



O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A (IN)COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SUA REFORMULAÇÃO

Gabriel Antonio Roque¹; Dirceu Pereira Siqueira².

¹Acadêmico do Curso de Direito, UNICESUMAR, Maringá-PR. Mobilidade acadêmica em direito/criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), Porto-PT. Bolsista Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular PIBIC/Funadesp-Unicesumar.

²Orientador. Pós-doutor. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNICESUMAR, Maringá-PR.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo discorrer, de forma breve, acerca do foro por prerrogativa de função, ou “foro privilegiado”, notadamente no que diz respeito à sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. A partir do método hipotético-dedutivo, e utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica, de legislação e a análise de decisões judiciais, pretende-se observar que o foro especial assume um caráter disfuncional perante nossa Corte Suprema. Vislumbrar-se-á, também, eventuais (in)conformidades na postura notadamente ativa assumida pelo STF perante o foro por prerrogativa de função, perscrutando sua (i)legitimidade para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; “Foro privilegiado”; Julgamento de autoridades. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que, nos últimos tempos, o foro por prerrogativa de função enfrentou consideráveis crises, em grande parte devido às críticas dos mais variados atores sociais ao instituto, não faltando propostas tendentes a aboli-lo ou restringi-lo drasticamente. A problemática do foro especial tem se verificado de forma ainda mais notável nos últimos anos, especialmente em razão dos avanços da Operação “Lava Jato” e das crescentes investigações de ilícitos penais praticados pela alta cúpula política do país. Tramitam no parlamento dezenas de propostas de reformulação do foro especial, algumas inclusive bastante avançadas, como é caso da PEC nº 10/2013 do Senado Federal (PEC 333/2017 na Câmara dos Deputados).

Por outro lado, se discutiu também no Supremo Tribunal Federal a restrição do mecanismo perante aquela Corte, através da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, sendo a via jurisprudencial a responsável pela reformulação do foro especial.

Tendo em vista a relevância e abrangência que o tema vem experimentando ultimamente, pretende-se discorrer no presente trabalho, sucintamente, a respeito dos fundamentos do foro por prerrogativa de função, ou “foro privilegiado”, como restou popularmente reconhecido. A partir de uma análise bibliográfica, pretende-se discutir os fundamentos do foro especial, bem como expor as principais críticas àquele dirigidas. Menciona-se, também, legislações e decisões judiciais atinentes à temática.

Então, a discussão que aqui se propõe é a respeito da (i)legitimidade do Supremo em tomar a frente do legislador democraticamente eleito para restringir a Constituição Federal no que diz respeito ao foro por prerrogativa de função. Reconhece-se, de antemão, que o mecanismo jurídico, de pretensa proteção a altas funções da República, tomou no Brasil proporções preocupantes, culminando não só em eventuais impunidades, mas também na sobrecarga de trabalho em nossa Corte Suprema, encarregada também de diversas outras funções institucionais importantíssimas, como é o caso, por exemplo, do controle concentrado de constitucionalidade.



2 RAZÃO DE SER E ESTADO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, como ficou conhecido popularmente, consiste na determinação de que certas autoridades, por conta de sua relevante função ocupada na estrutura estatal, sejam julgadas penalmente ou por crimes de responsabilidade apenas perante instâncias superiores do Poder Judiciário pátrio. Segundo De Plácido e Silva, seria aquele foro “que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações ou em que são processadas e julgadas certas pessoas”.

Quanto ao foro especial perante o Supremo Tribunal Federal, dispõe o art. 53, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil que “Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. Nesse sentido, importante destacar ainda os arts. 86 e 102 da CF/88.

Mister concluir que o instituto ora em discussão possui estafe constitucional, abarcando um grande número de autoridades públicas, que estarão sujeitas, caso pratiquem um ilícito penal, por exemplo, ao mais alto tribunal do país, que, argumenta-se, teria maiores condições de julgar tais agentes com independência, imparcialidade e equidistância, livre, portanto, de eventuais pressões e influências indevidas. Se evitariam, assim, interferências desmedidas nas funções desempenhadas pelos representantes do povo.

Assevera-se que “é justamente a peculiar posição dos agentes políticos que justifica o tratamento constitucional diferenciado em relação aos demais agentes públicos” (BRANCO; MENDES, 2015, p. 482). Sendo assim, o foro especial nunca pode se consubstanciar como um privilégio à pessoa do agente, mas sim como um atributo ao cargo, à posição que o mesmo ocupa na estrutura administrativa do Estado.

