CRIME DE RESPONSABILIDADE – PREVALÊNCIA DO FÔRO ESPECIAL APÓS A CESSAÇÃO DE FUNÇÕES – PREFEITO MUNICIPAL

– É tradição do nosso direito que as autoridades, mesmo fora do cargo, respondem no fôro especial determinado em lei, quando praticaram o crime no exercício de suas funções.

– Se dependesse da permanência no cargo, a determinação da competência ficaria ao arbítrio de uma das partes interessadas, bastando que o acusado deixasse o cargo ou o poder público o demitisse, para que aquela deixasse de subsistir.

– Interpretação do decreto-lei n.º 5.511, *de* 21-5-43.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Justiça Pública *versus* Alcindo Chaves e outros
Proc. de respons. n.º 15.487 – Relator: Sr. Desembargador
MÁRCIO MUNHOZ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de processo de responsabilidade n.º 15.487, da comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são autora a Justiça Pública e indiciados Alcindo Chaves, Amado José Saliba, Miguel José

COMENTÁRIO

FÔRO ESPECIAL NOS CRIMES FUNCIONAIS

Não é possível, *data venia* da grande autoridade do ilustre Tribunal paulista, estar de acôrdo com a doutrina sustentada no julgado que temos a honra de comentar.

Tôda a sua argumentação se funda, com respeito o dizemos, num equívoco, qual seja o de confundir o fôro especial pela prerrogativa da função em que a pessoa está investida no momento

Saliba e Alceu Vieira de Carvalho: Acordam em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitar, por maioria de votos, a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça, quanto à incompetência deste Tribunal para processar e julgar os indiciados, determinando que o processo seja devolvido ao Procurador Geral para que, tomando conhecimento do mérito da causa, dê-lhe o andamento conveniente.

Assim decidem, por improcedentes os motivos invocados na preliminar, para excluir a competência originária dêste egrégio Tribunal:

Sem negar a existência de um crime de responsabilidade atribuído ao indiciado Alcindo Chaves, em ação conexa com a dos demais réus, a Procuradoria Geral de Justiça sustenta não ter aplicação, no caso, o disposto no art. 7.º do decreto-lei n.º 5.511, de 21 de maio de 1943, por não mais se achar aquêle indiciado no exercício das funções de Prefeito Municipal. Entende que o fôro especial do Tribunal de Justiça, para o processo e julgamento de Interventor, Governador ou Prefeito, nos crimes de responsabilidade, como determina aquêle artigo de lei, deixa de prevalecer depois de cessadas as funções político-administrativas daquelas autoridades, apesar de praticado o crime no exercício e em conseqüência dessas funções. Chega por isso à conclusão de que, para um ex-prefeito, desaparece a jurisdição especial, desde o momento em que êle deixou o cargo.

Os argumentos aduzidos nesse sentido resultam de citações de tópicos de comentários ao art. 33 da Constituição federal de 1891, que trata da competência privativa do Senado, a fim de julgar o Presidente da República, como Tribunal de Justiça.

Para fortalecê-los, cita a Procuradoria, através de Barbalho, a opinião do senador José Higino, no debate que travou com Epitácio Pessoa, sôbre a situação do Presidente da República, depois do processo político contra êste instaurado no Senado; procura invocar a autoridade do próprio Barbalho, assim como de Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda, para chegar à con-

---

em que é acusada (fôro *ratione personae*, vestígio do antigo fôro privilegiado, mantido nos regimes representativos *por utilidade pública* em benefício de certos *cargos* e não de certas *pessoas* ou de certas infrações) e o fôro, ou, melhor, a competência *ratione materiae*, de algumas jurisdições especiais para conhecer de certas infrações, como, por exemplo, a jurisdição dos delitos militares (Constituição, art. 108); a antiga jurisdição da justiça federal para os delitos contra a Fazenda Federal; a competência do Tribunal Federal de Recursos para conhecer dos recursos nos crimes praticados "em detrimento de bons serviços ou interêsses da União" (Constituição, art. 104, II, *a*), a competência do Supremo Tribunal para os recursos nos crimes políticos (Constituição, art. 101, II, *c*),

clusão de que depois de deixar o cargo a autoridade fica sujeita à jurisdição comum; afirma afinal ter sempre prevalecido a "opinião de que em geral o indiciado perde o fôro privilegiado ou especial, quando cessa o exercício de suas funções".

Tôdas essas citações, entretanto, não têm a menor aplicação ao caso em debate: Referem-se ao processo de "impeachment", cuja única finalidade consiste, de acôrdo com o citado art. 33, em determinar a perda do cargo, com a característica tradicional, na invocação de Pontes de Miranda, de ser o meio *"removel from office and disqualification"*.

E' claro, portanto, que, em face da disposição constitucional imperativa do art. 33, tenha Carlos Maximiliano declarado que "só se processa perante o Senado quem ainda é funcionário", acrescentando, em seguida, "a renúncia do cargo prejudica o "impeachment". Conceito a ser admitido sob a forma mais restrita, tanto que, depois de emiti-lo, o insigne jurista refere-se a um processo instaurado contra um ex-ministro da guerra americano, que, apesar de ter renunciado o seu cargo, foi julgado em fôro especial.

Ainda em relação ao "impeachment", nos debates relatados por Barbalho e travados entre José Higino e Epitácio Pessoa, êste ilustre representante da nação sustentou, com a sua habitual proficiência, que, "se o processo político tem de cessar logo que êle (o Presidente da República) deixe definitivamente o exercício do cargo, o que pode fazer por uma renúncia, podemos desde já garantir que êste projeto, que estamos discutindo, não é o projeto de responsabilidade do Presidente, mas sim o da sua irresponsabilidade. O Presidente da República poderá cometer os mais graves delitos que a lei não o atingirá, porque, com a renúncia, êle conseguirá o silêncio do Senado, e, com o silêncio do Senado, êle terá alcançado também o silêncio dos tribunais ordinários, os quais só podem julgá-lo depois que aquela corporação política se houver manifestado". ("Anais da Câmara dos Deputados", 1891, vol. IV, pág. 39).

---

a jurisdição da Justiça Eleitoral para os crimes eleitorais e conexos com êstes (Constituição, art. 119, VII).

No voto vencido, do desembargador H. da Silva Lima, o equívoco já se acha evidenciado. O acórdão cita numerosos autores estrangeiros que sustentam que o crime funcional não se desfigura pelo fato de ter o agente deixado as funções públicas, se o seu ato é ligado ao exercício daquelas funções, como na hipótese do art. 317 do Código Penal: "Art. 317 — Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela,* vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem", para daí concluir que êsses agentes conservam o fôro especial de que gozarem. Mas, no caso,

Pela sua própria natureza, verifica-se que os comentários ao preceito constitucional, que estabelece as condições do "impeachment", não se aplicam a um julgamento sem caráter político.

A circunstância do Presidente da República ficar sujeito à justiça comum, depois de condenado a se afastar do cargo, segundo o § 3.º do art. 33 da Constituição, não leva à conclusão de que cessada a função desaparece a jurisdição especial. êsse dispositivo de caráter todo especial, e relativo a determinada autoridade, não serve de fundamento para estabelecer, como regra, o desaparecimento do fôro originário em relação a outras autoridades, porque: *a*) a expressão "justiça ordinária", empregada naquele parágrafo, constitui apenas antítese ao caráter político do Senado como tribunal, sem a fôrça de excluir as diversas competências judiciárias, entre elas a originária, previstas em outros preceitos constitucionais e legislativos; *b)* a decadência, no caso, é "contra o condenado", segundo os têrmos expressos do texto constitucional; resulta, portanto, de uma condenação e não da "perda do cargo", a exemplo de disposições similares nas Constituições americana e argentina (Castro Nunes, "Poder Judiciário", pág. 41); *c)* a permanência ou não no cargo, em vez de constituir condição, representa resultado processual ou decisório.

O certo é que o presente julgamento não se refere a processo comparável ao do "impeachment" e subordinado a duas fases. Ao contrário, trata de processo único com a competência privativa e originária do Tribunal, em todos os seus trâmites.

Nessas condições, os preceitos constitucionais, que deverão servir como elementos interpretativos, não deverão ser procurados no citado art. 33, mas no art. 59 da Constituição federal de 1891 e similares das Constituições posteriores, onde se acham concretizados os princípios relativos à competência originária, para o julgamento de crimes funcionais ou de responsabilidade de determinadas autoridades.

---

o fôro especial que êles conservariam não seria o fôro pela *prerrogativa de função,* que consiste, sempre, no ser julgado por juiz ou tribunal de *hierarquia superior,* mas o fôro *ratione materiae, o fôro do crime,* coisa inteiramente diversa do fôro pela prerrogativa da função.

Como bem acentua o voto vencido: "Uma coisa é o delito funcional (e a competência para dêle conhecer, acrescentamos) e outra o fôro privilegiado. Pode ser o agente acusado de um delito funcional sem ser necessàriamente levado ao fôro privilegiado, por tirar a sua razão de ser da convicção momentânea do indiciado pelo cargo que esteja a exercer no momento do processo (e não da natureza e espécie da infração).

Nos casos ali previstos, como bem demonstra Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição federal de 1934, "o processo e condenação dos arts. 61, § 1.º e 76, n. I, letras "a", "b" e "c", não são "impeachment". Trata-se de fôro especial, porém, sem as características daquele instituto: falta-lhes a decretação de acusação pela Câmara dos Deputados e a restrição do art. 58, § 7.º. A Côrte Suprema, como as Côrtes de Apelação, processa e julga "exaustivamente", quer dizer: proferida a condenação, nada fica para conhecimento das justiças ordinárias quanto aos mesmos fatos".

E' exatamente o que ocorre neste processo, em que o julgamento é "exauriente", sendo de notar que nos comentários aos dispositivos constitucionais que tratam da competência privativa dos Tribunais, nenhum dos autores citados pela Procuradoria, ou qualquer outro, condiciona essa competência ao fato da autoridade ou funcionário processado achar-se ainda no exercício do cargo.

E' tradição do nosso direito que as autoridades, mesmo fora do cargo, deverão sempre responder no fôro especial determinado em lei, quando praticam o crime no exercício de suas funções.

No regime imperial, a lei de 15 de outubro de 1827, sôbre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado, já estabelecia em seu art. 60, "quando denunciado o acusado estiver fora do ministério, ao tempo da denúncia ou acusação, será igualmente ouvido pela maneira declarada nas duas seções do Capítulo III". Essas duas seções tratam exatamente do processo e julgamento em fôro especial, que continua a prevalecer mesmo quando o acusado deixa suas funções de Ministro.

