das questões de difícil equacionamento, as quais carecem de disciplinamento pelo legislador brasileiro, no que diz respeito à extensão do foro por prerrogativa de função às demandas relativas à improbidade administrativa (Lei n.º: 8.429, de 02/06/1992).

Os tópicos escolhidos no *Capítulo III*, desta forma, possibilitarão um exame mais dinâmico do foro por prerrogativa de função, tendo em vista o confronto da jurisprudência formulada pelo Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais, objetivando traçar uma perspectiva própria ao assunto, considerando os lados reunidos nos Capítulos anteriores.

E, finalmente, procederemos à elaboração das conclusões referente à dissertação, por exemplo, chamando a atenção para a tentativa do Poder Legislativo impor um processo de ampliação da prerrogativa de função às ações de improbidade, a crítica ao modelo adotado nas Constituições Estaduais e o perigo de que as mudanças realizadas pelo Legislativo descaracterizem o instituto, tomando-se como paradigma os padrões republicanos que influenciaram na formação do modelo atual.

1.3

Método

O tema em apreço reclama uma variedade de procedimentos analíticos. Esta abordagem diferenciada, portanto, induz a realização de uma pesquisa composta dos seguintes gêneros: métodos que conduzem a uma incursão histórica, comparativa, teórica e, ainda, análise jurisprudencial concernente ao tema no Brasil.

A investigação histórica é primordial nesta tese e remonta à Antiguidade – civilização grego-romana –, na idade média (Inglaterra), o período iluminista e ao início da vida constitucional americana e europeia, como também às primeiras constituições brasileiras e o comportamento constitucional atual.

A avaliação histórica consistirá numa apreciação crítica do processo histórico, o que demanda uma pesquisa comparativa, no intuito de confrontar os diversos sistemas constitucionais, com isso, permitindo a formulação de quadros de referência e o estudo teórico dos mesmos até o início da vida republicana brasileira, no intuito de permitir a compreensão do tema quanto às suas origens e uma mensuração da realidade social.

O confronto das “famílias de direito” – o sistema romano-germânico e a *common law* – é de extrema relevância para fornecer um critério didático de apoio ao estudo histórico e comparativo, principalmente, no intuito de demonstrar os rumos tomados pelo foro por prerrogativa de função no Constitucionalismo ibérico e os fundamentos da sua rejeição no Constitucionalismo americano e inglês.

Empreendeu-se, ainda, uma pesquisa acerca do foro por prerrogativa de função no constitucionalismo francês e na visão formulada pela *Cour de Justice de la Republique* quanto ao tema (vide nota de rodapé número 217), à medida que a incorporação *privilège de juridiction* ao contexto constitucional para a responsabilização penal dos membros do Governo ocorreu em passado recente, especificamente, no ano de 1993.

Necessário, assim, a obtenção de dados quanto ao pensamento judicial francês relativo ao *privilège de juridiction* na *Cour de Cassation* francesa, cujo discurso de criação da *Cour de Justice de la Republique* em fevereiro de 1994 contribui, realmente, para o conhecimento do foro por prerrogativa na esfera judicial francesa.

O exame da jurisprudência elaborada pelo Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Estaduais pautou o estudo do foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro e, com isso, ajudou no conhecimento da interpretação judicial sobre a instituição da prerrogativa de foro nas ações civis e da sua ampliação na órbita do constitucional brasileira.

2

Retrospectiva e considerações sobre o privilégio na história

Qualquer contato ou estudo que se venha estabelecer acerca do privilégio, de certo, não pode abrir mão de uma retrospectiva que examine a sua criação e o processo histórico que norteou a sua efetividade, notadamente, com a participação ativa do Estado e da Igreja.

A investigação dos fatores que motivaram a paulatina modificação e a diversidade quanto à abordagem do privilégio nos países influenciados pela *Common Law* onde a cisão do Estado com a Igreja fomentou uma maior resistência a sua existência, ao contrário, portanto, do conjunto de normas elaboradas na Península Ibérica (Leis das *Siete Partidas* e das Ordenações) que foram sublinhadas pela influência do Clero e, conseqüentemente, diversas inserções nos textos normativos em favor do privilégio..

A análise deste contexto histórico, assim, ajuda na compreensão do perfil adotado pelas primeiras Constituições liberais, as quais sob o signo do republicanismo acabaram por repudiar o privilégio e fixaram o estabelecimento das chamadas prerrogativas, permitindo concluir o porquê de o constitucionalismo americano haver buscado outra vertente e consolidado uma visão normativa discrepante.

Deste modo, sem a intenção de efetuar uma narrativa densa e pormenorizada, é imprescindível a indicação dos passos mais importantes que alicerçaram o surgimento do privilégio a determinados indivíduos até a sua convação em prerrogativa de função.

2.1

Grécia: Privilégio no âmbito da justiça e dos cidadãos, Roma: O privilégio e a sua inclusão na vida política (esfera pública) e os Hebreus: O privilégio correlacionado aos intérpretes das Escrituras Sagradas.

Qualificar e definir a concessão do privilégio dentro um contexto histórico para a introdução do tema concernente ao foro por prerrogativa de função, requer, forçosamente, uma avaliação etimológica do mesmo, no intuito de identificar a origem e a sua evolução histórica.

O vocábulo privilégio é oriundo do termo latino *privilēgium* que representava “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional”¹.

Ainda hoje, qualquer ato que corresponda à concessão de um privilégio é indicativo de que uma vantagem foi dada a alguém em detrimento de outro, uma permissão especial, ou seja, algo que subverte o direito comum².

Praerogätiva é outro termo com origem na língua latina, o qual será utilizado com frequência em nosso estudo, cujo significado é a ação de votar em primeiro lugar, ensejando o mesmo sentido do privilégio, pois servia para designar uma prerrogativa que os centuriões³ tinham para votarem antes de qualquer classe⁴, tendo assim, a primeira escolha⁵.

Realmente, a associação da idéia de privilégio ou da prerrogativa como situações exorbitantes do direito comum, de fato, encontrou na esfera pública

¹FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1991, p. 439.

²FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1632.

³GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, p. 101: “*Quanto ao funcionamento, as centúrias eqüestres perderam o direito de votar em primeiro lugar (o que lhes possibilitava uma grande influência moral sobre o voto das seguintes centúrias), passando essa prerrogativa para uma centúria escolhida por sorteio entre as componentes da primeira classe. A centúria que votava, assim, em primeiro lugar, chamava-se centúria praerogativa.*”

⁴FARIA, Ernesto. *op. cit.*, p. 433.

⁵CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. São Paulo: EDIPRO, 1996, Livro 2º, item XXII, p. 55.

grega e romana perfeita sintonia, não se podendo negar que estavam relacionadas à vida política e não ao contexto da esfera privada.

Desde cedo o privilégio ou prerrogativa amoldou-se na estrutura pública, o que é exposto com clareza pela professora MARILENA CHAÚÍ ao citar MOSES FINLEY⁶ para situar que a invenção da política competiu às sociedades grega e romana, à medida que a palavra política é grega, no caso, representada pelo vocábulo *ta politika* que, por sua vez, advém de *polis*.

Referido contexto foi devidamente explicitado por HABERMAS ao dar a significação do sentido emprestado para “público” e “esfera pública” partindo da premissa de que *“tratam-se de categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana. Na cidade-estado grega desenvolvida, a esfera da pólis que é comum aos cidadãos livres (koiné) é rigorosamente separada da esfera da oikos, que é particular a cada indivíduo (idia). A vida pública, bios politikos, não é, no entanto, restrita a um local: o caráter público constitui-se na conversação (lexis), que também pode assumir a forma de conselho e de tribunal, bem como a de práxis comunitária (práxis), seja na guerra, seja nos jogos guerreiros. (Para legislar, com frequência são chamados estrangeiros; legislar não pertence aí propriamente às tarefas públicas)”*.⁷

Assim sendo, a criação da política e, obviamente, a inclusão dos privilégios ou prerrogativas na esfera pública já se achava firmada na Grécia e em Roma porque *“a política nasceu ou foi inventada quando o poder público, por meio da invenção do direito e da lei (isto é, a instituição dos tribunais) e da criação de instituições públicas de deliberação e decisão (isto é, as assembleias e os senados), foi separado das três autoridades tradicionais: a do poder privado ou econômico do chefe de família, a do chefe militar e a do chefe religioso (figuras*

⁶CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, Unidade 8, Capítulo 7, p. 479-480.

⁷HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 15.

que, nos impérios antigos, estavam unificadas numa chefia única, a do rei ou imperador)".⁸

Aliás, bem antes da formação das Cidades-Estados Gregas (Período Homérico de 1100 a.C – 800 a.C, Arcaico 800 a.C – 500 a.C, Clássico 500 a.C – 338 a.C e Helenístico 338 a.C. – 275 a.C) , já se notavam algumas das benesses ou vantagens estabelecidas nas sociedades antigas, as quais ficaram atreladas à estrutura ou ao poder encarregado da função de julgar, como se deduz da configuração do Estado no período neolítico⁹, na Idade Antiga, durante a dinastia Amorrita que reunificou a Mesopotâmia, fundando o primeiro império Babilônico, a par de editar o Código de Hamurabi (2067 – 2025 a.C.) e o Código de Manu, na região da Índia (1300 – 800 a.C.)¹⁰, como também a exclusividade do poder de interpretação da lei¹¹ a que se refere a Bíblia em prol de Moisés (que viveu aproximadamente 1250 a.C.-1180 a.C.) e, por derradeiro, os sacerdotes¹².

É interessante o raciocínio formulado por ESPINOSA quanto às distorções cometidas pelo intérprete da lei quando o mesmo a realiza em proveito próprio, obviamente, não produzindo entendimento ou conclusão que lhe seja desfavorável, o que está descrito como um privilégio¹³, pois *todos os que exercem ou detêm o poder, sempre que cometem algum crime, procuram apresentá-lo como se fosse um direito e persuadir o povo de que agiram honestamente, coisa que conseguem com facilidade quando toda a interpretação do direito depende unicamente deles. É evidente que, quando assim acontece, eles extraem do*

⁸CHAUÍ, Marilena. *O Retorno do Teológico-Político*. in CARDOSO, Sérgio (org). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 113.

⁹MORAES, Emanuel de. *A Origem e as Transformações do Estado, Livro 1: Democracia e Totalitarismo Originários*: Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 144-147.

¹⁰VIEIRA, Jair Lot. (Supervisão Editorial). *Código de Hamurabi, Código de Manu excertos (Livros oitavo e nono) e Lei das XII Tábuas*. 2ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2002.

¹¹Neste sentido, ver BARUCH DE ESPINOSA, *no Tratado Teológico-Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258: *Moisés ficou, portanto, sendo o único portador e intérprete das leis divinas e, conseqüentemente, também o juiz supremo a quem ninguém podia julgar, o único que entre os hebreus fazia as vezes de Deus; dito de outro modo, alcançou a majestade suprema, porquanto só ele tinha o direito de consultar Deus, de dar ao povo as respostas divinas e de obrigar a executá-las. O único, repito, pois, se alguém, em vida de Moisés, quisesse pregar qualquer coisa em nome de Deus, mesmo que fosse um verdadeiro profeta, era réu e usurpador do direito supremo.*

¹²Vide Bíblia Sagrada: Deuteronômio, Capítulo 21, Versículo 5: *Chegar-se-ão os sacerdotes, filhos de Levi, porque o SENHOR teu Deus os escolheu para o servirem, para abençoarem em nome do SENHOR, e, por sua palavra, decidirem toda demanda e todo caso de violência.*

¹³ESPINOSA, Baruch de. *op. cit.*, p. 266.

próprio direito a máxima liberdade para fazerem tudo o que querem e que o instinto lhes sugere; pelo contrário, se o direito de interpretar as leis pertence a um outro e se, ao mesmo tempo, a sua verdadeira interpretação for de tal maneira clara para todos que não deixe nenhuma margem para dúvidas, essa liberdade estará em boa parte vedada.

Houve, desde a Grécia antiga, uma nítida estratificação dos segmentos sociais e foram concedidos privilégios aqueles que eram considerados cidadãos livres¹⁴, ou seja, os participantes da administração da justiça e do governo que, no passado, foram homens de guerra e na velhice ocupavam os cargos mais importantes, na condição de membros do Conselho, onde deliberavam sobre o interesse público e de juízes para sentenciar sobre os direitos dos pleiteantes¹⁵.

A concessão de privilégios, deste modo, não prescinde da esfera pública, mas, pelo contrário, a sua visualização decorre da vida política que se estabeleceu nas cidades-estados gregas e em Roma, à medida que foram criados os cargos¹⁶ e órgãos públicos¹⁷, os quais, naturalmente, se ajustaram à concepção do chamado direito público.

É de se observar que nesta fase da vida política grega, FUSTEL DE COULANGES acentua as vedações impostas aos estrangeiros e aos que sofreram condenação quanto à participação em determinadas atividades da vida pública, notadamente, as atividades primordiais à sociedade¹⁸, o que é destacado por GIORDANI ao enfatizar que os escravos, os periecos¹⁹, os metecos²⁰, as

¹⁴GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 161.

¹⁵Aristóteles. *A Política*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 98-99.

¹⁶COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 144.

¹⁷TAVARES, Ana Lúcia de Lyra; CAMARGO, Margarida Maria Lacombi e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). *Direito Público Romano e Política*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 165.

¹⁸COULANGES, Fustel de, *op. cit.*, p. 155-158.

¹⁹GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 165: “*que habitam ao redor – antigos habitantes do país submetidos pelos conquistadores e seus descendentes. Considerados estrangeiros em Esparta.*”

²⁰GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 170-171: “*os que habitam com – eram os estrangeiros domiciliados em Atenas.*”

mulheres, os artesãos, os mercadores e agricultores não ocupavam cargos mais importantes na estrutura grega²¹.

A respeito da magistratura grega, GIORDANI acrescenta, ainda, que os cargos meramente administrativos ou subalternos poderiam ser providos por metecos e escravos, enquanto que as atividades judicantes ou estritamente políticas eram facilitadas a todos os cidadãos livres em Atenas²².

Platão, anteriormente, já descrevia a existência de um tratamento diferenciado à figura dos reparadores, ou seja, as pessoas encarregadas da escolha e exame da gestão dos magistrados ao mencionar que os reparadores “*examinarão a gestão dos diversos magistrados, uns eleitos pelo acaso do sorteio para um ano de mandato, outros para vários anos e escolhidos a partir de um elenco de pessoas já seletas. O que poderíamos afirmar com propriedade a respeito deles? Quem terá competência para atuar como reparador relativamente aos magistrados em pauta? E se suceder que algum deles atue de maneira tortuosa ou que, vergando sob o peso de uma responsabilidade que não está a sua altura, sua autoridade se mostre inferior ao que requer a dignidade de seu cargo [o que fazer]? Não é de modo algum fácil encontrar um magistrado dos magistrados, que a todos supere em virtude, mas de qualquer modo é preciso tentar descobrir alguns reparadores de uma qualidade divina.*”²³.

Temos, sem dúvida nenhuma, a criação de um cargo público, o reparador, o qual realiza o seu trabalho até a idade de setenta e cinco anos e cujas atividades estão incorporadas à idéia de uma esfera pública, tal como salientado acima, pois exercita a fiscalização da atividade do magistrado após o seu término.

Aparentemente, o julgamento dos magistrados por um órgão hierarquicamente superior aos magistrados é o que se verifica na Antiguidade de mais semelhante ao modelo do atual foro por prerrogativa de função, logo

²¹GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 161.

²²GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia: Antiguidade Clássica I*, p. 174.

²³PLATÃO. *op. cit.*, p. 478-481.

deixando evidente que o magistrado não examinava a conduta funcional de outro na cidade-estado grega.

Os reparadores, em decorrência da função e da sua relevância recebiam inúmeras regalias e privilégios em vida e até tratamento distinto dos cidadãos livres por ocasião da morte, na exposição ao público, durante o funeral e sepultamento, fato suficiente para a demonstração da presença de privilégios à figura dos reparadores (magistrados dos magistrados)²⁴.

Tamanha a importância que o cargo público de reparador desempenhava na cidade-estado grega, que a eventual descoberta de comportamento nocivo ou inadequado por parte do mesmo, em suma, justificava o oferecimento de acusação por cidadão e o seu julgamento perante uma corte especial, no caso composta pelos guardiões das leis, os demais reparadores e um corpo de juízes selecionados, sendo que a condenação resulta na destituição do cargo e se o reparador acusado já estiver morto, as honras funerárias e a sepultura deveriam ser suprimidas, além dos demais privilégios conferidos em vida²⁵.

Na Grécia, portanto, já era possível delimitar a atuação do cidadão no âmbito da esfera pública e privada, inclusive, com o reconhecimento dos fatores que impulsionavam a atuação do indivíduo para o atendimento das atividades inerentes à vida pública na Cidade-Estado.

Por isso mesmo, as funções de preparador e de magistrado se distinguiram pelos privilégios definidos em favor das mesmas, considerando a importância que os cargos tinham perante à *polis*, o que fornece uma idéia inicial de que os cidadãos gregos já concebiam o privilégio para determinadas classes na esfera da sociedade.

Em Roma, a perspectiva concernente à vida pública foi reafirmada, uma vez que a concepção de espaço público foi enfatizada com a criação de inúmeros

²⁴PLATÃO. *op. cit.*, p. 480.

²⁵PLATÃO. *op. cit.*, p. 481.

locais destinados a abrigar atividades pertinentes às instituições políticas²⁶, tais como: o Senado, o Fórum e os Templos.

A existência de um espaço público pressupunha o exercício de funções públicas, as quais estiveram presentes nas instituições políticas romanas da realeza, na fase da República, no Império e na administração das Províncias.

Conseqüentemente, a fixação dos privilégios e das prerrogativas integrou o cotidiano da vida pública romana, notadamente, entre aqueles que exerciam as magistraturas e o Senado, durante no período da República e do Império, onde uma efetiva estrutura pública restou desenvolvida e gradualmente aperfeiçoada.

Na fase republicana, são diversas as atividades e os cargos públicos existentes, dentre eles, os magistrados *cum imperio* e *sine imperio* (cônsules, pretores, edis, questores, censores e ditadores), os senadores (*senatores consulares*, *senatores praetorii*, *senatores aedilisii* e *quaestorii*) e as assembléias do povo.

Numa sociedade profundamente estratificada e delineada pela constante ênfase e culto à cidadania, COULANGES argumenta que, de fato, no início se verificava um déficit quanto à proteção judicial aos plebeus e, também, a impossibilidade de que os mesmos pudessem participar das magistraturas e do Senado²⁷, o que revelava a existência de diferenças quanto à ocupação dos cargos públicos²⁸, mesmo porque, a eliminação das diferenças entre os habitantes do Império Romano só veio a acontecer em 212 d. C. com o Édito de Caracala²⁹.

²⁶TAVARES, Ana Lúcia de Lyra; CAMARGO, Margarida Maria Lacombi e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). *op. cit.*, p. 165.

²⁷Cfr. COULANGES, Fustel de. *op. cit.*, p. 194.

²⁸SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). *Repensando o Império Romano: Perspectiva Socioeconômica, Política e Cultural*. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006, p. 87: “No início do Império, a distinção entre cidadãos romanos e não-cidadãos tinha peso considerável, posto que os cidadãos conservavam direitos e privilégios que haviam sido definidos sob a República. Sendo o Alto Império um regime monárquico, mesmo se sob uma fachada republicana, o poder que o cidadão da República havia exercido em função de sua atuação como eleitor e votante nas assembléias se perdeu, porém, progressivamente.”

²⁹Ver. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 94: ao informar que o Édito de Caracala representou a concessão da cidadania a todos os habitantes do Império Romano.

Os magistrados no período da República, no âmbito civil, estavam sujeitos às mesmas responsabilidades que os demais cidadãos e no aspecto penal e administrativo assinala-se que era muito difícil levar um magistrado até os tribunais no período de exercício do seu cargo, diferente do que acontecia após o transcurso do mandato³⁰.

É de se observar, ademais, que as eventuais imputabilidades de ordem política ou penal em que pudessem incorrer os magistrados, como já indicado acima, eram desenvolvidas com o término do período do mandato para o qual foi eleito, sendo certo que a exigência de tais responsabilidades teve destaque, a partir de um determinado momento da vida política romana, mais precisamente, diante do papel assumido pelos Tribunais da plebe que se encarregaram da defesa da legalidade no tocante à esfera pública³¹.

Tamanho a importância conferida às funções desempenhadas pelos magistrados em Roma que resultou na elaboração de Tribunais penais públicos permanentes com a finalidade de impor a pena capital³², a condenação de deportação com a perda da cidadania e a condenação aos trabalhos forçados nas minas com a supressão da liberdade³³ em relação àqueles que efetivassem algum tipo de corrupção dirigida aos magistrados e, também, na hipótese de corrupção de juízes e de abuso de poder por parte dos mesmos³⁴.

Houve, desde cedo, uma preocupação em estabelecer um tribunal específico para o conhecimento de determinados delitos que seriam inerentes às pessoas que exerciam as funções públicas e, ainda, que pudessem prejudicar o exercício das

³⁰Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *Derecho Público Romano y Recepción Del Derecho Romano en Europa*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 212.

³¹Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 111.

³²Vide MEIRA, Silvío. *Processo Civil Romano*. 2ª ed. Belém – Pará: Falangola, 1966, p. 20: “*Triúmviros Capitais – Triumviri Capítales. – Para os processos criminaís. Possivelmente, também, para os casos de SACRAMENTUM E MANUS INJECTIO.*”.

³³Revela MEIRA, Silvío. *op. cit.* p. 101 a existência de medidas severas, inclusive no processo civil romano, pois: “*O apelante temerário era castigado severamente. Pagaria as custas em quádruplo. Em certa fase do Império Constantino o punia com desterro pelo prazo de dois anos e confisco dos bens. Poderia ainda condenar a trabalhos forçados, se se tratasse de pessoa pobre, sem bens que pudessem ser confiscados. (Cód. Teod. 1. 5. 3.)*”.

³⁴Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 196-198.

tarefas cometidas aos magistrados e outros encarregados da manutenção da coisa pública.

Os senadores, por sua vez, desfrutavam de privilégios e honras especiais quanto ao uso de vestimentas, artefatos, melhores lugares nos espetáculos³⁵ e o mais importante, não podiam ser julgados fora de Roma³⁶.

Registra-se que no governo de Tibério já existia um *tribunal senatorial encarregado do exercício da jurisdição sobre os seus próprios pares e que se transformou numa Corte de Justiça apesar da existência dos tribunais permanentes, caracterizando um efetivo privilégio aos senadores*³⁷ num momento da vida pública romana em que se deu a perda gradual dos poderes do Senado.

A dimensão da esfera pública romana transcendeu, assim, a perspectiva existente na Grécia e alcançou uma complexidade significativa durante a República e próprio conceito de vida política, tendo em vista a composição e funcionamento do Senado Republicano e da magistratura.

Como conseqüência da estrutura política criada na República e no Império Romano, de fato, houve a designação de privilégios aos responsáveis pelo exercício das funções públicas em apreço, tal como vislumbrado em relação aos preparadores e juízes na Cidade-Estado grega.

Entretanto, um aspecto que não pode ser olvidado é a ascensão do cristianismo em Roma, portanto, no mundo ocidental, o que ficou demarcado na atuação do primeiro César cristão, a saber, Constantino I (Constantino Magno ou Constantino, o Grande de 306-337)³⁸.

Constantino I é o responsável direto pela tolerância religiosa e a liberdade de consciência, situação consolidada com o Edito de Milão firmado em 311 e

³⁵Cfr. BUJÁN, Antonio Fernández. *op. cit.*, p. 95.

³⁶Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 97.

³⁷Cfr. SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). *op. cit.*, p. 31.

³⁸Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 80.

consubstanciado pela igualdade perante a lei de todos os cultos professados no mundo romano³⁹.

Sem enfrentamentos ou perseguições do que se denominava Poder Público ou da figura do imperador, a elaboração de um mundo cristão foi posta em prática e, com ela, temos o surgimento de uma estrutura jurisdicional permeada pela influência do clero, justamente, a perspectiva mostrada por PETER BROWN ao observar que *o clero cristão de cada cidade transformou-se no grupo que se expandia mais rapidamente, num momento em que as tensões existentes no Império tinham paralisado as outras associações cívicas. Ligada por juramento “seu” bispo, toda uma hierarquia de padres, diáconos e clérigos menores formavam uma espécie de ordo em miniatura, tão subtilmente graduada como o conselho de qualquer cidade, e igualmente ciosa dos seus privilégios. Constantino esperava que o bispo actuasse como juiz e árbitro exclusivo nos problemas entre cristãos, e até entre estes e não-cristãos. A litigação civil normal tornara-se proibitivamente cara; em resultado disso, o bispo, já considerado como o juiz do pecado entre os crentes, transformou-se no Provedor de Justiça da comunidade local no seu conjunto.*⁴⁰.

A criação de uma justiça eclesiástica apegada a efetivar a punição dos pecados entre os seus seguidores, de alguma forma, levou a Igreja a assumir nas comunidades locais o papel de provedor de justiça, o que representou uma oficialização das relações do Estado com a Igreja, propiciando *o aparecimento do clero cristão como um grupo local privilegiado e ambicioso constituía uma alteração decisiva, na medida em que se verificou numa área que afectava toda a estrutura do Império Romano*⁴¹.

Ao que tudo indica a omissão ou a ausência de estrutura do Império Romano no tocante ao exercício da sua atividade jurisdicional deu ensejo ao apoderamento posto em prática pela Igreja, o que seria objeto de constante discussão posteriormente.

³⁹Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma. op. cit.*, p. 346.

⁴⁰BROWN, Peter. *A Ascensão do Cristianismo no Ocidente*. Lisboa: Presença, 1999, p. 57.

⁴¹BROWN, Peter. *op. cit.*, p. 57.