Estas regras conferem um tratamento distinto ao agente público, rompendo, à primeira vista, o princípio da igualdade encampado em nossa Carta Maior. Contudo, analisando mais detidamente a questão, observar-se-ia que a desigualdade aí presente se trata, na verdade, de uma desigualdade positiva, que nada mais é do que a discriminação em busca de uma maior igualização. Ter-se-ia presente, no caso, um “critério de discrimine” justificável presente na diferenciação estabelecida.

Assim, colocar altas autoridades da República sob a égide de uma jurisdição especial em busca de maior equilíbrio e visando anular pressões recíprocas, que é justamente a razão de ser do foro por prerrogativa de função, seria proteger o cargo e contribuir para uma igualdade de julgamento. Igualdade, portanto, entre o julgamento de autoridades e de cidadãos comuns. Nesse sentido, “esse tratamento diferenciado é conferido pelo texto constitucional não em razão da pessoa do agente, mas em virtude do cargo ou função que ele exerce. Daí por que a doutrina majoritária entende que essa desigualdade de tratamento não é inconstitucional” (NUNES JUNIOR, 2007, p. 9).

Menciona-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2013 do Senado Federal (PEC 333/2017 na Câmara dos Deputados), que “altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal”.

Segundo dispõe o projeto, seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, apenas o Presidente e Vice-Presidente da República, os Presidentes da Câmara e do Senado e o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a proposta adiciona a alínea LIII-A ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo que “é vedada a instituição de foro especial por prerrogativa de função”. No fechamento deste trabalho (16 de agosto de 2018), a PEC encontrava-se “Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa”, segundo o site da Câmara dos Deputados.

Para se ter uma dimensão da mudança substancial que tal modificação acarretaria, importante se faz lembrar que, dentre as autoridades detentoras do foro por prerrogativa de função no país frente ao STF, os congressistas se fazem presentes em maior número, sendo que temos 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais e 81 (oitenta e um) Senadores, perfazendo-se um total de 594 (quinhentos e noventa e quatro) parlamentares que, caso cometam qualquer crime comum, seriam, a princípio,



julgados perante o STF, jurisdição essa que se sobrepõe até mesmo aos julgamentos de crimes dolosos contra a vida, que a princípio deveriam ser julgados pelo Tribunal do Júri. Vale lembrar que essa prevalência só se verifica, conforme o entendimento do STF, no que diz respeito aos foros especiais estabelecidos pela Constituição Federal, dispondo a Súmula Vinculante 45 que “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”. Com o novo entendimento esposado pelo STF, tal diferenciação já não tem mais pertinência, visto que um homicídio, por exemplo, dificilmente seria cometido em “razão do cargo”, conforme será melhor explicado abaixo.

Segundo estimativas do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, 799 pessoas estão abarcadas pelo foro especial perante o STF. Tal número acarretaria a sobrecarga de processos perante nossa Corte Suprema, prejudicando, de certa forma, até mesmo sua atribuição precípua de guardar e zelar pela Constituição Federal.

Alguns números trazidos pelo “V Relatório Supremo em Números - O Foro Privilegiado e o Supremo”, da FGV, de 2017, são sintomáticos do estado dos procedimentos abarcados pelo foro especial perante aquela Corte: uma em cada três decisões em ações penais são sobre recursos internos; apenas 22% das decisões em inquéritos em 2016 foram tomadas por um órgão colegiado; 68,78% dos réus julgados não são contemplados pelo foro especial, sendo julgados no STF em razão de conexão, por exemplo; apenas 5,94% dos casos começam e terminam no STF, sendo a subida e descida de instâncias a característica dos demais casos, o que deu azo justamente à Questão de Ordem na Ação Penal 937, conforme se verá adiante.

Infelizmente, não se faz possível, pelos limites do presente trabalho, uma discussão pormenorizada dos interessantes dados trazidos pelo estudo da FGV. Destaca-se, contudo, que algumas informações ali constantes devem ser lidas com cautela, especialmente em razão de opções metodológicas da pesquisa, que devem ser bem compreendidas.

3 A OPÇÃO PELA REFORMA DO FORO ESPECIAL JUDICIALMENTE

Conforme já mencionado, através da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, o Supremo Tribunal Federal, também reconhecendo as problemáticas e inconformidades do foro especial perante aquela corte, determinou uma leitura restrita do foro por prerrogativa de função, adotando as seguintes teses: (i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo público, ou seja, não abarcando fatos ocorridos anteriormente a diplomação; (ii) o foro especial aplica-se apenas às infrações relacionados às funções desempenhadas; (iii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

As considerações aqui expostas se concentrarão nas duas primeiras teses, reconhecendo a terceira como menos sujeita a críticas, especialmente diante das frequentes tentativas de fraude processual verificada neste tipo de situação, quando um agente abarcado pelo foro especial, por exemplo, renuncia ao seu mandato na véspera do julgamento ou quando este já teve início. Menciona-se, contudo, que a terceira tese acabou por explicitar uma exceção à regra da atualidade do mandato, já citada acima, pois permite, por exemplo, que um ex-deputado continue a ser julgado perante o STF, desde que já publicado o despacho de intimação para as razões finais quando do fim do mandato, independentemente do motivo.