êsse mesmo critério perdura em diversas legislações, como se vê nos tratados constitucionais de Esmein, Duguit e Carré de Malberg, onde se encontram referências a vários processos de responsabilidade, instaurados na França e em outros países, em que os funcionários acusados continuam na mesma situação, apesar de não se encontrarem no exercício do cargo, pouco importando estejam êles "en place où hors place", para determinação do fôro.

Demos um exemplo. Suponhamos que, no regime da lei 4.780, de 1923, um funcionário federal comete, estando em função, o crime de peculato. Cometido o crime, deixou a função, ou por demissão, ou por abandono do cargo, ou por qualquer motivo. Como o crime de peculato era, por essa lei, da competência da justiça federal (art. 40 da lei), o crime *continuava*, embora tivesse o funcionário largado o cargo, da competência da justiça federal.

E por que? Porque a justiça federal não era fôro privilegiado, fôro pela *prerrogativa da função*, e sim fôro *ratione materiae* para *certos crimes*, como o em aprêço.

Tão segura é essa orientação, que em debates do Senado sôbre a competência a respeito de crime praticado, no período legislativo, por deputado cujo mandato já terminara, ficou resolvido, de acôrdo com o luminoso parecer do Visconde de Abaeté, apoiado e defendido por Pimenta Bueno, que "perdurava a jurisdição especial", como relata José Carlos Rodrigues em seus comentários ao art. 47 da Constituição do Império.

Em sentido idêntico firmou-se a jurisdição do colendo Supremo Tribunal, ao decidir "que o fato da demissão do acusado não o subtrai ao fôro competente para processar e julgar o crime, que lhe é atribuído, de natureza funcional". (Otávio Kelly, "Repertório de Jurisprudência", pág. 82).

Especialmente sôbre a competência privativa do Tribunal, para o julgamento de crime de responsabilidade, quando o funcionário deixou o cargo, debateu-se uma hipótese, cuja solução põe em destaque a prevalência do fôro especial: o Ministro Costa Manso, em comentário ao art. 15 do Regimento do Tribunal, que não cogitara da competência para julgamento dos juízes substitutos, sustenta que, "tratando-se de crime praticado quando o substituto se encontre no exercício do cargo de Juiz de Direito, será o caso regido pela letra "d", isto é, caberá o processo e o julgamento ao Tribunal de Justiça". ("Processo na Segunda Instância", pág. 55).

Idêntica é a jurisprudência do Supremo Tribunal sôbre êsse ponto: "O Juiz inferior, que estiver no exercício interino da vara de direito, responde, nos

---

Suponhamos que um militar cometesse um crime militar e depois deixasse de ser militar: continuaria a responder no fôro militar, porque êsse fôro o é dos *crimes militares*, e não fôro *por prerrogativa de função;* não é estabelecido em razão da hierarquia da função que o criminoso exerce, mas por motivo *do crime que o agente praticou*.

Tanto é assim que *o civil*, quando comete crime militar, é julgado pelo *fôro militar;* trata-se de fôro *do crime* e não fôro de *titulares de cargos ou funções*, em razão da hierarquia do cargo em que são investidos. Suponhamos que um procurador geral da República cometesse crime de peita ou subôrno (Cód. Penal de 1890, art. 214). Aí está um exemplo que permite tornar claro o assunto. êsse procurador geral gozaria do fôro pela *prerrogativa* da função. Seria julgado pelo Supremo Tribunal. Ao mesmo tempo *o seu crime* seria da competência da justiça federal.

Como procurador geral, teria por fôro privilegiado, graças à função em que é investido, o Supremo Tribunal; como funcionário público, o seu crime, visto ser em razão da função, teria por fôro a justiça federal, ao tempo em que esta existia. Pois bem. Figu-

crimes funcionais praticados como substituto, perante o Tribunal competente para julgar o titular do cargo" (Otávio Kelly, ob. cit.).

Para que prevaleça a jurisdição originária não é portanto necessário e, no caso, é até impossível, que o substituto continue no cargo, uma vez que não é seu titular, tendo exercido as funções de Juiz de Direito temporàriamente. Mesmo assim é julgado pelo Tribunal, depois de ter deixado essas funções, mas por crime delas decorrente.

A razão determinante dessa conclusão e das demais sôbre a jurisdição originária decorre da circunstância de não haver mais fôro privilegiado para determinadas pessoas, contrário aos princípios de igualdade civil, mas simplesmente fôro especial fixado no momento consumativo do delito e destinado a melhor amparar o exercício de certas funções públicas.

A qualidade do agente está tão intimamente ligada ao elemento objetivo do delito praticado no exercício do cargo, que em vez de constituir condição preponderante, para fixar a competência, é uma simples conseqüência do fato delituoso.

A qualidade da pessoa "não é fonte direta de jurisdição, sustenta Clariá Olmedo, mas uma das causas que modificam a natureza do delito, o qual uma vez cometido adquire natureza própria, proporcionada por seus elementos. Essa natureza, assim adquirida, não pode variar para que um dos elementos do delito, uma vez consumado, dêle se desagregue, como se apartasse o pensamento da obra cuja realização determinou" ("Competencia Penal en la República Argentina", pág. 223).

êsse conceito firma-se incontestàvelmente sôbre os princípios reguladores do momento consumativo do delito que, nos crimes funcionais, corporifica-se na prática de um ato contrário à lei penal em razão do ofício ou da função.

Nesse momento, segundo a expressão de Carnelutti, dá-se a "legitimazione del reato", destinada a estabelecer, segundo êsse conceituado criminalista, a competência absoluta ou relativa, para o respectivo julgamento ("Teoria Generale del Reato", pág. 130).

---

remos que, cometido o crime, êle se exonerasse ou fôsse demitido de Procurador Geral e de todos os seus cargos federais. Que aconteceria? Perderia o fôro pela *prerrogativa da função* (o Supremo), e conservaria o fôro *do delito* (a justiça federal). Seu delito continuaria da competência da Justiça Federal; mas, não sendo mais Procurador Geral, não mais gozaria do fôro privilegiado. Iria ser juizado pelo juiz federal ou pelo júri federal (conforme a lei dispusesse) e não mais pelo Supremo Tribunal, salvo, está claro, em grau de recurso.

Pois bem, o acórdão, pelo fato de perdido o cargo federal, continuar o crime na competência da justiça federal, pretende que o

Nestes autos, o ato imputado ao ex-prefeito, como crime de responsabilidade, foi praticado quando êle se achava no exercício do cargo que exerceu; em tais condições, a "legitimazione" e a consequente determinação da competência tornou-se certa naquele momento consumativo, não havendo razão para ser modificada, com a ocorrência de circunstância que não altera a integridade da ação delituosa.

Nada mais claro nesse sentido do que a lição do citado professor argentino: "Como consequência do caráter especial do elemento subjetivo, chega-se à conclusão de que esta investidura deve existir, no momento em que o delito é cometido, bastando que tenha existido nesse momento, mesmo que depois desapareça. Ainda quando a pessoa perca posteriormente ao delito sua investidura, o delito não perde a natureza que adquiriu e que se firmou no momento exato em que foi cometido, integrando a figura delituosa. Em outras palavras: Enquanto o sujeito segue sua vida independentemente, o delito, já livre da sua influência, torna-se estático, encerrou seu cíclo, critalizou-se para não ser daí por diante outra coisa senão o que foi no momento da sua consumação. Sob o ponto de vista jurídico e no que se refere à competência penal, nada mais lógico do que essa deslocação, do sujeito em relação ao delito; uma vez cometido êste, podemos afirmar que o delito, pela causal apontada, adquiriu uma especial tipificação, resultante da personalidade que a mantém em tal caráter durante todo o procedimento processual" (ob. cit., pág. 219).

Em última análise, a competência se define "ratione materiae" desde que o delito não se concretiza por constituir ato de um funcionário, mas porque praticado "em razão da função do cargo exercido" (Esmeraldino Bandeira). "O verdadeiro caráter dos atos praticados pelo funcionário resulta do abuso da função do emprêgo ilegal e fraudulento do poder que o Estado delegou ao agente... Sempre que a função, ou a autoridade que esta confere, serve de meio ou de instrumento para a prática do delito, sempre que o delito é um abuso dessa função ou dessa autoridade, o funcionário pode invocar a garantia do fôro especial, porque o fato que lhe é imputado resulta do próprio

---

cidadão conserva o fôro privilegiado, o fôro por prerrogativa da função que o cidadão não mais exerce. Confunde, evidentemente, fôro do crime com fôro da função hierárquica. O fôro por prerrogativa da função é instituído por motivo da hierarquia do funcionário; o funcionário passa a ser julgado por um tribunal de hierarquia superior (Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal, etc.). Perdida a hierarquia, por demissão ou outra causa, cessa, òbviamente, a razão de ser do fôro privilegiado, continuando, entretanto, o fôro especial do crime (antiga justiça federal, etc.), que não é nem nunca foi, fôro pela prerrogativa da função, mas *justiça comum especializada para infrações de certa natureza*.

exercício dêsses direitos e daquele poder". (E Pessina, "Enciclopedia del Diritto Penale", vol. 3.º, pág. 86).

Sob êsse ponto de vista, Esmeraldino Bandeira, em seus estudos a respeito da competência da Justiça Militar, com inteira aplicação ao caso presente, pois se refere a jurisdição especial do foro militar, estabelece a eficiência taxonômica do critério "ratione materiae", para declarar ser o único que por si só e por sua atuação exclusiva qualifica o crime, por isso que supõe a um tempo caráter militar no ato e no agente ("Direito, Justiça e Processo Militar", pág. 33).

Chega a essa conclusão depois de examinar as idéias decorrentes da Constituição do Império e das leis promulgadas nesse regime, sôbre a Justiça Militar, pondo em destaque a transformação operada no regime republicano, no qual, segundo a verdadeira e rigorosa exegese da Constituição de 24 de fevereiro, predominou o critério "ratione materiae", desde que êsse estatuto exigiu a dupla ocorrência da qualidade militar no delinquente e no delito, quando estabeleceu fôro especial para as infrações de caráter militar (ob. cit., pág. 67).

No mesmo sentido manifesta-se Castro Nunes, baseado na autoridade de João Vieira de Araújo, ponderando que a jurisdição militar "não é um privilégio nem uma prerrogativa de corporação ou seita, mas é ordenada sôbre a essência do serviço militar... não respeita senão a matéria do fato criminoso cometido pelo militar nas relações que o envolvem no serviço militar" ("Poder Judiciário", pág. 398).

