

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

Eiratã Paulino Campos

**O foro por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal: direito
ou via de impunidade?**

MANAUS – AM

2017

Eiratã Paulino Campos

**O foro por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal: direito
ou via de impunidade?**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal

MANAUS – AM

2017

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

FICHA CATALOGRÁFICA

C198

Campos, Eiratã Paulino.

O foro por prerrogativa de função e o Supremo Tribunal Federal: direito ou via de impunidade?/ Eiratã Paulino Campos. – Manaus: Universidade do Estado do Amazonas - UEA, 2017.

72 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Profª. MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal.

1. Direito constitucional. 2. Direito processual. 3. Foro por prerrogativa de função. 4. Competência *ratione personae*. 5. Supremo Tribunal Federal I. Título.

CDU 342

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

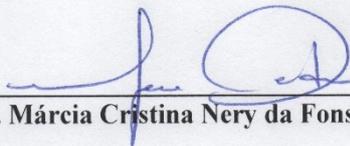
EIRATÃ PAULINO CAMPOS

**O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: DIREITO OU VIA DE IMPUNIDADE?**

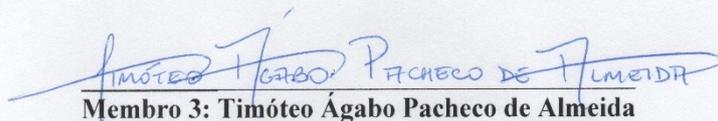
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal



Membro 2: MSc. Márcia Cristina Nery da Fonseca Rocha Medina



Membro 3: Timóteo Ágabo Pacheco de Almeida

Manaus, 27 de Novembro de 2017.

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há em toda a parte.”

Barão de Montesquieu

AGRADECIMENTOS

A toda a minha família e amigos que sempre me apoiaram desde o começo da caminhada, principalmente aos meus pais Francisco Lázaro e Maria Eulália que são as minhas referências em caráter e como profissionais;

À minha irmã Maria Clara, cuja determinação e força de vontade servem de exemplo no decorrer de minha trajetória;

A maior grata surpresa de meu ciclo acadêmico, Amanda Gomes, cujo afeto e companheirismo são singulares;

À minha orientadora Professora Luziane de Figueiredo Simão Leal pela paciência, por compartilhar sua experiência, conhecimento e por ter aceitado participar desta empreitada para tratar de um assunto por vezes polêmico;

Aos excelentes professores que tive durante a minha vida, cujo ensino partilhado me permitiram atingir esse momento;

Aos brilhantes companheiros de SEAS, 2ª VTJ e 19ª Vara Cível com os quais tive a oportunidade de conhecer e aplicar o direito na prática, contribuindo para o meu desenvolvimento acadêmico e profissional;

Por fim, a todos os meus colegas universitários, os quais tenho certeza que serão exímios operadores do direito na busca incessante pela justiça.

RESUMO

O foro por prerrogativa de função tem previsão legal na Constituição Federal de 1988. É a Carta Magna brasileira que atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF, além do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 102, inc. I, “b” do texto constitucional. Entretanto, nos últimos anos, o Brasil enfrenta uma crise política cujas investigações policiais apontam para um dos maiores escândalos de corrupção da história do país. Neste contexto, objetiva-se investigar se o foro por prerrogativa de função transformou-se em privilégio a serviço da impunidade.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito processual. Foro por prerrogativa de função. Competência *ratione personae*. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The privileged jurisdiction has legal preview in the Brazilian constitution of 1988. It's the Brazilian magnum letter that delegates competence to the Federal Supreme Court to process and judge the President of the Republic, the Vice-President, the members of the National Congress, the Ministers of the FSC (STF) and the brazilian Attorney General, by the terms of article 102, I, "b" of the constitutional text. However, in the last years, Brazil faces a political crisis which police's investigations leads to one of the biggest corruption scandals of the country's history. In this context, we have to analyze if the privileged jurisdiction, became into a privilege at the service of impunity.