Ambas as teses foram aprovadas por maioria, havendo, contudo, contornos a serem definidos a respeito da temática em razão do novo entendimento, o que se dará com o avanço da jurisprudência diante de casos práticos atinentes à matéria.



O relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, para quem o foro por prerrogativa de função carrega em si grandes malefícios, tem se mostrado um dos maiores críticos ao foro especial, dentro e fora do Supremo Tribunal Federal.

Em nossa visão, não restam dúvidas de que Eminentíssimo Ministro tem razão quanto às disfuncionalidades do “foro privilegiado” nos moldes em que se encontra desenhado no Brasil. Contudo, a questão que se coloca é se a via judicial é a mais adequada para tal reforma no foro especial, reforma essa consubstanciada em uma leitura restritiva do texto constitucional.

Conforme já se observou, o art. 53, § 1º, da Constituição Federal é claro no sentido de que os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento pelo STF desde a expedição do diploma. Nesse artigo da Carta Maior, bem como nos demais que tratam do foro, não é feita, explícita ou implicitamente, qualquer ressalva à competência do Supremo para julgar parlamentares.

A limitação que se estabeleceu na QO se pode observar, por exemplo, no ordenamento jurídico português, que é claro quanto ao tema. Segundo o artigo 130, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça português quando de crimes praticados no exercício de suas funções. Quando estranhos às funções presidenciais, o Presidente é processado ao fim do mandato, perante um tribunal comum. Complementando tal hipótese, reza o artigo 11, nº 3 e 4, do Código de Processo Penal português, que ao seu pleno compete julgar, em matéria penal, o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções. Desataca-se que, em Portugal, os parlamentares não são abarcados por qualquer tipo de foro especial.

Destaca-se que o constituinte originário da República Federativa do Brasil, quando quis tratar de limitações de qualquer ordem decorrentes do exercício das funções de alguma autoridade da República, o fez expressamente. Esse é o caso do art. 86, § 4º, da CF/88, dispondo que “o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”. Ora, resta claro, assim, que o legislador teria feito a ressalva ao foro especial caso entendesse pertinente, assim como tantos outros países o fizeram (dos quais a República Portuguesa, citada acima, é um exemplo).

Contudo, menciona-se que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal só se aplica, pelo que ficou decidido pela maioria dos Ministros, aos deputados federais e senadores, surgindo daí novas indagações: apenas parlamentares teriam o foro restringido em virtude de serem o maior grupo submetido à jurisdição penal direta do STF? E quanto ao foro especial perante outros tribunais do país? Questões funcionais da Suprema Corte são justificativas suficientes para a reformulação do texto constitucional?

Enfim, de onde o STF obteria legitimidade para realizar verdadeira reforma institucional, modificando um entendimento já arraigado, recorrendo a princípios gerais e abstratos como republicanismo, isonomia, etc.? Em um sistema efetivo de tripartição de poderes, a Suprema Corte não teria competência para tanto, e ao fazê-lo extrapola seus poderes constitucionais, principalmente diante do fato de que se adianta ao legislador democraticamente eleito para realizar modificações no foro por prerrogativa de função.

Sem adentrar em uma discussão filosófica, o que os limites deste trabalho por certo impediriam, emprega-se aqui a legitimidade no seu sentido formal, consubstanciada, grosso modo, na origem da obtenção de poderes. Ou seja, de onde vêm/é obtido o poder no seio do Estado Democrático de Direito. E daí saltam inúmeros conceitos imbrincados e indissociáveis: segurança jurídica, igualdade, tripartição de poderes, freios e contrapesos, democracia, entre vários outros.

Assim, neste caso em específico, o de uma decisão do Poder Judiciário, a lei (Constituição, no caso) mostra-se como a melhor e mais segura fonte de legitimidade, devendo ser afastadas discricionariedades e manobras interpretativas. Pensar o contrário é admitir o avanço de um Poder, o Judiciário, sobre o outro, o Legislativo, este dotado da representatividade para exercer suas funções institucionais, corrompendo a separação efetiva de poderes e o sistema de freios e contrapesos.



A separação de poderes, para Montesquieu, serve justamente para dar equilíbrio ao Poder Estatal, este uno e indissolúvel, em um sistema de freios e contrapesos no qual cada um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário) possui funções e papéis previamente delimitados, independentemente do regime político adotado (MONTESQUIEU, 1996).