Como conseqüência lógica dêsses princípios, a doutrina e a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Militar, como do Supremo Tribunal Federal, têm firmado que: *a*) a baixa de serviço do exército não exime a praça da responsabilidade criminal, a que ficou sujeita, por fatos delituosos praticados na constância do serviço militar; *b*) o fato do indivíduo ter sido demitido, a

---

Não há confundir a competência para processar e juizar certos titulares de cargos públicos, em razão da hierarquia, com a competência para processar e julgar certos crimes de titulares de cargos públicos em razão da natureza dos mesmos crimes, o que não constitui fôro privilegiado.

Alude o acórdão à "opinião" do senador José Higino no debate com Epitácio Pessoa durante as discussões para elaboração das leis ns. 27 e 30, de 1892, sôbre a responsabilidade do Presidente da República. Mas, não se trata de simples "opinião" e sim da idéia que triunfou no Congresso e se transformou em lei: quando o Presidente *por qualquer motivo* (e não só em virtude de *condenação* pelo Senado) deixa o cargo, perde o fôro privilegiado e é processado e julgado pela justiça comum (naquele tempo, a justiça

pedido, do serviço do exército ou da armada, não o isenta do fôro militar, não sendo necessária a sua reversão ao serviço para que possa prosseguir o processo; *c*) é competente o fôro militar para processar e julgar um excluído militar.

Para desfazer qualquer dúvida o regulamento processual criminal militar estabeleceu que "estão sujeitos à jurisdição militar os oficiais reformados quando cometerem delitos militares". Dispositivo assim justificado: "êsses oficiais não só podem cometer tais delitos quando em serviço, porque delito militar é delito de função". (Esmeraldino Bandeira, ob. cit., pág. 79 e 84).

Como elemento de interpretação analógica, o critério preponderante sôbre a competência na Justiça Militar esclarece que a jurisdição especial resulta de determinado ato funcional praticado por determinado agente; além de fortalecer a norma resultante do momento consumativo do delito, estabelece, de uma maneira categórica, que o afastamento do agente do cargo, em cujo exercício praticou o delito, não exclui a jurisdição especial, firmada "pelo delito de função".

De modo geral, Rauter resume êsse ponto de vista, sustentando: "o delito é relativo às funções, quando estas integram o ato delituoso pelo abuso que por meio delas o acusado praticou, delinquindo ou no intuito de delinquir"; Chaveau et Hélie reafirmam o conceito, declarando: "o verdadeiro caráter dêsses fatos é que constitui um abuso da função, um emprêgo ilegal e fraudulento do poder delegado ao agente". Pessina o completa de maneira incisiva, estabelecendo: "a garantia não é um privilégio inerente à pessoa do funcionário enquanto perdura a função, mas uma garantia devida ao exercício da própria função" (ob., cit. pág. 87).

Chega-se ao mesmo resultado, tomando-se em consideração o aspecto genérico dos motivos de ordem político-social, que trouxeram como conseqüência a implantação do fôro especial para o julgamento de crimes praticados pelas autoridades colocadas em certos graus da hierarquia administrativa. Se em tempos longínquos teve aceitação a teoria propugnada por Benjamin Constant, denegatória da existência dos delitos de ofício ou de função, passou a

---

federal), e não pelo Supremo Tribunal, como pensa o voto do ilustre Desembargador Azevedo Marques, quando: "Por isso mesmo e a despeito disso, o acusado fica, ainda, sujeito a responder pelo crime perante a justiça comum, *embora sob a jurisdição privilegiada do Supremo Tribunal Federal*.

Nunca foi assim. Perdido o cargo, por qualquer motivo, o Presidente não goza mais de fôro privilegiado, hierárquico; vai para a justiça comum competente para o processo e julgamento *do crime* (a antiga justiça federal, ou, se o crime não era em razão da função, a justiça local).

predominar e perdura até hoje a orientação de Peregrino Rossi, o qual, na expressão de Pessina, em rastro luminoso, na ciência do direito penal e através do seu curso de direito constitucional, fixou os verdadeiros princípios no sentido de estabelecer que as exceções relativas aos delitos funcionais constituem apanágio e garantia das funções exercidas.

Sempre predominaram no direito brasileiro, como salienta Pedro Lessa, recordando que já no Império tiveram o seu desenvolvimento, nos trabalhos de direito público do Marquês de São Vicente, o qual reconhece ser "um princípio fundamental que os empregados públicos são estabelecidos no interêsse do serviço social, e não no seu interêsse individual, para manter os direitos dos cidadãos, fazer-lhes justiça, promover os interêsses e o bem-ser da associação. Todo emprêgo supõe regras do seu exercício, e obrigações a satisfazer; é, pois, de razão e de dever cumpri-las; essa é também a exigência da própria honra e moralidade do funcionário. Nenhuma corrupção é mais detestável do que a dos delegados do poder público; ela prejudica o pôder, desmoraliza a sociedade, inverte em prejuizo o instrumento que fôra estabelecido para ser útil e protetor. A responsabilidade dos agentes do poder constitui, pois, uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais" ("Do Poder Judiciário", págs. 156/157).

O próprio Código Penal cristaliza essas correntes de opinião, tanto que, em seu art. 316, caracteriza o delito de concussão como funcional, quando o agente o pratica depois de deixar a função ou antes de assumi-la, mas em razão da mesma. Torna evidente que o preceito legal tem como principal finalidade garantir a função.

Essa norma tem suas raízes no direito italiano, cujos comentadores a esclarecem, ponderando que "o necessário prestígio dos atos do funcionário pú-

---

Ensinava João Barbalho, comentando o art. 33, § 3.º, da Constituição de 1891:

"*Sem prejuízo* da ação da justiça ordinária "contra o condenado", diz a Constituição. E destas palavras "contra o condenado" se evidencia o propósito que ela tem de só permitir o pronunciamento da justiça comum, quando, depois de ter sido processado e julgado pelo Senado, o presidente é por êle declarado em culpa e lançado fora do cargo. *Reduzido, então, à condição ordinária de simples cidadão,* a magistratura o toma sob sua jurisdição e (para servirmo-nos do próprio texto legal) "julgará o delinqüente segundo o direito processual e criminal comum". Art. 2.º, *in fine,* da lei n.º 30, de 8 de janeiro de 1892 (quanto ao processo criminal depois de ter o presidente *renunciado o cargo* ou terminado o período presidencial, *vide* comentário ao art. 54, § 2.º)".

blico não pode ter a sua duração circunscrita ao tempo em que êle exerce o cargo; nem o respectivo afastamento constitui motivo suficiente para dispensar o funcionário dos encargos da função que exerceu" (Majno, *apud* Hugo Gavassi, "Dei Delitti contro la Publica Amministrazione", vol. 4.º, pág. 43).

Pelo conceito de delito funcional e motivo determinante da sua punibilidade, verifica-se que continua a subsistir, mesmo depois do funcionário deixar o cargo e nesse caráter persiste a competência para o processo e julgamento.

Ocorre ainda que a competência atribuída pelo decreto-lei n.º 5.511, por ser determinada pela natureza da infração e prerrogativa de função, é de caráter absoluto, "assim chamada, no dizer do grande João Mendes, no sentido de não poder ser alterada pelas partes nem pelos juízes" ("Direito Judiciário Brasileiro", pág. 25).

Se a competência dependesse da permanência no cargo, ficaria ao arbítrio de uma das partes interessadas, bastando que o acusado deixasse o cargo para que a mesma desaparecesse. Assim, por ato próprio, alteraria ou modificaria uma competência absoluta, prevista em lei. Caso a iniciativa não partisse do acusado, poderia resultar de ato do poder público, que, por meio de uma demissão, faria com que a competência especial deixasse de existir.

Ficaria assim a Justiça subordinada às conveniências e caprichos pessoais ou políticos, com flagrante desrespeito dos axiomas da competência absoluta, que por definição é imutável.

A circunstância do decreto n.º 5.511 determinar que a condenação do acusado implica sempre na perda do emprêgo não leva à conseqüência de que perdida a função desaparece a competência especial. A perda do emprêgo

---

Recorrendo ao comentário para o qual nos remete o insigne constitucionalista, encontramos a seguinte lição: "Art. 8.º — O processo de que trata essa lei poderá ser intentado não só durante o período presidencial, mas ainda depois que o presidente, *por qualquer motivo houver deixado definitivamente o cargo.*" (Segue-se a transcrição dos anais da Constituição com a justificação da emenda pelo seu autor).

"O mesmo era o modo de ver do Presidente da República nas razões de veto que apôs à lei". (Segue-se a transcrição dos anais).

Em refutação da emenda, porém, o senador José Higino argumentava (*Anais do Senado*, 1891, p. 104):

"O art. 33 da Constituição diz que compete privativamente ao Senado julgar o *Presidente da República*". É, pois, o *Presidente da República* (os grifos são do autor), o funcionário investido das funções de chefe da União que o Senado julga. Ora, não é presidente da República quem largou o cargo presidencial porque

ali prevista nada mais é do que um complemento necessário, quando o funcionário ainda o exerce. Se deixou o respectivo exercício, perde a sua razão de ser, como pena complementar de caráter moralizador, para que o funcionário condenado não possa continuar na função de que abusou.

Também não constitui óbice ao julgamento perante o egrégio Tribunal a declaração, contida no citado decreto, de que oportunamente será regulamentado o processo a que ficarão sujeitos os Interventores, Governadores e Prefeitos.

Em regra a falta de norma processual não ilide a competência nem impede o julgamento no fôro estabelecido por lei. No caso em aprêço, as dificuldades são meramente ilusórias em face da lei n.º 18, de 21 de novembro de 1891, que as afastou, determinando, em suas disposições transitórias, que, enquanto não regulados especialmente, os processos perante o fôro especial obedecem às normas do regimento interno do Tribunal sôbre o julgamento dos crimes de responsabilidade, da sua competência originária.

Sempre assim se procedeu na aplicação de muitos outros diplomas, que firmam a competência originária do Tribunal, deixando para o momento oportuno a discriminação do respectivo processo, que nunca chega a ser concretizado em regulamento. Nem por isso deixa de prevalecer a competência, ficando o respectivo processo subordinado às disposições já existentes no regimento interno dêste egrégio Tribunal.

Na falta, portanto, de qualquer motivo excludente da competência originária, para o julgamento dos indiciados neste processo, insubsistente se torna a preliminar suscitada.

São Paulo, 16 de abril de 1947. — *Teodomiro Dias*, Pres. — *Márcio Munhós*, Relator designado. — *Rafael de Barros Monteiro*, vencido na preliminar. — *Frederico Roberto*. — *Joaquim de Silos Cintra*. — *A. M. Câmara Leal*, vencido na preliminar. — *Justino Pinheiro*. — *Pinto do Amaral*, vencido.