No entanto, é possível afirmar que o Império Romano é um marco da ascensão do cristianismo no mundo ocidental, como também, revela a estreita ligação entre a jurisdição leiga e eclesiástica, o que redundaria numa extensa rede de disputas no mundo medieval ainda por iniciar.

2.2

O Privilégio no Período da Civilização Ocidental Medieval e Moderna:

O período da Idade Média está delimitado pela derrocada do Império Romano do Ocidente, a qual teve ensejo no século V, em 476 d.C., e o seu encerramento fixado pela queda de Constantinopla no século XV, ocorrida em 1453 d.C., acima de tudo, marcado por um relevante debate acerca das competências eclesiásticas e seculares.

Por outro lado, a Idade Moderna tem o seu marco inicial, como foi dito acima, em 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos e estende-se até 1789 com o início da revolução francesa.

É de se ressaltar, no presente momento, que o exame do privilégio no período que antecedeu ao término do Antigo Regime será objeto de análise com a época contemporânea.

2.2.1

O Período Bizantino e a influência do modelo Romano quanto ao privilégio.

A monarquia bizantina foi composta de uma significativa estrutura político-administrativa, a qual teve como pressuposto a incorporação dos padrões romanos acerca da distribuição de vários cargos públicos e da elaboração de leis (compilações Justinianas)⁴², o que é possível extrair-se, igualmente, nos povos Bárbaros que dominaram o Império Romano Ocidental e numa ótica estritamente

⁴²GIORDANI, Mário Curtis. *História do Império Bizantino*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 49.

cultural “*não se apresentavam como inimigos, mas como admiradores das instituições romanas*”⁴³.

No período bizantino, o maior destaque deve ser creditado ao Imperador Justinianus⁴⁴ que compilou verdadeira obra legislativa consistente no Código Justinianeu⁴⁵ ou, ainda, o *Corpus Juris Civilis*, o qual abrange as Institutas, o *Digesto* ou *Pandectas* (ano 534), o Código (ano 529 – texto perdido) e as Novelas, sendo possível, a partir da organização normativa contida nas Institutas a obtenção de uma noção efetiva do privilégio para a regulamentação dos processos públicos, no Título XVIII – *De publicis judiciis*, ao menos, no que tange a aplicação de algumas penas.

Na regulamentação dos processos públicos capitais ou não capitais que poderiam levar o culpado ao suplício último ou à interdição do uso da água e do fogo, ou seja, ao exílio, ou à condenação às minas (§2º do Título XVIII das Institutas), contudo, a aplicação da pena, em determinados tipos penais, tem o estabelecimento de distinção, levando-se em conta a projeção social do culpado na sociedade.

Portanto, se o indivíduo era nobre, responderia somente com o confisco da metade dos seus bens, porém, se qualificado como de baixa extração sofria a pena corporal com o relego nos crimes em que houvesse cópula, sem violência, com virgem ou viúva que vive honestamente (*Lex Julia de adulteriis*)⁴⁶.

No mesmo sentido, encontramos a Lei Cornélia da falsidade (*Lex Cornelia de falsis*) que punia com o suplício último os escravos, do mesmo modo que, na lei dos sicários e envenenadores, contra homens livres a pena era, simplesmente, o

⁴³Cfr. GOFF, Jacques Le. *A Civilização do Ocidente Medieval*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 26.

⁴⁴Para melhor detalhamento histórico, vide CRETELLA Jr., J. e CRETELLA, Agnes (tradutores). *in Institutas do Imperador Justiniano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 5: *Flavius Petrus Sabbatius Justinianus, Imperador bizantino, nasceu em Tauresium, no ano de 482, e faleceu em Constantinopla (antiga Bizâncio), em 565, aos 83 anos, tendo reinado 39 anos.*

⁴⁵A influência do Direito Romano no direito português decorreu do Código Justinianeu desde as leis elaboradas por Afonso II na lei da Cúria de 1211, embora alguns atribuam ao Breviário de Alarico de 506 d. C. e outros ao conteúdo romanista preservado no Direito Canônico. Vide: NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA. *História do Direito Português: Fontes de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 225.

⁴⁶Vide Título XVIII, §4º das Institutas.

exílio, o que autoriza a conclusão da existência de diferenças quanto à aplicação das penas, no caso, representando um efetivo privilégio.

Os privilégios foram fixados, portanto, em atendimento da estrutura social, permitindo que o nobre ou detentor de função mais relevante pudesse receber penalidade mais branda em decorrência da prática de alguns delitos, embora fosse verdade que o Digesto já tivesse previsto a suspensão de todos os privilégios e exceções em caso de delitos lesa-majestade (D.48.18.10.1) porque o ato contrariava o Soberano e, como tal, tornava insubsistente a preservação do privilégio.

2.2.2

Abordagem dos privilégios dos clérigos na Europa e os embates mantidos entre a Igreja e os monarcas.

A Igreja Católica teve influência na definição das regras processuais destinadas à apuração dos crimes que envolvessem determinadas pessoas, principalmente, no século V, ao final do Império Romano, pois restou estabelecida a idéia de que os delitos praticados por Senadores, o julgamento competiria aos seus pares, enquanto, aqueles atribuídos aos membros eclesiásticos, o seu processamento ficaria submetido às autoridades da Igreja⁴⁷ (*privilegium fori*) que estivessem em grau ou posição hierarquicamente superior⁴⁸.

É sabido que na França, desde o Ano 800 com Carlos Magno⁴⁹ passamos a ter uma referência de domínio real absoluto quanto ao exame de todas as questões envolvendo a nobreza, daí porque, no tocante a realização de julgamentos, constata-se o registro da chamada Corte dos Pares que, na metade do século XIII acabou por se constituir num tribunal especial com a finalidade de proceder ao julgamento somente dos seus semelhantes, ou seja, uma nítida fixação de

⁴⁷GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 250.

⁴⁸Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, vol.1, livro I, p. 40.

⁴⁹Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 27.

privilégios, uma vez que preservaram o julgamento do acusado adstrito às pessoas do seu grupamento social⁵⁰.

JOHN GILISSEN também faz alusão ao julgamento pelos pares⁵¹, ou seja, os chamados *Pares Franciae*⁵² se trata de um Tribunal Feudal destinado ao conhecimento de litígios variados, inclusive em matéria penal, onde o senhor faz justiça com assistência dos seus vassallos, uma abordagem própria dos séculos XI e XII, momento em que a concepção dada à Corte dos Pares não estava tão identificada com a preservação de privilégios.

É necessário observar, entretanto, que a noção fixada para o julgamento pelos pares ou a Corte dos Pares na França sofreu uma forte oposição advinda do poder real no final do século XIII, pois o monarca se intitulava a fonte de toda a justiça (*rex est fons omnimodi justitiae*, século XIV), isto é, “*toda a Justiça emana do rei*”.

A formação da *Curia Regis* é o indicativo da concentração absoluta do poder real, ou seja, “*o rei é o único juiz; pode fazer-se assistir por conselheiros; pode delegar neles o seu poder de julgar (justiça delegada), mas pode também reter a justiça em si ou permitir um recurso contra qualquer decisão proferida por uma jurisdição real.*”⁵³.

Disso resulta que, a partir do século XIII fica evidente que o poder real “*em França, em Inglaterra, em Espanha, os duques e os condes noutras regiões, conseguem reforçar a sua autoridade; desenvolvem o seu poder de julgar os seus súbditos e tentam eliminar as jurisdições feudais e senhoriais, ou, pelo menos, submetê-las às suas próprias jurisdições. Os reis conseguem isso em larga medida nos séculos XVI e XVII; mas em certas regiões, sobretudo na Alemanha,*

⁵⁰Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 135 e p. 279-280.

⁵¹Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 385.

⁵²Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 279.

⁵³Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 386.

*em Itália, nos Países Baixos; a resistência dos particularismos locais e regionais manteve-se consideravelmente.*⁵⁴.

A Idade Medieval, aliás, ficou marcada por um efetivo estado de tensão entre as relações que regulavam a competência eclesiástica e a autoridade político-jurídica dos reis, fato que suscitou uma constante disputa quanto à definição e alcance do poder de julgamento de cada um dos mesmos.

O acirrado debate sobre a competência da Igreja e atuação do monarca propiciou a fixação de regras que procuravam desautorizar a decisão final da autoridade Papal ou do monarca, porém, sem o alijamento dos eventuais privilégios dos clérigos, ou seja, pouco importando a jurisdição a ser utilizada, certamente, não se poderia desconhecer a existência de benesses que deveriam ser conferidas aos membros da Igreja que fossem acusados de alguma prática criminosa.

De fato, o controle jurisdicional eclesiástico foi um dos temas tratados com maior ênfase no Decreto promulgado por Gregório VII (1073-1085) sobre a investidura leiga, no caso, o chamado *Dictatus Papae*⁵⁵, cujo conteúdo informa que ele, o Papa, é a autoridade que pode retirar, transferir, condenar e absolver os bispos, com atribuição para depor Imperadores, que a sua sentença não pode ser reformada por ninguém e só ele pode reformar a de todos e a impossibilidade ser questionada qualquer decisão ou interpretação da Sé Apostólica⁵⁶, a par de se estabelecer a completa imunidade Papal, uma vez que o mesmo não poderia ser julgado por ninguém⁵⁷.

⁵⁴Cfr. GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 383.

⁵⁵Ver RUDOLF FISCHER-WOLLPERT, in *Os Papas*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 256: “O papa se acha revestido, portanto, do poder de depor o imperador e de desligar os súditos do dever de obediência. Tal concepção do papa desempenharia importante papel sobretudo na questão das investiduras”.

⁵⁶Nesses termos, BARUCH DE ESPINOSA. *op. cit.*, p. 262: o Sumo-Pontífice tinha, efetivamente, o direito de interpretar as leis e transmitir as respostas de Deus. Mas não quando quisesse, como acontecia com Moisés; só quando lhe fosse solicitado pelo chefe dos exércitos, pelo Conselho Supremo ou por outras entidades semelhantes. Em contrapartida, o comandante supremo dos exércitos e os Conselhos podiam consultar Deus quando quisessem, mas só recebiam respostas através do Sumo-Pontífice.

⁵⁷Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*. *op. cit.*, p. 232-233.

A atuação da Igreja definida pelo Papa Gregório VII ocorreu num momento de questionamento acerca do poder direto ou indireto da Igreja sobre o Estado e, conseqüentemente, toda a discussão quanto aos limites da autoridade Papal, o que foi acentuado, posteriormente, durante o papado de Inocêncio III (1198-1216), contudo, afirmadora da supremacia da Igreja quanto ao exame de determinadas causas, logo do chamado *privilégium fori*.

Os aspectos que envolveram os limites da autoridade real e da Igreja quanto aos julgamentos dos clérigos ou não ajudaram a promover a fixação de privilégios para determinadas pessoas, à medida que sobrepôs o poder Papal em relação à efetivada pelo monarca, embora o monarca tenha infirmado à autoridade julgadora da Igreja em vários momentos.

GIORDANI ao cuidar do tema revela a tendência de uma supremacia da autoridade Papal em relação à jurisdição leiga, ao chamar a atenção que: “*Graças à atuação de uma série de papas enérgicos, a partir principalmente de Gregório VII, o pontífice romano firma sua autoridade na Igreja Universal onde exerce a plenitudo potestatis (plenitude do poder) de episcopus universalis (bispo universal). Passemos, agora, a um rápido estudo do episcopado do mundo feudal. A reforma gregoriana não só diminuíra a subordinação dos bispos às autoridades leigas mas ampliara de modo acentuado a dependência do episcopado em relação à Sé Apostólica. Assim é que a autoridade dos metropolitanos (nas cidades importantes, muitas vezes antigas capitais de províncias romanas, o bispo assumia o título de metropolitanus e estendia sua jurisdição sobre os demais bispos de sua província eclesiástica chamados sufragâneos) foi aos poucos decrescendo, aumentando, em contrapartida, o poder dos bispos sufragâneos.*

*Em sua diocese o bispo exercia o tríplice poder de **ordem** (ordenava os clérigos) de **jurisdição** (julgava causas relacionadas com os clérigos, que gozavam do **privilegium fori**, e outras numerosas causas que lhe estavam afetas *ratione materiae* como assuntos concernentes ao matrimônio, a testamentos, a crimes contra a religião, etc.) e de **ensino** (pregava, fiscalizava, o ensino de religião, as práticas religiosas, etc.). Não raro a jurisdição episcopal conflitava*

com a jurisdição dos juízes leigos, o que provocava reclamações por parte dos soberanos.

Especialmente na Alemanha, muitos bispos uniam à sua dignidade espiritual a de senhores temporais como verdadeiros feudais, exercendo assim jurisdição sobre vastos territórios e prestando vassalagem ao monarca.”⁵⁸.

2.2.2.1

Constituições de Clarendon. Conflitos entre a Igreja e o monarca pela manutenção dos privilégios. Caso Thomas Becket versus Henrique II. Extinção dos privilégios da Igreja Católica Apostólica Romana na Inglaterra e outros países.

O embate quanto ao exercício da jurisdição entre a Igreja de Roma e o poder do monarca teve o seu ápice no conflito que se estabeleceu na Inglaterra com a edição das CClar. em 1164, em especial, na disputa entre o arcebispo Thomas Becket e o monarca Henrique II⁵⁹, cujo debate ateu-se ao gozo de privilégios pelos membros da Igreja, a par se traduzir num dos primeiros “*atos legislativos a demarcar a transição da monarquia absoluta para a constitucional*”.⁶⁰

A organização firmada nas CClar., talvez, pela primeira vez, delimitou as prerrogativas e privilégios atinentes à Igreja e dos mais importantes funcionários do reino, traduzindo-se, assim, num documento normativo de relevância ímpar, à medida que confere vantagens ao clero e à nobreza, sob a tutela do monarca.

⁵⁸Cfr GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*, op. cit., p. 249-250.

⁵⁹Todo o litígio é descrito por HAROLD J. BERMAN, in *Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 327: *Thomas Becket, arcebispo que se negou a cumprir as constituições de Clarendon expedidas em 1164 por Henrique II alegando a independência da Igreja para o julgamento dos clérigos e a submissão ao direito canônico. Diante do confronto que se estabeleceu, quatro homens do rei assassinaram o arcebispo em sua catedral em Canterbury, o que levou Henrique II a pagar penitência e em 1172 a submeter-se à Igreja, para tanto, renunciando publicamente a alguns trechos das Constituições de Clarendon. Ver ainda: GEORGES SUFFERT, in *Tu és Pedro: santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 187-195.*

⁶⁰Vide, ainda, FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, Tomo I, p. 103, com embasamento em GEORGES BURTON ADAMS, *The Origin of the English Constitution*, New-Haven, London, Oxford, 1931, p. 111.

Na prática, as CClar. representaram a edição de regras que afastavam a aplicação do direito canônico, em especial, o *Dictatus* do Papa Gregório VII e passaram a definir que o julgamento dos clérigos competiria ao monarca, o que é possível vislumbrar do terceiro artigo das CClar., o qual “(...) regulava, de fato, que qualquer clérigo acusado de delito grave (inclusive homicídio, incêndio criminoso, roubo, estupro, lesões corporais e determinados outros crimes graves) deveria ser enviado, pela corte do rei, à corte eclesiástica, a fim de ser julgado, e, se considerado culpado aqui, deveria ser levado de volta à corte do rei para ser sentenciado. Isto significava na prática ser executado, ou mutilado, pelo corte de mãos e pernas. Um oficial do rei deveria presenciar os procedimentos na corte eclesiástica, “para ver como o caso é julgado”.”⁶¹.

Como se vê, as CClar. não chegaram a suprimir a atividade judicante da Igreja no tocante aos clérigos, considerando que o exame do juízo de culpa pertencia à Igreja, apenas a imposição da condenação e a eventual interposição de recurso da decisão eclesiástica (artigo oitavo das CClar.) é que ficaram entregues à autoridade real.

Vale dizer, portanto, que o monarca só poderia emitir a condenação do clérigo na hipótese do mesmo ser julgado pela corte eclesiástica e afirmado pelos seus pares como culpado, bem como no caso de interposição de recurso da decisão clériga (artigo oitavo da CClar.), onde o rei teria a função de exercer o papel de magistrado último e definitivo das causas envolvendo o direito canônico na Inglaterra, o que consistiria numa intervenção da justiça local (real) na eclesiástica, além de consubstanciar-se numa retirada dos privilégios dos membros da Igreja.

A crítica exposta por Becket quanto ao *artigo terceiro* das CClar. diz respeito ao fato de a mesma ensejar a *violação do princípio do risco duplo*, pois “*Deus não pune duas vezes a mesma ofensa*” – *ne bis in idem* –, razão pela qual sustentou Becket “(...) o privilégio do clero ser punido – por certas ofensas – exclusivamente no fórum eclesiástico. Porém a imunidade clerical total das

⁶¹Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

jurisdições seculares nunca foi reivindicada. É verdade que tanto no Império Bizantino como no Franco os bispos – embora não aqueles abaixo deles – deveriam ser julgados e sentenciados somente por clérigos. Naquela época mais antiga, contudo, não havia uma nítida distinção entre as cortes eclesiástica e secular; o clero atuava em ambas. Em qualquer acontecimento, na Inglaterra e em outras partes, era bastante comum, anteriormente ao século XII, que os clérigos que tivessem sido condenados e depostos ou disciplinados dentro dos procedimentos eclesiásticos fossem levados as cortes locais, reais ou feudais para ser julgados e punidos novamente pelo mesmo crime. Somente com o estabelecimento do novo sistema de jurisdição eclesiástica, no final do século XI e no século XII, o privilégio do clero tornou-se um assunto crucial.”⁶².

É verdade, porém, que não há registro de que algum clérigo deposto ou rebaixado tenha sido entregue ao poder do monarca, a fim de que fosse executado⁶³ ou mutilado na presença de um oficial do rei, o que só realça a disputa de poder e da preservação dos privilégios entre as “ordens”⁶⁴ ou “corpos”⁶⁵ dominantes, no caso, a Igreja *versus* monarca ou a comunidade senhorial.

O confronto dos privilégios aplicados aos membros da Igreja na Inglaterra e na França indica que o alcance de uma jurisdição secular teve maior incidência na visão jurídica levada a efeito a época na França, o que é possível concluir do contexto apresentado por BERMAN ao realçar que após a morte de Becket, na Inglaterra “a jurisdição secular foi excluída para punir, mais ainda para julgar. Entretanto, a corte do rei finalmente adotou o recurso processual de julgar a pessoas antes de saber qual era a sua posição clerical, e somente se ela fosse

⁶²Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 330-331.

⁶³Cfr BERMAN, Harold J., *op. cit.*, p. 331, *apud* MAITLAND, Frederich W. *Roman Canon Law In the Church of England*, Londres, 1998, p. 56-57.

⁶⁴Vide MÁRIO CURTIS GIORDANI. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 128, *apud* JACQUES ELLUL, *Histoire des Institutions*, Paris, Tomo II, p. 17 ao salientar que: “(...) a sociedade feudal foi dividida em “corpos”, em “ordens” mas não em “classes”. “A diferença entre os dois termos, continua o mesmo autor é a seguinte: a classe é um fenômeno sócio-econômico (habitat, modo de viver, nível de vida, gênero de trabalho, etc.), a ordem é um fenômeno funcional e jurídico” (...).”

⁶⁵Fundamental a consulta de MAX WEBER, in *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, volume I, p. 199-203: onde dá ênfase ao emprego do vocábulo *classes* como um fenômeno sócio-econômico.

condenada, teria o direito de recorrer ao benefício do clero e ser mandada a um corte eclesiástica. Além disso, a questão de a responsabilidade secular do clero ser maior para delitos graves do que para crimes menores, e por ofensas civis, aparentemente não foi abordada por Becket; de qualquer forma, a jurisdição secular permaneceu acima do clero em tais assuntos, na Inglaterra. Na França, ao contrário, o clero estava imune do julgamento secular por crimes menores, mas não pelos mais graves, como homicídio premeditado, mutilação, roubo e reincidência (“incurribilidade”), e “casos reais”, que incluíam a traição e outros crimes que atingissem a dignidade do príncipe ou de seus oficiais, assim como crimes de segurança pública, tais como promover assembleias proibidas ou ensinar a idolatria, o ateísmo e outras doutrinas proibidas. Tais “casos reais” pertenciam à jurisdição secular, fosse o crime cometido por um leigo ou por um clérigo.”⁶⁶.

As relações entre a Igreja e o monarca e a constante disputa envolvendo o exercício do poder sempre estiveram em pauta e a prova mais eloqüente disto, a propósito, é que após o litígio ocorrido entre o monarca inglês Henrique II e o arcebispo Thomas Becket no período de 1164 a 1170, novo embate se materializou com o monarca inglês João Sem-Terra ao outorgar a *Magna Carta Libertatum*, em 15 de junho de 1215, ao assinalar que a Igreja da Inglaterra era livre, transmitindo uma idéia de separatismo com a Igreja de Roma, à medida que redigiu a primeira prescrição nos seguintes termos:

“1 – A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades; e queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...]”⁶⁷.

⁶⁶Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 335.

⁶⁷Vide JORGE MIRANDA (organização e tradução). *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980, p. 13.

Além da controvérsia mantida com a Igreja, a importância de Henrique II para o direito inglês materializa-se pela formação de uma identidade nacional sob o ponto de vista jurídico, o que deu ensejo a *Common Law*⁶⁸.

Posteriormente, quando João Sem-Terra mencionou que a “*Igreja de Inglaterra*” ostentava uma liberdade, quis e expressou a sua efetiva afronta ao poder Papal, especificamente, em relação ao Papa Inocêncio III que pôs toda a Inglaterra sob interdição e o excomungara em 1208⁶⁹, o que dá a correta proporção de que a monarquia inglesa, bem antes do início do anglicanismo por Henrique VIII⁷⁰, não mais pretendia ficar submetida à palavra do Papa o qual tinha o poder supremo de excomungar o próprio rei, numa clara demonstração da supremacia do poder da Igreja.

Durante os séculos XII e XIII o poder monárquico, em diversos aspectos concernentes à vida e à estrutura social, objetivou a limitação dos privilégios da Igreja, todavia, sem perder a parcela de poder e de controle referente à aplicação de punição dos seus súditos mais importantes, como é possível constatar das CClar., que, no seu artigo sétimo já acentuava:

“(...) *Proibia a excomunhão de um comandante-em-chefe do rei (que recebia terras diretamente dele, em contraste com o sub-comandante) ou de um oficial do governo do rei, sem a permissão do rei (...).*”⁷¹.

⁶⁸A respeito do tema, ver exposição feita por CHRISTOPHER HILL, in *Origens Intelectuais da Revolução Inglesa*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 304: *Common Law. Direito consuetudinário ou costumeiro. A justiça foi unificada na Inglaterra por Henrique II. Ao contrário das jurisdições tradicionais, que aplicavam os costumes locais, a competência dos novos tribunais era válida para todo o reino. Daí o nome comune ley ou common law. Uma série de tribunais ligados posteriormente por iniciativa real, as prerogative courts, disputaria com os tribunais da common law a competência para julgar certos casos.* No mesmo sentido, RENÉ DAVID. *O direito inglês*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

⁶⁹Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 334.

⁷⁰QUENTIN SKINNER, in *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 303, informa: “*Na Inglaterra, ao contrário, esta se realizou de forma gradativa, assumindo, em alguns de seus estágios, as feições de movimento oficial. Começou com o rompimento de Henrique VIII com Roma, em inícios da década de 1530, e com a ofensiva do Parlamento contra os poderes da Igreja; tomou direção mais doutrinária, (e mais calvinista) entre 1547, data da ascensão de Eduardo VI ao trono, e 1553, quando a ele sucedeu sua irmã Maria; e completou-se, após a morte de Maria, em 1558, com o sucesso demonstrado na constituição daquele híbrido ímpar, a consolidação ou compromisso (settlement) da Igreja anglicana*”.

⁷¹Cfr BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

Se o comandante-em-chefe ou o oficial do governo do rei é uma extensão do poder real, um *longa manus*, nada mais natural que a aplicação pela Igreja de eventuais penalidades aos servidores reais mais destacados pudesse ser contestada pelo monarca, o que dá a medida exata da presença de privilégios nas classes mais abastadas ou junto aos ocupantes dos cargos reais.

Antes da reforma inglesa do século XVI com Henrique VIII, as CClar. ficaram sobrestadas, porém, segundo a advertência feita por BERMAN, a aplicação do artigo sétimo não era totalmente desconhecida ou desprezada, tendo em vista a consulta ao monarca sobre a excomunhão de seus oficiais⁷².

A extensa controvérsia sobre a discussão dos privilégios ou do chamado “benefício do clero”, segundo SKINNER⁷³ envolveu as situações atinentes às isenções fiscais que várias casas religiosas pretendiam manter e acabaram por ser contestadas pelos monarcas ingleses (Henrique VII e Henrique VIII), bem como as questões relacionadas à imunidade processual dos membros da Igreja no caso de muitos crimes capitais, a qual, por sua vez, sofreu efetiva restrição com a aprovação em 1533 do Ato de Apelações, cujos termos proibiam as apelações a Roma e transferiu a jurisdição da Igreja para a Coroa.

Portanto, não se pode negar que os monarcas orientados por um sentido de concessão de privilégios aos ocupantes de cargos mais relevantes dentro do reinado procuraram interferir na influência da Igreja e, com isso, puseram em prática um sistema de proteção processual e de aplicação de pena aos mesmos.

A afirmação da supremacia monárquica em relação à eclesiástica produziu freqüentes embates em toda a Europa, deste modo, estabelecendo um longo processo de questionamento da presença e do controle jurisdicional da Igreja em relação aos leigos e da possibilidade de avocação da competência dos tribunais comuns para os tribunais eclesiásticos.

⁷²Cfr. BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 335.

⁷³Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340 e 367.

