

## Foro por prerrogativa e sua extensão aos membros da Defensoria

Na atualidade, temos visto uma forte crítica ao foro por prerrogativa de função, em virtude do intenso punitivismo decorrente da criminalidade praticada por agentes políticos do campo Legislativo e Executivo e de uma fantasiosa panaceia advinda dos julgamentos de órgãos de primeiro grau, muito pouco alinhados com as garantias processuais.

Não obstante a repulsa que essas condutas criminosas possam causar à sociedade, a extinção do foro por prerrogativa de função não resolverá o problema da criminalidade nos cargos públicos.

O foro por prerrogativa de função foi desenhado como uma forma de proteção do cargo público, em virtude da relevância de algumas funções públicas. É por isso que a Constituição Federal faz a previsão de foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando para as graves implicações políticas que poderiam resultar das decisões judiciais proferidas nesses casos<sup>[1]</sup>.

Com isso, optou o constituinte por atribuir o julgamento da matéria aos órgãos colegiados dos tribunais, em tese mais afastados das pressões externas, frequentemente presentes nessas situações, e detentores de melhor preparação profissional, haja vista a mais alargada experiência judicante<sup>[2]</sup>.

Evita-se também que a ação penal em primeiro grau possa se tornar um instrumento de coação contra a atuação dos agentes públicos, especialmente aqueles mais aguerridos com as garantias constitucionais e que não toleram a prática de ilegalidades, situação cotidianamente enfrentada no *front* da Defensoria Pública.

Assim, por exemplo, o artigo 96, III da CRFB atribuiu expressamente aos tribunais de Justiça competência para “julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

Em relação à Defensoria Pública, entretanto, a Constituição Federal restou omissa, não tendo feito a previsão de nenhum foro privativo para o julgamento de infrações penais praticadas por defensores públicos.

A compreensão dessa omissão deve levar em conta o fato de que o modelo de Defensoria Pública por nós hoje conhecido foi fruto de um desenho inaugural da Carta de 1988. O constituinte foi bem conciso no trato constitucional da instituição em virtude de sua recente criação e de um perfil que não corresponde à fisiologia moderna.

Em igual sentido caminhou o legislador, quando não materializou qualquer previsão infraconstitucional nesse sentido. Por essa razão, em princípio, sendo praticado crime comum ou de responsabilidade por membro da Defensoria Pública, será ele julgado pelo juízo natural competente, ante a ausência de previsão de foro por prerrogativa de função na Constituição Federal e na Lei Complementar 80/1994.

A fisionomia moderna da Defensoria Pública tem revelado a sua posição de vértice no sistema de

---

Justiça, ao lado do Ministério Público e do Poder Judiciário. Por essa razão, sucessivas emendas constitucionais têm conferido um tratamento jurídico mais detalhado à Defensoria Pública.

Sabemos, todavia, que o processo de emenda à Constituição Federal é tormentoso e longo, enquanto que o percurso modificativo das Constituições estaduais é mais abreviado.

Por essa razão, é comum encontrarmos Cartas estaduais que fizeram a previsão expressa de foro privativo para o processamento das infrações penais praticadas pelos membros da Defensoria Pública (artigo 133, IX, *a* da CEAL; artigo 71, X da CEAM; artigo 123, I, *a* CEBA; artigo 46, VIII, *e* da CEGO; artigo 96, I, *a* da CEMT; artigo 161, I, *a* da CEPA; artigo 123, III, 3 da CEPI; artigo 161, IV, *d*, 2 da CERJ[3]; artigo 123, parágrafo 6º da CEES[4]; artigo 95, I da CEAC; artigo 81, II da CEMA; artigo 114, I, *a* da CEMS; artigo 104, XIII, *b* da CEPB[5]; artigo 87, IV, *b* da CERO) ou apenas ao defensor público-geral[6], atribuindo ao Tribunal de Justiça a competência para o julgamento.

Os estados do Amapá, Ceará, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins e igualmente os defensores públicos federais e do Distrito Federal ainda não possuem foro por prerrogativa de função, previsto no ordenamento jurídico federal, estadual ou distrital.

Questão tormentosa, entretanto, tem sido determinar se essa previsão de foro por prerrogativa de função exclusivamente pelas Constituições estaduais seria ou não constitucional, em virtude da ausência de simetria com a Constituição Federal.