"terminou o período presidencial ou por qualquer outro motivo"; o *ex-presidente* é um simples cidadão, e, como tal, não pode ser arrastado à barra do Senado; *só às justiças ordinárias compete julgá-lo segundo o direito comum*.

O autor da emenda procurou justificá-la alegando que, se prevalecesse o sistema adotado pelo art. 3.º do projeto, o presidente da República poderia evitar o julgamento do Senado e conseqüentemente a pena de incapacidade, demitindo-se do cargo presidencial. Não há dúvida que o Presidente da República, como qualquer outro funcionário sujeito ao julgamento do Senado, pode evitar o *impeachment* e seus efeitos, fazendo renúncia do cargo. Mas, *quid juris?* Se por êsse meio o presidente subtrai-se à justiça do Senado, não evita a ação das justiças ordinárias, nem as penas

— *Vicente de Azevedo*. — *Gomes de Oliveira*. — *J. Barbosa de Almeida*. — *Paulo Costa*. — *Manuel Carlos*. — *J. M. Gonzaga*. — *Euclides C. Silveira*, vencido. — *Trasíbulo de Albuquerque*, vencido na preliminar. — *A. de Oliveira Lima*. — *J. R. A. Vallim*. — *J. Augusto de Lima*. — *Vasco Conceição*, vencido. — *Euclides de Campos*. — *Breno Teixeira*, vencido. — *Juárez Bezerra*, vencido. — *Camargo Aranha*. — *Bernardes Júnior*. — *Mário Masagão*. — *Nelson de Noronha Gustavo*. — *Otávio Guilherme Lacorte*. — *Amorim Lima*. — *H. da Silva Lima*, vencido. Votei pela incompetência do egrégio Tribunal de Justiça para o processo e julgamento do indiciado, que já deixou, há um ano, o exercício do cargo, e determinei que os autos voltassem à comarca de origem, para aí seguir o caso o seu curso natural, na jurisdição que tradicionalmente julgou os Prefeitos, e muito bem, com recurso para a Segunda Instância.

E' certo que o delito não se desfigura pela exoneração do culpado, conforme sustentam eminentes criminalistas, da autoridade de Pessina, Carrara, Puglia, Majno e Impallomeni, ao discutirem a corrupção futura e a póstuma, conquanto haja opiniões em contrário, como a de Manduca, para quem *"un pubblico ufficiale non può essere corroto per un atto non compiuto durante l'esercizio delle sue funzione."*

O art. 317 do nosso Código Penal prevê também a hipótese, e a jurisprudência tem-se manifestado sôbre casos de exoneração posterior, entendendo que ela não tira ao crime a característica funcional ("Rev. Dir"., 115/311, 119/264; "Revista dos Tribunais", 130/546).

Uma coisa, porém, é o delito funcional e outra o fôro privilegiado. Pode ser o agente acusado de um delito funcional, sem ser necessàriamente levado ao fôro privilegiado, que tira sua razão de ser da condição momentânea do indiciado, pelo cargo que esteja a exercer no momento do processo. Ocorrendo a perda do cargo, cessado o seu exercício, cessa a competência pela "prerro-

---

criminais que as leis tenham estabelecido para o crime ou os crimes por êle perpetrados. Ora, as leis criminais e a justiça ordinária é que são a garantia da ordem jurídica e da inviolabilidade do direito. A emenda da Câmara dos Deputados desvirtua todo o sistema, mantendo a jurisdição excepcional do Senado, apesar de haver cessado a causa que a determina".

.....

"Desde que o Presidente tenha largado o cargo, ou seja por fôrça de sentença condenatória do Senado, ou por motivo de renúncia ou por ter expirado o período presidencial, responde pelos crimes de responsabilidade, que perpetrara no *exercício do cargo*, perante a justiça ordinária, que o julgara e punira segundo o direito criminal comum".

gativa da função" de que trata o Código do Processo Penal, embora subsista íntegra a figura do crime funcional.

O decreto-lei n.º 5.511, de 21-5-1943, alterando o nosso direito tradicional e o próprio Código de Processo, obra do mesmo legislador (art. 87), procurou resguardar a função pública de Prefeito, tendo em vista especialmente o regime de 10-11-947, em que essas autoridades executivas municipais eram sombras projetadas ao longe da autoridade do próprio Chefe do Govêrno federal, através dos seus delegados, os Interventores, êstes e os Prefeitos secretários do mesmo credo, todos entrosados no sistema de rígido unitarismo, pelo qual se comunicava aos governos estaduais e municipais uma direção administrativa e ideológica padronizada. Eram os prefeitos expressões da política federal, realizada nos Estados por delegados do poder central, de modo que apreciar-lhes os atos era envolver o próprio poder federal, cuja fôrça de penetração manifestava-se através de formas as mais extravagantes, dêle tudo dependendo de fato, pelas suas autorizações e pelos seus poderes de censura e contrôle.

E, sem mais debate, continua João Barbalho, vê-se dos citados *Anais*, foi encerrada a discussão, sendo aprovado o projeto por dois terços de votos, "e prevalecendo, assim, as razões exibidas em justificação do ato vetado".

"Daí se infere que a palavra "condenado" não embaraça o processo ordinário no caso de haver aquêle funcionário (o presidente) *por qualquer causa* deixado definitivamente o cargo".

Não há opinião discrepante a respeito. Comungam na mesma ordem de idéias os nossos mais autorizados constitucionalistas, Rui Barbosa, Paulo de Lacerda, Araújo Castro. Da mesma forma, Galdino de Siqueira (estudo in *O Direito*, vol. 27).

Carlos Maximiliano é terminante: "A Constituição assegura fôro especial ao Presidente; licenciado, não deixa de ser o Chefe do Executivo; ao passo que não o é o renunciante, nem o que completou o quadriênio. Daí não resulta a impunidade: deixando o cargo, livra-se o indivíduo do juízo e "não da pena que lhe podem impor os tribunais comuns" (art. 33, § 3). "Não tem mais fôro especial, nem responde perante o Senado. Eis tudo" (*Comentários*, p. 542)".

Na Constituição de 1934, a cláusula do § 3.º do art. 33 da Constituição de 1891, com o mesmo sentido, ficou piorada na sua redação, deste jeito: "sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie" (art. 58, § 7, *in fine*).

Por outro lado, necessário era prestigiar os prefeitos, forma de prestigiar o regime, fazendo preponderar o Poder Executivo sôbre os demais, o que era uma das características doutrinárias do Estado Novo, assinalada pelos seus teorizadores e incensadores. Convinha assim desligá-los de processos nos próprios municípios e dar-lhes a importância de um processo perante o Tribunal de Justiça, isto é, na mesma jurisdição dos Interventores. Daí a inovação do decreto 5.511, o qual, todavia, pressupõe sempre o exercício do cargo, tanto que impôs, além da pena peculiar, a perda do cargo e a inabilitação para exercer outro. Exonerado o prefeito, cessa a razão dêsse privilégio de foro, porque desaparecem os motivos especiais que o decreto teve particularmente em vista. E depois da revolução de 29 de outubro, bem como do advento da Constituição de 18-9-946, não mais se explica a anomalia dessa competência criada em razão do regime político desaparecido, incompatível com os princípios constitucionais estabelecidos.

Escrevendo sôbre o privilégio de fôro, os nossos constitucionalistas o explicam invocando motivos ligados aos cargos, com abstração das pessoas (Pimenta Bueno, "Dir. Público", pág. 426; "Formalidade do Processo Civil", n.º 30, "Processo Criminal", ns. 113 e 289; Barbalho, "Const. Fed.", pág. 281; A. Milton, "Const. Fed.", pág. 118).

Mas, nem por piorada a redação, perdeu a cláusula o alcance, que tinha, e sempre teve. Não é preciso demonstrá-lo: a Constituição de 34 passou o julgamento do Senado para o Tribunal especial por ela criado. Nada mais. Contudo, citaremos Pontes de Miranda (*Comentários*, tomo I, p. 595); Araújo Castro (*A Nova Constituição*, p. 232). Aliás, o Presidente, tirado do cargo, há de ficar sujeito à justiça ordinária pelo simples motivo de que a Constituição não estabelece, nesta hipótese, nenhuma competência especial para o seu processo e julgamento, nos crimes de responsabilidade, depois de exaurido o julgamento pelo Tribunal especial. Se não é a justiça ordinária, que justiça será a competente? Nada responde a Constituição de 34, a respeito. Logo, a competência é da justiça ordinária. Nos crimes de responsabilidade, uma vez julgado pelo Tribunal especial, ou que tenha deixado o cargo, não diz a Constituição ficar o Presidente sujeito a qualquer fôro especial, deve ser julgado por êste ou por aquêle tribunal, dispõe, *tout court*:

"Sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie, o que equivale à expressão do estatuto de 91: sem prejuízo da ação da justiça ordinária".

O próprio Presidente da República, segundo têm sustentado eminentes publicistas, responde no fôro comum, cessadas as funções (Barbalho, ob. cit., págs. 284, 291 e 292; Carlos Maximiliano: "Const. Fed.", pág. 581). E o egrégio Supremo Tribunal Federal também já entendeu que os juízes aposentados não têm o fôro especial ("D. Oficial" da União, 30-11-944.) Não há razão, máximè no regime que passamos a viver, sejam os prefeitos municipais tratados privilegiadamente, deslocando-os, bem como testemunhas, peritos, etc. de seus municípios, para uma viagem, às vêzes longa, demorada e dispendiosa à Capital, com um aparatoso julgamento perante o Tribunal Pleno, desligado das fontes da prova e da vida pregressa do acusado, com evidente desvantagem, pois, para a acusação.

Os privilégios, como direito singular, são de interpretação restritíssima (Degni, "Interpr. delle Legge", pág. 21 e 38; Carlos Maximiliano, "Hermenêutica", pág. 277; Paula Batista, "Hermenêutica", pág. 45; "Revista dos Tribunais", 148/42; "Rev. do Sup. Trib. Federal", 26/200, 39/130).

Se a lei não os prevê para uma certa situação, êles não existem ou só existem nos rigorosos e expressos limites legais. Também o âmbito das jurisdições especiais, como observa Carlo Jacchino, citado pelo saudoso mestre Esmeraldino Bandeira, se vai restringindo dia a dia, com o desenvolvimento da civilização. Isto, acrescenta aquêle notáver professor da Universidade do Rio de Janeiro, constitui a prova de que o instituto da jurisdição especial não

---

Não há duas opiniões a respeito.