Keywords: Constitutional law. Process law. Privileged jurisdiction. *Ratione personae* competence. Brazilian Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO BRASIL.....	12
1.1 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	16
1.2 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A LEGISLAÇÃO PENAL E ELEITORAL BRASILEIRA.....	21
1.3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM COTEJO COM OUTROS PAÍSES DEMOCRÁTICOS.....	25
2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	31
2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	33
2.2 O SUPREMO COMO ÚLTIMA INSTÂNCIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	36
2.3 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO	37
2.4 A SÚMULA 394 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI Nº 10.628/2002	40
3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A CRISE INSTITUCIONAL	44
3.1 A INFLUÊNCIA POLÍTICA NAS DECISÕES SOB O FORO PRIVILEGIADO	51
3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA	56
3.3 AS MANIFESTAÇÕES DEMOCRÁTICAS CONTRA O FORO PRIVILEGIADO	59
3.4 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 10/2013	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado carrega em seu bojo todo o arcabouço jurídico sobre o qual uma sociedade irá cimentar-se. É nessa lei fundamental que serão encontrados os elementos essenciais, traduzidos em um conjunto de normas jurídicas, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.

No entanto, esse entendimento estritamente positivista do que seria uma Carta Magna não exaure sua mais relevante função: expressar os anseios da sociedade a qual pertence. Por esta razão, Ferdinand Lassalle tratou de elucidar o sentido sociológico que as constituições devem obedecer.

“Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.”
(LASSALLE, 2008, p.20)

Nesse sentido, têm-se que os fatos sociais possuem papel relevante para o texto constitucional, devendo portanto, serem observados pelo poder constituinte originário e mais ainda pelo derivado.

Isto posto, diante da flagrante crise institucional que o país atravessa, convém-nos, enquanto pesquisador, investigar e, por conseguinte, analisar formas de repensar os pilares sobre os quais foi sedimentada a democracia brasileira e, conseqüentemente, a Constituição Federal, no sentido de observar se a ideia de tripartição de poderes, idealizada por Montesquieu, e adotada no Brasil, como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, está sendo respeitada ou trata-se apenas de uma utopia.

Os escândalos de corrupção revelados pelas investigações policiais e as manifestações populares realizadas nos últimos anos revelam que o país tem refletido e repensado a própria democracia. Dentre as demandas, uma das mais reforçadas é a prerrogativa do denominado foro por prerrogativa de função na Suprema Corte, objeto desta pesquisa, uma vez que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar, nas infrações penais, o Presidente e o vice-presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do próprio STF e o Procurador da República, tem sido alvo de inúmeras críticas, por vezes, trazer entendimentos

cujo teor apresentam à sociedade uma certa instabilidade, como as decisões que mesmo sem o amparo constitucional foram adotadas em nome do clamor popular.

Não obstante, diante das inúmeras denúncias e casos de corrupção dentro da política brasileira, a sociedade visa cada vez mais a punição dos responsáveis¹. No entanto, a maioria dos operadores desses crimes contra o Estado Brasileiro: chefes do Executivo, parlamentares, Ministros de Estado, entres outros, possuem o chamado foro por prerrogativa de função, concedido pela Constituição Federal de 1988, que retira do juízo comum a capacidade para processamento e julgamento.

Por conseguinte, diante das diversas situações que colocaram o foro privilegiado em xeque os que postulam pelo fim do instituto – ou, no mínimo sua reforma – multiplicam-se na sociedade, estando tal pensamento incrustado inclusive dentro do Supremo Tribunal Federal e no Poder Legislativo, onde tramitam soluções legislativas que reformulam a sistemática vigente. Dessa forma, o que se questiona é se estaria o modelo brasileiro de “foro privilegiado” alinhado aos anseios populares e à democracia?

Durante a pesquisa e redação final do trabalho, fora utilizado o método dedutivo, bibliográfico e documental, por meio de consulta a doutrina, a legislação – brasileira e estrangeira - e análise de julgados do STF, bem como diversos livros e peças pertinentes à análise e elucidação da temática.

No primeiro capítulo, aborda-se-á as raízes históricas do instituto do foro por prerrogativa de função, de que modo ele desembarcou ainda no Brasil Colônia e como se deu sua evolução durante o advento das diversas constituições que o país possuiu até a presente Carta de 1988. Far-se-á ainda, uma breve comparação em como o instituto é abordado em outras constituições democráticas ao redor do mundo, nos sistemas de governos e jurídicos mais adotados atualmente.

No capítulo seguinte, o foco de análise será o Supremo Tribunal Federal e suas inúmeras competências dentro do ordenamento jurídico brasileiro, concedidas por força da Constituição Federal de 1988. O rol de competências do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional estaria tornando a Corte mais morosa? Sua função de Tribunal Constitucional está prejudicada? Quanto ao julgamento dos que tem prerrogativa de foro no STF, estaria a Corte realizando uma efetiva prestação jurisdicional?