Em alguns precedentes mais antigos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro chegou a declarar, de maneira incidental, a inconstitucionalidade da previsão de foro privativo aos defensores públicos, por entender que os estados-membros não teriam competência para legislar sobre a matéria. *In verbis*:

DEFENSORIA PUBLICA. FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETENCIA. ART. 158, INC. IV, AL. D, N. 2 DA CONSTITUICAO ESTADUAL DE 1989. INCONSTITUCIONALIDADE. Defensoria publica. Incompetência do Órgão Especial (Tribunal Pleno) para processar e julgar originariamente seus membros. Inconstitucionalidade do art. 158, IV, 'd', n.2 da Constituição do Estado, por faltar competência aos Estados-membros para legislar sobre Direito Processual (TJ-RJ – Órgão Especial – Representação Criminal 10100-64.1990.8.19.0000 – relator desembargador Antonio Carlos Amorim, decisão: 22/4/1992).

Declaração incidental de inconstitucionalidade. Somente os juízes e membros do MP têm foro especial por prerrogativa de função. Inconstitucionalidade parcial do artigo 158, IV, 'd', nº 2 da Constituição Estadual (TJ-RJ – Órgão Especial – Representação Criminal 1989.034.000054 – relator desembargador Buarque de Amorim, decisão: 14/2/1990).

No entanto, devemos observar que o Supremo Tribunal Federal possui posicionamento consolidado reconhecendo ser a prerrogativa de foro matéria “mais de natureza constitucional e política do que processual”[7]. Com isso, deve ser afastado o aparente óbice formal imposto pelo artigo 22, I da CRFB, que atribui privativamente à União a competência para legislar sobre Direito Processual.

Além disso, o artigo 125, parágrafo 1º da CRFB atribuiu expressamente às Constituições estaduais a

---

regulamentação da competência dos tribunais de Justiça, observados os princípios constitucionais sensíveis e os princípios estabelecidos[8]. Nesse ponto, como não existe na Constituição Federal qualquer regra específica fixando o foro para o julgamento dos membros da Defensoria Pública, que pudesse ser aplicada em simetria às Constituições estaduais, não subsiste qualquer inconstitucionalidade material na regulamentação da matéria pelos estados-membros, no exercício de seu poder constituinte derivado decorrente.

Diversamente do que alguns sustentam, não há uma obrigação constitucional de se reproduzir o foro do plano nacional para o campo estadual, já que a CRFB, se assim quisesse, teria sido expressa nesse sentido.

Outrossim, sob o espectro da razoabilidade, devemos observar que os defensores públicos são agentes políticos, dotados de independência funcional e que exercem função pública considerada essencial à Justiça e à própria manutenção do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Justamente por isso, os artigos 44, XIII, 89, XIII e 128, XIII da LC 80/1994 garantem aos membros da Defensoria Pública “o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça”.

Sendo assim, se o constituinte originário entendeu razoável atribuir aos magistrados e membros do Ministério Público foro privativo junto ao Tribunal de Justiça (artigo 96, III da CRFB), também se revela igualmente razoável assegurar aos membros da Defensoria Pública a mesma prerrogativa.

Nesse sentido, leciona Alessandra de Souza Araújo, em brilhante artigo dedicado ao tema:

*A ratio do foro por prerrogativa de função reside, genericamente, na relevância da função, e tem em vista a dignidade do cargo. Tais motivos indubitavelmente se coadunam com a função dos Defensores Públicos. Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito (ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo). Portanto, como os juízes estaduais, promotores e até mesmo prefeitos são julgados originalmente pelo Tribunal de Justiça (em seara criminal), o mesmo se pode falar quanto aos defensores públicos. Inexiste relação de hierarquia e subordinação entre os mesmos, o que, em âmbito da Defensoria Pública, consta expresso no art. 82 da Lei Complementar nº 06/1977 (que dispõe sobre a organização da Defensoria Pública do RJ), bem como é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública “ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça” (art. 44, XII da Lei Complementar nº 80/1994). O que existe é divisão de funções, as quais estão previstas constitucionalmente” (ARAÚJO, Alessandra de Souza. *Foro por prerrogativa de função do defensor público*, Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 2001, ano XIII, n.17, pág. 19).*

Adotando esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do foro privativo por prerrogativa de função estabelecido em relação aos membros da Defensoria Pública, pelo artigo 46, VIII, e da Constituição do Estado de Goiás.

De acordo com o referido dispositivo, caberia ao Tribunal de Justiça de Goiás processar e julgar originariamente “os juízes de primeiro grau, os membros do Ministério Público, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, e os Delegados de Polícia, os Procuradores do Estado e da Assembleia

---

Legislativa e os Defensores Públicos, ressalvadas as competências da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri”[9].

Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o interesse público no adequado e independente exercício das funções públicas elencadas no referido dispositivo justificaria a previsão do foro privativo por prerrogativa de função, com exceção dos delegados de polícia, que se encontram funcionalmente subordinados aos governadores estaduais e submetidos ao controle externo do Ministério Público. Por essa razão, a suprema corte reconheceu apenas a inconstitucionalidade da expressão “e os Delegados de Polícia”, contida no artigo 46, VIII, e da Constituição do Estado de Goiás. *In verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA ‘E’ DO INCISO VIII DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “e os Delegados de Polícia”, contida no dispositivo normativo impugnado (STF – Pleno – ADI 2.587/GO – relator ministro Carlos Britto, decisão: 1º/12/2004)[10].

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser legítima a previsão de foro privativo em relação membros da Defensoria Pública, pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

Foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, d, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-Membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. Habeas corpus deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (STJ – 6ª Turma – HC 45.604/RJ – relator ministro Nilson Naves, decisão: 10/10/2006).

Relevante lembrar, ainda, que “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual” (Súmula 721 e Súmula Vinculante 45 do STF).

Por fim, vale o registro de que a prerrogativa prevista na Constituição estadual prevalece apenas em relação ao defensor público em atividade, não sendo extensível ao aposentado, tendo em vista que o mesmo não mais integra formalmente a carreira.

Por essas razões, parece-nos que o procurador-geral da República caminha na contramão da tendência moderna, quando defende a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função atribuído aos defensores públicos capixabas, tema objeto da ADI 5.674 em tramitação no Supremo Tribunal Federal [11].

Equivoca-se o chefe do Ministério Público quando pretende ler a Defensoria Pública de 2017 com

olhares em 1988. O foro por prerrogativa de função conferido aos defensores públicos não se constitui como benesse, mas como forma de proteção do cargo de um agente político que se transformou nas últimas décadas, deixando de lado o perfil individual de atuação, para exercer uma função de defesa de direitos das mais variadas concepções e com enfrentamentos diários, inclusive contra atos do próprio Ministério Público.

Na realidade, não é a Constituição estadual que possui inconstitucionalidade material, mas a Constituição Federal que está em mora com essa nova classe de agentes políticos.

[1] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 186.

[2] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit., pág. 187.

[3] Previsão semelhante consta do artigo 85 da Lei Complementar Estadual 06/1977: “Os membros da Defensoria Pública serão originariamente processados e julgados pelo Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, mediante denúncia privativa do Procurador-Geral da Justiça”.

[4] O referido dispositivo é objeto de questionamento quanto a sua constitucionalidade no bojo da ADI 5.674, em tramitação no STF e já com parecer pela inconstitucionalidade exarado pelo procurador-geral da República.

[5] No julgamento da ADI 469-7, o STF conferiu interpretação conforme ao dispositivo da Carta paraibana garantindo a competência de foro por prerrogativa de função, excepcionada apenas a competência do Tribunal do Júri. O tema do foro por prerrogativa de função da Constituição Paraibana também foi objeto do julgamento da ADI 541-3, quando entendeu o STF pela constitucionalidade da norma que atribuía o foro aos procuradores do estado.

[6] É o caso das Constituições dos estado de São Paulo (artigo 74, I) e Pernambuco (artigo 61, I, ‘a’), que atribuem foro por prerrogativa de função apenas ao defensor público-geral.

[7] STF – Pleno – ADI 2.587/GO – relator ministro Carlos Britto, decisão: 1º/12/2004 / STF – Pleno – HC 58410/RJ – relator ministro Moreira Alves, decisão: 18/3/1981.

[8] De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “a Constituição — ao outorgar, sem reserva, ao Estado-membro, o poder de definir a competência dos seus tribunais (artigo 125, parágrafo 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” (STF – 1ª Turma – HC 70.474/RS – relator ministro Sepúlveda Pertence, decisão: 17/8/1993).

[9] Atualmente, o artigo 46, VIII, e da Constituição do Estado de Goiás atribui ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar originariamente “os juízes de primeiro grau e os membros do Ministério Público, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, e, nas infrações penais comuns, os procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e os defensores públicos, ressalvadas as competências da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri” (redação dada pela Emenda Constitucional 46, de 9 de setembro de 2010).

[10] No mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 2.553 MC/MA – relator ministro Sepúlveda Pertence, decisão: 20/2/2002.

[11] <http://www.mpf.mp.br/pg/documentos/adi-5674.pdf>

**Date Created**

30/03/2017