Diz o acórdão que é tradição do nosso direito que as autoridades, mesmo fora do cargo, deverão sempre responder no fôro especial determinado em lei, quando praticam o crime no exercício de suas funções. E cita a lei de 1827 que estabelece que o Ministro ou Secretário de Estado, mesmo quando fora do cargo, "será igualmente ouvido pela maneira declarada nas duas seções do Capítulo III". Mas, aí, é bem de ver que, *no regime monárquico*, a lei poderia estabelecer que a *nobreza* resultante de ter o cidadão exercido o cargo, poderia acompanhá-lo fora dêle para que, *mediante disposição legal expressa* (note-se bem), conservasse o cidadão o fôro privilegiado.

O julgado do Supremo, citado pelo acórdão, *in* Kelly, *Repertório*, p. 82, se refere a fôro do crime e não a fôro por prerrogativa de função hierárquica. A citação de Costa Manso desaproveita a tese do acórdão, pois o que sustenta êsse douto magistrado é que "tratando-se de crime praticado quando o substituto se encontre no exercício do cargo de juiz de direito" será competente o Tribunal de Justiça".

é de todo acorde com aquêles princípios de liberdade civil e de igualdade social que aspiram penetrar as legislações modernas ("Direito, Justiça e Processo Militar", 1, pág. 59 da 2.ª edição).

Nem a lei, nem o sistema político vigente, nem a doutrina justificam mais a extravagância do processo de prefeitos pelo Egrégio Tribunal Pleno. — *J. C. de Azevedo Marques.* O brilhante acórdão que sem restrições acabo de subscrever, demonstrou, à saciedade, a improcedência da preliminar de incompetência do Tribunal, suscitada no parecer da Procuradoria Geral do Estado.

Nada, pois, a rigor, se lhe deveria aditar, a pretêxto de adminículo ou de maior esclarecimento do assunto, por desnecessário. Todavia, acolhendo generosa sugestão de alguns colegas, inclusive o próprio douto relator, ofereço, em transcrição à parte, para figurar ao pé do luminoso aresto, o despretensioso voto que proferi em sessão:

Sr. Presidente: A presente questão de incompetência do Tribunal, suscitada no parecer da Procuradoria Geral da Justiça, é, sem dúvida, das que

---

A *contrário sensu,* caso o substituto não se encontre no exercício, não será competente o tribunal.

O acórdão do Supremo Tribunal que diz: "O juiz inferior, que estiver no exercício interino da vara de direito, responde, nos crimes funcionais praticados como substituto, perante o Tribunal competente para julgar o titular do cargo", demonstra a tese contrária à do acórdão: se o substituto estiver como titular, goza do fôro privilegiado do titular, tem as mesmas prerrogativas de fôro.

A invocação, longamente feita, da Justiça Militar, que conserva a competência embora não seja mais militar o agente, resulta da confusão já assinalada entre fôro *ratione materiae* (fôro *dos crimes* militares) e fôro *pela prerrogativa da função,* fôro hierárquico, vestígio, conservado por utilidade pública, do antigo fôro privilegiado, do antigo *judicio parium suorum.*

Do mesmo modo impertinente a invocação de vários autores, como Rauter, Chauveau et Hélie, que cogitam, não do fôro estabelecido por motivos de hierarquia, mas do fôro estabelecido em razão da natureza dos delitos funcionais, fôro *ratione materiae* e não *ratione personae,* em razão da posição hierárquica do agente.

Por igual, nada tem que ver com o caso o art. 316 do Código Penal, que dispõe poder o funcionário praticar concussão depois de deixar o cargo ou antes de assumi-lo. Não se trata, aqui, de competência, de fôro, privilegiado, ou não.

despertam curiosidade, interêsse e sedução intelectual, máxime atendendo-se à forma brilhante e luxuosa sob que nos veio desenhada com artística alegoria e um raro e vistoso fenômeno jurídico, de origem "constitucional"...

Além disso, a julgar pela divergência de votos, verificada até aqui, neste Plenário, lícito era presumir uma dessas transcendentais questões, de intricada e difícil solução.

Foi assim influenciado, Sr. Presidente, que me dispus a estudar a questão, aproveitando o adiamento requerido, na última sessão, pelo eminente colega Desembargador H. da Silva Lima.

E' dêsse estudo o modesto trabalho com que hoje me atrevo a tomar posição avançada no debate, e, assim, desde logo, apresentando meu voto fundamentado, como julgo de meu dever, por se tratar de matéria criminal, de meu trato cotidiano e quase exclusivo, há mais de dois lustros, neste Tribunal.

Para começar, confesso-me desde logo franco partidário dos votos preopinantes que rejeitam a preliminar.

Reedita o acórdão argumento de Epitácio Pessoa — de que ficaria ao arbítrio do acusado deslocar a competência, deixando o cargo, ou do poder público, demitindo-o. O argumento já foi batido por José Higino, com apoio de todo o Congresso. Epitácio sustentava que o funcionário ficaria, assim, impune, porque a Constituição só daria ação penal na justiça comum "contra o condenado" pelo Senado: José Higino demonstrou que, em qualquer caso de perda do cargo, a justiça comum poderia proceder contra o responsável.

O que é insustentável é a tese de que certos funcionários continuem a gozar, depois de cessadas as suas funções, de privilégio de fôro de que não goza o próprio Presidente da República que deixou o cargo!

Escrevia Borges Carneiro, em 1826, no prefácio do seu *Direito Civil de Portugal*, que, na falta de leis portuguêsas, alegava as romanas e que entre os autores preferia os do Reino, "especialmente nas matérias que se regem mais pelas particulares disposições e costumes dêle que pelo direito romano".

E, no título IV de sua obra, "Dos Nobres e Plebeus", depois de classificar os nobres em *titulares* e *fidalgos*, assentava:

"*Espécies de foros*. Os foros são por sua ordem os seguintes: fôro de fidalgo, moço fidalgo, fidalgo escudeiro, fidalgo cavaleiro... Alv. 27 de abril de 1802, § 12".

Sustenta-se "ex-adverso" que — à semelhança do que ocorre com o processo de responsabilidade do Presidente da República (no que toca à "inoportunidade", prevista em lei, dêsse processo, quando o Presidente já tenha deixado o cargo) — não deve um Prefeito Municipal responder a processo de responsabilidade perante a jurisdição privilegiada do Tribunal de Justiça, senão em juízo comum da justiça ordinária, desde que êsse funcionário não já se encontre no exercício de suas funções, muito embora se trate de crime funcional, isto é, cometido no exercício daquelas funções e em razão dêsse exercício.

A analogia é, como se percebe, o fundamento de semelhante argumento, que se pretende, por si só, decisivo, para firmar a arguída incompetência do Tribunal, na espécie dos autos.

Uma tal dialética não me impressionou desde o primeiro instante em que me caiu sob os olhos, tão logo me parecendo, "data venia", de todo estranha, deslocada, com visíveis falhas de lógica e de técnica hermenêutica : em suma, fragílima, como fundamento construtivo e resolutório da questão.

Essa impressão mais ainda se me arraigou no espírito, após o brilhante voto proferido, na sessão passada, pelo ilustre Desembargador Márcio Munhós

---

Mais adiante:

"*Extensão da nobreza*. Nos primeiros tempos de Portugal, a nobreza parecia ser privativa da profissão militar: os cargos públicos eram menos prezados, o comércio indecoroso. Depois que se restabeleceram tempos pacíficos, a idéia de honra e as leis deram grande e justa extensão à nobreza, e atribuíram diversos graus dela aos "empregados públicos, aos professôres... aos proprietários..." Há um grau de nobreza indeterminável que distingue os que a têm dos grêmios da plebe (L. 1, Tul. 177 § 4); e pelo costume do reino são nobres os que entre êles e na opinião comum são havidos como tais e que estão em fama pública de o serem (Pheb. dec. 14, n. 8. Rep. III vb. nobreza e p. 134 vb. Jugada).

Em seguida, distingue as classes dessa *nobreza por extensão, ou assemelhação,* assim:

I. *Por ordens*. Os clérigos... os bispos...

II. *Por empregos civis*. Os desembargadores têm distinto lugar entre as pessoas nobres e privilegiadas. O II, tit. 59, § 13, etc. *Os desembargadores* do Paço sempre tiveram a honra de conselheiros natos e o fôro de fidalgos da Casa Real... Os vereadores têm alguma nobreza nas vilas... e enumera outras espécies de nobres por extensão — militares, professôres, agricultores, negociantes, industriais.

o qual, após dissertar, com notável erudição, sôbre o conceito e a índole do "impeachment", mostrou as fundamentais diferenças que estremam um tal processo "político" do processo de responsabilidade dos funcionários públicos em geral.

Na doutrina de direito constitucional, é, com efeito, corrente e pacífico, que o "impeachment" é instituição de origem, essência e finalidade fundamentalmente política.

Daí, os órgãos — eminentemente políticos — que nêle interferem: a Câmara dos Deputados e o Senado.

Vem, depois, a enumeração dos privilégios dêsses titulares e fidalgos; armas e apelidos, o uso do título de "Don", o título do Conselho de S. Majestade, os tratamentos (excelência, senhoria) precedências, privilégios, isenções e regalias. Tratando, em especial, do privilégio de fôro, diz o autor, p. 125, 1.º vol.:

"Entre os ditos privilégios é o do fôro sc., *de terem os corregedores da Côrte por juízes privativos nas causas cíveis* ou crimes *em que forem autores ou réus*, nos têrmos da O. II, 59, pr., § 10, 11, 13, 14, etc..."

Especificando a quem competia o privilégio de fôro, escreve:

"Compete também aos deputados de todos os tribunais... ao Governador da Relação do Pôrto... aos desembargadores aposentados... aos oficiais da Côrte..."

Mas, não cabia "aos oficiais *quando suspensos* de seus ofícios"; e só por fôrça da lei expressa — D. 23 de maio de 1615, cabia ao Governador da Relação "mesmo depois de já não servir", porque, neste caso especial, a nobreza acompanhava a pessoa, e o fôro ficava sendo o mesmo, tanto quanto o crime era no exercício do cargo, como depois de o deixar.

A seguir, distingue perfeitamente o privilégio de *causa* e de *pessoa*, p. 126, *in fine*, dizendo que aquêle prefere a êste... Tinha razão o velho autor quando afirmava a origem militar de tais privilégios. Tiveram êles sua origem nos costumes feudais e remota raiz nos costumes bárbaros (Calisse citado adiante, v. 2, p. 241).