Toda discussão acerca do sistema de imunidade processual do clero quanto à prática de crimes capitais e outros itens que guarneciam os privilégios do clero e os poderes papais foram alvos de um crescente e ininterrupto confronto entre as autoridades seculares e a Igreja, o que redundou no esvaziamento da jurisdição eclesiástica e, por fim, na predominância dos tribunais comuns, como assinalado por SKINNER ao revelar que *“o outro ponto, ainda mais contencioso, no qual as autoridades seculares vieram a exercer crescente pressão sobre a Igreja prendia-se às jurisdições supranacionais tradicionalmente detidas pelo papa. Aumentava o ressentimento ante o direito do papado a coletar impostos em seu próprio nome e a controlar a concessão de benefícios no interior de cada Igreja nacional. Um resultado desse descontentamento foi que em vários países as autoridades seculares, negociando com a Sé romana, conseguiram extrair delas concessões nessas duas questões cruciais. Isso permitiu que conservassem relações relativamente amistosas com a Igreja, ao mesmo tempo que insistiam na condição de seus reinos como “impérios”, exercendo os respectivos governantes completo controle jurisdicional no interior de seu território.”*⁷⁴.

O desaparecimento das jurisdições pontifícias do dia a dia do reinado, como foi dito, não esteve só em pauta na Inglaterra, mas em todo o Velho Mundo, cuja recusa a manutenção do poder jurisdicional eclesiástico se desenvolveu, em alguns casos, pela atuação da Reforma⁷⁵ e da atuação da Igreja Luterana (Europa do Norte)⁷⁶.

O abrandamento e, por fim, a supressão da competência pontifícia sobre a secular era impostergável e restou materializada nas diversas concordatas subscreitas pela Igreja com alguns governos, como por exemplo, a França (Sanção Pragmática de Bourgees de 1438) e a Espanha, o que não foi possível na Inglaterra, Alemanha (Gravamina ou “agravos da nação germânica”, Dieta de Frankfurt de 1456 e Dieta de Worms de 1521) e na Escandinávia (Código Civil e Eclesiástico de Byretten – Dinamarca 1521 – 1522)⁷⁷.

⁷⁴Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340.

⁷⁵*Fundamental a consulta de JACQUES BARZUN, in Da Alvorada à Decadência: A História da Cultura Ocidental de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 24/27.*

⁷⁶Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 345.

⁷⁷Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340/341.

A formação do pensamento político moderno, no caso, livre da influência da Igreja nos assuntos pertinentes ao Estado e, concomitantemente, forjou a tradição jurídica ocidental, com isso, deles alijando a participação da Igreja e afirmando a jurisdição do monarca sobre os seus súditos.

Vale dizer, neste passo, que a formação da tradição jurídica ocidental laica, movida ou não pelas disputas existentes entre monarcas e a Igreja acerca da cobrança de impostos às ordens religiosas, possibilitou a discussão quanto aos privilégios conferidos aos eclesiásticos, ou seja, “o benefício do clero”.

Perceptível, nesses termos, que em boa parte da idade medieval, a construção de um chamado foro privilegiado não era estranha ao domínio jurídico e sempre esteve presente nos regramentos impostos pela Igreja e decisões papais, bem como no disciplinamento normativo efetuado pelos monarcas e nas suas deliberações.

Os dados acima indicam a presença de benesses em favor de determinadas autoridades ligadas ao clero ou ao monarca, com o intuito de propiciar um sistema de imunidade processual pautado em privilégios, pois o fundamento da sua concessão está na importância do cargo ou da pessoa junto à Igreja ou do reinado.

As Constituições de Clarendon de 1164 aparecem, talvez, como o primeiro documento político a reconhecer que um “comandante-em-chefe do rei” ou um “oficial do governo do rei” tinham a limitação quanto à deflagração de processos pela Igreja contra os mesmos, o que identifica uma circunstância bem parecida com o foro por prerrogativa de função definido e constante do ordenamento constitucional moderno.

Por outro lado, longa foi a controvérsia quanto à submissão dos membros mais importantes da Igreja (arcebispos, bispos e outros clérigos) à justiça comum, o que foi objeto de acirrado conflito entre a Igreja e os principais monarcas na Europa, numa demonstração clara de disputa de poder político e de interferência da Igreja nos assuntos do Estado.

De um lado, o monarca quis sobrepor a sua autoridade e a preservação dos mais altos e destacados servidores ou funcionários do reinado da aplicação do direito canônico e a Igreja, ao seu turno, não se mostrava disposta a permitir que os seus membros mais importantes pudessem ser processados e julgados pelo monarca.

Como já restou demonstrado, a imunidade processual dos membros da Igreja foi, primeiramente, mitigada e acabou cessando por intermédio das concordatas anteriormente mencionadas (França e Espanha), sendo certo que na Inglaterra, Alemanha⁷⁸ e países nórdicos a influência religiosa promovida pela Reforma Protestante deu ensejo à era moderna, a qual questionou o sistema de privilégios elaborado pela Igreja Católica aos seus membros e a imposição da Igreja em manter uma competência para processar e julgar os leigos junto aos tribunais eclesiásticos, fato exposto e criticado com veemência na Declaração de agravos (Dieta de Worms de 1521), à medida que *“os autores da declaração começam queixando-se do “benefício do clero”, argumentando que tal sistema “necessariamente anima os clérigos a praticar atos perversos, ainda mais porque os tribunais eclesiásticos os libertam com facilidade, seja qual for o crime cometido” (p. 58). Depois, reclamam que o clero está “solapando a autoridade secular”, já que “arrasta os leigos aos tribunais eclesiásticos” e ao mesmo tempo “arranca o que quer” da jurisdição dos tribunais comuns (p.62).”*⁷⁹.

Ao que se depreende do processo histórico instaurado na Inglaterra e por outros governos, o rompimento com a Igreja Católica fomentou o repúdio à concessão de privilégios em todos os níveis, o que teve reflexos na formação jurídica (constitucional) de determinados países, ao contrário do contexto que acabou por se estabelecer na Península Ibérica, onde toda a rede e complexidade para a concessão de privilégios sempre estiveram presentes por força da atuação dos monarcas e dos ordenamentos por eles emitidos e pela exemplificação emanada da Igreja, cuja presença se manteve extremamente acentuada.

⁷⁸Cfr. ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 258, item 17.

⁷⁹Cfr SKINNER, Quentin. *op. cit.*, p. 340.

Temos, assim, o reconhecimento de um *foro privilegiado*, onde se pretendeu firmar um *órgão exclusivamente competente para o julgamento daqueles que exerciam as mais altas funções públicas do reinado*, diferentemente do que aconteceu no Império Romano em que a distinção ou o privilégio era demarcado pela natureza do crime, a partir do século XII, o mesmo passou a orientar-se pelos cargos ou funções ocupadas dentro da estrutura real, ou seja, “*não sobre natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais*”⁸⁰.

É de se acrescentar, ademais, que nos séculos subseqüentes “*(...) foram restringindo os casos reais e se ampliando os casos privilegiados, ficando estes como correlativos opostos aos casos comuns, sujeitos às justiças ordinárias, a tal ponto que a classificação dos crimes, em relação às jurisdições, foi esta: crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns, distinguindo-se estes dos outros, principalmente por constituírem, em regra, os casos de devassa a cargo dos juízes locais, ao passo que os privilegiados estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores e os eclesiásticos a cargo das oficialidades eclesiásticas.*”⁸¹.

Um retrato da estratificação social e política na Idade Média traz à colação o pertinente exame da comunidade senhorial e dos vassalos desenvolvida por JACQUES LE GOFF, ao demonstrar a presença de uma impermeável estrutura de poder destinada à proteção dos senhores feudais, mediante a interferência no processo de escolha daqueles que seriam encarregados da realização dos julgamentos, pois “*(...) em diversos níveis, e com mais ou menos prestígio, ambos pertenciam ao senhorio, ou melhor, ao senhor de que dependiam. Ambos eram “homens” do senhor, num sentido nobre e outro num sentido humilhante. Os termos que muitas vezes acompanhavam tal palavra estabeleciam a distância existente entre suas condições. Para o vassalo, por exemplo, “homem de boca e de mãos” evoca uma intimidade, uma comunhão, um contrato que o colocava,*

⁸⁰ Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 81.

⁸¹ Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 81.

embora em posição inferior, no mesmo patamar que seu senhor. Por outro lado, o “homem de poder” (homo de potestate), isto é, que dependia, estava entregue ao poder do senhor. Em troca apenas da proteção e da contrapartida econômica da dependência – num caso o feudo e noutra a tenência – ambos tinham em relação ao senhor uma série de deveres: ajudas, serviços, prestações, e ambos estavam submetidos ao seu poder – que se manifestava mais nitidamente do que nunca no domínio judiciário.”⁸².

O modelo de concessão de privilégios acima indicado, tal como já objeto de destaque anteriormente, foi combatido pelos governos mais fortes, os quais não pretendiam se submeterem à ordenação legal firmada pela Igreja que deles suprimiram a competência para processar e julgar os membros mais importantes do Clero e, tampouco, admitiam, no plano interno, que a Comunidade Senhorial pudesse ter um monopólio da justiça quanto aos súditos da Coroa.

A compreensão da esfera pública medieval e o envolvimento da comunidade senhorial em relação à mesma, em outras palavras, é objeto de explicação, uma vez que a apropriação pelos senhores feudais da função julgadora representou a sua intervenção na ordem pública, porque *“entre as funções que os senhores feudais solaparam do poder público, não houve outro mais pesado para os dependentes do que a função judiciária. Sem dúvida o vassalo era chamado na maioria das vezes a se sentar no lado bom em vez do lado mal do tribunal – ou como juiz, ao lado do senhor, ou no lugar dele –, mas também estava submetido aos veredictos deste tribunal – em caso de delito se o senhor tivesse apenas direitos de baixa justiça, e em caso de crime se o senhor controlasse a alta justiça. Neste caso, a prisão, a força e o pelourinho, prolongamentos sinistros do tribunal senhorial, eram símbolos mais de opressão do que de justiça. Sem dúvida que os progressos da justiça real ajudou a emancipar os indivíduos, que viam seus direitos melhor garantidos na comunidade mais ampla do reino do que no grupo mais estreito, mais constrangedor e mais opressivo do senhorio. Mas tais progressos foram lentos.”⁸³.*

⁸² Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 288.

⁸³ Cfr. GOFF, Jacques Le, *op. cit.*, p. 288-289.

Daí se vê uma evidente preocupação daqueles que exercitaram o poder dirigido aos súditos ou vassallos em se manterem no domínio da esfera pública encarregada de dirimir os litígios e da aplicação das punições adequadas às hipóteses entregues para julgamentos.

Neste momento, o exercício da função política concernente à realização do ato de julgar, simultaneamente, possibilita a distribuição das vantagens ou dos privilégios aos membros da Corte, na verdade, os seus apaniguados políticos.

Os senhores feudais e os monarcas perceberam a importância de possuir o controle da função jurisdicional com a escolha dos julgadores para legitimar a imposição de possíveis sanções, consolidando o monopólio desta atividade estatal, a par de infirmar a competência da Igreja quanto aos litígios da órbita cível e da aplicação de penalidades (matéria penal).

Sendo a atividade jurisdicional uma parcela das mais relevantes do Poder Público, a rigor, seria inconcebível que os monarcas dotados de forte capacidade centralização e inegavelmente mais poderosos que a Comunidade Senhorial deixassem o processamento e a realização da Justiça propriamente dita ao inteiro alvedrio dos Senhores ou da Nobreza, porquanto o mesmo significaria um real esvaziamento das suas funções e poderes, o que foi alvo de extensa disputa com a Igreja.

Embora, circunscrevendo a sua análise ao plano da introdução histórica ao direito privado, bem como a formação e todo o mecanismo de funcionamento dos tribunais e do processo na órbita privatística, R. C. VAN CAENEGEM assinala que os juizes e tribunais foram criados por volta do fim do século XII na baixa Idade Média, sendo o magistrado, com efeito, um novo tipo de funcionário episcopal, o que deixou de ser uma realidade na alta Idade Média com a centralização do sistema judiciário e a sua secularização, ou seja, a jurisdição central firmada na Inglaterra por Henrique II que, paulatinamente, eliminou a aplicação da justiça eclesiástica e os tribunais feudais e senhoriais⁸⁴.

⁸⁴CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 141-142.

R. C. VAN CAENEGEM informa, ainda, que a instituição dos tribunais seculares na França, em suma, deu ensejo ao Parlamento de Paris que “*tornou-se a suprema corte real por volta da metade do século XIII. Tinha competência em primeira instância para alguns assuntos e para as pessoas importantes; como tribunal de apelação, sua jurisdição era geral.*”⁸⁵.

É de se concluir que o controle da atividade jurisdicional pelos monarcas conheceu total predominância na Idade Média tão logo os privilégios conferidos à Igreja foram suprimidos, o que representou, no plano interno, o término da jurisdição supranacional Eclesiástica e, por conseguinte, a cessação da sua interferência.

Esta jurisdição centralizada teve aplicação nas causas cíveis e criminais, mantendo-se o exercício de privilégios em ambas, contudo, com maior ênfase para o plano processual e criminal.

A questão concernente à fixação dos privilégios na órbita interna dos governos passou a ser uma tarefa do monarca ou da Comunidade Senhorial, quase sempre, na procura de se estabelecer a proteção dos seus membros ou ocupantes dos cargos de maior relevância, o que dá exata dimensão de que as figuras centrais da estrutura de governo gozavam da tutela jurisdicional, não só pelo caráter pessoal dos envolvidos no processo criminal, exemplo a *Curia Regis* na França, onde “*um corpo de privilegiados só pode ser julgado por seus pares*”⁸⁶, diferentemente das *Constituições de Clarendon* que buscavam a designação do privilégio em atenção ao cargo (comandante-em-chefe do rei e o oficial do governo do rei)⁸⁷, atendendo a uma condição objetiva e não circunscrita ao aspecto pessoal.

O afastamento da jurisdição eclesiástica fez parte de um processo histórico deflagrado por diversos monarcas que agiram instintivamente para a realização e

⁸⁵CAENEGEM, R. C. Van. *op. cit.*, p. 143.

⁸⁶Cfr. GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/1. op. cit.*, p. 280.

⁸⁷Cfr. BERMAN, Harold J.. *op. cit.*, p. 328.

transformação daquilo que à época exigia⁸⁸, ou seja, numa clara alusão a HEGEL, os seus *objetivos pessoais continham a vontade essencial do Espírito do mundo*⁸⁹, mas, o mesmo não representou o afastamento dos privilégios nas jurisdições seculares criadas com a supressão da autoridade Papal.

Um relato sobre todo o contexto político vivenciado na Inglaterra, naturalmente, seria ineficaz sem a abordagem do modelo formulado por Hobbes, o qual deixou assentado em sua obra *Leviatã*, onde criou os elementos de uma verdadeira teoria política, a necessidade de que a nobreza desfrute de privilégios⁹⁰, inclusive destacando, por ocasião do exame dos Ministros Públicos do poder soberano que os lordes tinham o privilégio de ter outros lordes como seus juizes em se tratando de litígios públicos, ou seja, causas políticas que ensejam o reconhecimento de crimes capitais⁹¹.

A visão Hobbesiana retratou o perfil existente à época, no sentido da inexistência de privilégios quanto ao foro nas controvérsias civis, ainda que os lordes, elementos mais destacados da vida social e política inglesa viessem a participar da lide⁹², contudo, reconhece que eventual litígio entre a parte julgada e o juiz (o Ministro Público nomeado pelo Soberano) só deveria ser decidida pelo Soberano ou por juiz indicado pelo mesmo, o que revela uma tendência protecionista quanto ao julgamento daqueles que ocupam cargos públicos por indicação do Soberano (quer este seja um monarca ou uma assembléia)⁹³.

⁸⁸Sobre o processo de transformação da sociedade, é conveniente a leitura de CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 220, ao mencionar que: “*Mais assim como a sociedade não pode ser pensada dentro de nenhum dos esquemas tradicionais da coexistência, a história não pode ser pensada dentro de nenhum dos esquemas tradicionais da sucessão. Porque o que se dá em e pela história não é seqüência determinada do determinado, mas emergência da alteridade radical, criação imanente, novidade não trivial. É isso que manifestam tanto a existência de uma história in toto, como o aparecimento de novas sociedades, (de novos tipos de sociedades) e a autotransformação incessante de cada sociedade.*”

⁸⁹HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A Razão na história: Uma introdução geral à filosofia da história*. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 79.

⁹⁰HOBBS, Thomas. *Leviatã* (Clássicos Cambridge de Filosofia Política). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

⁹¹HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 207-208.

⁹²HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 208.

⁹³HOBBS, Thomas. *op. cit.*, p. 204 e 207.

Podemos sustentar que a reminiscência da prerrogativa de função firmada na visão republicana com o advento das constituições liberais pós-Revolução Francesa, de alguma forma, já encontrava na Idade Média os seus indicativos, isto é, uma continuidade que tomou como ênfase a concessão da prerrogativa não à pessoa, mas para o cargo público ocupado, circunstância que era expressa na vida política inglesa, como se pode constatar das CClar. e da visão política descrita no modelo Hobbesiano.

Não se deve esquecer, ainda, que o processo histórico que determinou a restrição aos privilégios, numa visão abstratamente considerada, em síntese, possibilitou que a Inglaterra editasse vários textos normativos (*Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Right* de 1628, Lei de *Habeas Corpus* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e *Ato de Estabelecimento* de 1701) em busca da contenção dos privilégios reais e de uma imperceptível afirmação dos direitos de uma classe e, posteriormente, estendidos a toda a sociedade inglesa.

E, a pretexto da listagem apresentada, não se pode desconhecer que o *Habeas Corpus* surgiu como o primeiro documento que restringiu diversos direitos do monarca e, concomitantemente, pôs em prática a preservação de determinados privilégios dos barões normandos que se achavam em risco, como se deduz do item 21: “*Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do direito.*”⁹⁴.

Acerca da Magna Carta, PEDRO CALMON⁹⁵ estabeleceu que o “*direito público formal surge na “Magna Carta”, que os barões ingleses impuseram, em 1215, a João Sem Terra, pois, nela se dizia, por exemplo, que todos os súditos seriam julgados “segundo a lei do país”. Por via da “concórdia” a norma, abstrata, prevaleceu sobre a plenipotência real. Quando ela se fizesse tradição, estaria criado o “constitucionalismo” britânico.*”.

⁹⁴Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 14.

⁹⁵CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 67.

No mesmo sentido revelado acima, GAETANO MOSCA e GASTON BOUTHOU⁹⁶ endossam o pensamento de que “*na verdade, não se pode afirmar que a Magna Charta, escrita em latim grosseiro misturado com expressões francesas e inglesas canhestramente latinizadas, e que foi definida como o fundamentum libertati Angliae, contenha os elementos de uma constituição moderna. Foi este na realidade um dos numerosos pactos entre barões e rei bastante comuns durante o regime feudal, e que estava em conformidade com a natureza mesma deste regime*”.

A experiência demonstra que a manutenção de privilégios em prol dos barões contra a figura do monarca inglês João Sem-Terra que tentava impingir aumento acentuado de tributos, embora tenha representado, com o passar dos anos, um manifesto destinado à preservação da liberdade e da justiça, mas, na verdade, nada mais era do que uma salvaguarda dos privilégios reclamados pelos barões normandos⁹⁷.

A Magna Carta inaugura, assim, uma série de documentos normativos (Ciclo Constitucional Inglês) que, de maneira paulatina, promoveram o assentamento da igualdade na Inglaterra⁹⁸ e o estabelecimento de garantias na Lei de *Habeas Corpus* de 1679, no *Bill of Rights* de 1689 e no *Ato de Estabelecimento* de 1701, neste último caso, inclusive, impedindo que os juízes pudessem ser afastados da função por determinação do monarca, mas sim por iniciativa de ambas as Câmaras do Parlamento⁹⁹, bem como, concretizando a integral subordinação da Igreja ao poder secular no período (reinado) Tudor¹⁰⁰.

Em contraste com o Ciclo Constitucional Inglês, o constitucionalismo francês concentrou as mudanças limitadoras dos privilégios do Antigo Regime na

⁹⁶Vide a este respeito: MOSCA, Gaetano e BOUTHOU, Gaston. *História das Doutrinas Políticas desde a Antiguidade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 157-158.

⁹⁷BRIGGS, Asa. *História Social de Inglaterra*. Lisboa: Presença, 1998, p. 70.

⁹⁸Vide CHRISTOPHER HILL. *op. cit.*, p. 319: *Assim como ocorreu com a Magna Carta, que de carta de privilégios baronial transformou-se em declaração dos direitos de todos os ingleses livres, um princípio tipicamente feudal recebeu de Coke um novo significado, quando ele afirmou que “a casa de um inglês é, para ele, como se fosse o seu castelo”*.

⁹⁹Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 27, o artigo 7º do Ato de Estabelecimento de 1701.

¹⁰⁰HILL, Christopher. *op. cit.*, p. 306.

sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, posteriormente, na Constituição de 1791.

Ao findar este tópico, é possível concluir que o sistema de concessão de privilégios na Inglaterra e na França não foi direcionado, necessariamente, à proteção dos membros ou daqueles que exerciam a função judicante, mas sim, à tutela dos interesses da Nobreza. Se efetivarmos um contraponto com o elenco de privilégios definidos na esfera da Justiça criminal e civil nas legislações espanholas e portuguesas, observaremos que a condescendência e aceitação dos povos latinos aos privilégios sempre foi total, não impondo qualquer critério de resistência.

No direito inglês, é possível afirmar que a dinastia Tudor¹⁰¹ sacramentou o afastamento dos privilégios desenvolvidos pela Igreja, com isso, eliminando a sua influência do direito inglês desde o início do século XVII, como registrado por CHRISTOPHER HILL ao informar que *“antes da reforma, os tribunais eclesiásticos eram parte de uma organização internacional: agora faziam parte de um sistema jurídico nacional. Apesar de atuarem em nome do bispo, eram tribunais do rei, tanto quanto um tribunal, senhorial que dizia atuar em nome de um senhor feudal. Coke precisava, naturalmente, dizer que os tribunais eclesiásticos sempre haviam estado subordinados à autoridade real; sua argumentação, porém, fundamenta-se na consolidação da autoridade nacional conquistada durante o século Tudor.”*¹⁰².

Portanto, o gradual afastamento da influência do Papa na Inglaterra, bem como da própria Igreja Anglicana dos assuntos do Estado, uma vez que era chefiada pelo Rei Inglês, em resumo, possibilitou a construção de um país dotado de uma identidade própria e livre das incessantes disputas mantidas com a Igreja acerca do exercício e da preservação de privilégios.

¹⁰¹Vide ABRAHÃO KOOGAN; ANTÔNIO HOUAISS (Ed.). *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1993, p. 1589: *Família dinástica inglesa, originária, com Owen Tudor, do País de Gales. Entre 1485 e 1603, cinco soberanos desse nome reinaram na Inglaterra: Henrique VII, Henrique VIII, Eduardo VI, Maria I e Isabel I.*

¹⁰²HILL, Christopher. *op. cit.*, p. 333.

Os monarcas ingleses antes de empreenderem uma unificação normativa, com efeito, puseram em prática à sistemática e os preceitos ditados por MAQUIAVEL que considerava imprescindível à organização de um Estado, porquanto um “*país só pode ser realmente unido e prosperar quando obedece por inteiro a um único governo, seja ele monarquia ou república. Assim é a França, assim é a Espanha. Se o governo na Itália inteira não está assim organizado, seja em república seja em monarquia, isso devemos apenas à Igreja*”, tal como salientado por LOUIS ALTHUSSER¹⁰³.

Nos exatos termos da França e da Espanha, o reino da Inglaterra eliminou os privilégios da Igreja, aliás, um dos motes para justificar a dissociação da mesma dos assuntos do Estado, antecipando à noção de resistência aos privilégios eclesiásticos e da nobreza efetivada na Revolução Francesa.

Conscientemente ou não, os monarcas ingleses desde a edição das Constituições de Clarendon em 1164 e do extenso litígio que se estabeleceu com o Rei João sem-terra em 1208, pretenderam e conseguiram tirar o máximo proveito de todos os embates mantidos com a Igreja, reforçando a idéia de que os “*Príncipes tornam-se grandes quando superam as dificuldades e as oposições que lhes são feitas*”¹⁰⁴, ou seja, conquistaram as suas respectivas reputações com o embate proporcionado pelos próprios inimigos, vencendo-os “*com aquela escada que os seus inimigos lhe trouxeram*”¹⁰⁵ e ascendendo ao poder absoluto em seu país.

É possível afirmar, portanto, que a rejeição aos privilégios da Igreja e da nobreza constituiu uma das bases do Constitucionalismo inglês¹⁰⁶, o qual teve difusão efetiva no mundo moderno¹⁰⁷ e, sobretudo, propiciou a formação de um Estado laico, em razão da submissão da Igreja Anglicana em relação ao Estado.

¹⁰³ ALTHUSSER, Louis. *Política e história, de Maquiavel a Marx*: curso ministrado na École Normale Supérieure de 1955 a 1972. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 225.

¹⁰⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Hedra, 2007, p. 207.

¹⁰⁵ Vide MAQUIAVEL, Nicolau. *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁶ Neste sentido, FERREIRA, Pinto. *op. cit.*, p. 103-106.

¹⁰⁷ Cfr. CAETANO, Marcelo. *op. cit.*, p. 68.

2.2.3

Exame do Privilégio na Espanha, Portugal e no Brasil Colônia.

O privilégio no aparelho judiciário também encontrou nas leis processuais e penais aplicação nas regulamentações elaboradas na Espanha e em Portugal.