O capítulo final busca conjugar as ideias carreadas nos capítulos anteriores, na tentativa

¹ Pesquisa revela que população brasileira está mais engajada em combater atos de corrupção. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/10/pesquisa-revela-que-populacao-brasileira-esta-mais-engajada-a-combater-atos-de-corrupcao>. Acesso em 05 de novembro de 2017.

de elucidar como o Supremo atua em processos de sua competência originária e a relação que essa atuação guarda com a crise institucional que o Brasil atravessa. Isso se viabiliza por meio de alguns estudos e levantamentos realizados dentro do Supremo Tribunal Federal que apontam diversos fatores relevantes para a necessidade de reforma do instituto no Brasil, reforma essa que foi corporificada pela Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2013, atualmente em sob o número 333/2017, em tramitação no Congresso Nacional.

Dessa maneira, o presente estudo apresenta um histórico do surgimento do foro privilegiado no Brasil, excertos de direito comparado com países com democracia semelhante à brasileira, enumera e detalha as competências assumidas pelo Supremo Tribunal Federal e as consequências do que se aponta como um acúmulo de funções que atrapalha, torna ineficaz o julgamento de questões realmente importantes para o país e, por fundamental, investiga se o foro por prerrogativa de função, é necessário para assegurar aqueles que executam e legislam maior estabilidade e segurança no cumprimento de seus mandatos, ou se o foro especial virou uma espécie de blindagem em favor da impunidade.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO BRASIL

Antes de adentrar ao tema central deste trabalho, necessário traçar um pequeno histórico acerca da democracia, tendo em vista que a prerrogativa de função, objeto deste estudo, era um dos privilégios concedidos à época de sua invenção, digamos assim. Keane (2010) critica o contexto de democracia ao dizer que se trata de uma invenção poderosa de um desejo só realizado em pensamento.

O autor além de desmitificar o ideal de democracia, afirma que esta não nasceu na Grécia e sim no oriente, sendo, denominado, então, de “o plágio grego da democracia” (2010, p. 12). Segundo o autor, depois de nascer no oriente, a forma inovadora de assembleia para tomada de decisões, seguiu para o leste indiano e só depois chegou a Atenas, onde ganhou impulso e por esta razão manteve-se a Grécia como berço da democracia.

A democracia foi, sem dúvida, uma criação ideológica que, à época, não concretizava qualquer influência na sociedade, seja pela impossibilidade de sufrágio, seja pelo conceito de isonomia, de forma que uma série de privilégios, fossem eles: econômicos, sociais, políticos e jurídicos eram concedidos àqueles que detinham parcela do poder.

Ao decorrer das eras, com a queda de impérios e o nascimento de outros ainda mais imponentes, o conceito democrático fora amadurecendo, no entanto, os privilégios acima retratados não perderam força no contexto social sob os quais estavam inseridos. Dentre essas concessões encontrava-se de maneira embrionária o foro por prerrogativa de função, um privilégio de natureza pessoal concedido a determinados indivíduos ou classes sociais, que imperava desde a Antiguidade. Tal instituto, à época, arraigou-se principalmente pela grande influência que possuía a Igreja Católica em todos os pólos do Estado.

A Igreja Católica influenciou, (...) as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer a idéia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico. (DELGADO, 2003, p. 329-30).

Com o avanço do tempo, as monarquias começaram a denominar o cenário político europeu de maneira que essas começaram a lutar pelo afastamento da influência da Igreja nos julgamentos daqueles que exerciam altos cargos dentro do regime absolutista. Isso ocorre a

partir do Século XII, com a criação do foro privilegiado determinado não somente sobre o fato típico, mas também sobre a qualidade de quem o praticou, conceito que perdura até os dias de hoje.

[...] foram restringindo os casos reais e se ampliando os casos privilegiados, ficando estes como correlativos opostos aos casos comuns, sujeitos às justiças ordinárias, a tal ponto que a classificação dos crimes, em relação às jurisdições foi esta: crimes privilegiados, crimes eclesiásticos e crimes comuns, distinguindo-se estes dos outros, principalmente por constituírem, em regra, os casos de devassa a cargo dos juízes locais, ao passo que os privilegiados estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores e os eclesiásticos a cargo das oficialidades eclesiásticas. (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 118)

Convém observar, então, que três fatores contribuíram para a brandura do instituto do foro por prerrogativa de função nas sociedades da Idade Moderna à Idade Contemporânea: a) a predominância de regimes de governo absolutistas, cujo sistema político era diametralmente avesso aos conceitos democráticos; b) inexistência da chamada tripartição dos poderes; e c) a construção e ascensão do regime jurídico positivista, o qual tinha como conceito de direito, o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas. Portanto, se o foro privilegiado era norma criada pelo próprio Estado, que tem a competência para legislar, por consequência, não havia motivos para questionar a sua legalidade e legitimidade.