Na esteira dessa percepção formal de legitimidade (sem desconhecer as infindáveis discussões que permeiam o tema), e reconhecendo a supremacia da Constituição como ponto essencial de um Estado Democrático de Direito, interessa-nos:

(...) a questão da adoção da lei como instrumento manifestante, em si mesmo, da legitimidade necessária às ações estatais, elas próprias pautadas pela mesma lei. (...) é uma legitimidade típica do Estado de Direito, algo observado até hoje com nuances algo diferenciadas, mas essencialmente nesta configuração ora exposta. De todo modo, o direito concebido neste ambiente tornava-se ele próprio também dependente das características ali encontráveis e perceptíveis. (SIQUEIRA & MINHOTO, 2012, p. 22-23)

Por fim, diga-se, a despeito dos posicionamentos do Ministro Barroso quanto ao papel do Poder Judiciário na República, que não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, que um poder da República não eleito pelo povo e, portanto, não legitimado pelo voto popular, se atribua uma capacidade "iluminista" e se incumba da empreitada de "empurrar a história" (BARROSO, 2015). E isso se torna ainda mais problemático quando tal "iluminismo" é exercido sem sequer haver a obediência a limites constitucionais preestabelecidos do Estado Democrático de Direito. Nesse caso, além de não legitimada pelo voto diretamente, a decisão daí advinda não estaria sequer legitimada pela lei (pela Constituição, no caso em análise), o que ofereceria riscos ao equilíbrio das funções estatais. Exemplos não faltariam, mas, pela repercussão do tema, citem-se as últimas interpretações dadas pelo STF à presunção de inocência (HC 126292; ARE 964.246; liminares nas ADC's 43 e 44 e, o mais recente, HC 152752).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que o foro por prerrogativa de função encontra seus fundamentos na própria ordem republicana na medida em que objetiva proteger o adequado e independente desempenho da atividade de gestão da coisa pública, encontrando sua base na distinção entre discriminações positivas e negativas, havendo presente um fator, a princípio razoável, de discriminação.

Contudo, tal mecanismo necessita sim ser repensado e reformulado diante do estado atual de coisas. Isso devido às suas disfuncionalidades evidenciadas, entre as quais a sobrecarga de trabalho imposta ao STF, que de forma alguma foi estruturado para servir de órgão julgador de primeira instância, sendo sua função primordial e mais importante a de uma Corte Constitucional, incumbida, por exemplo, do controle abstrato de constitucionalidade.

Contudo, e ainda mais diante de propostas já bastante avançadas no Congresso e que visam a reformulação do "foro privilegiado", deve-se reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal em, através de um giro interpretativo, modificar as "regras do jogo" em nome de princípios abstratos e restringindo um texto constitucional claro e que até então vinha sendo interpretado como tal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wilson Francisco de. *A Questão do Foro Privilegiado dos Parlamentares Federais e Estaduais no Brasil*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2010.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2000.



- ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. *Federação e competência para legislar: estudo de um caso*. Bauru, SP: Edite, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.
- BUSTAMANTE SÁ, Verônica Avelar de. *A (in) constitucionalidade do foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2017.
- _____. *Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2013, no Senado Federal*. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>, acesso em 05 abril 2018.
- BROWN, George D., New Federalism's Unanswered Question: Who Should Prosecute State and Local Officials for Political Corruption? (April 29, 2003). *Washington and Lee Law Review*, Vol. 60, pp. 417-511, Spring 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=401180> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.401180>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vidal. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CHAFETZ, Josh, Governing and Deciding Who Governs (May 3, 2015). *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2015, pp. 73-111. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2522906>.
- FGV. *V Relatório Supremo em Números : o foro privilegiado*. Joaquim Falcão...[et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Foro por prerrogativa de função — na prática, a teoria é outra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/interesse-publico-foro-prerrogativa-funcao-pratica-teoria-outra>>. Acesso em 03 abril 2017.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 32ª ed. São Paulo: Forense, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Mucachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NUNES JR., Amandino Teixeira. *Foro por prerrogativa de função*. Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007.
- PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>, acesso em 04 abril 2018.
- _____. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso em 04 abril 2018.



- ROLIM, Luciano. Limitações Constitucionais Intangíveis ao Foro Privilegiado. *Revista Eletrônica PRPE – Procuradoria da República em Pernambuco*. Pernambuco: 2005, ano 3, vol. 1.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira & MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, Minorias e Legitimidade. In: *Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional*. Dirceu Pereira Siqueira & Murilo Angeli Dias dos Santos (Org.). p. 12-43. Birigui: Boreal, 2012.
- TAVARES F., Newton. *Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. ley, derechos, justicia*. Ed. Trotta, 2007.