A criação de normas na Península Ibérica não suscitou os mesmos embates observados nos demais reinos europeus, daí porque a disputa de poder entre monarca, a nobreza feudal eclesiástica e leiga, bem como o próprio Clero, de certa forma, não chegou a assumir os mesmos contornos presentes na Inglaterra, levando-se em conta a força demonstrada à época pelos Reis de Espanha e Portugal.

Impende notar que o período do direito consuetudinário e foraleiro em Portugal (1140-1248) primou pela expedição das chamadas *cartas de privilégio* (*forais*), prenúncio do direito público português, consistentes na outorga pelo monarca de poderes a certa pessoa ou a um agrupamento de indivíduos especificados, objetivando a delimitação de regalias e vantagens, pois o conteúdo normativo de uma carta foral implicava no estabelecimento de regras concernentes a impostos, a composição de multas devidas pela prática de crimes e até previsões quanto aos encargos e privilégios de cavaleiros e peões¹⁰⁸.

J. IZIDORO MARTINS JÚNIOR ao analisar a estrutura social portuguesa revela que “*não foi só pelas concessões de forais que Afonso III procurou cercear o poder da nobreza e especialmente dos prelados. Ainda nesse intuito e também para fazer pesar o poder real sobre as próprias povoações foralizadas, promulgou um grande número de leis gerais, de natureza penal, e, modificando as de Afonso II sobre juízes eleitos pelo povo, criou, à semelhança do missi-dominici das Capitulares, magistrados especiais, encarregados de fazer inquisições anuais sobre o procedimento daqueles juízes.*”¹⁰⁹.

¹⁰⁸Cfr. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 163-165.

¹⁰⁹JÚNIOR, José Izidoro Martins. *História do Direito Nacional*. 3ª ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 64. No mesmo sentido: JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 82-89.

É inquestionável que a presença de monarcas dotados de imenso poderio, com capacidade de centralização e sem a presença de uma nobreza (Senhores) que pudesse criar entraves ao domínio real, naturalmente, motivou um processo de acomodação com a Igreja, o que ensejou a redução de privilégios conferidos ao Clero e facilitou o desenvolvimento de legislações próprias, como se deduz das Leis das *Siete Partidas* e das Ordenações¹¹⁰.

Na Espanha, assim, houve a criação em Castela, no século XIII, de uma coletânea normativa que veio a ser denominada Lei das *Siete Partidas*, a qual se manteve em vigor até o século XIX, cujos fundamentos emanam do direito comum¹¹¹ firmemente difundido na Península Ibérica.

Por isso mesmo, antes de serem editadas as leis gerais no Direito Português, no caso, as Ordenações, a Coroa Portuguesa, no reinado de D. Diniz “*sempre no intuito de favorecer toda propaganda que tendesse ao fortalecimento do poder da coroa, além de mandar traduzir em português a lei das Sete Partidas (promulgada na Espanha por Afonso, o Sábio) e de ordenar ou permitir que ela fosse adotada em Portugal como legislação subsidiária, promoveu e realizou a fundação da Universidade de Lisboa, determinando que nela fosse ensinado o Direito Romano. É que a Lei das Sete Partidas era essencial e profundamente romanista, e que da Universidade haviam de sair, ao influxo do direito justiniânico, os jurisconsultos regalistas, os acérrimos defensores da onipotência monárquica. E isto porque, como observa Cândido Mendes, o novo direito alargava o poder e prerrogativas da autoridade real. Lá se achava inscrita a célebre máxima de Ulpiano: - quod principi placuit, legis habet vigorem*”^{112, 113}

¹¹⁰Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 83.

¹¹¹O direito comum foi basicamente um direito romano-canônico, apesar de nele estarem também inseridos institutos dos direitos tradicionais dos povos europeus. (Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América, LDA., 1998, p. 86.

¹¹²Quod principi placuit, legis habet vigorem: O que apraz ao Príncipe, tem força de lei. (Vide ROBERTO DE SOUZA NEVES, in *Dicionário de Expressões Latinas Usuais: 15.000 adágios, provérbios e máximas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 496.

¹¹³JÚNIOR, José Izidoro Martins. *op. cit.*, p. 65.

Em Portugal, foram editadas as Ordenações Afonsinas¹¹⁴, Manuelinas¹¹⁵ e Filipinas¹¹⁶, modelos de uma codificação nos padrões modernos, à medida que disciplinaram os aspectos relativos ao Estado Português, inclusive, com a elaboração de normas definidoras de direitos fundamentais em prol de judeus e mouros (Ordenações Afonsinas)¹¹⁷, a par de enumerar os variados privilégios que deveriam ser observados.

No Brasil Colônia, a aplicação das codificações portuguesas, no caso, as Ordenações estão presentes desde a Ordenação Afonsina de 1446, contudo, a maior influência normativa na órbita colonial brasileira foi promovida pelas Ordenações Filipinas¹¹⁸.

Sendo assim, no que diz respeito ao direito brasileiro, empreenderemos um rápido apanhado acerca da questão do privilégio e da “prerrogativa de função” no período que envolve a sedimentação do direito e da justiça no Brasil colonial.

A ressalva quanto ao período abrangido pela pesquisa, no que concerne ao Brasil Colônia, visa prevenir e evitar controvérsias quanto ao lapso temporal abordado nesta tese, considerando que a aplicação das Ordenações Filipinas em solo brasileiro, só teve término efetivo com a edição dos primeiros códigos no século XX¹¹⁹.

Deste modo, convém destacar, que o primeiro conjunto de normas elaborado na Península Ibérica foi a Lei das *Siete Partidas* e são diversos os aspectos que evidenciam a presença de uma regulamentação protetiva e garantidora de privilégios aos membros mais destacados da sociedade ou, então, aos ocupantes dos mais altos cargos da estrutura de governo na Espanha.

¹¹⁴Período de vigência de 1446 até 1511. (Cfr., HAROLDO VALLADÃO. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 74).

¹¹⁵Período de vigência de 1511 até 1603. (Cfr. HAROLDO VALLADÃO. *op. cit.*, p. 74-75).

¹¹⁶Período de vigência de 1603 até 1786. (Cfr. HAROLDO VALLADÃO. *op. cit.*, p. 75-76).

¹¹⁷Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Para uma História Constitucional do Direito Português*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995, p. 217-221.

¹¹⁸*Para esse alcance, vide JOSÉ IZIDORO MARTINS JÚNIOR. op. cit.*, p. 70: “Foi Filipe II que, em janeiro de 1603, decretou a observância, por todo o reino, das Ordenações Filipinas, - o código destinado a reger por mais de dois séculos a nação portuguesa, e a ser, ainda hoje, em vésperas do século XX, a pedra angular do direito civil brasileiro!”.

¹¹⁹CUNHA, Paulo Ferreira da. *op. cit.*, p. 163.

2.2.3.1

Exame dos Privilégios na Lei das Siete Partidas e nas Ordenações.

A concessão de privilégios na Lei das *Siete Partidas* tem espaço, por exemplo, contra a aplicação de penas e, também, no emprego de torturas para a obtenção de confissões, como bem analisado em extenso estudo efetivado por ANA LUCIA SABADELL, ao comentar que “os privilégios, via de regra, hereditários, são parte integrante da ordem jurídica das Idades Média e Moderna enquanto expressão (e garantia) da “essência” de uma sociedade organizada em estamentos. Em geral, os privilégios são estabelecidos em função da nobreza, mas também podem ser determinados devido ao exercício de cargos militares, políticos e clericais. Os privilégios impõem um tratamento jurídico diferenciado aos seus beneficiários. Assim, só excepcionalmente são aplicadas penas graves e infamantes contra pessoas oriundas de grupos privilegiados. Isso se verifica também em relação à tortura, observando-se que a maioria dos privilégios já está prevista nas Partidas. O mesmo vale em relação às exceções (ou imunidades) sobre a tortura, que afetam grupos que, devido à sua condição momentânea (física ou psíquica), gozam de um tratamento mais “brando”, como por exemplo as mulheres grávidas, os idosos, etc.”¹²⁰.

Outras considerações semelhantes podem ser retiradas sobre a questão em apreço, pois a opinião de diversos autores quanto aos privilégios contidos na Lei das *Siete Partidas* revela o caráter irrenunciável de tais vantagens, segundo o estamento (classe social), e não a determinadas pessoas, o que nos oferece um indicativo de que o privilégio era difundido indistintamente entre os nobres e ocupantes dos cargos públicos superiores, a exceção de o nobre vir a ser alijado de seus privilégios, o que dependeria do cometimento de crime de lesa-majestade¹²¹.

¹²⁰SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissiones. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 198.

¹²¹SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 199 e 202.

Afirma-se, contudo, que a aplicação da tortura e de outros meios menos questionáveis à preservação da incolumidade física dos indivíduos encontrava restrições quanto aos representantes do clero, muito embora a Lei das *Siete Partidas* tenha estipulação de que os membros da Igreja somente deviam ser punidos, no caso de delitos graves, com “azotes” (açoitamentos), algo que parece ser factível aos clérigos de menor importância, sendo inviável que o mesmo aconteça com os bispos que gozam de absoluta imunidade graças à “*excelsa dignidad*” e que viesse a ser efetivada imoderadamente contra os clérigos, sob pena da excomunhão do responsável pela tortura¹²².

A compilação normativa da Lei das *Siete Partidas* teve aplicação nos Reinos de Castela e também na Catalunha, basicamente, apresentando os mesmos critérios quanto à observância dos privilégios¹²³, devendo se destacar que, “de fato, o direito penal, originado no direito comum não prevê um “*tratamento igual*” dos diferentes estamentos e grupos de pessoas, conforme já verificamos em relação à concessão de privilégios processuais penais dos nobres e dos milites. Esse princípio geral manifesta-se também no discurso de nossos autores em relação à tortura. São excluídos do interrogatório sob tortura os seguintes grupos: os milites, a nobreza, os legum doctores, os detentores de cargo público, os jovens com menos de 14 anos, os idosos e as mulheres durante a gravidez e o período de amamentação.”¹²⁴.

No tocante às Ordenações, foram codificações marcadas por uma acentuada estruturação, cuja indicação dos privilégios fizeram parte de um rol exaustivo, dentre os quais, os Títulos XLVIII, XLIII, XXVII, XVIII a XX, XXIII, XXXI, XLIX, XLV e XXVI das Ordenações Afonsinas e os Títulos XLIV, XLV, XLVII, XLIX, L, LI, LVI, LVII, LVIII, LIX, LX, LXI, LXII, LXIII das Ordenações Filipinas.

Interessa-nos, particularmente, o exame das Ordenações Filipinas porque, como já dito alhures, as mesmas *vigeram em boa parte no Brasil por todo o*

¹²²Para esse alcance: ANA LUCIA SABADELL. *op. cit.*, notas de rodapé 657 e 662, p. 201-202.

¹²³SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 289 e 341-344.

¹²⁴SABADELL, Ana Lucia. *op. cit.*, p. 341-342.

*período do Brasil Reino, além do anterior, a par com legislação local*¹²⁵ e, com efeito, durante o *primeiro Império, quase todas elas estiveram ainda em vigor entre nós; no segundo, salvo o livro 5º que se tornou inaplicável com a promulgação do Código Criminal do Império*¹²⁶.

A par da definição dos privilégios, as Ordenações consolidaram todo o processo de cisão das justiças seculares e eclesiásticas, à medida que o livro 1º (primeiro), Títulos XI e XII das Ordenações Manuelinas e o primeiro livro das Ordenações Filipinas, Título XII, números 5 e 6 (do Procurador dos Feitos da Coroa)¹²⁷ estabeleceram possibilidade de questionamento da incidência da justiça eclesiástica nas hipóteses submetidas aos juízes seculares, mediante a expedição de Cartas dirigidas aos juízes eclesiásticos, no intuito de declarar a jurisdição da justiça secular, a afirmação da incompetência da justiça eclesiástica para processar, prender, censurar ou excomungar¹²⁸.

As Ordenações imprimiram uma redução na supremacia do direito canônico defendida pela doutrina jurídica de Santo Agostinho (século VII), afastando a sujeição dos poderes temporais ao poder eclesiástico que permitia ao Papa o poder de depor os Reis ou de libertar os súditos do dever de lhe obedecer¹²⁹.

A despeito de o Livro 1º (primeiro), Títulos XI e XII das Ordenações Manuelinas e do primeiro livro das Ordenações Filipinas, Título XII, números 5 e 6 (do Procurador dos Feitos da Coroa) conterem disciplinamento afirmador da

¹²⁵Ver FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *in Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o Primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957, 1º volume, p. 18, nota de rodapé 39, nos seguintes termos: “Cf. *Lei de 20 de outubro de 1823. Entre a legislação local, além das posturas municipais, inclui-se a legislação do tempo de Dom João VI, colecionada no “Código Brasiliense” (Rio, Imprensa Régia, 1811 a 1820), embora também não sejam esquecíveis os bandos, ordens, alvarás e mais atos que os delegados do Rei baixavam, no Brasil.*”

¹²⁶Nesses termos: FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 1º vol., p. 18-19.

¹²⁷Ver FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 1º vol., p. 115-117.

¹²⁸No Brasil Império, um dos fatores que empreendeu a secularização coube ao Decreto 609, de 18 de agosto de 1851 declarar o Tribunal pelo qual devem ser processados os arcebispos e bispos do Império nas causas que não forem puramente espirituais. Cfr. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Marquês de São Vicente / organização e introdução de Eduardo Kugelmas (Coleção Formadores do Brasil)*. São Paulo: 34, 2002, p. 459 e 680.

¹²⁹Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. op. cit.*, p. 88-89.

competência da justiça leiga é preciso esclarecer que todo processo de secularização foi estabelecido de forma gradual e pretendido pelos monarcas portugueses¹³⁰, não só para criar uma justiça ligada a Coroa, mas, acima de tudo, objetivando a diminuição da influência da Igreja sob todos os aspectos da vida política e social.

Toda controvérsia gerada pela disputa de poder entre a Coroa e a Igreja continuou por vários anos, pelo motivo que há vários indicadores de que a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, criada pelo Marquês de Pombal durante o período de assessoramento a D. José, não quis apenas impor uma restrição ao direito doutrinal e jurisprudencial que era a espinha dorsal do direito comum¹³¹, contudo, principalmente, mitigar a influência do direito canônico e dos privilégios contidos no mesmo.

Como bem assinalado por PAULO FERREIRA DA CUNHA, a revisão do problema das fontes pelo Marquês de Pombal com a Lei da Boa Razão de 1769 agiu com o cuidado de discretamente restringir o direito canônico ao seu âmbito eclesiástico normal, e de pôr requisitos muito exigentes (sobretudo para época) para o que devesse considerar-se costume, estabeleceu apenas que o legislador das Ordenações houvera estabelecido a Boa Razão como critério de integração das lacunas do direito pátrio¹³².

A idéia de que a Lei da Boa Razão teria exercido um papel reformista e incrementador de um racionalismo jurídico que alcançou o direito canônico consta expressamente de diversos doutrinadores, à medida que reconhecem na reforma iluminista o mérito de firmar “*o erro manifesto de se supor que no foro temporal se pode conhecer dois pecados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior e à espiritualidade da Igreja; por esse motivo, e esclarecendo que aos tribunais seculares não toca o conhecimento dos pecados; mas sim e tão somente o dos delictos, era o direito canônico proscrito do foro*

¹³⁰Cfr. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *op. cit.*, 1º vol., p. 117: “*Esta ingerência nos eclesiásticos decorria de Concordatas de D. João I e de D. Sebastião*” (V. Cândido Mendes de Almeida: “*Direito Civil Eclesiástico*”, págs. 148, 164 e 210).

¹³¹Cfr. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. op. cit.*, p. 166.

¹³²Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da. *op. cit.*, p. 182.

*temporal, deixando-se os referidos textos de Direito Canonico para os Ministros, Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos) nas decisões da sua inspecção.”*¹³³.

Como se vê, o processo de secularização alcançou o direito português, mas, por si só, não propiciou o surgimento de uma sociedade sem a presença de privilégios, tanto que as Ordenações continuaram a enumerar as pessoas e os cargos que seriam merecedores de tais vantagens.

Neste passo, as Ordenações consagraram um conjunto de normas na esfera do direito privado e público, mas, principalmente, solidificaram os limites para o exercício dos privilégios no Direito Português, o que se depreende, por exemplo, os privilégios conferidos à condição de vizinho (Título LVI), bem como as isenções dadas ao morador da terra (Título LVII), os privilégios dos fidalgos para seus lavradores, mordomos, caseiros e criados (Título LVIII), os privilégios dos Desembargadores (Título LIX), além daqueles fixados aos cavaleiros a serem confirmados e prestes a terem cavalos e armas (Título LX), os portadores de lanças (Título LXI), dos moedeiros da cidade de Lisboa (Título LXII) e, por derradeiro, os privilégios dos herdeiros del Rei (Título LXIII).

Os privilégios existentes no ordenamento português abrangiam regras de processo e de direito material e, como é possível constatar, as benesses e os privilégios de ordem pessoal não ficaram estritamente correlacionadas com o cargo ou função desempenhada perante o monarca.

Um exemplo mais do que efetivo do foro privilegiado na vigência das Ordenações Manuelinas (Livro 1º, Título V e parágrafos 1º, 3º e 5º) e Filipinas (Livro 1º, Título VII e parágrafos 1º a 6º) pode ser obtida na definição das atribuições ou competências dos “Corregedores da Corte dos Feitos-Crimes”, uma vez que o cortesão tinha o direito de escolher o local onde poderia ser processado

¹³³Cfr. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 395. No mesmo sentido: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, in *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia. op. cit.*, pp. 166-167, JÚNIOR, José Izidoro Martins. *op. cit.*, p. 81 e ARNO e MARIA JOSÉ WEHLING, in *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 453.

pela prática de qualquer malefício (ação de fazer mal, abrangendo a idéia de crime)¹³⁴, ou seja, permanecer com o juiz local ante a concordância do cortesão ou exigir que a questão fosse remetida ao Corregedor da Corte, embora tal desaforamento pudesse ocorrer por avocação do Corregedor e *ex officio*, isto é, por deliberação do juiz que indevidamente estivesse no exame da causa.

Narra ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING que *os privilégios do Estado interferiam nos processos judiciais e tinham fundamentação legal nas Ordenações e na legislação extravagante para tanto. Isenções, foro privilegiado, prazos diferenciados constituíam práticas comuns na vida de uma ação judicial que envolvesse um nobre, um clérigo, um membro graduado da administração pública ou o titular de uma ordem de cavalaria. Desta forma, a prisão de um bacharel acarretava dificuldades específicas, como experimentou o próprio governador Gomes Freire de Andrade. A mesma autoridade queixou-se da dificuldade de processar um titular da Ordem de Cristo, que invocava esta condição para proteger-se. Quase meio século depois, o vice-rei Fernando José de Portugal e Castro repetia a reclamação, referindo-se a uma ação que corria no tribunal, de que, ao fim de contas, era o regedor ou governador. A mulher possuía também uma situação diferenciada, para não se dizer, paradoxalmente, privilegiada no foro, em situações previstas amplamente na legislação. Como já mencionado, numa obra de 1577, reeditada no século XVIII, de autoria do licenciado Rui Gonçalves, professor da Universidade de Coimbra, foram relacionadas 106 prerrogativas, entre normas de direito material e de direito processual, que beneficiavam as mulheres*¹³⁵.

Quando se examinam as Ordenações Filipinas no Livro 1º, Título 7º, parágrafo 33 constata-se que cabe aos Corregedores da Corte “tomar querelas das mulheres solteiras no lugar, onde estiver a Corte, e na cidade de Lisboa” ou determinar a prisão das mesmas¹³⁶, o que identifica a existência de privilégio e prerrogativas deferidos às mulheres nas Ordenações do Reino.

¹³⁴Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 1º volume, p. 84-95.

¹³⁵WEHLING, Arno e Maria José. *op. cit.*, p. 573.

¹³⁶Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 1º volume, p. 94.

Os privilégios ou as prerrogativas entregues aos membros do judiciário e outras autoridades tiveram acolhimento e total desenvolvimento no padrão normativo português, o que, de certo, alicerçou a consciência sócio-cultural do Brasil Colônia e até hoje influencia na maneira de o povo visualizar a concessão de prerrogativas como uma suposta e desmedida outorga de privilégios¹³⁷.

Houve, por conseguinte, a consolidação de inúmeros privilégios entre os Desembargadores desde as Ordenações Manuelinas¹³⁸, o que só demonstra a dinâmica vivenciada pelo sistema normativo português quanto à concessão de privilégios junto aos responsáveis pela função jurisdicional, circunstância absolutamente diferente da apresentada no direito inglês e francês, na qual os membros do Judiciário eram desprovidos de regras que viessem a isentá-los de controles estatais mais rígidos acerca da sua atuação.

Notabilizou-se o Direito Português pela inusitada circunstância de que a Coroa não conseguiu imprimir um controle das decisões efetivadas pelos juízes, com isso, infirmando eventual controle por parte do soberano, daí porque “*as relações coloniais – v.g., as de Goa, Baía e Rio de Janeiro – tinham prerrogativas aos tribunais supremos do reino (Casa da Suplicação, Casa do Cível). A doutrina jurídica considerava-os como tribunais soberanos, “colaterais”, “camarais”, cujo presidente natural era o rei. As suas decisões têm a mesma dignidade das decisões reais, não podendo, no entanto, ser revogadas ou restringidas por atos régios. Daí que a administração da justiça quer pelos ouvidores, quer pelas Relações, constituísse uma área bastante autônoma e auto-regulada, não apenas porque os governadores não podiam controlar o conteúdo das decisões judiciais, mas ainda porque os seus poderes disciplinares sobre os juízes eram débeis e efêmeros.*”¹³⁹.

¹³⁷FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA. *op. cit.*, 2º volume, p. 203: *Os privilégios, de que faz referência o parágrafo, foram abolidos pelo 16º parágrafo, do artigo 179, da Constituição do Império.*

¹³⁸Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 202.

¹³⁹HESPANHA, António Manuel. História de Portugal, in TENGARRINHA, José (Org.). *As Estruturas Políticas em Portugal na Época Moderna*. 2ª ed. Bauru – São Paulo: EDUSC; São Paulo, SP: UNESP; Portugal, PT: Camões, 2001, p. 136.

Realmente, o Tribunal da Relação no Brasil *ex vi* do Decreto de 13 de agosto de 1615 recebeu todos os privilégios já estabelecidos para os Tribunais Supremos do Reino (Casa da Suplicação e a Casa do Cível), numa confirmação mais do que efetiva do poder alcançado pelas autoridades judiciais e de outras classes¹⁴⁰, o que só enfatiza a nossa tradição de conferir uma proteção jurídica e processual aos detentores dos cargos públicos mais importantes.

Na esfera jurídica, inclusive, não se desconhece o poder dos “letrados”, ou seja, daqueles que exerciam funções de importância perante a Coroa Portuguesa, porquanto *“com o passar dos anos, desembargadores, juizes, ouvidores, escrivães, meirinhos, cobradores de impostos, vedores, almoxarifes, administradores e burocratas em geral – os chamados “letrados”- encontraram-se em posição sólida o bastante para instituir uma espécie de poder paralelo, um “quase Estado” que, de certo modo, conseguiria arrebatara das mãos do rei as funções administrativas. Esse funcionalismo tratou de articular também fórmulas legais e informais para se transformar em um grupo autoperpetuador, na medida em que os cargos eram passados de pai para filho, ou então para parentes e amigos próximos.”*¹⁴¹.

Os aspectos que determinaram a criação dos privilégios no âmbito do direito português, como se vê, favoreciam aos “letrados”, fidalgos, cavaleiros e nobres, dando ensejo a uma sociedade marcada pela desigualdade, mesmo porque *“os crimes eram punidos de acordo com a “qualidade” do infrator, fosse ele um “peão” ou um “fidalgo”. Conforme as Ordenações Manuelinas, “peões” (ou “homens a pé”, que não podiam servir ao rei a cavalo, como os “cavaleiros”) eram de pessoas de “baixa condição”. A “pena vil” (pena de morte) e os açoites (em geral executados em público, nos pelourinhos) estavam reservados quase que exclusivamente a eles. Acima dos peões, escalonavam-se as pessoas de “maior condição”: escudeiros, cavaleiros, vereadores, magistrados, escrivães – vários deles “fidalgos” (“filhos de algo”), tidos como “gente limpa e honrada” e, portanto, livres de açoites e da condenação à morte (a não ser em casos*

¹⁴⁰Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 202, *apud* ALMEIDA, Cândido Mendes de: *Código Filipino*, p. 492, 1ª Col., nota 1.

¹⁴¹BUENO, Eduardo. *A Coroa, a Cruz e a Espada: Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2006, p. 34.

excepcionais). A ascensão social não propiciava, portanto, apenas melhores condições de vida: representava também a obtenção de uma série de privilégios jurídicos, além, é claro, da isenção de impostos.”¹⁴².

É de se acrescentar que o rol de diferenças entre nobres e plebeus permitia que os cativos de origem nobre tivessem reservada a prerrogativa de serem acorrentados unicamente pelos pés, o que revela a importância dada aos nobres e “letrados”, isto é, mesmo no cumprimento da pena ou de condenação ao degredo, predominava a sociedade desigual e profundamente hierarquizada fomentada pela conjuntura social da época, porquanto *nas demais penas, de açoites, baraço e pregão e degredo, seguia-se o determinado nas Ordenações, observando-se o privilégio daqueles aos quais não poderia ser aplicada a pena vil*¹⁴³.

Neste caso, pode-se reconhecer que as prerrogativas definidas nas Ordenações e pela Coroa Portuguesa diziam respeito a privilégios, os quais estiveram presentes na história portuguesa até o advento da Constituição Liberal Portuguesa de 1822 e no Brasil, em relação ao Clero, os mesmos perduraram até a edição do Decreto n.: 609, de 18 de agosto de 1851.