Nos séculos seguintes, o sistema político-jurídico ocidental sofreu expressivas mudanças ideológicas, com a explosão das revoluções americana e francesa, em 1776 e 1789, respectivamente. Tais revoluções, influenciadas pelo período iluminista que o mundo estava atravessando, carregavam em seus motes os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, pilares utilizados até os dias de hoje por estados democráticos de direito.

É sob esse cenário que o Brasil, como Estado soberano é fundado. A Constituição Imperial, promulgada nos idos de 1824, já tratava sobre o instituto do foro diferenciado em face da competência *ratione personae*, no qual, pela constituição, o Senado era responsável pelo processamento e julgamento dos delitos praticados por àqueles agraciados pela competência diferenciada, conforme se observa do art. 47 daquela Carta Política.

Art. 47. E' da attribuição exclusiva do Senado
I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.
II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado.
 (BRASIL, 1824)

Existia ainda, nessa Carta Magna, a possibilidade de processamento e julgamento originário do Supremo Tribunal de Justiça (antecessor do atual STF), que deveriam conhecer os delitos e erros do ofício de seus Ministros e de outras autoridades.

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça [...].

Art. 164. A este Tribunal Compete:

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Provincias. (BRASIL, 1824).

Por conseguinte, o regime jurídico vigente à época do Império, apesar de já prever hipóteses para processamento e julgamento de agentes e membros do Estado, como a família Imperial, por exemplo, encontrava-se muito distante de um pleno regime de Estado Democrático de Direito, pois ainda persistia a ideia de irresponsabilidade/santificação da figura do Imperador, como se observa da leitura do artigo 99 da Constituição de 1824: “*A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”.

A possibilidade de processamento e julgamento do Chefe do Poder Executivo no Brasil só foi inaugurada na Constituição Republicana de 1891. A primeira Carta Republicana consolidou no Brasil, ainda que de maneira rudimentar, a noção de tripartição de poderes e o sistema de freios e contrapesos² que dela decorrem, de tal sorte que a atribuição para julgar o Presidente da República fora concedida ao Senado em procedimento muito semelhante ao atual, conforme se extrai do art. 53 do referido normativo constitucional.

Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado. (BRASIL, 1891).

A Constituição de 1891 garantia o foro privilegiado também para outros membros do Estado brasileiro, como os Ministros de Estado, delegando a competência originária para processamento e julgamento desses ao Supremo Tribunal Federal. A partir de então, o foro especial por prerrogativa de função conheceu um progressivo e constante alargamento nas

² A Teoria da Divisão de Poderes, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos, foi consagrada pelo pensador francês Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*, baseado nas obras *Política*, do filósofo Aristóteles, e *Segundo Tratado do Governo Civil*, de John Locke.

O filósofo iluminista utiliza-se das ideias desses pensadores, e com isso, explica, amplia e sistematiza a divisão de poderes. Ele acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer autonomia e limites de cada poder. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si.

Constituições subsequentes no século XX, avançando em direção ao sistema atualmente em vigor, extremamente pródigo na atribuição desses foros especiais.

Dentre os órgãos que mais englobavam autoridades com prerrogativa de foro no Brasil estavam as diversas cortes supremas que o país possuiu ao decorrer dos anos. Por essa razão, o artigo 76 da Constituição de 1934, cronologicamente posterior à Republicana, tratou de ampliar o rol de competências originárias para processamento e julgamento da Corte Suprema.

Art. 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;
- c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (BRASIL, 1934)

Com o advento da Constituição de 1937 não houve mudanças significativas para o foro por prerrogativa de função no Brasil, inaugurando apenas a instituição do foro nas unidades federadas, atribuindo aos chamados Tribunais de Apelação nos Estados e no Distrito Federal a competência privativa para processar e julgar os juizes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade.

É com o processo de redemocratização brasileiro, representado pela Constituição de 1946, que se inicia o assoberbamento de competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal. Além da competência recursal, que será esmiuçada em capítulo atinente, o Supremo possuía as seguintes competências originárias.

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns;
- b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;
- c) os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92; (BRASIL, 1946.)