Ensina Carlo Calisse na sua *História do Direito Italiano*, vol. 2, p. 261:

"*Nei giudizi feudali i giudici erano i pari di chi dovera essere giudicato, ossia persone aventi il medesimo grado di esso nela gerarchia feudale. L'uso di questo sistema si trova, per eccezione,*

No julgamento do "impeachment", não se aplicam as penas do Código Penal. As sanções aplicáveis são ùnicamente a perda do cargo e a inabilitação para exercer qualquer outro. Por isso mesmo, e a despeito disso, o acusado fica, ainda, sujeito a responder, pelo crime, perante a "justiça ordinária", embora sob a jurisdição privilegiada do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, como diz Carlos Maximiliano, o "impeachment" não exprime um "veredictum" sôbre delito comum. Esta função continua a cargo da "justiça ordinária", seja qual fôr o desenlace do processo de "impeachment", que apenas arreda de cargos públicos o homem nocivo; afasta do Govêrno ou da judicatura suprema quem não se compenetra das suas altas responsa-

---

in tutti i tempi, dal senato romano, che, per giudicare un senatore, formava una comissione di cinque suoi membri (Cod. Theod., II, 1, lib. 12) al senado nostro di oggi che, in caso identico, si trasforma in alta Corte di giustizia..." anche i borghesi nella loro emancipazione, volero per le proprie cause i giudizi dei pai".

Aí está a origem histórica do privilégio de fôro. O nobre degradado, o que perdeu a nobreza, perdia, desde logo, os privilégios a ela inerentes, ligados à *pessoa do titular*.

Foram êsses privilégios os abolidos, *em parte,* pelas primeiras constituições portuguêsa e brasileira.

O mesmo Borges Carneiro o registra:

"Os nobres gozam de diversos privilégios e isenções, segundo o grau de sua nobreza: *o que hoje se há entender segundo o art.* 145, § 15, *da Constituição, que aboliu todos os privilégios que não forem essencialmente ligados aos cargos para utilidade pública,* junto o § 31, que conservou as regalias da nobreza hereditária".

E a nossa Constituição do Império rezava, no seu art. 179: "XVI. Ficam abolidos todos os privilégios *que não forem essencial e ìntimamente ligados aos cargos por utilidade pública*".

Estudo completo desta disposição no tocante aos privilégios de fôro se encontra em "O Direito", 1877, vol. 14, p. 221, da lavra de Tarquínio de Sousa:

"Bem longe de importarem todos os privilégios uma preferência arbitrária da lei positiva ou uma ofensa ao direito, pelo contrário, são muitas vêzes meios indispensáveis para manterem-se as regras dêsse direito, salvar-se a justiça, e com esta os mais vitais interêsses da sociedade.

bilidades, como depositário de grande parcela de autoridade. A verdadeira pena é a infligida pelos "tribunais ordinários", cuja jurisdição não é prevenida pelo voto condenatório proferido pelo Senado.

A expressão — "justiça ordinária", que aparece, mais de uma vez, nos últimos períodos, e por mim colocada entre aspas, é a mesma usada pela lei que regula o processo e julgamento do "impeachment", quando, cominando as sanções próprias dêsse julgamento político, declara que elas serão impostas "sem prejuízo da ação da justiça ordinária".

Tal expressão — é evidente — figura, aqui, como ali, apenas por antítese verbal, isto é, em contraposição à significação puramente política do julgamento do "impeachment".

Assim pensando, bem fàcilmente se deixa ver que de maneira alguma temos em vista êstes privilégios meramente graciosos concedidos às pessoas para seu interêsse particular, mas sòmente aquêles que são de alguma sorte a recompensa de grandes serviços, ou o galardão de eminentes qualidades; aquêles sobretudo que são a condição indispensável do bom exercício das funções públicas na sociedade e que desta maneira concorrem para a garantia final dos direitos de todos os cidadãos e da mesma ordem social.

Foi esta pelo menos a teoria que claramente compreendeu e realizou o legislador constituinte brasileiro quando, abolindo em geral a massa enorme de privilégios do antigo regime, salvou todavia aquêles que fôssem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública (art. 179, § 16).

Isto pôsto, vemos que no número dos privilégios, com que o mesmo legislador entendeu dever garantir o bom desempenho das funções de representante da nação, no exercício do poder legislativo, figura o privilégio do fôro, ou o direito que tem senadores e deputados de serem julgados, quando delinqüentes, por uma jurisdição excepcional, jurisdição que foi confiada ao Senado.

.....

Ora, perguntar se aquêle que já não é deputado pode gozar do privilégio de fôro só porque o seu delito foi praticado durante o tempo da deputação, importa, em nosso humilde entender, o mesmo que perguntar se a jurisdição excepcional que se estende aos delitos dos representantes da nação não passa de um privilégio meramente gratuito e pessoal no sentido odioso da palavra ou pelo contrário constitui um privilégio razoável essencial e inteiramente

Aliás quando o Tribunal de Justiça processa e julga Prefeitos ou outras autoridades e funcionários sujeitos à sua jurisdição, não deixa de proceder em função de justiça ordinária, embora com jurisdição originária e excepcional. O que, nisso, há de extraordinário, especial ou excepcional, não é a natureza e essência do julgamento, mas apenas o privilégio da competência jurisdicional, em razão da prerrogativa da função pública exercida pelo acusado.

Em suma, justiça ordinária ou comum exercita-se tanto na jurisdição dos juízes inferiores, como na dos Tribunais superiores.

Bem conhecido, assim, e assentado o conceito e natureza do processo de "impeachment", fácil é compreender a disposição legal que, tôda especial e excepcional do instituto, preceitua a "inoportunidade" de um tal processo após a cessação do exercício do cargo.

Ora, tratando-se de um preceito de direito excepcional, especialíssimo, de natureza e finalidade exclusivamente políticas, bem é de ver a sua inextensi-

---

ligado ao cargo, tendo por fundamento a utilidade pública e não o interêsse particular. E posta a questão nestes têrmos, parece-nos que respeito a ela não pode ser duvidosa contanto que se tenha em vista, se compreenda e abrace de coração a doutrina do art. 179, § 16, da nossa lei fundamental e, por outro lado, não se queira a todo o transe pôr a sabedoria do legislador constituinte em contradição com os seus próprios princípios; resultado êste que temos por inevitável, uma vez adotada a opinião contrária.

Na verdade, parece-nos fora de dúvida, e até certo ponto marcado com o cunho da evidência, que nem pela letra, nem pelo espírito da nossa Constituição, se pode razoàvelmente sustentar a existência de um privilégio em favor de indivíduos que já se não acham revestidos do caráter público de deputados, e isto pela consideração de que os delitos por que são acusados tiveram lugar durante o tempo da legislatura, em que foram honrados com o mandato da nação.

. . . . . .

Com efeito, desde que fôr necessário e essencial à existência do privilégio do fôro a circunstância de ser o delito perpetrado durante a legislatura, poder-se-á dar o caso de um deputado no exercício de suas funções, e todavia sujeito a responder perante os tribunais ordinários, sem que possa invocar aquêle privilégio, pela razão de ter sido o seu crime praticado em época anterior à legislatura para que foi eleito; o que é um absurdo insustentável

bilidade ao caso do processo de responsabilidade que ora nos está afeto, — processo criminal, de nossa privilegiada e privativa jurisdição originária, com o qual, à plena evidência, não tem o "impeachment" qualquer afinidade íntima ou semelhança real.

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. Pressupõe, porém, fatos de igual natureza, identidade de motivos "fundamentais e gerais" e finalidade idêntica: *"ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio"; "ea quae in radice et causa conveniunt, conveniunt in effectu."*

Daí umas tantas regras, impreteríveis, que devem presidir ao processo analógico, entre as quais noto, neste caso, esquecidas, as seguintes: *a*) não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida. Assim, não se pode pôr de lado a natureza da lei nem o ramo do direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico; *b*) a analogia só tem cabimento quanto a prescrições do direito comum: não do excepcional, nem do penal; *c*) por analogia só se decide com presumível acêrto desde que se procurem e confrontem casos análogos, subordinados a leis análogas; *d*) a hipótese nova e a que se compara com ela precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos, devendo existir em ambas a mesma razão de decidir; *e*) evitem-se as semelhanças aparentes sôbre pontos secundários (confira-se: Carlos Maximiliano — "Hermenêutica e aplicação do Direito").

---

em face da Constituição, principalmente se se atender a que o privilégio do fôro é na realidade complemento de todos os outros privilégios parlamentares

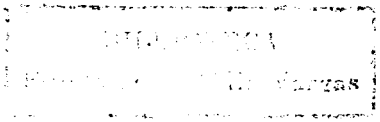
E, pois, seria o caso de dizer com T. Helle: tôdas as vêzes que uma interpretação chega em suas conseqüências até a violação das regras do senso comum, é evidente que ela não pode ser verdadeira e deve sem mais exame ser repelida.

.....

Tendo a Constituição expressamente abolido todos os privilégios que não fôssem essencial e ìntimamente ligados aos cargos por utilidade pública, não se pode razoàvelmente supor nem admitir que o art. 47, § 1.º, quisesse contrariar êste grande princípio de igualdade, concedendo aos deputados um privilégio que se estendesse além do cargo, um privilégio que prevalecesse mesmo desligado do cargo pela expiração dêste, um privilégio, em suma, de pessoa pròpriamente dita.

.....

Finalmente, há ainda uma regra geral de direito perfeitamente aplicável ao nosso caso, a qual não deve ser esquecida só porque



Isto pôsto, em face de outros princípios, que não os deduzidos do exemplo do "impeachment", de semelhança imprópria e apenas aparente, devem ser procuradas as razões que dissipem a dúvida suscitada sôbre — se um Prefeito, acusado de crime funcional, deve responder perante o Tribunal de Justiça, ou perante o Juiz de Direito, — questão que surge ante a circunstância de não já se encontrar o acusado no exercício do cargo.

Para mim, Sr. Presidente, o que, com um tal escopo, devemos considerar, é o seguinte :

No crime funcional, a qualidade de funcionário é, sem dúvida, um dos elementos do crime.

Essa qualidade não é, entretanto, o único, nem o principal elemento caracterizador do crime funcional.

Além disso, e mais do que isso, o essencial é que o fato incriminado se relacione com o exercício de uma função pública. E tanto isto é verdade, que casos há em que tais delitos podem configurar-se ainda quando praticados por particulares, que então se tornam assemelhados ou equiparados, para os efeitos penais, aos funcionários públicos. De exemplos tais cuidam os autores e muitos se encontram, de modo expresso, no próprio direito positivo, nacional e alienígena.

---

favorece a opinião que sustentamos; e vem a ser que, sendo os privilégios geralmente considerados como odiosos, por isso que importam sempre derrogações do direito comum, devem ser interpretados restritamente: *odiosa restringenda*.

. . . . . .

E aqui cabe-nos a satisfação de mencionar em particular o importantíssimo parecer que sôbre a matéria foi apresentado à Câmara pelos Exmos. Srs. Visconde de Uruguai e de Sapucaí, parecer êste que, decidindo nossa convicção a respeito do ponto controvertido, auxiliou-nos também grandemente...