O processo histórico relativo à concessão de privilégios, levado a efeito em Portugal e no Brasil Colônia, na verdade, deixa evidente a criação de um padrão normativo que, antes de tudo, se esmerou pela proteção dos nobres, ocupantes de cargos mais importantes na Coroa e até dos seus empregados¹⁴⁴, realçando as diferenças entre os jurisdicionados quanto à prática dos crimes e à aplicação das penas¹⁴⁵.

Por isso mesmo, numa sociedade pautada por uma eficiente estratificação e composta pela presença de vice-reis, governadores, donatários, governadores, juízes, oficiais, servidores e outras atividades atuantes na chamada esfera pública, nada mais natural, que o grau de influência exercido sobre todos os atos emanados

¹⁴²BUENO, Eduardo. *op. cit.*, p. 59.

¹⁴³WEHLING, Arno e Maria José. *op. cit.*, p. 567.

¹⁴⁴Vide FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, 2º volume, p. 200-201: Título LVIII – Dos privilégios concedidos aos fidalgos para seus lavradores, mordomos, caseiros e criados.

¹⁴⁵É de se concluir que o período colonial Português pouco foi alterado, no que concerne à sistemática existente em Roma, conforme salientado na nota de rodapé número 39.

da função jurisdicional indicasse um comprometimento das decisões por ele emitidas, se não concluirmos que as mesmas eram desprovidas da mais tênue isenção.

A perspectiva histórica e cultural abordada no parágrafo precedente, malgrado o surgimento das Constituições Liberais Espanhola e Portuguesa no século XIX e a sedimentação do republicanismo no Brasil no período de 1889 a 1891, de algum modo, contribuíram para a permanência de um padrão quase que inconsciente de perpetuação das vantagens e privilégios que marcaram todo o período concernente às Ordenações.

2.2.4

Privilégio dos agentes encarregados da inquisição (séculos XV-XIX).

A Inquisição foi instituída no final do século XII, a partir do Sínodo de Verona, realizado no ano de 1184¹⁴⁶, quando se estabeleceu que os bispos devessem visitar duas vezes por ano as paróquias suspeitas de heresia.

O Sínodo de Verona foi convocado pelo Papa Lúcio III com o objetivo de tornar severas medidas contra os heréticos, para tanto, se houvesse a necessidade, com a imposição da decretação das penas de banimento, confisco, demolição de casas, declaração de infâmia e perda de direitos civis, o que marcou o início das atividades da Inquisição¹⁴⁷.

Segue-se que, em 1231, o Papa Gregório IX criou um tribunal especial para investigar a vida dos suspeitos e obrigar os hereges a mudar suas convicções e,

¹⁴⁶Ver RUDOLF FISCHER-WOLLPERT. *op. cit.*, p. 290-291: “O papa Lúcio III determinou, num sínodo realizado em Verona, em 1184, que essa ameaça de excomunhão fosse anunciada em todas as festas eclesíásticas de todas as paróquias. Como tais determinações não fossem cumpridas em toda a parte, repetiu-as o quarto concílio ecumênico de Latrão, de 1215, e as inculcou com maior severidade. Mas somente ao término das guerras contra os albigenses foi instalada a inquisição num concílio realizado em Tolosa, em 1229. O papa Gregório IX incumbiu, em 1233, a ordem dos dominicanos da execução da inquisição. Tal encargo recebeu nova confirmação com Inocêncio IV, em 1243. Na bula “Ad extirpanda” estabeleceu esse papa, em 1252, regras especiais pertinentes à efetivação das medidas inquisitórias. Nelas é prevista a tortura como meio processual.”

¹⁴⁷Cfr GIORDANI, Mário Curtis. *História do Mundo Feudal II/2*, *op. cit.*, p. 310.

posteriormente, em 1542, a Congregação do Santo Ofício passou a controlar a Inquisição¹⁴⁸.

Acerca do tema, observa-se que Portugal e Espanha ficaram vinculadas no propósito de empreender a captura de hereges durante a inquisição, contudo, o mesmo não representa dizer que a inquisição tenha ficado restrita à Península Ibérica, porquanto, acabou por ser disseminada por toda a Europa¹⁴⁹.

A inquisição levada a efeito na Espanha teve, como se sabe, um tratamento diferenciado, uma vez que o Rei Fernando solicitou ao Papa Sisto IV a permissão para instituir uma inquisição própria, o que restou estabelecido em bula subscrita em 1º de novembro de 1478¹⁵⁰, o que serviu para conferir uma identidade própria à inquisição espanhola.

Com a Inquisição, houve a investidura de novos funcionários, encarregados e participantes diretos e indiretos da concretização dos tribunais da fé (cargos superiores, inquisidores e funcionários e familiares)¹⁵¹, portanto, agentes inquisitoriais que formaram uma nova estrutura social no local em que a Inquisição estivesse em atuação¹⁵².

Assim, a criação e preservação dos privilégios em prol dos agentes da fé, no caso, os encarregados da Inquisição é uma realidade a ser destacada, inclusive,

¹⁴⁸Ver JOHN GILISSEN, *op. cit.*, p. 384 assinalando que: *na luta contra a heresia albigense, o Papa Gregório IX criou em 1232 um tribunal de exceção, o Santo Ofício, confiado aos Dominicanos. Chamado em geral – injustamente – a Inquisição, este tribunal desempenhou um papel importante – nefasto – durante vários séculos.*

¹⁴⁹Ver JACQUES BARZUN, *op. cit.*, p. 135 : *Mas a inquisição com i minúsculo estava ativa por toda a Europa. Na Escócia e em Genebra protestantes, era chamada de Disciplina, e também se apoiava no braço secular para punir delinquentes como Servetus (<54). A Inglaterra teve um considerável número de supliciados na fogueira por turnos ora de protestantes, ora de católicos, durante três reinados, todos legalizados por um estatuto: De haeretico comburendo (“Do dever de queimar os hereges”).*

¹⁵⁰FISCHER-WOLLPERT, Rudolf. *op. cit.*, p. 291.

¹⁵¹DANIELA BUONO CALAINHO, *in Agentes da Fé: Familiares da Inquisição portuguesa no Brasil Colonial*. Bauru – SP: Edusc, 2006, p. 40, esclarece que: *O cargo de Familiar pertencia à categoria de oficiais legais do aparelho burocrático inquisitorial, junto com os Promotores, Procuradores das Partes, Médicos, Cirurgiões, Meirinhos, Alcaldes, Porteiros e Solicitadores, ao passo que os postos para os quais se exigia o estado eclesiástico eram os de Inquisidor, Deputado, Comissário, Qualificador e Notário.*

¹⁵²BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000, p. 108.

alcançando os familiares dos inquisidores, o que foi alvo de severas críticas nas inquisições desenvolvidas na Espanha e em Portugal, considerando o critério de desigualdade dela resultante, sem falar que a concessão de privilégios foi responsável pela criação de um novo estamento social, o qual usurpou o conceito de “nobreza” e, com isso, pôs em prática a preterição do vínculo sanguíneo¹⁵³, ou seja, uma nova forma de privilégio que se estabeleceu em razão da Inquisição.

O advento da Inquisição, desta forma, reafirmou boa parte dos poderes conferidos à Igreja que se encontrava em fase de questionamento, muito embora a interligação do Santo Ofício com a jurisdição secular sempre estivesse presente, mormente, nas situações e nos casos de extrema gravidade, onde a Igreja pedia a ajuda do braço secular (monarca) para o cumprimento de suas sentenças e execução das penas, nos casos em que não bastasse a interdição ou a excomunhão¹⁵⁴.

Por isso mesmo, na vigência da inquisição, também é possível constatar a presença de privilégios, em virtude do cargo e da responsabilidade do inquisidor, a qual, como foi dito anteriormente, poderia ser extensível à família do mesmo.

FRANCISCO BETHENCOURT analisando o tema, chama a atenção para a circunstância de que *“os privilégios reais concedidos na Espanha e em Portugal, ao longo do século XVI, aos oficiais e familiares da Inquisição tornavam seus cargos e títulos ainda mais interessantes. Em geral, esses privilégios caracterizavam-se pela isenção de impostos, obrigações comunitárias, serviço militar ou alojamento de tropas, pela autorização de usar vestuário de seda mesmo sem ser cavaleiro, pela licença de porte de armas defensivas e ofensivas, pelo reconhecimento de jurisdição privada na maior parte dos crimes e disputas*

¹⁵³Na visão fornecida por FRANCISCO BETHENCOURT. *op. cit.*, p. 139 ao salientar que: *Esses privilégios foram muito discutidos pelos poderes constituídos na Espanha, que viam na criação de uma nova estrutura, dando acesso a um estatuto de “nobreza” (já não baseado na “linhagem” mas na pureza de sangue), uma ameaça aos equilíbrios frágeis estabelecidos ao longo dos séculos no que diz respeito à reprodução da ordem social e, sobretudo, à conservação dos direitos exclusivos reconhecidos às ordens superiores. Aliás, o próprio rei e as oligarquias urbanas temiam que essa nova estrutura fosse utilizada pelos nobres para reforçar ainda mais os seus privilégios e, sobretudo, para escapar aos novos instrumentos de controle postos em prática pelo Estado absolutista em construção.*

¹⁵⁴Cfr. JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *op. cit.*, p. 76.

*judiciárias em que se pudesse estar envolvido. No caso da Inquisição espanhola, o organismo central sustentou a conservação dos cargos públicos pelos familiares, sobretudo no governo das cidades, pois as autoridades locais queriam proibir a sua participação devido ao privilégio de jurisdição privativa. Evidentemente, o rei acabou por anular o privilégio de jurisdição no caso dos delitos cometidos no exercício de suas funções civis. Na Itália a situação era muito desigual nesse domínio, pois existiam Estados, como a República de Veneza, que não reconheciam aos inquisidores o direito de nomear *crocesignati*, enquanto os Estados pontifícios constituíam privilégios e isenções semelhantes aos da Espanha e de Portugal (por vezes com referências explícitas ao modelo hispânico, com especial na adoção de “cotas” de familiares segundo a dimensão dos agregados populacionais).”¹⁵⁵.*

A perspectiva existente na Inquisição portuguesa foi objeto de aplicação no Brasil Colônia, onde a presença do Santo Ofício se fez presente desde a primeira visitação no nordeste entre 1591 e 1595¹⁵⁶, destacando-se os mesmos conflitos registrados na Inquisição portuguesa quanto ao uso e abuso de privilégios, pois, *“no Brasil, o relatório de 1632 escrito pelo vigário da Sé de Salvador, Manuel Temudo, denunciou alguns Familiares, entre outros oficiais da Inquisição que, por ambições de prestígio e poder, envolveram-se em querelas pessoais e utilizaram-se da autoridade que o cargo lhes facultava para satisfazer seus próprios interesses”*¹⁵⁷.

Aliás, a tendência portuguesa de estimulação ao protecionismo e a prática do privilégio, nem mesmo, durante a Inquisição restou alijada, como se deduz do relato feito por DANIELA BUONO CALAINHO, ao observar que em 1682, diante dos problemas enfrentados na Inquisição pelas autoridades civis quanto aos privilégios concedidos aos familiares que impediam o livre desenvolvimento do

¹⁵⁵BETHENCOURT, Francisco. *op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁶Ver DANIELA BUONO CALAINHO. *op. cit.*, p. 71-72: *“Consideradas como verdadeiras “sondagens de consciências” no tocante à pureza da fé e dos bons costumes, e reveladoras do “universo mental e social do homem colonial”, as Visitações do Santos Ofício ao Brasil representaram a formalização efetiva dos tentáculos da Inquisição portuguesa na Colônia. A Primeira Visitação, realizada no nordeste entre 1591 e 1595, inseriu-se num contexto de viragem na orientação das Visitas na década de 1590, que passaram a se dirigir às Ilhas e aos territórios ultramarinos: além do Licenciado Heitor Furtado de Mendonça, que visitou a Bahia, (...)”*.

¹⁵⁷CALAINHO, Daniela Buono. *op. cit.*, p. 151.

processo no Brasil Colônia, daí porque, houve a necessidade de intervenção do Príncipe Regente D. Pedro¹⁵⁸, o qual respondeu a consulta formulada pelo Conselho Geral do Santo Ofício e definiu que o número de familiares alcançados pelos privilégios teria que ser limitado a apenas dois familiares em cada uma das cidades e cabeças de comarca¹⁵⁹.

Como se vê, a incorporação do privilégio na cultura portuguesa no Brasil Colônia, de alguma forma, tisonou o regular cumprimento da Inquisição, malgrado os esforços e as tentativas das autoridades civis para o seu enfrentamento, contudo, sem a manifestação do monarca, a mesma teria experimentado uma sensível mitigação quanto aos seus propósitos.

Advirta-se, com efeito, que não é de se estranhar que a Inquisição permitisse estabelecimento de diferenças entre as pessoas processadas, porquanto, na época, em condições normais, sempre se verificaram as diferenças quanto à aplicação da lei em relação aos indivíduos, afinal de contas, seria inadmissível cogitar que o monarca que praticasse o mesmo pecado que o plebeu, em suma, viesse a receber a mesma penitência ou punição.

A Igreja de Roma, portanto, sempre buscou benesses para os seus componentes na Justiça Secular, desde a mitigação até a supressão desta competência, o que transforma em algo banal, sem dúvida nenhuma, o tratamento diferenciado conferido aos processados durante a Inquisição.

Diante da relevância da Inquisição na história da Península Ibérica, onde adquiriu feição normativa própria, inclusive, atuando no Brasil Colônia, cujo exame será realizado em capítulo próprio, é importante trazer ao exame deste estudo os aspectos que são merecedores de destaque, no sentido de atestar a integração do privilégio ao referido momento histórico.

¹⁵⁸Vide ABRAHÃO KOOGAN; ANTÔNIO HOUAISS (Ed.). *op. cit.*, p. 11439: “*Pedro II, o Pacífico, vigésimo terceiro rei de Portugal (Lisboa 1648 – id., 1706). Filho de D. João IV e da rainha D. Luísa de Gusmão. Reinou de 1683 a 1706, após a deposição de Dom Afonso VI, seu irmão, tramada por ele e a cunhada, Maria Francisca Isabel de Sabóia, com quem mantinha relações ilícitas.*”

¹⁵⁹CALAINHO, Daniela Buono. *op. cit.*, p. 150.

2.3

A contestação aos privilégios no constitucionalismo americano e a herança política de Locke.

A Declaração de Independência Americana precedeu a Revolução Francesa, no tocante a rejeição dos privilégios, considerando que no *Bill of Rights* da Virgínia, já estava definido que “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posteridade*”.¹⁶⁰.

Esta foi uma tônica observada com rigor na órbita constitucional americana, uma vez que os privilégios tolerados seriam aqueles extensíveis a todos do Povo, *verbi gratia* o direito a ser julgado no Júri¹⁶¹.

Nessas circunstâncias, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776, afirma a idéia da Soberania Popular e da isonomia quanto ao exercício dos direitos, não só na Seção I citada no parágrafo precedente, como também, nas seções dos II, IV da mesma, notadamente, chamando a atenção para a circunstância de que “*nenhum homem ou grupo de homens pode exigir da comunidade proventos ou privilégios que não resultem de serviços prestados; e estes proventos ou privilégios não se transmitem aos seus descendentes; nem os cargos de magistrados, legislador, ou juiz podem ser hereditários.*”¹⁶².

Está evidente, portanto, que foi permitido o gozo de algum tipo de privilégio, apenas em atendimento aos serviços prestados à nação, desta forma, em consideração aos serviços feitos ao público, como enfatizado na seção IV do

¹⁶⁰Cfr. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶¹MEE JR., Charles L..*A história da Constituição americana: o gênio do povo*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993, p. 19-20: “*E uma declaração de direitos especificou que “todo poder é investido...no povo; que magistrados são seus depositários e servidores, e a todo tempo responsáveis perante ele”; que todos os homens tinham direito a julgamento pelo júri (...)*”.

¹⁶²Cfr. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 32.

Bill of Rights transcrito acima, bem como nas diversas constituições estaduais elaboradas, dentre elas, a Constituição do Estado da Carolina do Norte.¹⁶³

É verdade, no entanto, que alguns autores afirmam com frequência “*que a Revolução Americana não foi uma revolução social: ela não pretendia substituir a classe dominante por algum outro grupo, ou simplesmente por privilégios mais amplos, mais democráticos.*”¹⁶⁴, o que não impediu a concretização de uma revolução sem paralelo, pois estabeleceu um governo livre em formação, submetido à lei, inscrito sob o Princípio da Separação dos Poderes, pautado no fenômeno federalista, responsável por uma Carta de Direitos e instituidor de um sistema jurisdicional pautado na revisão judicial.¹⁶⁵

Mas, acima de tudo, não se pode perder a natureza antropológica do homem americano, como bem salientado por RAY RAPHAEL, segundo a qual “*os americanos, desde o princípio, foram ao mesmo tempo democratas e rufiões violentos. Apesar da hesitação das elites, a maior parte dos patriotas da época do nascimento da nossa nação acreditava que a gente comum tinha o direito e era inteiramente capaz de governar a si mesma. Também acreditava que tinha o direito e até a obrigação de impor sua vontade a quem considerava inferior. Essas duas crenças básicas são fundamentais para entender a história e o caráter americanos, e fazemos uma injustiça a nós mesmos e à nossa nação quando fingimos ser outra coisa.*”¹⁶⁶

Restou difundido, por conseguinte, no âmago da sociedade americana, o sentimento de igualdade, o qual foi incorporado à Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, com a finalidade de dar “*esperança ao mundo todo (...) de que no devido tempo o peso seria retirado de todos os homens e que todos teriam oportunidades iguais. Como a escravidão estava estabelecida com demasiada firmeza para permitir na prática uma oposição na*

¹⁶³Cfr. ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade*. Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 46.

¹⁶⁴MEE JR., Charles L., *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁵Vide M. JUDD HARMON, HENRY J. ABRAHAM, DAVID FELLMAN *et al.*, in *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1978.

¹⁶⁶RAPHAEL, Ray. *Mitos sobre a fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 268.

*época, Jefferson não pôde fazer nada além desse pronunciamento abrangente a favor da igualdade – “a mãe de todos os princípios morais”, como Lincoln a chamou – para uso das gerações futuras.”*¹⁶⁷.

De fato, a única deficiência observada na Declaração de Direitos e na formação do constitucionalismo americano foi a manutenção do sistema escravocrata, porquanto, no que diz respeito à formulação de uma teoria constitucional pautada no exercício e efetiva observância da igualdade, de imediato, a visão americana preponderou e foi extremamente pragmática ao repudiar os privilégios, os títulos de nobreza e outras manifestações que pudessem afetar o Princípio Republicano, como se extrai do texto elaborado por ALEXANDER HAMILTON ao comentar que *“Nada precisa ser dito para ilustrar a importância da proibição de títulos de nobreza. Ela pode ser verdadeiramente chamada de a pedra angular do governo republicano, pois, enquanto tais títulos estiverem excluídos jamais poderá haver sério perigo de que o governo venha a ser outra coisa senão o governo do povo.”*¹⁶⁸.

Contudo, não há dúvida de que a herança política e os princípios gerais fixados no constitucionalismo americano foram positivos e serviram de amparo à construção de uma nova dinâmica constitucional, passando a representar um ciclo próprio, com inspiração efetiva nos parâmetros delineados por JOHN LOCKE, sendo confirmado por ALPHEUS T. MASON quando salienta que *“Jefferson colheu idéias e fraseologia Two Treatises of Government (Dois Tratados de Governo), de John Locke. Locke proclamara: “Se o Executivo ou o Legislativo, quando detém poder nas mãos, pretende ou está em vias de escravizá-lo ou destruí-lo, o povo não dispõe de outro recurso senão esse, como em todos os outros casos em que não tem qualquer juiz na Terra e não pode senão apelar para o Céu” - evidentemente, um eufemismo para revolução.”*¹⁶⁹.

¹⁶⁷Vide RAPHAEL, Ray. *op. cit.*, p. 137.

¹⁶⁸HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787 - 1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 521. *No mesmo sentido*, COOLEY, Thomas M., *in Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002, p. 198.

¹⁶⁹MASON, Alpheus T. *A Herança Política dos Estados Unidos: Revolução e Governo Livre – Um Tributo Bicentenário*. in HARMON, M. JUDD; ABRAHAM, HENRY J.; FELLMAN, DAVID *et al.*, *op. cit.*, p. 25

As orientações firmadas na Revolução Americana e no constitucionalismo americano proclamaram o exercício e consolidação de um direito de resistência¹⁷⁰ salvaguardado pelo modelo Lockiano¹⁷¹ e, simultaneamente, o afastamento dos privilégios, mediante a busca pela igualdade, a qual se traduziu num aspecto primordial na Constituição Americana, tal como se infere do Artigo III, Seção II.¹⁷², além de servir de inspiração ao constitucionalismo moderno, inclusive, embasando a primeira Constituição da República Brasileira de 1891.

2.4

Privilégios estabelecidos na corte francesa. A Revolução Francesa, um momento histórico destinado à eliminação dos privilégios da sociedade de corte francesa.

Um dos aspectos preponderantes do Antigo Regime estava no exercício de privilégios e regalias na França, os quais se achavam devidamente estruturados e participantes de um sistema hierarquizado de privilégios, cuja análise foi realizada com acentuado detalhamento por NORBERT ELIAS ao retratar a sociedade de corte às vésperas da Revolução Francesa, nos seguintes termos:

¹⁷⁰MEE JR., Charles L., *op. cit.*, p. 17-18: “Em 1787, a virtude dessas leis havia sido posta à prova pela experiência de muitas gerações, vivendo em meio a muitos distúrbios e sob condições as mais diversas, e foram aceitas como comprovadas. Elas chegaram à América com os viajantes do *Mayflower*, que, antes de desembarcar, conceberam um acordo entre si pelo qual se comprometeram a submeter-se a “leis justas e iguais” que fossem elaboradas pelo governo que organizassem. Assim, com o movimento de uma caneta, os Peregrinos converteram o acordo comercial que fizeram para estabelecer um tratado de terra no alicerce do autogoverno. (Quando mais tarde o filósofo político inglês John Locke disse que todas as sociedades baseiam-se em um contrato, que o homem originalmente vivia em um “estado de natureza” e ingressava na sociedade ao aceitar esse contrato, muitos americanos do tempo de Madison entenderam suas palavras não tanto como teoria política, mas como experiência histórica).”. No mesmo sentido, ver JOSÉ CARLOS BUZANELLO, in *Direito de Resistência Constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-62.

¹⁷¹LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos* – Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994, item 137, p. 165: “137. O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade. Não se pode supor que eles pretendessem, caso tivessem um poder para isso, conceder a uma ou mais pessoas um poder arbitrário absoluto sobre suas pessoas e bens, ou colocar as forças nas mãos do magistrado para que ele arbitrariamente fizesse valer sua vontade sobre eles. Isto significaria colocarem-se em uma situação pior que no estado de natureza, onde tinham a liberdade de defender seus direitos contra as injustiças dos outros e se encontravam em igualdade de forças para mantê-los contra as tentativas de indivíduos isolados ou de grupos numerosos.”.

¹⁷²Vide COOLEY, Thomas M., *op. cit.*, p. 189.

“Uma vez que a hierarquia dos privilégios foi criada segundo os parâmetros da etiqueta, esta passou a ser mantida apenas pela competição dos indivíduos envolvidos em tal dinâmica, privilegiados por ela e compreensivelmente preocupados em preservar cada um dos seus pequenos privilégios e o poder que eles conferiam. Era algo que se reproduzia como um espectro sem conteúdo, autônomo, assim como se reproduziria uma economia completamente desprovida do propósito de fornecer meios de subsistência.”¹⁷³.

A Revolução Francesa imprimiu um forte combate aos chamados privilégios reais, da aristocracia e do clero, razão pela qual mesmo antes da eclosão da Revolução Francesa, a idéia de superação dos privilégios já se achava dotada de efetividade¹⁷⁴ e a concretização se deu com a aprovação do Projeto de Declarações dos Direitos e Privilégios.¹⁷⁵

É oportuno trazer à colação, no entanto, que o estabelecimento de privilégio foi flagrantemente combatido¹⁷⁶ na Revolução Francesa porque a

¹⁷³ELIAS, Norbert. *A sociedade de corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 103.

¹⁷⁴ELIAS, Norbert. *op. cit.*, 213: *“A consciência da necessidade de uma reforma tornava-se mais urgente quanto mais forte era a pressão de grupos não- privilegiados contra as elites privilegiadas. Assim, para compreender a situação corretamente, não podemos esquecer o quanto era grande, em uma figuração como a do Ancien Régime, a distância social entre os grupos de elite privilegiados e aqueles que eles mesmos designavam como “povo”, a massa dos não- privilegiados, apesar da proximidade física que existia entre os senhores e criados, por exemplo. A grande maioria dos privilegiados ainda vivia em um mundo relativamente exclusivo – tanto mais hermético quanto mais elevado o seu nível. A noção do que seria possível desenvolver o país e elevar os padrões de vida do povo era estranha à maior parte desses homens. Ela não correspondia seus valores. A conservação de sua própria existência social privilegiada continuava sendo um valor auto-suficiente.”*.

¹⁷⁵MANFRED, Alfred. *A Grande Revolução Francesa*. São Paulo: Fulgor, 1966, p. 90-91: *“A antiga divisão por ordens já havia sido abolida pela Assembléia Constituinte. Mas, para despojar a nobreza das suas últimas prerrogativas jurídicas e assegurar a igualdade formal de todos os cidadãos, era preciso abolir a nobreza hereditária e todos os títulos a elas relacionados. Proclamou, então, a Assembléia, em 19 de junho de 1790, um decreto nesse sentido: os títulos nobiliárquicos e uso de braços foram proibidos. Os cidadãos não podiam mais tomar outro nome que não o do chefe da família.”*. No mesmo sentido, ver GEORGES LEFEBVRE, in 1789. *O Surgimento da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989 e 164-165.