Foi durante a vigência dessa Carta que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 394³, que estendia o foro privilegiado aos ex-agentes públicos que haviam cometido o ilícito durante o exercício funcional, ainda que a ação tivesse início após a cessação desse exercício.

O advento do regime ditatorial de 1964 não realizou modificações profundas às regras para o foro privilegiado, carreando em seu bojo um número páreo de autoridades sob competência originária do Supremo ao da Constituição anterior.

Posteriormente, houve o processo de redemocratização do Brasil, que culminou com o advento de uma nova ordem constitucional simbolizada pela Carta Política de 1988, sobre a qual passemos à análise.

1.1 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987 tivera uma missão hercúlea: o governo Sarney (1985-1990) era o primeiro regime civil pós-ditadura militar. Dessa forma, tinha como escopo a implantação e consolidação do ideal democrático na futura República Federativa do Brasil. Tal Constituinte era composta principalmente por partidos do denominado Centro-democrático, o popular “centrão”, que possuíam um viés conservador, dos quais destacavam-se: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido da Frente Liberal (PFL), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e o extinto Partido Democrático Social (PDS), todos da base aliada do governo.

Cabe ressaltar que a formulação do texto constitucional não fora realizada somente por políticos, contou também com a contribuição de especialistas em diversas áreas, tais como: cidadania, direito, educação, economia, entre outros espectros sociais. Dessa maneira, a assertiva comum de que a Constituição vigente encontra-se viciada pela classe política desde sua concepção mostra-se equivocada. O que ocorre hoje no Brasil – constitucionalmente falando - é um vício de execução e não de planejamento.

Encerrados os trâmites necessários, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em sessão solene, realizada no dia 5 de outubro de 1988, com a participação

³ Súmula 394 do STF: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. *(cancelada)*

das maiores autoridades do país e de convidados do exterior. O texto final ficou composto por 315 artigos, dos quais 245 distribuídos por oito títulos das disposições permanentes e 70 nas disposições transitórias.

Dentre as centenas de artigos presentes na Carta Política de 1988, encontram-se alguns que tratam sobre a temática objeto de nosso estudo: o foro por prerrogativa de função.

A previsão de tal instituto na Constituição brasileira, diferentemente do que será posteriormente investigado nas cartas políticas estrangeiras⁴, não possui extensão restrita a poucos artigos e/ou alíneas.

Por conseguinte, o ponto em comum entre como os regimes democráticos a seguir dispostos tratam o tema e como é tratado no Brasil, inicia-se e encerra-se na competência para processamento e julgamento do Presidente da República nos casos de prática de crimes de responsabilidade (art. 85, I a VII, da CF), que, coadunado com os países a serem observados, tal competência é delegada ao Poder Legislativo, com a Câmara dos Deputados admitindo a acusação e o Senado Federal efetuando o julgamento, conforme se extrai do art. 86, *caput* da Constituição da República:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento [...] perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. (BRASIL, 1988)

No entanto, a discrepância da aplicação do instituto em relação aos países democráticos usados como paradigma, instaura-se já na seara dos crimes de responsabilidade, pois nesse ponto fora adotado pela Constituição o princípio da simetria constitucional, de maneira que, na ocorrência de delitos de responsabilidade, os chefes do Poder Executivo de outros entes da Federação (leia-se estados-membros e municípios) serão processados e julgados seguindo procedimentos semelhantes ao *impeachment* presidencial: a) para governadores será instaurado um órgão especial, de composição mista, integrado por Deputados Estaduais e Desembargadores do Tribunal de Justiça (art. 78, da Lei 1.079/1950 e Súmula Vinculante nº 46); b) para prefeitos, o Decreto-Lei nº 201/1967, concedeu a competência para crimes de responsabilidade impróprios – na verdade, crimes comuns - ao Tribunal de Justiça estadual (art. 1º), e para os crimes de responsabilidade próprios – verdadeiramente infrações político-administrativas – a competência será da Câmara Municipal (art. 4º).

⁴ *Vide* Subcapítulo 1.3. O foro por prerrogativa de função em cotejo com outros países democráticos

O Senado Federal ainda é responsável pelo processamento e julgamento na ocorrência de crimes de responsabilidade praticados pelos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, conexos com os praticados pelo Presidente e Vice-Presidente (art. 52, I, da CF); e nos crimes de responsabilidade praticados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça, membros do Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Procurador-Geral da República e pelo Advogado-Geral da União (art. 52, II da CF), em clara celebração ao conceito do sistema de freios e contrapesos presentes na tripartição de poderes.