E, pois, se êle (o privilégio) não foi estabelecido senão para proteger o direito, segue-se que não é legítimo senão enquanto êsse direito pode ser perturbado em seu exercício, segue-se que deve cessar quando o cargo tem cessado, porque, se lhe sobrevivesse, não seria mais uma garantia da função, porém um privilégio da pessoa e tais privilégios não podem viver à sombra da Constituição".

Realmente, se o privilégio do fôro fôsse *do crime do titular* e não do próprio titular, então não gozaria êste do privilégio sempre que, no exercício do cargo, fôsse acusado de delito praticado *antes* de entrar nesse exercício.

E a razão disso é que, como o salienta Manzini, a tutela penal, na espécie, objetiva sempre o interêsse da "função pública", no sentido de assegurar a sua normalidade e o prestígio que ela merece. Sem essa tutela — observa, a seu turno, Eusébio Gómez — correria perigo a própria existência do Estado.

E' o mesmo que, há quase um século, já ensinava o velho, mas sempre sábio e seguro, Faustin Hélie, focalizando, precisamente, a dúvida que nos preocupa :

"Le fait relatif aux fonctions donne lieu à l'application de la garantie lors même que le fonctionnaire inculpé aurait ultérieurément révoqué ou aurait donné sa démission. En effet, ce que la loi protège, nous l'avons déjà dit, ce n'est pas la personne du fonctionnaire, c'est la fonction elle-même ; or, l'indépendence de la fonction et des droits administratifs qui s'y rattachent serait aussi bien menacée pour la poursuite lorsque l'agent aurait cessé ses fonctions que lorsqu'il les exercerait encore" ("Traité de l'Instruction Criminelle". vol. 2, pág. 487).

Ora, se a característica principal do crime funcional é o ter sido êste praticado por funcionário público, no exercício da função e por ato inerente a essa função, pouco importa que, ao exercitar-se a tutela penal, em defesa

---

Mas, nunca se entendeu assim, como se vê de diversos julgados: *Supremo Tribunal de Justiça,* 1874, *in* Paula Pessoa, *Cód. do Proc. Crim.*, p. 195, nota 1.095; *Relação da Côrte,* 1877, *verbis:* "O art. 164, § 2.º, da Constituição política do Império confere, em têrmos genéricos aos presidentes de Província o privilégio de serem julgados pelo Supremo Trib. de Justiça pelos delitos e erros de ofício, sem atenção ao tempo em que foram praticados os crimes que se lhe imputam, *privilégio essencial e inteiramente ligado ao cargo por utilidade pública,* como são todos os estabelecidos ou reconhecidos pela mesma Constituição no art. 159, § 15.

Êsse privilégio, *baseado na utilidade pública e no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência do Tribunal superior,* determina a incompetência do juízo recorrido para conhecer dos crimes de responsabilidade atribuídos pelo queixoso ao Dr. T. P. C. de Sá e Benevides, atual presidente da Província do Maranhão, *embora cometidos em época em que servia na qualidade de delegado de polícia...*"

O acórdão da Relação do Rio, de 23 de maio de 1890, *in O Direito,* vol. 52, p. 566, é claro a respeito: "Além de que os privilégios são por sua natureza *stricti juris* e aos juízes de direito sòmente se referindo a lei citada, não pode ser ampliada aos juízes

da normalidade e moralidade da função pública, já não esteja o funcionário no exercício do cargo, ou tenha já perdido a qualidade de funcionário.

Como eloquente ilustração do assunto, vem a propósito lembrar preceitos expressos do direito penal italiano, segundo os quais, ainda quando praticado após a perda do cargo, não deixa o crime de ser considerado funcional.

O primeiro é o art. 208 do antigo Código, nestes têrmos :

"Quando da legge considera la qualità di pubblico ufficiale come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, perchè commesso a causa delle funzioni da esso esercitate, comprende anche il caso in cui le persone indicate nell'articolo precedente più non abbiano la qualità di pubblico ufficiale o non esercitino quelle funzione nel momento in cui è commesso il reato".

O segundo é o art. 360 do Código atual daquele país, que dispõe :

"Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale, o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica necessità, come elemento costitutivo o come circonstanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude la esistenza di questo nè la circostanza aggravante, se il fatto riferisce all'ufficio o

---

municipais, quando o substituírem os juízes de direito, "porque sendo o privilégio ligado ao cargo *só aproveita a quem está investido no mesmo cargo...*

Para não admitir-se a interpretação ampliativa basta atender a que o privilégio de fôro nos crimes comuns foi estabelecido a fim de não sujeitar o Juiz de Direito, em razão de sua hierarquia e independência, a ser processado e julgado pelas autoridades subalternas".

Relação de Fortaleza, 1887, *O Direito,* vol. 45, p. 89.

Relação do Rio, no mesmo sentido do penúltimo acórdão citado, na parte transcrita, 1877, *O Direito,* vol. 13, p. 425.

Supremo Tribunal Federal, 1901, acórdão subscrito por João Barbalho, em que se diz que o fôro privilegiado é criado para evitar a anomalia de ser o julgamento pronunciado por juízes inferiores hierárquicos dos acusados.

Supremo Tribunal de Justiça, 1874, *O Direito,* vol. 7, p. 157. No acórdão se declara: "E' competente o juízo, porque, sendo o privilégio conferido pela Constituição, art. 164, § 2.º, aos desembargadores, de serem julgados por êste Supremo Tribunal de Justiça, pelos delitos e erros de ofício, *essencial e inteiramente ligado ao cargo por utilidade pública,* como todos os estabelecidos e reco-

al servizio esercitato".

Justificando tal preceituação, em face do antigo Código, Manzini escreveu :

"La tutela penale relativa alla qualità di pubblico ufficiale, sia essa a favore o contro costui, è sempre disposta nel pubblico interesse, cioè nell'interesse della funzione. Ne viene, che la ragione di siffata tutela si presenta sempre quando l'interesse sociale connesso all'esercizio della pubblica fun-

---

nhecidos pela mesma Constituição, art. 173, § 16, basta para firmar a competência do mesmo Supremo Tribunal a qualidade não contestada do querelado, desembargador *atual com posse e exercício..."*

O que ficou dos antigos privilégios foi aquilo que "essencial e intimamente se ligava aos cargos por utilidade pública". Conservou-se, nesses têrmos, o privilégio de fôro referente à função exercida pela pessoa, cujos pressupostos jurídico-políticos são êstes dois: 1.º) o hierárquico — o julgamento pelos pares; 2.º) o da boa administração da justiça — afastando a possibilidade da influência do acusado sôbre o juiz de hierarquia inferior (vide Laborde, *Droit Criminel,* p. 567; Merlin, *apud* Labore, loc. cit.).

Explicando os motivos da jurisdição do Senado para o julgamento dos titulares, que lhe era atribuída no nosso sistema, outra não foi a opinião externada por Pedro Lessa e Viveiros de Castro (*Rev. do Supremo Tribunal,* vol. XIX, ps. 9 e segs.): categoria social dos indivíduos e garantia de independência do Tribunal especial (loc. cit., p. 1.ª) com apoio na opinião geral da doutrina.

As instituições conjugavam, assim, da melhor maneira, o interêsse do acusado com o do acusador, resguardando aquêle de ser julgado por inferior hierárquico, e salvaguardando o interêsse da sociedade em punir os delinqüentes — da influência dos poderosos sôbre o juiz menos graduado.

Ora, desde que o funcionário não mais se acha no cargo, desde que dêle se afastou definitivamente, desaparecem, *ipso facto,* aquêles dois pressupostos constitutivos da utilidade pública que lhe conferiam o privilégio de fôro. *Cessata ratione lege, cessat lex ipsa.*

Se assim era no Império, com muito melhores razões deve sê-lo no regime republicano, que proclama a igualdade de todos perante a lei.

zione venga leso o minacciato da un reato. E codesto danno o pericolo può verificarsi non solo durante il tempo in cui il pubblico ufficiale è revestito della funzione del suo ufficio, ma altresi dopo, quando cioè l'individuo abbia perduto la qualità di pubblico ufficiale, ovvero non faccia più parte di quell'ufficio in relazione al quale è predisposta la tutela penale, purchè il reato si riconnetta alla qualità già da lui posseduta o alle funzione già da lui esercitate..." "Dun-

---

O privilégio de fôro, que já era assim concebido na monarquia constitucional, como inteiramente ligado ao cargo, não pode de modo algum gozar de extensão, na república, antes deve sofrer restrição. Chamaram os legisladores da República às jurisdições privilegiadas de juízes especiais, o que lhes não desnatura a índole, nem lhe apaga a origem histórica, filiadas que são aos velhos foros privilegiados. Registra-o Pontes de Miranda (*Comentários à Const. de 34,* tomo II, p. 237), declarando que há foros privilegiados, apesar da expressão constitucional do Estatuto de 1934.

Vejam-se os textos da Constituição e do Código de Processo Penal: *os ministros, o procurador geral, os desembargadores,* é que gozam do fôro privilegiado. Não assim *os crimes* dos ministros, dos desembargadores, etc. O fôro é *do titular e não dos crimes do titular.*

Vejam-se os textos referentes ao processo e julgamento do Presidente da República.

Tanto o da Constituição de 1891, como o da de 1934, como o da atual, se exprimem da mesma forma: "*O Presidente da República* será..." O réu perante o Tribunal especial é, sempre, o *Presidente da República.*

E já o demonstramos: desde que êle deixa o cargo por qualquer motivo, cai sob a ação da justiça ordinária.

Haverá, porventura, alguém, no regime constitucional anterior e sobretudo no posterior a 10 de novembro, que tenha mais privilégios do que o mais alto magistrado da nação, o Presidente da República?

Porventura haverá quem sustente que o Prefeito que perde o cargo conserve um privilégio que não se conserva ao próprio Presidente da República que termina o mandato?

Também nenhum apoio traz à esdrúxula doutrina de que o privilégio de fôro acompanha o funcionário para sempre se o

que, l'elemento essenziale, costituito della qualità di pubblico ufficiale, si presenta non solo quando il reato sia stato commesso durante l'esercizio delle funzione e venga scoperto dopo la cessazione di questa, ma altresi quando il reato si stato perpetrato in qualsiasi tempo dopo tale cessazione perchè in conseguenza della qualità già rivestita o a causa delle funzioni già esercitate" ("Trattato di Diritto Penale Italiano", vol. 5.°, pág. 58).