¹⁷⁶Importante o esclarecimento de EDMUND BURKE, in *Reflexões sobre a Revolução em França*, Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 132, ao advertir que: *“É provável que haja pessoas que, não tendo conhecimento da situação francesa e ouvindo falar que a Nobreza e o Clero tinham privilégios fiscais, fossem levadas a acreditar que antes da Revolução essas Ordens em nada contribuíam para as despesas do Estado, algo que é totalmente incorreto. É certo que não contribuíam em partes iguais entre si, nem em relação ao Terceiro Estado. Ambas, entretanto, muito contribuíam. Nem a Nobreza, nem o Clero estavam isentos dos impostos de consumo, dos impostos alfandegários, nem de nenhum dos impostos indiretos que na França como na Inglaterra compunham a maior parte da receita pública.”*.

mesma, como enfatiza LYNN HUNT era, antes de tudo, essencialmente uma revolução política com conseqüências sociais e não uma revolução social com conseqüências políticas¹⁷⁷, revelando, assim, o firme propósito de ruptura com o Antigo Regime.

O que se alvitrava com a Revolução Francesa, deste modo, foi ultimar uma situação definida como anormal e inacessível a maior parte do povo, isto é, a todos que não participassem da nobreza, pois “*o caráter hereditário de um estatuto privilegiado foi, com efeito, o apanágio da nobreza, que a isolava do resto da sociedade e conferia unidade a um corpo que, aliás, se distinguia pela riqueza, função ou cultura. A posse de privilégios ia muito além da nobreza, pois vários plebeus – administradores, magistrados e mesmo sapateiros – também gozavam dela. Mas tais privilégios eram apenas provisórios e pessoais, ligados às funções exercidas, aos direitos ou monopólios comprados, ou simplesmente a um lugar de residência. Diferentemente dos privilégios dos nobres, os privilégios plebeus podiam sempre ser revogados pelo rei (desde que ele lhes reembolsasse os preços) e, até certo ponto, independiam da pessoa. Constituíam-se em propriedade disponível que podia ser passada a outrem ou perdida, se o beneficiário mudasse de lugar. Para os nobres, em compensação, a essência da nobreza era interna e permanente, transmissível apenas pelos filhos e sem a menor dificuldade, sem passar diante de notário.*”¹⁷⁸.

Os fatores que compeliram uma mudança do *status quo* existente na França Aristocrática foram bem definidos acima e alcançaram o patamar de insuportabilidade à época, não só pela existência de privilégios embasados no caráter hereditário, mas também movido por uma contínua crise social às vésperas das eleições livres, o que só enfatiza a conclusão de que a Revolução Francesa foi, antes de tudo, premedida por fatores políticos.

¹⁷⁷HUNT, Lynn. *Política, Cultura e Classe na Revolução Francesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 31, *apud* GEORGE V. TAYLOR, *in Non-capitalist wealth and the origins of the French Revolution*, p. 491.

¹⁷⁸FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 633.

Esta condição política impulsionadora da Revolução Francesa, diante de um quadro social e econômico caótico foi objeto de destaque por MARCELLO CERQUEIRA quando assinala que “durante quatro meses o debate político vai tomar conta da França. A campanha eleitoral e a redação dos *cahiers* forçam os eleitores a debater questões políticas, sociais, econômicas e religiosas, a refletir sobre os problemas da vida e da sociedade. E a propor soluções. Durante a campanha eleitoral, surgem inúmeros livros, panfletos e jornais. Aparece o mais famoso deles: *Qu’est-ce que le Tiers État?*, do abade Sieyès, com 30.000 exemplares vendidos em alguns dias. A má colheita de 1788 e um inverno extremamente rigoroso tornaram aguda a crise. Na primavera de 1789, com a aproximação da entressafra, há pilhagem do trigo. Teme-se a ação altista dos açambarcadores favorecendo grupos privilegiados e objetivando deixar o povo faminto para reduzir sua resistência política. Cresce a campanha eleitoral entre o Terceiro e os outros estamentos. O governo reprime duramente os tumultos populares (20).”¹⁷⁹.

O contexto que moveu a Revolução Francesa foi social e político e não correspondia apenas ao desejo do povo que constituía o chamado Terceiro Estado empreender a derrocada do Antigo Regime, embora o fio condutor desta Revolução estivesse entregue aos inúmeros personagens e artífices desta mudança significativa, a qual serviu de paradigma para o mundo moderno, no que diz respeito à preservação da liberdade política e civil, bem como ao resguardo da igualdade e a concretização de um modelo republicano.

Os movimentos revolucionários do século XVIII não prescindiram de um fundamento político e de um ideário filosófico para tomar como embasamento, pois as idéias de LOCKE cumpriram tal propósito na elaboração do *Bill of Rights* de 1689 na Inglaterra e acabaram por forjar os fundamentos da Revolução Americana e a edição da Declaração de Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776¹⁸⁰.

¹⁷⁹CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 63.

¹⁸⁰JACQUES, Paulino. *Da Igualdade perante a Lei (Fundamento, conceito e conteúdo)*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 91.

A Revolução Francesa, conseqüentemente, incorporou todo o conjunto de idéias passadas pelo Iluminismo, razão pela qual o pensamento de ROUSSEAU alcançou plena aceitação entre os revolucionários, tendo em vista que o mesmo defendia ser o preceito relativo à igualdade inerente à administração do ser humano, porque *“sendo todos os cidadãos iguais pelo contrato social, todos podem prescrever o que todos devem fazer, enquanto nenhum tem o direito de exigir que outro faça o que ele mesmo não faz. Ora, é exatamente esse direito, indispensável para fazer viver e mover o corpo político, que o soberano concede ao príncipe quando institui o governo. Muitos pretenderam que o ato desse estabelecimento era um contrato entre o povo e os chefes que ele nomeia, contrato pelo qual se estipulavam entre as duas partes as condições sob as quais uma se obrigava a mandar e a outra a obedecer. Há de se convir, estou certo, que esta é uma estranha maneira de contratar! Mas vejamos se essa opinião é sustentável. Em primeiro lugar, a autoridade suprema não pode modificar-se tanto quanto não pode alienar-se; limitá-la equivale a destruí-la. É absurdo e contraditório que o soberano nomeie um superior: obrigar-se a obedecer a um senhor é capitular em plena liberdade.”*¹⁸¹.

De um lado, o fundamento revolucionário salientado por ROUSSEAU foi de que a vontade geral é indestrutível e que a Instituição do Governo não representa um contrato fixado em bases imutáveis e inquestionáveis, motivo pelo qual a Revolução Francesa, no que revela o seu lado político, usou os privilégios mantidos pela nobreza como pilar à refutação do Antigo Regime.

Outro exemplo do que foi abordado é demonstrado por MONA OZOUF quando informa que a Revolução Francesa *“Em primeiro lugar, ele rompeu com o sentimento de que, em matéria de igualdade, a Revolução foi inaugural: a igualdade triunfou na opinião bem antes que o acontecimento revolucionário a comunicasse aos costumes. Ele rejeita formalmente a idéia de que teria ocorrido na Revolução Francesa um momento particular para a igualdade. Desde a origem, toda a Revolução pertenceu à igualdade; traço distintivo, que contrasta a Inglaterra com a França. A primeira desenvolveu o amor pela “liberdade por*

¹⁸¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social: Princípios Gerais do Direito Político. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

privilégio.” A segunda, “nação cuja elite estava profundamente ferida”, transformou a igualdade numa paixão exclusiva, capaz de justificar os atentados feitos à liberdade.”¹⁸².

Como consequência lógica de todo o arcabouço filosófico que nutriu a Revolução Francesa, deu-se o desenvolvimento da igualdade meritocrática, que segundo MONA OZOUF serviu como uma “*crítica devastadora do privilégio, a desqualificação sem apelo da transmissão hereditária, um “monstro” segundo Mirabeau, e da rigidez que acarreta. A igualdade devida aos méritos e aos talentos varre as prerrogativas do nascimento.*”¹⁸³.

Com a sedimentação dos ideais revolucionários e da mensagem constante do panfleto de SIEYÈS, consolidou-se o expurgo do Antigo Regime e dos privilégios a ele atados, abrindo-se um novo cenário que permitiu a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26/08/1789.

Esta Declaração de Direitos, cunhada sob a influência de MIRABEAU¹⁸⁴, impôs um passo decisivo no reconhecimento da igualdade em termos totais e sem precedentes, considerando a redação dada ao artigo 1º. da mesma:

“Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As discrições sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”¹⁸⁵.

Em relação ao mundo contemporâneo, o gradual repúdio à tirania e aos privilégios que teve início com os sucessivos Pactos firmados na Inglaterra (Magna Carta de 1215, *Bill of Rights* de 1689 e Ato de Estabelecimento de 1701), passando pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 consolidaram-se com a emissão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, desta forma, confirmando a idéia de valorização do ser humano sem retrocessos.

A evolução normativa quanto à proteção dos direitos individuais é um produto decorrente da necessidade direta da vida em Sociedade, uma vez que a

¹⁸² FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 739.

¹⁸³ FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 741.

¹⁸⁴ Vide JACQUES, Paulino. *op. cit.*, p. 91 e FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 683.

¹⁸⁵ Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 57.

desigualdade quanto ao tratamento se revela um precedente odioso e contraditório aos ideais democráticos e republicanos.

Precisa, neste sentido, a advertência lançada por MARILENA CHAUI ao asseverar que “*os homens, reza a democracia liberal, são iguais por Natureza (todos nascem com o direito à propriedade do corpo) e desiguais também por Natureza (nascem com talentos e capacidades desiguais). A vida social tende a fortalecer a desigualdade natural, de sorte que uma outra ou uma segunda igualdade precisa ser produzida: Aquela trazida pela lei. Assim, a desigualdade é um fenômeno natural reproduzido pela sociedade, enquanto a igualdade é um fenômeno natural reconquistado pela política*”¹⁸⁶.

Por isso mesmo, todo o sistema destinado à proteção dos direitos e a afirmação das garantias, ainda que qualificados por JÉRÉMIE BENTHAM como “*sofismas-anarquicos*”¹⁸⁷ não buscou e, de fato, jamais pretendeu suprimir o caráter meritocrático¹⁸⁸ do contexto da igualdade, mas sim, teve a finalidade de guarnecer a isonomia diante das benesses e privilégios eventualmente concedidos a uma classe privilegiada.

Realmente, a idéia de isonomia deflagrada pelos Pactos e Declarações de Direitos faz parte de um intenso processo de reconquista política, cuja perspectiva permanece atual nos dias atuais.

Não se pode, assim, imaginar que não se fizessem necessárias as mudanças para o perfeito ajustamento do foro por prerrogativa de função, sobretudo, objetivando a criação de barreiras ou os parâmetros inibidores à ação política e normativa que, simultaneamente, viesse a promover a sua ampliação desmedida na esfera da legislação processual penal ou no âmbito das Constituições estaduais.

¹⁸⁶CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 12ª ed., São Paulo: Cortez, 2007, p. 211

¹⁸⁷BENTHAM, Jérémie. *Sophismes anarchiques*. in *Oeuvres*, trad. de Et. Dumont, Bruxelles, 1840, tomo I, p. 534.

¹⁸⁸Vide FURET, François e OZOUF, Mona. *op. cit.*, p. 741.

Nesses termos, somente a reconquista política tem o poder de refrear as situações ou os temas que indicam a assimilação de privilégios em detrimento da isonomia.

3

Análise comparativa do foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função se encontra em uma série de Constituições, contudo, em nenhuma delas com a dimensão e a complexidade observada no texto constitucional brasileiro, o que corresponde a uma avaliação extremamente reducionista da questão, tendo em vista o desdobramento da matéria no plano dos Estados Federados, ou seja, as unidades federativas definidas nos artigos 1º, *caput*, 18, *caput*, 25, *caput* da CRFB e 11 do ADCT da CRFB.

Se considerarmos a dimensão propiciada pelo Estado Federal, em virtude da distribuição da autonomia entre a União e os Estados-Membros, obviamente, a sistemática adotada no Estado unitário francês e português e até mesmo o *Estado regional ou autonômico espanhol e italiano*¹ não oferecerão a oportunidade de conduzir a um critério de comparação, onde possamos destacar as eventuais semelhanças quanto ao foro por prerrogativa de função.

É certo que o foro por prerrogativa de função no constitucionalismo brasileiro teve início com a reprodução da concepção contida na Constituição Portuguesa de 1822 e por ocasião da adoção da República tomou emprestado diversos elementos que se encontravam presentes no constitucionalismo americano, o que foi devidamente assinalado pela doutrina brasileira, como se deduz da lição fornecida por RAUL MACHADO HORTA, nos seguintes termos:

“O rompimento com o nosso passado constitucional alterou, também, as fontes inspiradoras das instituições republicanas. Abandonou-se o modelo monárquico europeu. Os autores do Anteprojeto da Constituição, notadamente Rui Barbosa, o notável artífice do Projeto do Governo Provisório, e os membros do Congresso Constituinte voltaram-se para o modelo norte-americano e de lá importaram, como havia feito a Argentina, em 1853, a República, o Federalismo, o Presidencialismo e as técnicas inerentes às novas instituições, como a intervenção federal, o primado do Supremo Tribunal Federal, o controle da constitucionalidade das leis, o bicameralismo federal, convertendo o Senado na Câmara eletiva dos Estados, a repartição de competências através dos poderes enumerados à União e dos poderes

¹Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Profissional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

reservados aos Estados autônomos, o hábeas corpus, para defender o indivíduo contra a violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (Constituição de 1891, art. 72, § 22), a concepção da autonomia dos municípios em função de seu peculiar interesse.

O liberalismo constitucional impregnou a Declaração de Direitos da Constituição de 1891, como já havia influenciado a Constituição do Império, para assegurar “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 72), dentre esses direitos a igualdade perante a lei (§1º)...”².

As bases federativas que foram lançadas no constitucionalismo brasileiro fizeram com que o mesmo construísse uma identidade própria a respeito do foro por prerrogativa de função, mesmo porque, a despeito da influência do constitucionalismo americano na Carta Brasileira de 1891, a concepção existente na Constituição americana não restou incorporada integralmente no direito constitucional brasileiro.

Quando se examina a Constituição americana, observa-se que o artigo I, na seção 3, parte final e artigo II, seção 4 somente estabeleceram o julgamento do Presidente, Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos para as questões que envolvessem a destituição de função e a proibição de exercício de atividade pública, honorífica ou remunerada, daí porque, sem prejuízo de eventual e posterior demanda no âmbito do direito comum, ou seja, na Justiça Criminal, cujo julgamento será efetivado perante o Júri (art. III, seção 2, parte final)³.

A nossa herança normativa portuguesa, no que diz respeito ao tema, praticamente ficou dissociada com o surgimento da Constituição da República de 1891, embora os fatores que propiciem o aumento inconcebível na concessão do foro por prerrogativa de função tenham as suas raízes em todo o processo histórico e antropológico vivenciado pelo homem brasileiro, como será objeto de avaliação posteriormente.

É possível, deste modo, assinalar, que recebemos a concepção federalista americana, mas quanto ao julgamento do Presidente da República não

² HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 57.

³ *Vide* Constituições Estrangeiras. Tradutor José Luiz Tuffani de Carvalho, Espaço Jurídico, 2003, p. 5-14.

endossamos integralmente a tese contida no Direito Constitucional Americano, o que é possível constatar da leitura dos artigos 53, *caput* e 59, inciso I, alínea “a” (redação conferida pela EC de 5 de setembro de 1926)⁴.

Compreensível, portanto, que não seja possível emprendermos um trabalho efetivamente comparativo com o foro por prerrogativa de função definido na Constituição Brasileira com o procedimento que se estabeleceu no constitucionalismo americano.

O que se demonstra pertinente, a princípio, é a observância de que o *impeachment*⁵ foi inserido no nosso constitucionalismo por influência americana, o que foi bem detalhado por ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA ao esclarecer que:

“A Constituição de 1891, absorvendo os ensinamentos norte-americanos, de um modo geral, imprimiu ao “impeachment” sensíveis aperfeiçoamentos. Entregou ao Congresso Nacional, dividido em seus ramos clássicos, a competência para acusar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como, nos mesmos crimes, os ocupantes de relevantes posições. O art. 29 de nossa primeira Constituição republicana, assim, outorgou à Câmara dos Deputados a competência para declarar a procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente. E o art. 33, a seu turno, incluiu na competência privativa do Senado Federal o julgamento do Presidente da República e demais funcionários designados pela Constituição, nos termos e pela forma por ela prescritos. Estes funcionários federais, designados pela Constituição, seriam os Ministros de Estado (art. 52) e os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 57, § 2.º). O Presidente da República, pois, seria acusado pela Câmara e julgado pelo Senado, nos crimes de responsabilidade. Submeter-se-ia ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns (art. 53).”⁶.

⁴ CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 700.

⁵ *Importante a observância do esclarecimento constante do prefácio do livro de ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, in O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1960, XV: “*impeachment, palavra inglesa derivada do latim, do impedicare, ora traduzido para o vernáculo com o nome de impedimento ou de julgamento político, mas quase sempre se utilizando no vocabulário político o termo inglês. Surgido na Inglaterra no século XIV, em 1376, a princípio com certa importância, no século XVIII ainda se apontaram 12 casos de impeachment, no século XIX apenas 2 casos, um dos quais, contra LORD PALMERSTON em 1846, não teve êxito. Hoje é instituto obsoleto na Inglaterra, o seu desuso provocado pela substituição através do voto de confiança, como observou ESMEIN. O impeachment consiste na acusação do agente executivo e sua conseqüente perda de cargo, acusação feita pela câmara baixa e julgamento pela câmara alta. Foi transplantado com este estilo para o Estados Unidos e posteriormente para o regime presidencial latino-americano.*”.

⁶ MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. *op. cit.*, p. 242.

Não houve, desta forma, uma perfeita identidade entre o foro por prerrogativa de função estipulado na Constituição brasileira de 1891 com a sistemática criada na Carta Americana de 1787 e emendas posteriores, a qual, na verdade, não contemplou o foro por prerrogativa de função.

Em verdade, a concepção do foro por prerrogativa de função consolidada no Brasil guarda uma maior proximidade com o disciplinamento fornecido na Carta espanhola de 1812 e na Constituição portuguesa de 1822 (artigo 191, inciso I), especialmente o texto levado a efeito na Carta Constitucional Portuguesa de 1826 e o seu Ato Adicional de 1832 (artigo 131, § 2º)⁷.

O estudo contido na obra de JOSÉ JOAQUIM LOPES PRAÇA que está reproduzido na nota de rodapé transcrita anteriormente e que dá a perfeita

⁷ Sobre o tema, ver LOPES PRAÇA, José Joaquim. *Direito Constitucional Portuguez*. Coimbra: Coimbra, 1997, vol. II, p. 347: “Nos termos do §.º 2 do art. 131 da Carta é também da atribuição do Supremo Tribunal de Justiça conhecer dos delictos e erros d’offício que commeterem os seus ministros, o das Relações, e os empregados do corpo diplomatico. Esta disposição importa uma excepção aos principios geraes de competencia e aos §§ 10º e 12º do artigo 145 da Carta; mas defendem-na como derivação do § 15º do mesmo artigo por duas razões. Em primeiro não parecia accetavel que réos tão qualificados deixassem de ser julgados por um tribunal colectivo em condições de maior illustração e imparcialidade; em segundo logar um procedimento diverso seria contrario à ordem jerarchica dos tribunaes. A Carta não mencionou n’este paragrapho os secretarios e os conselheiros d’estado, nem os regentes do reino como o fizera o no I do art. 191 da Constituição de 1822. A omissão explica-se porque tendo a Constituição de 1822 repudiado uma segunda camara, ou camara alta, não podia, como fez a Carta Constitucional, commetter à camara dos pares o conhecimento dos delictos individuaes praticados pelos membros da familia real, ministros de estado, conselheiros d’estado, etc. (C. C., art. 41, §1º). O art. 99 da Carta estabeleceu também a irresponsabilidade da regencia e do regente. E não só apenas os ministros do Supremo Tribunal de Justiça e os das Relações que estão sujeitos, excepcionalmente, a uma competencia especial nos termos dos capitulos V e VI do Titulo XIX da Nova Reforma Judiciária e leis applicaveis. Os proprios juizes de direito e agentes do ministério público tem um processo especial em relação aos crimes por elles commettidos, quer no exercicio quer fóra do exercicio de suas funcções, e aos erros d’offício, como se regulou nos capitulos V e VI do Titulo XVIII da Nova Reforma Judiciaria, e leis respectivas. Foi na nota ao §763.º da Nova Reforma Judiciária que Castro Netto escreveu: “O processo especial estabelecido n’este capitulo e no seguinte, bem como no capitulo V do tit. XIX e nos capitulos XVIII e XIX do tit. XXI deveria também copenhender os crimes commettidos contra os magistrados a quem os mesmos capitulos se referem, porque as razões que persuadem a necessidade de haver um juizo especial, e um processo especial, para os crimes dos juizes e magistrados do M.P. militam com maior força de razão para os crimes de que estes funcionarios forem victimas; de maneira que (à excepção dos militares) todas as pessoas, que segundo a Carta Constitucional e conforme o art.º 126 Nova Reforma Judiciária tem o privilegio de fôro nos crimes que commettem, deviam gosar do mesmo privilegio nos crimes que contra ellas se commettessem; privilegio que além d’isso, deveria também pertencer a muitos outros funcionarios, como sejam os bispos e arcebispos, ainda que não fossem pares do reino, os vigarios capitulares, geraes e da vara, os parochos, os conselheiros do thesouro, e conselho fiscal de contas, os governadores civis, os administradores do concelho, e outros empregados públicos que não devem ser julgados por um jury composto de pessoas de quem por força de seus empregos podem ter contrahido a animadversão.”

dimensão da tendência lusitana em proceder à ampliação dos agentes detentores do foro por prerrogativa de função, considerando que o texto efetivado antes da denominada Nova Reforma Judiciária era bem mais restrito quanto aos agentes públicos indicados para o gozo da citada prerrogativa.

A adoção do federalismo e da república modificou a nossa concepção de Estado e eliminou toda e qualquer forma de privilégio, levando-se em conta o padrão definido no constitucionalismo americano, contudo, ainda mantivemos boa parte da influência legada pelo ordenamento jurídico português, circunstância inevitável e efetivamente presente em nosso dia a dia, mesmo na vigência da Constituição atual.

Impende notar, ainda, que o tema concernente ao foro por prerrogativa de função também pode ser detectado na Constituição Federal Austríaca de 1º de outubro de 1920, considerando que HANS Kelsen, ao examinar a jurisdição constitucional e administrativa a serviço do citado Estado, em síntese, identifica a sua presença, quando sustenta o seguinte: *“Por fim, a Corte Constitucional atual como corte suprema central – ou, se se quiser – comum a União e estados. Nessa qualidade, julga a acusação mediante a qual se caracteriza a responsabilidade dos órgãos supremos federais e estaduais por violações culposas do direito, no exercício das respectivas funções. A acusação pode ser levantada: a) contra o presidente federal por violação da Constituição federal, mediante resolução da Assembléia Federal (é necessária maioria de dois terços); b) contra membros do governo federal e órgãos que lhes sejam equiparados (atualmente o presidente do Tribunal de Contas) por violação da lei e mediante resolução do Conselho Nacional (basta maioria simples); c) contra membros de um governo estadual e órgãos que lhes sejam equiparados pelas Constituições estaduais quanto à responsabilidade por violação da lei, e mediante resolução do Parlamento estadual competente. A decisão condenatória da Corte Constitucional deve determinar a perda do cargo, e, em casos particularmente graves, também a perda temporária dos direitos políticos. A acusação pode também ser formulada em virtude de atos de natureza criminal, relacionados ao exercício das funções do acusado. Nesse caso a competência para julgar é exclusiva da Corte Constitucional, devendo-lhe ser remetido o inquérito que porventura já estiver*

*pendente nos tribunais criminais ordinários. Além das penas específicas de perda de mandato e dos direitos políticos, a Corte Constitucional também pode impor, em tais casos, as penas previstas no código penal.”*⁸.

A lição fornecida por KELSEN reproduz uma idéia própria do foro por prerrogativa de função, uma vez que a Constituição Austríaca permitia cogitar a responsabilidade dos órgãos supremos federais e, portanto, dos respectivos agentes públicos, em virtude da prática de fato dotado de relevância penal⁹.

A norma inserida na Carta Austríaca, se confrontada com o texto constitucional brasileiro vigente à época, realmente, apresenta uma sensível identidade, fato que possibilita a demonstração de que o foro por prerrogativa de função teve espaço na Constituição Austríaca de 1920, revelando-se um texto efetivamente inovador quanto à perspectiva da responsabilização política e tutela dos interesses da Administração Pública.

Acentue-se, que o texto constitucional austríaco foi alvo de contínuas alterações a partir de 1934, por ocasião da anexação da Áustria pela Alemanha, sendo que, em 13 de março de 1938, houve a supressão de dois temas que se achavam inseridos na aludida Carta, a saber, a jurisdição constitucional e o foro por prerrogativa de função¹⁰.

Posteriormente, com o término da Segunda Grande Guerra houve a restauração da Constituição Austríaca de 1920, *ex vi* da Lei Constitucional de 12 de outubro de 1945, sendo que, apesar das reformas sofridas pela Carta em apreço, ainda assim, o artigo 142 da mesma permanece vigente quanto ao foro por prerrogativa de função.

Em conclusão, a idéia do foro por prerrogativa de função está conciliada com todo o processo constitucional em que se pretenda a responsabilização dos

⁸KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 35-36.

⁹Vide JORGE MIRANDA. *op. cit.*, p. 340.