Existe, ademais, a possibilidade de julgamento do Presidente da República na prática de infrações penais comuns atinentes exercício de suas funções, caso em que o julgamento ficará *sub judice* do Supremo Tribunal Federal (art. 86, *caput*, CF).

A Corte Suprema nacional conta com a previsão constitucional de competência originária para uma série de autoridades, conforme expõe as alíneas *b* à *d* do art. 102, da Constituição Federal⁵.

Note-se que o viés conservador que orientou a Constituinte de 1987 pouco alterou as competências originárias do Supremo previstas nas constituições anteriores, não corrigindo o problema do excesso de competências que a Corte Máxima brasileira possui, o que prejudica no julgamento de processos de sua competência originária, conforme veremos adiante.

A Carta Magna de 1988 trouxe como inovação a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo fulcro principal era zelar pela uniformidade de interpretação da legislação federal brasileira, julgando, em última instância, todas as matérias infraconstitucionais que não fossem objeto de competência especial (Justiça do Trabalho, Justiça Militar e Justiça Eleitoral).

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Logo, o *mister* de padronizador de jurisprudência concederia ao STJ a função precípua de ser um tribunal eminentemente recursal, a última instância do Poder Judiciário brasileiro. Ocorre que, além de não ser a *ultima ratio*, o Superior Tribunal de Justiça possui ainda competências originárias, que estão elencadas no art. 105, I, alíneas *a* à *c*, da Constituição da República.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
- b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) (BRASIL, 1988)

O número de autoridades brasileiras envolvidas com prerrogativa de foro somente nos hipóteses expostas até aqui totaliza aproximadamente 9.500 personalidades⁶. Ou seja, 9.500 autoridades possuem como tribunal de competência originária ou o Senado Federal, ou o Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) ou o Superior Tribunal de Justiça (uniformizador de jurisprudência).

Não obstante, a possibilidade de foro por prerrogativa de função na Constituição Federal não restringiu-se somente aos tribunais superiores, de modo que são os Tribunais Regionais Federais (TRF's) e os Tribunais de Justiça (TJ's) que concentram – não em hipóteses de prerrogativa - o maior número de pessoas sob tutela originária.

A maioria das autoridades com prerrogativa de foro nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, são os membros do Poder Judiciário (leia-se magistrados). A lógica adotada pelo constituinte originária foi a de fixar a competência em razão da instância a qual

⁶Foro, prerrogativa e privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?. 25 páginas. 2017. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

pertence o agente, determinando como tribunal originário o imediatamente superior ao magistrado.

Nessa esteira, a Constituição Federal também reservou aos TRF's⁷ e aos TJ's⁸, algumas competências originárias, dentre elas a de julgar juízes federais, membros do Ministério Público da União, juízes estaduais, membros do Ministério Público do Estado e prefeitos.

Diante das hipóteses legais acima mencionadas, obtemos o quantitativo de autoridades sob foro privilegiado no Brasil com previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, totalizando 38.431⁹ (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e uma) autoridades sob competência *ratione personae*.

No entanto, há de se ressaltar que as Constituições estaduais também podem carrear em seu bojo hipóteses de competência originária diversas dos juízos de piso, o que concluiria a monta de 54.990¹¹ (cinquenta e quatro mil, novecentos e noventa) autoridades atualmente com prerrogativa de foro no Brasil, conforme o estudo realizado pelo Senado.

A extensão do número de autoridades sob foro privilegiado aponta para um quantitativo desproporcional da concessão do instituto de tal modo que o pensamento do cidadão médio, influenciado principalmente pela atual situação política que o país ultrapassa, é de que o foro por prerrogativa de função seria invenção brasileira para manter a impunidade da classe política e daqueles que possuem altos cargos dentro da Administração Pública.

Em razão dessa sistemática adotada pela nova ordem constitucional presente no país, todo o arcabouço legal teve de ser reestruturado à luz da Constituição Federal de 1988, de modo

⁷ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral

⁸ Art. 96. Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça 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.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça (BRASIL, 1988)

⁹ Foro, prerrogativa e privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?. 25 páginas. 2017. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

que houveram modificações sensíveis quanto ao tema na legislação penal e eleitoral brasileiras, que seguem.