Não é diferente o comentário de Sabatini ao art. 360 do atual Código Penal italiano, ou seja:

"Le persone, che esercitando un pubblico ufficio, possono cessare da tale esercizio per molte cause, fra le quali vanno annoverate il colocamento a ri-

---

crime é funcional, o resolvido pelo Supremo Tribunal no caso da queixa contra o jornalista Mário Rodrigues, dada pelo ex-Presidente Sr. Epitácio Pessoa. Ali, o acusado não era o ex-Presidente, mas um particular, o jornalista. Como êste acusava o ex-Presidente de crime funcional, a ser procedente a doutrina por nós rebatida, e tratando-se de calúnia, em que é permitida a *exceptis veritatis*, mandaria a boa lógica que a queixa não tivesse sido como foi, processada e julgada *na justiça ordinária* competente para conhecer dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos federais — a Justiça Federal, mas, sim, perante o fôro privilegiado do Presidente da República. Entretanto, o Dr. Epitácio Pessoa, jurista insigne, que, como sabemos, foi o autor da emenda rejeitada quando da discussão da lei n.° 27, aforou a causa na Justiça Federal, 1.ª instância, em virtude de dispositivo especial da lei de imprensa então vigente.

O que se discutiu, naquele caso, foi a competência da Justiça Federal para conhecer da causa.

Ora, a Justiça Federal não era nem nunca foi fôro privilegiado. Ela era fôro de certas causas e de certos delitos, como os delitos dos funcionários federais; não era fôro *do funcionário federal*, mas do *delito do funcionário*, o que é coisa diversa. Assim também a Justiça Militar não é *fôro do militar*, mas *do delito militar* ou, até, do civil, quando o crime é militar. E tanto não é *fôro do militar* que, nos delitos comuns, responde o militar na Justiça local ordinária.

Não se trata, aqui, de fôro de *pessoas* mas de *fôro dos delitos* de certas pessoas em razão de suas funções. Não há que confundir êsse fôro oriundo dos antigos privilégios, ou, melhor, da situação

poso, il licenziamento, la dispensa, la revoca, la destituzione, le demissioni e, per l'esercizio temporaneo, la scadenza del tempo stabilito dalla legge, o il compimento dell'ufficio o del servizio, ad esercitare il quale la persona era stata assunta.

"Anche dopo questo momento, cioè quando la persona non esercita più l'ufficio o il servizio, può essere soggetto attivo o passivo di un reato di cui la qualità suddetta è dalla legge considerata elemento costituto o circostanza aggravante.

---

hierárquica de certos funcionários públicos ou titulares investidos de uma parcela da soberania nacional: Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Prefeito, Magistrados.

Um é fôro exclusivamente *ratione materiae,* e outro exclusivamente *ratione personae.*

O próprio Dr. Epitácio Pessoa, sustentando o seu recurso, por seu advogado, transcreve as *"Pandectes Françaises":*

"Os chefes de Estado que não exercem mais o poder *deixam de ser protegidos pelo art.* 36 e devem ser encarados como *funcionários públicos* cujas funções cessaram" (vol. LXII, p. 172, da *Rev. do S. Tribunal Federal*).

"Se o funcionário cessou de exercer as funções, as calúnias e injúrias que lhe são dirigidas em razão de suas antigas funções não se consideram endereçados a um simples particular e são submetidos às mesmas regras como se êle houvesse conservado a sua antiga qualidade".

Mas, que qualidade? A qualidade de *funcionário público,* determinativa da competência do fôro *ratione materiae* e não a qualidade de chefe de Estado, como acima se esclarece.

Aliás, no direito francês, a ofensa contra o Presidente da República é qualificada *"delit contre la chose publique"*, feitas várias distinções que determinam, ora a competência da "Cour d'assisses", ora a do "Tribunal Correctionnel".

Assim, os gritos "A bas Loubet! Demission!" constituem ultraje, da competência dêste último Tribunal. Estoutros: "A bas la République! A bas Loubet! são gritos sediciosos.

Como quer que seja, no caso em questão, tratava-se de matéria de natureza diferente da que tratamos; e o direito francês não tem as mesmas peculiaridades do nosso, em matéria de competência.

"La qualità di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio o di esercente di un servizio di pubblica necessità produce gli stessi effetti giuridici anche se il fatto sia commesso dopo la cessazione di tale qualità, purchè il fatto si riferisca all'ufficio o al servizio prestato. Siffato rapporto tra la qualità del sogetto passivo o attivo del reato e il reato stesso dà pieda raggione della disposizione in esame, perchè la cessazione non ha rilevanza, quando il fatto sia commesso in danno della persona suddetta o da essa non come persona privata, ma in dippendenza delle funzioni o del serreato o comunque influisce sul medesimo". ("Il Código Penale", de Ugo Conti, vol. 2.°, pág. 450/451).

Aí temos como a doutrina e um dos códigos mais modernos e avançados versam e esclarecem a questão que ora nos preocupa.

"Desisti, declarou o Procurador Geral da República, opinando no processo em questão, de recorrer à lição da doutrina e jurisprudência estrangeira, que, pensei, não nos aproveitaria, dada a singularidade do nosso sistema na distribuição da competência judiciária" (op. e vol. cit., p. 179).

O que o direito estrangeiro, porém, consagra é que o Presidente da República é protegido, no caso de injúrias ou calúnias, de modo especial; mas, cessadas as suas funções, *"l'art. 26 cesse de le protéger et dés lors les régles de droit commun lui redeviennent applicables"* e as injúrias e difamações contra êle dirigidas *"doivent être considerées injures ou diffamations envers un* fonctionaire public *ou envers un simples particulier, suivant qu'elles sont ou non relatives aux fonctions qu'il a exercés".*

Tinha, pois, tôda a razão o eminente Epitácio Pessoa quando reclamava *não o fôro do Presidente, mas o dos funcionários públicos federais,* no caso em aprêço.

Dos votos então proferidos, o que, a nosso ver, situou a questão nos seus devidos têrmos foi o do Ministro Pedro Mibielli, mostrando estar-se em face de um caso de *competência material e não de competência formal,* o que levava à conclusão de ser competente a Justiça Federal.

O Ministro Guimarães Natal, considerou que os privilégios de fôro a Constituição não os estabelece "senão para funcionário público e durante o tempo do exercício das funções" e que, "nos regimes democráticos, os privilégios estabelecidos pela Constituição não são pessoais, são inerentes ao cargo e não sobrevivem ao exercício dêste".

Ora, se "irrelevante", como a qualifica Sabatini, é a circunstância examinada, mesmo na hipótese de crime praticado após a cessação do exercício da função, contanto que se refira ao ofício ou função já exercida pelo acusado; e "irrelevante" no sentido de que o crime não perde a sua natureza e título de crime funcional, com maioria de razão o mesmo se deve dizer do crime praticado durante o exercício da função, por funcionário que sòmente depois deixou o dito exercício.

Não há, pois, duvidar que, no caso "sub judice", se trate de um crime funcional.

Mas, se o caso é de crime funcional, e se o acusado, quando o praticou, exercia o cargo de prefeito municipal, e nessa qualidade, e em razão dela, foi que delinquiu, parece claro, lógico e jurídico que a competência, para o respectivo processo e julgamento, é do Tribunal de Justiça, por fôrça de expressa e conhecida disposição legal.

Trata-se de competência pela "prerrogativa de função", como a denominam as leis aplicáveis, inclusive o atual Código de Processo Penal (Cap. VII do tít. V do Liv. I, arts. 84 e 87).

"Assim como todos os cargos, por elevados que sejam, são accessíveis a todos os cidadãos, êstes, uma vez privados do cargo, volvem à sua condição jurídica anterior de *simples cidadãos*, em virtude do princípio da igualdade perante a lei.

Compreendo os privilégios criados pela Constituição para o tempo em que os funcionários exercem os cargos.

Há, neste período de exercício efetivo, não há dúvida, interêsse do Estado em mantê-los superiores a certas agressões.

Mas, depois de cessado o exercício do cargo, absolutamente não...", e concluiu pela incompetência da Justiça Federal no caso então em debate, porquanto o fôro federal não é nem nunca foi fôro privilegiado *ratione causae*. Privilégio só existe em relação à posição hierárquica do indivíduo no quadro dos funcionários e a Justiça Federal tanto julga o crime dos mais humildes como dos mais graduados funcionários, sempre *ratione materiae*, sem que nessa competência se possa descobrir qualquer caráter de privilégio.

É uma confusão essa contra a qual é preciso estar-se sempre em guarda. "O direito processual *comum* a êsses funcionários federais é o constante do decreto n.º 848, de 1890, e das leis federais posteriores", declarou no seu voto o venerando Ministro Edmundo Lins, com a lúcida compreensão que sempre teve de todos

E note-se que tais leis falam em "prerrogativa de função", e não *"prerrogativa de funcionários", o que é bem expressivo do princípio atrás esclarecido de que a tipicidade do crime funcional caracteriza-se menos pela qualidade de funcionário público, que pela relação de dependência entre o crime praticado e a função exercida por aquêle.*

Tal competência é absoluta, ensinam os doutos, assim denominada por ser imutável.

Ela surge e determina-se — eis que se verifica o fenômeno jurídico do delito funcional.

Firmando-se, desde então, e sendo absoluta, imutável, ela perpetua-se, sem possibilidades de modificações posteriores, quaisquer que sejam as contingências sobrevindas.

Em vista do exposto, Sr. Presidente, meu voto é pela rejeição da preliminar de incompetência do Tribunal.

Foram vencedores os votos dos Des. Macedo Vieira, Pedro Chaves e Morais Barros.

---

os assuntos jurídicos, e demonstrando assim que o *fôro federal* absolutamente não se confunde como o fôro privilegiado.

Em conclusão: a história da instituição do fôro privilegiado no nosso direito; o exame dos motivos que levaram o legislador a estabelecê-lo para certos funcionários em virtude da sua hierarquia; as inconseqüências a que é levado o intérprete ao pretender que essa prerrogativa se prolongue além das funções; tudo nos leva a uma única conclusão inelutável: que o privilégio de fôro cessa, *por completo,* com a perda da função, com o afastamento definitivo do funcionário do cargo ao qual é inerente o privilégio.

Por último convém lembrar que tivemos, no fôro local, essa questão no caso do processo penal contra um prefeito do Distrito Federal. Como o prefeito se demitisse, a causa cessou no juízo comum e em apelação, jamais se tendo pôsto em dúvida a perda do fôro pela prerrogativa da função do ex-prefeito, tendo quem subscreve estas linhas proferido, como procurador geral, o parecer que se acha publicado no *Arquivo Judiciário,* vol. 46, p. 197 e segs., em que é exposta a mesma doutrina aqui sustentada para o caso então apreciado.

ROMÃO CÔRTES DE LACERDA
Procurador Geral da Justiça
do Distrito Federal