¹⁰FAVOREU. L.; LUCHAIRE. F.; SCHLAICH. K *et al.* *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, por ERMACORA, Félix, p. 270. *No mesmo sentido*: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 132.

agentes públicos, daí porque, independentemente da natureza jurídica do Estado, surge sempre a possibilidade da Constituição firmar a incidência desta prerrogativa, como restou demonstrado nas Constituições Portuguesas de 1822 e 1826, na Carta Brasileira de 1891, ou na Carta Austríaca de 1º. de outubro de 1920.

3.1

A competência originária dos Tribunais na Inglaterra e nos Estados Unidos. Países orientados pela *Common Law*.

Quando se examina o direito constitucional e as regras processuais criminais inglesas não se verifica qualquer referência ou previsão normativa acerca da existência do foro por prerrogativa de função.

Nesses termos, a organização judiciária inglesa composta pela *Supreme Court of Judicature* que compreende a *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*, as quais não exercitam a competência originária similar ao foro por prerrogativa de função, aliás, ROLAND SÈROUSSI informa que o alcance da responsabilidade penal na Inglaterra quanto às pessoas de direito público implicaria numa imunidade penal total da Coroa (Soberano e Ministérios) e, ainda, em relação aos Chefes de Estado estrangeiros e aos diplomatas.¹¹

RENÉ DAVID empreende uma extensa abordagem quanto à sistemática das Cortes Superiores Inglesas, no caso, indicando apenas a existência de uma atividade puramente recursal quanto à atividade das mesmas e adverte que em matéria de responsabilidade delitual, o *Crown Proceedings Act* de 1947 não trouxe sensíveis modificações quanto aos aspectos criminais e processuais, permanecendo, de fato, a imunidade de jurisdição conferida ao soberano¹².

¹¹SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 73.

¹²DAVID, René. *O direito inglês*. op. cit., p. 89: “Ressaltamos, enfim, que próprio soberano desfruta de uma imunidade de jurisdição: pode-se mover uma ação contra o Attorney General como representante da Coroa, mas não se pode fazê-lo para comprometer a responsabilidade pessoal de Sua Majestade a Rainha. A Coroa, sob diversos aspectos, foi colocada numa situação privilegiada em relação aos cidadãos. A obrigação de exhibir em justiça documentos apresenta, no que a concerne, particularidades: não há prescrição em relação a ela como há em relação aos particulares. A matéria das formas de execução, sobretudo, encontra-se inteiramente modificada

A análise de todas as situações concernentes ao direito inglês revela a inexistência do foro por prerrogativa de função ou de uma competência originária relativa à matéria criminal¹³ junto a *Crown Court* ou na chamada *Court of Appeal* (*Criminal Division*) com a presença do *Lord Chief Justices*¹⁴.

Na Constituição Americana, de imediato, o privilégio que restou resguardado foi o julgamento pelo júri, como se deduz do Artigo III, seção 2 e da leitura da Emenda VI, *in verbis*:

“Em qualquer processo criminal, o acusado terá direito de ser julgado rapidamente e publicamente, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime tenha sido cometido, devendo o dito distrito ser previamente determinado por lei, ser informado da natureza e dos motivos das denúncias que pesam sobre ele, direito de ser acareado com as testemunhas de acusação, direito de citas testemunhas de defesa; direito de se beneficiar da assistência de um advogado para sua defesa.”¹⁵.

Realmente, a visão firmada pelo Constituinte americano é de que o julgamento pelo júri corresponde a uma garantia conferida ao cidadão americano, razão pela qual desde a criação da Constituição Americana até a presente data, dificilmente se tem notícia do indivíduo renunciando ao direito de ser julgado pelo Júri.

ALEXANDER HAMILTON, ao interpretar a Constituição Americana, acentua sobre o júri que “*O poder para constituir tribunais envolve o poder de estipular o modo de julgamento; conseqüentemente, se nada fosse dito na Constituição a respeito de júris, o legislativo estaria livre para adotar essa instituição ou deixá-la de lado. No tocante às causas criminais, essa liberdade é reduzida pela imposição expressa do julgamento por júri em todas elas; mas resta, claramente, uma larga margem de liberdade em relação às causas civis, já que há total silêncio a este respeito.*”¹⁶.

aqui: não se pode obter contra a Coroa nenhuma ordem judiciária, nenhuma ordem de execução forçada, não se pode impetrar contra a Coroa nenhum mandado de segurança, nenhuma execução forçada, nenhuma penhora.”

¹³DAVID, René. *O direito inglês. op. cit.*, p. 61.

¹⁴SÈROUSSI, Roland. *op. cit.*, p. 33.

¹⁵Vide Constituições Estrangeiras. Tradutor José Luiz Tuffani de Carvalho. *op. cit.*, p. 20.

¹⁶HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *op. cit.*, p. 506-507.

É importante observar que a Constituição Americana e a interpretação que foi realizada a respeito da mesma, de fato, reconheceu a impossibilidade de que a competência originária da Suprema Corte viesse a ser ampliada, o que foi objeto de análise no *leading case* Cohens contra o Estado da Virgínia, na Sessão de fevereiro de 1821 (6, repertório de Wheaton, 264 e 447), julgado por MARSHALL, *in verbis*:

“Depois de fazer cuidadoso estudo do assumpto, o Tribunal sente escapar-lhe qualquer razão deduzida da qualidade das partes para admittir uma excepção que a Constituição não fez; e somos de parecer que o Poder Judiciario, conforme foi originariamente outorgado, se estende a todas as causas derivadas da Constituição ou de alguma lei dos Estados Unidos, quaesquer que sejam as partes.

Tambem se objectou que esta jurisdicção, si deferida, é originaria e não póde exercer-se por via de apellação.

A Constituição assim se exprime: Em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros publicos e consules e naquellas em que fôr parte um Estado, o Supremo Tribunal terá jurisdicção originaria. Em todas as outras causas acima mencionadas terá o Supremo Tribunal jurisdicção em grão de recurso.

Este distincção entre jurisdicção de unica ou primeira instancia e jurisdicção de segunda instancia exclue, disse-se, em todas as causas o exercício de uma quando é dada a outra.

A Constituição dá ao Supremo Tribunal jurisdicção originaria em certas e enumeradas causas, e dá-lhe em todas as outras jurisdicção em grão de recurso. Entre as causas em que a jurisdicção deve exercer-se em segunda instancia estão as derivadas da Constituição e leis dos Estados Unidos. Essas disposições das Constituições são igualmente obrigatorias e devem ser respeitadas.”¹⁷.

E conclui:

“Em taes causas, portanto, o Supremo Tribunal não póde exercer jurisdicção originaria. Em qualquer outra causa, isto é, em toda causa a que se estende o poder judicial, e em que a jurisdicção originaria não é dada expressamente, o poder judicial será exercido tão somente por via de recurso. A jurisdicção originaria deste Tribunal não póde dilatar-se, mas a sua jurisdicção grão de recurso póde exercer-se em toda a causa susceptivel de ser submettida, nos termos do art. 3º, ao conhecimento dos tribunaes federaes, e em que a jurisdicção originaria não tem cabimento; (...)”¹⁸.

MARSHALL, no voto acima elaborado, de maneira textual, recrimina qualquer possibilidade de que se venha a proceder à ampliação da Constituição

¹⁷MARSHALL, John. *Decisões Constitucionaes*. Traduzida por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 178-179.

¹⁸MARSHALL, John. *op. cit.*, p. 183-184.

para estabelecer ou trazer outras situações ao exame da competência originária da Suprema Corte Americana.

O pensamento de MARSHALL, ao que tudo indica, esmoreceu a possibilidade de que surgisse um processo de interpretação da Constituição americana com a finalidade de se criar um foro por prerrogativa de função na esfera da Suprema Corte e, muito embora o voto não tenha tratado diretamente do tema, o mesmo é bastante elucidativo quanto à inadmissibilidade da elaboração de um mecanismo que se destine a fomentar a usurpação da vontade do Constituinte Originário.

Este contexto está definitivamente consolidado no Direito Constitucional Americano e foi objeto de exame minucioso por DANIEL JOHN MEADOR¹⁹, que dissecou as estruturas dos Tribunais Estaduais e Federais nos Estados Unidos e, efetivamente, em nenhum momento fez a menor alusão à existência de uma denominada competência originária para o julgamento de causas criminais, mas, ao contrário, exaure o tema quanto ao julgamento da matéria criminal, em decorrência da atividade recursal.

Aduza-se, nesta oportunidade, que a matéria processual na sistemática constitucional americana está reservada à competência dos Estados Membros, o que é enfatizado por GUIDO FERNANDO SILVA SOARES ao salientar que: *“Deve ser notado que as matérias da Criminal Law e do Criminal Procedure são, na sua esmagadora maioria, de pertinência do direito dos Estados-membros, e que por isso mesmo refogem a qualquer uniformidade nos EUA. Já nos referimos ao fato de que a legislação de processo criminal da Corte Suprema, portanto válida para as justiças federais, o Code of Criminal Procedure de 1946, pouca influência teve nas legislações estaduais. Por outro lado, dada a diversidade entre os próprios Estados-membros, no que se refere à política penitenciária, as características locais dos regimes de aplicação e gradação das penas fazem com que a diversidade dos Direitos de Processo Penal seja muito grande e de tal*

¹⁹MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América, 1996.

*maneira locais, que são muito ferrenhamente conservados na sua tipicidade, em função das individualidades dos Estados federados.”*²⁰.

É de se concluir, portanto, que a Constituição Americana não estabeleceu competência para os Estados definirem a prerrogativa de função concernente à Suprema Corte, pois a admissão de tal circunstância resultaria numa total inversão de valores e alargamento do sentido que se emprestou a Emenda X (dez).²¹.

Em abono à tese acima, é de se levar em conta à sistemática presente na *Common Law* americana, segundo a qual GUIDO FERNANDO SILVA SOARES informa que a competência legislativa quanto à matéria processual é, realmente, dos Estados-Membros, porém, o que se deve “*considerar no desenvolvimento das normas do processo penal nos EUA é a sua constante atualização pela Corte Suprema dos EUA, US Supreme Court, que tanto pode resultar em um sistema mais ou menos liberal ou em direção a conservadorismos, (...)*”²².

A investigação de todos os aspectos trazidos à colação indica, sem qualquer margem de dúvida, que os idealizadores da Declaração de Direitos de Virgínia e da Constituição Americana de 1787 com as Emendas Constitucionais inseridas em 1791, em nenhum momento, pretenderam criar um mecanismo que tivesse por finalidade resguardar o julgamento das causas criminais a determinados agentes públicos junto aos Tribunais Federais ou Estaduais, bem como junto à Suprema Corte.

O que se pretendeu estabelecer no texto constitucional americano e restou incorporado ao sistema constitucional brasileiro, de fato, foi o *impeachment* do Presidente da República – no Direito Constitucional Americano, bem mais amplo, porque atinge a qualquer servidor público, inclusive os juízes, embora tal circunstância não seja utilizada com frequência contra os mesmos nos Estados

²⁰SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

²¹Vide CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte Americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 258.

²²SOARES, Guido Fernando Silva. *op. cit.*, p. 127.

Unidos –²³, porquanto não há qualquer alusão ao foro por prerrogativa de função, sendo certo que o mero balizamento da Constituição Americana com as Cartas Brasileiras elaboradas a partir de 1891, nos leva a deduzir que a inclusão da prerrogativa de foro no nosso texto constitucional está fortemente ligada à vertente constitucional portuguesa.

Assim, a única exceção aberta na Constituição Americana quanto à competência originária, ou seja, o foro por prerrogativa de função, em suma, corresponde aos litígios envolvendo embaixadores, outros ministros e cônsules, os quais são julgados perante a Suprema Corte (vide Artigo III, Seção 2, da Carta Americana), no restante, a competência da referida Corte de Justiça é apenas recursal.

O privilégio no constitucionalismo americano, portanto, é o direito de todo o Cidadão, pouco importando o cargo ou função pública desempenhada ser julgado no Júri pelos seus semelhantes (vide Artigo III, Seção 2 da Constituição Americana).

3.2

Foro por prerrogativa de função nos Países Ibéricos e a estrutura dos Tribunais dotados de competência originária.

A prerrogativa de função integra o constitucionalismo Ibérico desde as suas primeiras Constituições liberais, como é possível concluir da leitura dos artigos 239 e 253 da Constituição Espanhola de 1812 e dos mencionados artigos 191, inciso I da Constituição do Porto de 1822 e 131, § 2º da Carta Portuguesa de 1826.

A estrutura constitucional atual dos Países Ibéricos manteve o foro por prerrogativa de função, por exemplo, no artigo 130 da Constituição Portuguesa de 1974 e no artigo 102 da Carta Espanhola de 1978, demonstrando que o tema não

²³BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1987, p. 104-105.

sofreu qualquer espécie de rejeição popular, considerando que a promulgação das citadas constituições obedeceu a um rígido processo legitimador quanto às respectivas Constituintes.

Não se deve esquecer que a Constituição da Espanha foi aprovada pelas Cortes Gerais (Poder Legislativo na Espanha) nas sessões plenárias do Congresso (Deputados e Senadores) celebrada em 31 de outubro de 1978 e ratificada pelo povo espanhol em referendo efetivado em 06 de dezembro de 1978, seguindo-se a sanção do Rei de Espanha perante as Cortes Gerais em 27 de dezembro do mesmo ano (Diário Oficial do Estado número 311, de 29 de dezembro de 1978)²⁴.

Por outro lado, como se observa do seu Preâmbulo da Constituição Portuguesa, a mesma decorreu de um movimento destinado a proceder ao restabelecimento dos direitos e liberdades do povo português oprimido pela ditadura imposta por Salazar e que gerou a Revolução dos Cravos de 1974 com o apoio das Forças Armadas, mas, sobretudo, com o respaldo de pessoas humildes e camponeses²⁵.

Estamos, assim, diante de Constituições formadas com extenso apoio popular e que preservaram o foro por prerrogativa de função, a par de permitirem a ampliação do seu contexto nas suas respectivas legislações infraconstitucionais.

Passando, primeiramente, ao exame do foro por prerrogativa de função no sistema constitucional Português, em suma, observamos que a responsabilidade criminal do Presidente da República foi definida no artigo 130º, nos seguintes termos:

“Artigo 130.º (Responsabilidade criminal)

1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.

2. A iniciativa do processo cabe à Assembléia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.

3. A condenação implica a destituição de cargo e a impossibilidade de reeleição.

²⁴GUERRA, Luis López. *Constitución española*. 10ª. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 25.

²⁵CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 11.-12.

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.”.

O foro por prerrogativa de função no Direito Português, contudo, não se limita ao artigo acima citado, embora o texto constitucional português não tenha disciplinado, em outro momento, o tema com a mesma ênfase do artigo 130 da CP, é possível vislumbrar situações correlatas com a prerrogativa de função no artigo 196º 1. e 2. da referida Carta (responsabilidade criminal dos membros do Governo).

Coube ao Código de Processo Penal e subsidiariamente às Leis de Organização Judiciária o estabelecimento da competência originária dos Tribunais e, portanto, a delimitação do foro por prerrogativa de função no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça e no Tribunal das Relações, *in verbis*:

CAPÍTULO II

Da Competência

SECÇÃO I

Competência material e funcional

Artigo 10.º (Disposições aplicáveis)

A competência material e funcional dos tribunais em matéria penal é regulada pelas disposições deste Código e, subsidiariamente, pelas leis de organização judiciária.

Artigo 11.º (Competência do Supremo Tribunal de Justiça)

1 — Em matéria penal, o plenário do Supremo Tribunal de Justiça tem a competência que lhe é atribuída por lei.

2 — Compete ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Conhecer dos conflitos de competência entre secções;

b) Autorizar a interceptação, a gravação e a transcrição de conversações ou comunicações em que intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro e determinar a respectiva destruição, nos termos dos artigos 187.º a 190.º;

c) Exercer as demais atribuições conferidas por lei.

3 — Compete ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções;

4 — Compete às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal:

a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações e magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados;

Artigo 12.º (Competência das relações)

1 — Em matéria penal, o plenário das relações tem a competência que lhe é atribuída por lei.

2 — Compete aos presidentes das relações, em matéria penal:

a) Conhecer dos conflitos de competência entre secções;

b) Exercer as demais atribuições conferidas por lei.

3 — Compete às secções criminais das relações, em matéria penal:

a) Julgar processos por crimes cometidos por juízes de direito, procuradores da República e procuradores-adjuntos;

Além do Código de Processo Penal, a Lei n.º: 28, de 15 de novembro de 1982, – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional –, disciplinou a extensão do foro por prerrogativa de função aos membros do Tribunal Constitucional, para tanto, estabelecendo o seguinte:

Artigo 26º (Responsabilidade civil e criminal)

1. São aplicáveis aos juízes do Tribunal Constitucional, com as necessárias adaptações, as normas que regulam a efectivação da responsabilidade civil e criminal dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, bem como as normas relativas à respectiva prisão preventiva.

2. Movido procedimento criminal contra juiz do Tribunal Constitucional e acusado este por crime praticado no exercício das suas funções, o seguimento do processo depende de deliberação da Assembleia da República.

3. Quando, na situação prevista no número anterior, for autorizado o seguimento do processo, o Tribunal suspenderá o juiz do exercício das suas funções.

4. Deduzida acusação contra juiz do Tribunal Constitucional por crime estranho ao exercício das suas funções, o Tribunal decidirá se o juiz deve ou não ser suspenso de funções para o efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

Perceptível, assim, que a Constituição Portuguesa diferentemente da Constituição Brasileira não se ocupou da enumeração das situações designativas do foro por prerrogativa de função, mas sim, reservou ao Código de Processo Penal e as Leis de Organização do Judiciário a especificação referente ao tema, no que diz respeito ao Supremo Tribunal de Justiça e ao Tribunal das Relações.

A legislação portuguesa, portanto, encarregou-se de definir o foro por prerrogativa de função, contudo, não o fez em doses amplas, ou seja, alcançando a todos os segmentos políticos portugueses, uma vez que os próprios membros da Assembleia da República, os membros do Poder Legislativo português, à exceção do seu Presidente, não fazem jus à competência originária para o julgamento das ações penais eventualmente ajuizadas, conforme se infere do artigo 11, número 3, alínea “a” do CPPP e, ainda, do Estatuto dos Deputados (Lei n.º 7, de 1 de Março 93 com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 24, de 18 de Agosto 95, n.º 55 de 18 de Agosto 98, n.º 8 de 10 de Fevereiro 99, n.º 45 de 16 de Junho 99, n.º 3 de

23 de Fevereiro 2001, Lei n.º 24, de 4 de Julho 2003, n.º 52-A, de 10 de Outubro 2005 e Lei n.º 43, de 24 de Agosto 2007).

Podemos concluir, assim, que as proposições relativas ao foro por prerrogativa de função no sistema normativo português não foram exageradas e, a bem da verdade, foram conferidas às Autoridades que desempenham funções vitais à República Portuguesa, não se verificando o risco da prerrogativa se converter numa forma de privilégio.

A Constituição Espanhola, por sua vez, concebeu disciplinamento acerca do foro especial por prerrogativa de função da seguinte forma:

“Artículo 102.

1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.”

Depreende-se, assim, que a Constituição Espanhola, igualmente, foi lacônica ao tratar do tema, pois o artigo 122, números 1 a 3 remete à Lei de Orgânica do Poder Judiciário, no caso, a Lei n.º: 6, de 1º de Julho de 1985.

Realmente, na Lei n.º: 6, de 1º de Julho de 1985, vamos encontrar a definição do foro especial distribuído entre os órgãos jurisdicionais superiores (*Tribunal Supremo e do Tribunal Superior de Justicia*) encarregados d exame da matéria criminal decorrente das ações penais deflagradas – competência originária.

O disciplinamento contido na legislação espanhola divide o exercício do foro por prerrogativa de função entre o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Justiça da seguinte maneira, *in verbis*:

Artículo 55.

El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera: De lo Civil.
- Segunda: De lo Penal.
- Tercera: De lo Contencioso-administrativo.
- Cuarta: De lo Social.
- Quinta: De lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente Ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

Artículo 57.

1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el **Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.**

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.

CAPÍTULO III

DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Artículo 70.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

Artículo 71.

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

Artículo 72.

1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social.

2. Se compondrá de un Presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, de las Secciones que puedan dentro de ellas crearse.

Artículo 73.

1. ...omissis...

2. ...omissis...

3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) *El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.*

b) *La instrucción y el fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.*

Constata-se, deste modo, que o tratamento do assunto na legislação espanhola já revela parâmetros aproximados com o fixado na Constituição brasileira e nas nossas leis, levando-se em conta que a Espanha é um **Estado regional ou autonômico** onde as Comunidades Autônomas Estado são portadoras de uma autonomia parecida com aquela exercida pelos Estados-membros na Federação.

A circunstância de o Estado autonômico espanhol comportar uma concomitância quanto ao exercício de competências entre o Poder Central situado em Madri e as Comunidades Autônomas portadoras de Estatutos (v.g. Estatuto de Autonomía de Cataluña, Estatuto de la Comunidad Valenciana, Estatuto Galicia e Estatuto País Vasco), equivalente às Constituições Estaduais nos países animados pelo preceito Federativo, não induz a existência de uma Justiça Federal e Estadual, como bem abordado por ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE ao sustentar que *“La posibilidad de los Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre esta cuestión, hay que señalar que estos Tribunales Superiores no son judiciales propios de las Comunidades Autónomas, sino órganos de la Administración de Justicia radicados en el territorio de éstas. Es decir, el principio de la unidad jurisdiccional no sufre quebranto alguno por la existencia de estos Tribunales.”*²⁶.

O foro especial no ordenamento jurídico espanhol, portanto, ficou reservado à legislação infraconstitucional e detém algumas complexidades, a par de uma nomeação alentada de autoridades, muito parecida com o estilo incorporado ao

²⁶CONDE, Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*. Volume II: Los Órganos Constitucionales el Estado Autonomico. Madrid: Tecnos, 1993, p. 252.

direito brasileiro, embora não se vislumbre qualquer influência das normas espanholas precedentes na estrutura constitucional brasileira.

3.3

Análise no plano Constitucional do Foro por prerrogativa de função na Europa Ocidental (França e Alemanha).

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já enfatiza o seu repúdio à corrupção dos governos e, naturalmente, adotou um comportamento radical quanto a qualquer circunstância que pudesse ensejar a concessão de privilégios.

O Constitucionalismo francês, de imediato, fez questão de indicar a responsabilidade dos Ministros e agentes públicos no Título III da Constituição Francesa de 1791.

No entanto, as constituições subseqüentes continuaram a estabelecer referida responsabilidade dos Ministros, *verbi gratia* art. 152 da Const. de 1795, arts. 13, 55 e 56 da Const. de 1814, arts. 12, 47 e 69 da Const. de 1830, arts. 68, 91 a 93 e 98 da Const. de 1848, art. 13 da Const. de 1852, arts. 48, 56 a 58 da Const. de 1946 e arts. 20, 49, 68-1 à 68-2 da Const. de 1958.

É fácil identificar a preocupação com a qual os textos constitucionais franceses fixaram a responsabilização dos agentes públicos (Ministros), o que não se verificou no foro por prerrogativa de função, diante da idéia de restabelecimento de um privilégio.

Apesar da previsão constitucional de responsabilidade dos Ministros, os Constituintes franceses notaram que a responsabilidade sob o aspecto penal, em suma, permanecia inviabilizada, daí o motivo da criação da *Cour de Justice de la Republique* na *Loi Organique de 23 de novembro de 1993*, no intuito de efetivar a persecução penal dos Ministros, uma vez que o artigo 68, *caput*, da Carta Francesa reserva a *Haute Cour de Justice* para o julgamento do Presidente da República apenas nos casos de alta traição.

O Conselheiro da *Cour de Cassation*, Monsieur LOUIS GONDRE em discurso proferido na cerimônia de instalação da Corte de Justiça da República, em 10 de fevereiro de 1994, acentuou que o ato de criação da referida Corte de Justiça tinha o intuito de propiciar o pleno funcionamento da atividade democrática com os princípios que regem a necessária responsabilização dos agentes públicos, uma vez que não pode haver autoridade legitimamente exercida sem a devida responsabilização dos seus atos, *in verbis*:

“En créant la Cour de justice de la République le Pouvoir constituant a tenu à confirmer que le fonctionnement de la démocratie ne saurait s'accompagner d'une irresponsabilité pénale de fait des membres du Gouvernement. Il n'y a pas d'autorité sans responsabilité.

Déjà, la Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789 mentionnait que la société a le droit de demander compte de son administration à tout agent public. Aujourd'hui encore la société française, toujours éprise d'égalité et de progrès, aspire à plus de justice et de transparence dans la vie publique”²⁷.

A sustentação trazida por LOUIS GONDRE demonstra que a criação da Corte de Justiça da República parece ter sido a solução encontrada para reativar uma maior fiscalização quanto aos atos praticados pelos membros do Governo, no exercício das suas atribuições, o que revela uma fragilidade do sistema constitucional revogado e de uma possível deficiência na atuação dos responsáveis pela investigação de tais denúncias.

A Corte de Justiça da República, portanto, julga todas as questões criminais da qual está encarregada de emitir pronunciamento, nos estritos termos e limites da sua competência descrita no artigo 68-1 :

“Os membros do Governo são penalmente responsáveis pelos atos praticados no exercício de suas funções por crimes qualificados ou delitos, no momento em que foram cometidos.”

²⁷Hautes juridictions et commissions juridictionnelles. Discours prononcé pour l'installation de la Cour de justice de la République 10 février 1994. Ceremonie d'installation de la Cour de Justice de la République, Jeudi 10 février 1994, Allocution du Président Monsieur LOUIS GONDRE Conseiller à la Cour de Cassation. Disponível em <http://www.courdecassation.fr/>.