1.2 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A LEGISLAÇÃO PENAL E ELEITORAL BRASILEIRA

O advento da Constituição Federal de 1988 influenciou a previsão do Código de Processo Penal - datado de 1941 - quanto aos órgãos com competência *ratione personae*. Anteriormente, o *codex* processualista penal previa apenas como detentores de competência por prerrogativa de função o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Apelação (atuais Tribunais de Justiça). Hodiernamente, pela redação que lhe foi dada em virtude do advento da Lei nº 10.628/2002, os órgãos com competência *ratione personae* foram sintetizados de maneira bastante abrangente no Código de Processo Penal¹⁰.

Além de alterar o *caput* do artigo 84, a Lei nº 10.628 de 2002, introduziu dois parágrafos para esse artigo, que tratavam sobre a manutenção do foro mesmo após o fim da função pública e a utilização do foro para o processamento de atos de improbidade administrativa. No entanto, esta lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797/05.

A Corte entendeu, na oportunidade, que somente a Constituição Federal poderia definir as competências originárias dos Tribunais, não podendo o legislador ordinário adotar nova

¹⁰ Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (Redação dada pela Lei nº 10.628, de 24.12.2002)

§ 1º (Vide ADIN nº 2797)

§ 2º (Vide ADIN nº 2797)

Art. 85. Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade.

Art. 86. Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar:

I - os seus ministros, nos crimes comuns;

II - os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República;

III - o procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Art. 87. Competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juizes de instância inferior e órgãos do Ministério Público. (BRASIL, Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941)

inteligência do texto constitucional ou estender os seus efeitos quando caso de norma de eficácia plena, caso das previsões de competência presentes na Constituição¹¹.

Tal julgamento decorreu do novo entendimento adotado pela Corte Constitucional após o cancelamento da Súmula 394, que admitiu a impossibilidade de manutenção do foro ao acusado mesmo após o exercício da função que lhe concedia tal prerrogativa.

Insta salientar que os critérios modificadores de competência, continência e conexão, afetam também o foro por prerrogativa de função, indo de encontro à definição de grande parte

¹¹ [...] 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízes de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

da doutrina que o foro *ratione personae* teria caráter intransferível, “dá-se tratamento especial não à pessoa, *mas ao cargo ou função que exerce*, de especial relevância para o Estado” (MIRABETE, 2000, p. 67).

Nessa baila, o Código de Processo Penal estende a concessão do foro privilegiado mesmo a quem ordinariamente não o possui, quem não exerce mais ou nunca exerceu, cargo ou função pública relevante. É essa a inteligência dos artigos 77, I e 78, III, ambos do CPP.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; (BRASIL, Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941)

Tais critérios de modificação de competência foram adotados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no processo que investiga uma suposta obstrução de justiça envolvendo os ex-presidentes da República Dilma Vana Rousseff e Luís Inácio Lula da Silva, Aloizio Mercadante e José Eduardo Cardozo (ex-Advogado Geral da União) e dois ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os investigados, somente os dois ministros do STJ possuiriam prerrogativa de foro no Supremo, no entanto, o Procurador-Geral da República à época, Rodrigo Janot, recomendou em parecer que todos os investigados permanecessem *sub judice* do Pretório Excelso, por força da continência expressa no artigo 77, I do Código de Processo Penal. Entendendo de maneira semelhante, o ministro-relator da Operação Lava Jato no STF, Edson Fachin, acolheu o parecer do PGR, determinando a manutenção do processo no Supremo, mesmo para àqueles que não possuem mais foro por prerrogativa de função.

Quanto à seara eleitoral, fora adotado critério semelhante ao utilizado pela Constituição Federal para definir a competência originária para processamento e julgamento de magistrados: será competente a instância imediatamente superior ao juiz agente do delito eleitoral. Ou seja, no cometimento de crime eleitoral por: a) juiz eleitoral¹² - será competente o Tribunal Regional Eleitoral ao qual o juiz está vinculado (art. 96, III, da CF c/c art. 29, I, *d*, do Código Eleitoral) -; juízes do Tribunal Regional Eleitoral – será competente o Superior Tribunal de Justiça (art.

¹² Os membros do Ministério Público Estadual também se enquadram nessa hipótese.

105, I, da CF¹³) -; ministros do Tribunal Superior Eleitoral – será competente o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *c* da CF).

Apesar das disposições constitucionais acima elencadas nada mencionarem acerca de crimes eleitorais - tratando apenas de crimes comuns e de responsabilidade -, é entendimento pacífico na jurisprudência pátria que para efeitos de fixação de competência esses são equiparados aos crimes comuns.