Com a criação e a instalação da Corte de Justiça da República, o constitucionalismo francês autorizou a formação do foro por prerrogativa de função, a fim de que o citado órgão jurisdicional, na hipótese de verificação que o ato cometido por membro do Governo (Ministro), a rigor, constitui crime ou delito cometido no exercício das suas funções e que tem correlação direta com os trabalhos do Estado e as relevantes atribuições à frente da atividade ministerial venha a ser alvo de responsabilização penal²⁸.

É plenamente viável, assim, a afirmação de que o foro por prerrogativa de função – *privilège de juridiction* – pode ser identificado no constitucionalismo francês no artigo 68-1 nos processos destinados à responsabilização penal dos membros do Governo.

No que se relaciona à responsabilidade penal dos magistrados, a diretriz que se firmou no constitucionalismo francês, com efeito, é o da negação do foro privilegiado, o que é analisado com precisão por M. GUY CANIVET, *Premier Président de la Cour de Cassation*, em conferência ministrada na Universidade de Cambridge, em 19 de novembro de 2002, sobre a “*Questão da responsabilidade do Juiz na França*”, ao tecer um rápido apanhado histórico do assunto, nos seguintes termos:

“5 - À la responsabilité disciplinaire, s'ajoutent les responsabilités pénale et civile. Dès l'Ancien Régime, en effet, les sanctions disciplinaires prises contre les juges n'empêchaient pas la répression pénale. Un juge coupable de concussion, corruption ou autres méfaits, pouvait être exclu, sans préjudice d'une peine que l'époque voulait exemplaire et publique : la mort, les galères, le pilori... Le code pénal de 1810 aménagea la responsabilité pénale des juges afin de punir les actes de forfaiture, concussion, corruption, abus d'autorité et déni de justice. Cette responsabilité pénale existe encore aujourd'hui, sous une forme rénovée et moins violente... Ne bénéficiant plus, depuis la loi du 4 janvier 1993, d'aucun privilège de juridiction, le juge est soumis à la loi commune, soit en sa qualité de citoyen, soit en sa qualité d'agent public. L'égalité de tous devant la loi pénale est ainsi assurée et, en raison de leurs fonctions propres, les juges sont même spécialement visés par des dispositions du Code pénal qui leur sont spécifiques, par exemple la corruption, le déni de justice ou l'abus d'autorité.”²⁹.

²⁸ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 6^a ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 508-509.

²⁹CANIVET, GUY. *La question de la responsabilité du juge en France*. Net., Paris, nov. 2002. Colloques et activités de formation . Colloques passés. 2002. Cour de Cassation. Disponível em <http://www.courdecassation.fr/>.

A afirmação acima contida fornece um indicativo do tratamento conferido pelo Constituinte francês quanto à definição da responsabilidade do magistrado, à medida que informa expressamente que o privilégio de jurisdição, ou seja, o foro por prerrogativa de função não lhe é viabilizado e a sua responsabilidade é medida sem qualquer tipo de distinção, esteja o juiz na condição de cidadão ou de agente público.

O sistema estabelecido no Direito Constitucional francês para o exercício da persecução criminal em juízo não guarda correlação com o existente no Brasil, porquanto o privilégio de jurisdição na Carta Francesa está reservado para situações restritíssimas, como se infere dos artigos 67 a 68-3.

A Constituição Alemã, no seu artigo 61, prescreve situação típica do chamado *impeachment*, não assumindo, assim, qualquer identidade com a prerrogativa de função.

NUNO ROGEIRO, comentando o artigo 61 da Carta Alemã, assinala que *“Trata-se do mecanismo típico de impeachment”, herdado da jurisprudência constitucional americana. O processo de acusação (Anklage) é, no entanto, ao contrário da norma dos EUA, dividido em duas vertentes: a política – revelando-se ainda aqui o princípio da participação dos “Länder” ao lado do parlamento federal – e a jurídica. Os órgãos políticos podem decidir sobre o desencadear do processo, agindo aqui como um acusador público (Staatsanwalt), mas o julgamento, com os implícitos direitos gerais de defesa e princípio do contraditório (art. 103.”), será efectuado pelo Tribunal Constitucional.”³⁰.*

A Lei Fundamental de Bonn, entretanto, no artigo 98.2-5, que deve ser interpretado em conjunto com os artigos 93.5 e 61, deixa assinalado que a decisão sobre a acusação a um juiz compete à Corte Constitucional Federal, o que demonstra a efetivação de uma responsabilização penal do magistrado perante um órgão jurisdicional, portanto, situação que contém aspectos do evidente exercício da prerrogativa de função.

³⁰ROGEIRO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra 1996, p.179.

3.4

Natureza jurídica do Foro por Prerrogativa de Função.

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função no Direito Brasileiro obedece a uma circunstância *ratione personae*, ou seja, a sua concessão se estabelece em prol das pessoas (agentes públicos), que dada a importância da atividade acabam recebendo a prerrogativa de serem processados e julgados junto a órgão constitucional não pertencente à estrutura da primeira instância ou do juiz singular, bem como do Tribunal do Júri, nas hipóteses definidas no artigo 5º., inciso XXXVIII, alínea *d*, da CRFB.

Trata-se da competência funcional originária, que é exclusiva da matéria criminal, pois, como bem declarado por PIMENTA BUENO, não abrange os feitos cíveis³¹, sendo certo que tem o mérito de proteger as autoridades públicas contra possíveis perseguições ou julgamentos que viessem a ser efetivados pelos juízes singulares, no caso, eventualmente suscetíveis às influências políticas que o julgamento realizado junto aos Tribunais não propicia.³²

A natureza jurídica do foro por prerrogativa de função está associada a idéia de uma garantia fundamental, na hipótese justificada pela circunstância de que a delimitação de um órgão jurisdicional competente na Constituição ou na Lei representa a definição do juiz natural, porquanto, como explica ROGÉRIO LAURIA TUCCI ao se valer da lição de CALAMANDREI, segundo a qual o Juiz Natural é a determinação de irretroatividade da lei, a qual se apresenta como garantia e na qual “*se consubstancia o inseparável sistema da legalidade*”³³, razão pela qual a sua previsão no texto constitucional não representa um juízo de exceção, mas sim, uma garantia constitucional.

³¹PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911, p. 45.

³²Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V, 1968, p. 248-249 ao expor que o foro por prerrogativa tinha por finalidade: “*evitar se exponha o Presidente da República aos azares dos julgamentos de juízes singulares, talvez em momentos de lutas políticas e de ódios vivos*”.

³³TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 121-122.

Nesses termos, o que fica patente é que a prerrogativa de foro não se contrapõe ao Princípio do Juiz Natural, porém, ao contrário, se coaduna com as projeções possibilitadas do citado Princípio, no sentido de proteger o homem público, livrando-o de eventuais perseguições, daí porque, como bem ressaltado por VICTOR NUNES LEAL no voto proferido na Reclamação 473-GB, publicada DJ de 8-6-1962, a *“jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade”*.

Inquestionável, portanto, que o foro por prerrogativa de função, de maneira imediata, não serve à proteção dos interesses da coletividade e, tampouco determina uma maior eficiência da atividade Democrática e do preceito Republicano concernente à responsabilização dos agentes públicos, mas sim, em tese, permitiria ao indivíduo o direito de ser julgado com celeridade e perante o órgão jurisdicional fixado na lei ou na Constituição desde o dia em que o mesmo assumiu o cargo público.

A validade do foro por prerrogativa de função é indiscutível e, a respeito do assunto, JOSÉ FREDERICO MARQUES concluiu que a vedação incide sobre o *“foro estabelecido em atenção à pessoa em si (como nos casos dos foros pessoais, - rectius, profissionais). Aquêles instaurados em razão da relevância da função se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque evitam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior, perante um juiz inferior.”*³⁴.

O que é necessário fixar é que a delimitação da competência tem reflexos na prática dos atos pelo magistrado, daí porque, não estando o mesmo investido da jurisdição para processar e julgar pessoa detentora de foro por prerrogativa de função, a garantia do juiz natural estaria sendo rompida, o que qualifica como

³⁴MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 65.

inteiramente pertinente à conclusão firmada por JOSÉ FREDERICO MARQUES de que “a *jurisdição penal conhece também de causas criminais, submetidas à sua apreciação, não pelos titulares da perseguição penal, mas por aqueles que pretendem fazer valer o direito de liberdade que a norma penal regula e tutela de forma indireta. Sendo assim, não só a pretensão punitiva, mas também o direito de liberdade pode ser conteúdo do pedido com que se provoca o exercício da função jurisdicional penal.*”³⁵.

A conclusão é que a Constituição é dotada de uma série de garantias que foram elaboradas para que ninguém seja privado do seu direito de liberdade e de maneira mediata do direito de ser processado perante o órgão jurisdicional competente, nos termos da Constituição ou da Lei, a fim de que o *status libertatis* não seja afetado pela atuação de uma autoridade desprovida de competência (art. 5º., LIII, da CRFB).

Por isso mesmo, é válida a lembrança de que ninguém pode ser sentenciado senão *by the law of the land, ou by due process of law*, porque o Princípio do Juiz Natural antecede a todos os aspectos que conduzem o processo judicial criminal.

Assim sendo, a natureza jurídica do foro por prerrogativa é representativa de uma das garantias constitucionais, à medida que resguarda o direito de liberdade e o direito à segurança pessoal do indivíduo.

³⁵ MARQUES, José Frederico. *op.cit.*, p. 18.

4

A cultura do privilégio no Brasil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 225.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A atuação dos Coronéis no processo de indicação dos Prefeitos no período do Estado Novo, bem como a interferência na escolha de Delegados, Juízes e Promotores tornavam o mesmo imune à aplicação lei em relação aos mesmos e aos seus apaniguados⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5

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

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

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

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

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

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

4.6

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

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

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

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

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

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

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

4.6.1

Foro por prerrogativa de função no plano municipal.

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

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“VEREADOR

FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNCAO
COMPETÊNCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Ordem concedida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6.2

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

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

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) - ...omissis...;

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

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

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, o que se pretendeu estabelecer, em suma, foi uma chamada competência *ratione materiae*, onde o TSE ficaria responsável pelo julgamento dos crimes eleitorais praticados pelo Presidente e Vice-Presidente, o TRE encarregado do julgamento de Senadores, Suplentes, Deputados, Governador, Vice-Governador e Prefeitos e os Juízes Eleitorais o exame dos delitos eleitorais eventualmente praticados por Vice-Prefeito e Vereadores, uma vez que JOEL JOSÉ CÂNDIDO sustenta que não há justificativa plausível para que a Corte Eleitoral (TSE) não tenha a competência originária para o julgamento dos delitos praticados por determinadas autoridades, no caso o Presidente e o Vice-Presidente⁵⁵.

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

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

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

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

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

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

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

4.6.3

A competência originária do Superior Tribunal Militar.

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

Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

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

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

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

4.6.4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“HC 73232 / GO – GOIÁS

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Maurício Corrêa

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

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

Parte(s)

PACIENTE: DELCIDES PACHECO PIRES

IMPETRANTES: ROBINSON PEREIRA GUEDES E OUTRO

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIAS

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

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

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

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

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

4.6.5

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

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

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

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

INFORMATIVO Nº 201

Competência para julgar Advogado-Geral da União

PROCESSO

INQ - 1660

ARTIGO

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

ADI 3289 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

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

Publicação

DJ 03-02-2006 PP-00011

EMENT VOL-02219-02 PP-00304

REPUBLICAÇÃO DJ 24-02-2006 PP-00007

Parte(s)

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

ADV.(A/S) : ADMAR GONZAGA NETO

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5

Conclusão

1. A associação da idéia de privilégio ou da prerrogativa como situações exorbitantes do direito comum, de fato, encontrou na esfera pública grega e romana perfeita sintonia, não se podendo negar que estavam relacionadas à vida política e não ao contexto da esfera privada, bem como a atribuição a pessoas que desempenhavam funções judicantes – na Grécia, os reparadores (magistrados dos magistrados) – ou, então, importantes ao poder político – em Roma, os Senadores –.

2. Nos países que constituem, no presente momento, a maior parte da civilização ocidental européia, a organização política e social foi pautada num complexo sistema, onde as relações feudais repudiavam a idéia de igualdade entre os membros do mesmo grupamento social.

3. Enquanto inexistente o preceito concernente à igualdade, todas as relações sociais tiveram perspectiva em hipóteses que preservaram a superioridade e que possibilitaram a formação de privilégios na órbita penal e processual – foros especiais –, como se deduz dos julgamentos efetivados pela *Curia Regis* e a Corte dos Pares.

4. É positiva a constatação de foros especiais nas Constituições de Clarendon de 1164, materializando-se no primeiro documento político a reconhecer que um “*comandante-em-chefe do rei*” ou um “*oficial do governo do rei*” tinham a limitação quanto à deflagração de processos pela Igreja contra os mesmos, o que identifica uma circunstância bem semelhante à estrutura do foro por prerrogativa nos moldes propostos pelo ordenamento constitucional moderno.

5. Todo o processo histórico que determinou a restrição aos privilégios, numa visão abstratamente considerada, em síntese, possibilitou que a Inglaterra editasse vários textos normativos (*Magna Charta Libertatum* de 1215, *Petition of Right* de 1628, Lei de *Habeas Corpus* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e *Ato de*

Estabelecimento de 1701) em busca da contenção dos privilégios reais e de uma imperceptível afirmação dos direitos de uma classe e, posteriormente, de toda a sociedade inglesa.

6. Em relação ao mundo contemporâneo, o gradual repúdio à tirania e aos privilégios que teve início com os sucessivos Pactos firmados na Inglaterra (Magna Carta de 1215, *Bill of Rights* de 1689 e Ato de Estabelecimento de 1701), passando pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 consolidaram-se com a emissão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, desta forma, confirmando a idéia de valorização do ser humano sem retrocessos.

7. Os privilégios ou as prerrogativas entregues aos membros do Judiciário e outras autoridades tiveram acolhimento e total desenvolvimento no padrão normativo português (Ordenações) e espanhol (Lei das Siete Partidas).

8. A visão normativa Portuguesa, sem dúvida, alicerçou a consciência sócio-cultural do Brasil Colônia e até hoje influencia na maneira de o povo visualizar a concessão de prerrogativas como uma suposta e desmedida outorga de privilégios.

9. O processo histórico relativo à concessão de privilégios, levado a efeito em Portugal e no Brasil Colônia, na verdade, deixa evidente a criação de um padrão normativo que, antes de tudo, se esmerou pela proteção dos nobres, ocupantes de cargos mais importantes na Coroa e até dos seus empregados, realçando as diferenças entre os jurisdicionados quanto à prática dos crimes e à aplicação das penas.

10. A vertente observada com o máximo rigor na órbita constitucional americana consistiu na rejeição de todos os privilégios, no caso, somente autorizando os privilégios que fossem extensíveis a todos do Povo, por exemplo, o direito a ser julgado no Júri.

11. As orientações firmadas na Revolução Americana e no constitucionalismo americano proclamaram o exercício e consolidação de um direito de resistência salvaguardado pelo modelo Lockiano e, simultaneamente, o

afastamento dos privilégios, mediante a busca pela igualdade, a qual se traduziu num aspecto primordial na Constituição Americana, tal como se infere do Artigo III, Seção II, além de servir de inspiração ao constitucionalismo moderno, inclusive, embasando a primeira Constituição da República Brasileira de 1891.

12. A Constituição Americana apesar de conter uma descentralização legislativa em matéria processual não estabeleceu competência para os Estados definirem a prerrogativa de função nos Tribunais Estaduais, sendo certo que a Suprema Corte já emitiu pronunciamento de que a sua atuação está restrita ao disposto no artigo III, seção 2.

13. A nossa herança normativa portuguesa, no que diz respeito aos privilégios restou definitivamente afastada com o surgimento da Constituição da República de 1891, embora os fatores que propiciem o aumento inconcebível na concessão do foro por prerrogativa de função tenham as suas raízes em todo o processo histórico e antropológico vivenciado pelo homem brasileiro.

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

15. Os motivos que determinaram a exclusão do foro por prerrogativa de função em prol das autoridades públicas nos Estados-Unidos e na Inglaterra estão relacionados ao processo histórico que emanou da admissão da *Common Law* entre os mesmos.

16. Por outro lado, a exclusão do *privilège de jurisdiction* – o foro por prerrogativa – do constitucionalismo francês teve fundamento no processo revolucionário, contudo, situações de ordem práticas impulsionaram o

estabelecimento do processo de responsabilização dos membros do Gabinete a partir de 1993.

17. A prerrogativa de função existente na Constituição Austríaca se assemelha ao modelo inserido na atual Constituição brasileira, uma vez que a Carta Austríaca de 1.º de outubro de 1920 já estabelecia a presença de diversas autoridades detentoras da referida prerrogativa.

18. É possível constatar que a idéia de privilégio esteve associada às Ordenações e aplicada no direito do Brasil Colônia. Entretanto, a concepção reservada para o privilégio não se confunde com a prerrogativa de função.

19. Houve, entre nós, uma cumplicidade em prol do antigo privilégio de caráter pessoal e da prerrogativa de função de cunho objetivo, traduzindo-se numa sensação histórica de amordaçamento e comodismo, ou seja, o privilégio foi admitido enquanto o indivíduo vislumbrasse a possibilidade de um dia gozar da mesma benesse.

20. A concessão em demasia do foro por prerrogativa de função por intermédio de lei ou da Carta Estadual leva a sua descaracterização, o que torna o tema susceptível às críticas e, principalmente, reflexões sobre a sua extinção.

21. Contudo, é urgente que se defina o foro por prerrogativa de função como uma garantia constitucional reservada às autoridades mais importantes da República (Presidente da República, Governadores, Senadores e Deputados Federais, membros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República).

Referências Bibliográficas

- ABRAHÃO Koogan; ANTÔNIO Houaiss (Ed.). **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1993.
- ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade**. Introdução à Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ALTHUSSER, Louis. **Política e história, de Maquiavel a Marx**: curso ministrado na École Normale Supérieure de 1955 a 1972. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d’el Rei Filipi, o Primeiro**. São Paulo: Saraiva, 1957.
- ARDANT, Philippe. **Institutions Politiques & Droit Constitutionnel**. 6ª ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1987.
- BARZUN, Jacques. **Da Alvorada à Decadência: A História da Cultura Ocidental de 1500 aos nossos dias**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BENTHAM, Jérémie. *Sophismes anarchiques. in Oeuvres*, trad. de Et. Dumont, Bruxelles, tomo I, 1840.
- BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução – A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.
- BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BICALHO, Maria Fernanda. **A cidade e o império**: o Rio de Janeiro no século XVIII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRIGGS, Asa. **História Social de Inglaterra**. Lisboa: Presença, 1998.
- BUENO, Eduardo. **A Coroa, a Cruz e a Espada – Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**, Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- BUJÁN, Antonio Fernández. **Derecho Público Romano y Recepción Del Derecho Romano en Europa**. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2000.
- BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAENEGEM, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, volume 1, 1987.
- CALAINHO, Daniela Buono. **Agentes da Fé: Familiares da Inquisição portuguesa no Brasil Colonial**. Bauru – São Paulo: Edusc, 2006.
- CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.
- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 2º volume, 1956.
- CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**: 11ª ed., 3ª tiragem. São Paulo. EDIPRO – Edições Profissionais, 2005.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CARVALHO, José Luiz Tuffani (Trad.). **Constituições Estrangeiras**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2003.

- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na história: origem e reforma**. Rio de Janeiro: Revan, 1993.
- _____. **Cartas Constitucionais – Império, República & Autoritarismo – ensaio crítica documentação**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- _____. **O Retorno do Teológico-Político**. in CARDOSO, Sérgio (org). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- _____. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 12ª ed., São Paulo: Cortez, 2007.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. São Paulo: EDIPRO, 1996.
- CONDE, Enrique Álvarez Conde, **Curso de Derecho Constitucional**. Volume II: Los Órganos Constitucionales el Estado Autonomico. Madrid: Tecnos, 1993.
- CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas: Russell, 2002.
- CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte Americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga – Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma**. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1975.
- CRETELLA JR., J. e CRETELLA, Agnes (tradutores). **Institutas do Imperador Justiniano**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CRUET, Jean. **A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. 2ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2003. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **O direito inglês**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DEBBASCH, Charles. E PONTIER, Jean-Marie. **Les Constitutions de La France**. 3a. ed., Paris: Dalloz, 1996.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade de corte: Investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

- ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Teológico-Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. Rio de Janeiro: FAE – Fundação de Assistência ao Estudante, 1991.
- FAVOREU. L; LUCHAIRE. F; SCHLAICH. K *et al.* **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. – **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, Tomo I, 1955.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**, 2º volume. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FISCHER-WOLLPERT, Rudolf. **Os Papas**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 50ª ed. São Paulo: Global, 2005.
- FURET, François e OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GIORDANI, Mário Curtis. – **História de Roma**. 16ª ed. Petrópolis: Vozes.
- _____. **História do Império Bizantino**. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. **História da Grécia – Antiguidade Clássica I**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. **História do Mundo Feudal II/1**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. **História do Mundo Feudal II/2**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1998.
- GOFF, Jacques le. **A Civilização do Ocidente Medieval**. Bauru, SP: Edusc, 2005.
- GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português: Fontes de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

- GOMES, Suzana de Camargo. **A Justiça Eleitoral e sua Competência**: 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GUERRA, Luis López. **Constitución española**. 10ª. ed. Madrid: Tecnos, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. – **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787 - 1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HARMON, M. JUDD; ABRAHAM, HENRY J.; FELLMAN, DAVID *et al.* **Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense – Universitária, 1978.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia**. 2ª ed. Portugal: Publicações Europa-América, LDA. 1998.
- _____. **História de Portugal**, in Tengarrinha, José (Org.). *As Estruturas Políticas em Portugal na Época Moderna*. 2ª ed. Bauru – São Paulo: EDUSC; São Paulo, SP: UNESP; Portugal, PT: Instituto Camões, 2001.
- HILL, Christopher. **Origens Intelectuais da Revolução Inglesa**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã** (Clássicos Cambridge de Filosofia Política). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição comemorativa 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**: Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1995.
- JACQUES, Paulino. **Da Igualdade perante a Lei** (Fundamento, conceito e conteúdo). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- JÚNIOR, João Mendes de Almeida. **O Processo Criminal Brasileiro**. Volume 1, livro I. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901.
- JÚNIOR, José Izidoro Martins. **História do Direito Nacional**. 3ª ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- LASSALLE, FERDINAND. **Que é uma Constituição?** Guanabara – Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

- LEFEBVRE, GEORGES. 1789. **O Surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. 2º milheiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos** – Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOPES PRAÇA, José Joaquim. **Direito Constitucional Portuguez**. Coimbra: Coimbra, 1997, vol. II.
- LYRA TAVARES, Ana Lúcia de; CAMARGO, Margarida Maria Lacombi e MAIA, Antônio Cavalcanti (organizadores). **Direito Público Romano e Política**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- MANFRED, Alfred. **A Grande Revolução Francesa**. São Paulo: Fulgor, 1966.
- MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- MARSHALL, John. **Decisões Constitucionaes**. Traduzida por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Hedra, 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- MEADOR, Daniel John. **Os Tribunais nos Estados Unidos**. Tradução de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América, 1996.
- MEE JR., Charles L.. **A história da Constituição americana: o gênio do povo**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1993.
- MEIRA, Silvio. **Processo Civil Romano**. 2ª ed. Belém – Pará: Gráfica Falangola, 1966.
- MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1960.
- MIRANDA, Jorge (organização e tradução). **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980.

- MORAES, Emanuel de. – **A Origem e as Transformações do Estado, Livro 1: Democracia e Totalitarismo Originários**: Rio de Janeiro: Imago Editora, 1996.
- MOSCA, Gaetano e BOUTHOU, Gaston. **História das Doutrinas Políticas desde a Antigüidade**, 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1987.
- NETO, Armando Antonio Sobreiro. *Direito Eleitoral – Teoria e Prática*: 3ª ed., 2ª tiragem. Curitiba, Juruá, 2005.
- NEVES, Roberto de Souza. **Dicionário de Expressões Latinas Usuais: 15.000 adágios, provérbios e máximas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- PERROT, Michelle. (Org.). **História da Vida Privada, 4: Da Revolução à Primeira Guerra**. 8ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. **Apontamentos sobre as formalidades do processo civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911.
- _____. **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**: 5ª Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.
- _____. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- _____. **José Antonio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente** / organização e introdução de Eduardo Kugelmas (Coleção Formadores do Brasil). São Paulo: Editora 34, 2002.
- PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral. Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais**: 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PLATÃO. – **As leis, ou da legislação ou Epinomis**. Bauru: EDIPRO, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo V, 1968.
- RAPHAEL, Ray. **Mitos sobre a fundação dos Estados Unidos**: a verdadeira história da independência norte-americana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- ROGEIRO, Nuno. **A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Coimbra: Coimbra 1996.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: Princípios Gerais do Direito Político**. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissiones. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

- SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.
- SILVA, Gilvan Ventura da e MENDES, Norma Musco (organizadores). **Repensando o Império Romano: Perspectiva Socioeconômica, Política e Cultural**. Rio de Janeiro: Mauad; Vitória, ES: EDUFES, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Profissional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOBRINHO, Barbosa Lima; MELLO, F. I. M. Homem de; ALENCAR, José de; *et al.* **A Constituinte de 1823**: Obra comemorativa do sesquicentenário da Instituição Parlamentar. Brasília: Senado Federal, 1973.
- SUFFERT, GEORGES. **Tu és Pedro**: santos, papas, profetas, mártires, guerreiros, bandidos. A história dos primeiros 20 séculos da Igreja fundada por Jesus Cristo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIEIRA, Jair Lot. (Supervisão Editorial). **Código de Hamurabi, Código de Manu excertos (Livros oitavo e nono) e Lei das XII Tábuas**. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2002.
- VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Volume I. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.
- WEHLING, Arno e Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WILCKEN, Patrick. **Império à deriva**: A corte portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.