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Originária. Parlamentar. Deputado federal. Inquérito policial. Crime eleitoral. Crime comum para efeito de competência penal original do Supremo. Feito da competência deste. Reclamação julgada procedente. Precedentes. Inteligência do art. 102, I, "b", da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que deputado federal é suspeito da prática de crime eleitoral.

(Rcl 4830 MG, Data de Julgamento 17 de Maio de 2007, Relator Min. CEZAR PELUSO, Supremo Tribunal Federal)

Para os membros do Poder Executivo – prefeitos e governadores, respectivamente - a jurisprudência fixou as seguintes cortes originárias para processamento e julgamento de delitos eleitorais:

ELEIÇÕES 2008. RECURSO ESPECIAL. CRIME ELEITORAL. **PREFEITO COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. JUÍZO INCOMPETENTE. PROVAS NULAS. RECURSO PROVIDO. 1. A despeito de a denúncia ter sido recebida pelo órgão competente - Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, não foi observado o foro por prerrogativa de função na fase investigatória, que foi presidida por Juiz Eleitoral, tendo sido a denúncia baseada em provas colhidas nessa fase. 2. Assim, não se trata de vício sanável a ser suprido pelo recebimento da denúncia por autoridade competente, razão pela qual deve ser declarada nula a peça acusatória, a decisão que a recebeu, bem como os atos investigatórios realizados sem a supervisão do TRE, sem prejuízo de que seja oferecida outra denúncia com provas independentes. 3. Recurso provido.**

(TSE - REspe: 347983 MG, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/06/2012, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 42, Data 28/02/2014, Página 60)

AGRAVO REGIMENTAL EM INTERPELAÇÃO JUDICIAL - **CRIME ELEITORAL PRATICADO POR GOVERNADOR DE ESTADO - EQUIPARAÇÃO AO CRIME COMUM - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ - APLICAÇÃO DO ARTIGO 105, I, e, DA CF.** 1- A expressão crime comum, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos impropriamente chamados crimes de responsabilidade, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e

¹³ O Código Eleitoral data de 1965, sendo anterior à Constituição vigente, dessa maneira, nada mais natural que nele existam disposições contrárias ao que expressa a CF e que não foram recepcionadas. Tal fenômeno ocorre com o disposto no artigo 22, I, *d*, do CE: nele é definido que a competência para julgamento de crimes eleitorais cometidos pelos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e pelos próprios juízes do Tribunal Superior Eleitoral seria do Tribunal Superior Eleitoral. No entanto, os arts. 102, I, *c* e art. 105, I da Constituição Federal trouxeram como competentes o STJ, para processamento e julgamento de membros do TRE e o STF para membros do TSE.

qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais. 2- Jurisprudência antiga e consolidada do STF. 3- Competência originária do STJ para processar e julgar governador de Estado a quem se atribui prática de crime eleitoral. 4- Deslocamento da competência da Justiça Eleitoral de Alagoas para o STJ. 5- Decisão unânime.

(TRE-AL - AGREG 791 AL, Relator: Paulo Zacarias da Silva, Data de Julgamento: 28/07/2005, Data de Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Data 03/08/2005, Página 53)

Quanto ao órgão competente para processamento e julgamento do Presidente da República em crimes eleitorais, inexistente previsão legal específica, tampouco, precedentes para concretização de jurisprudência acerca do tema. No entanto, realizando uma interpretação sistemática do que trata sobre o tema o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se extrair que o órgão competente seria o plenário do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b, e 86, CF, e art. 5º, I, RISTF).

Por fim, encerradas as previsões constitucionais e legais sobre o foro por prerrogativa de função no Brasil, cabe contextualizar esse instituto em cotejo com outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, pois, conforme verificado anteriormente, o foro por prerrogativa de função não é invenção tupiniquim, ademais, como passaremos a análise, tampouco existe apenas nestas bandas.

1.3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM COTEJO COM OUTROS PAÍSES DEMOCRÁTICOS

É fato que em nenhum outro país onde impera a democracia no mundo o instituto é concedido nas proporções que o Estado brasileiro concede, no entanto, a prerrogativa de foro ainda persiste em diversas democracias modernas justamente por seu caráter republicano, pois deve ser reconhecida a relevância de uma função exercida por uma autoridade pública, de maneira que seja designado um órgão mais elevado na hierarquia institucional do Estado para processá-la e julgá-la.

Isso não quer dizer que todos os regimes democráticos do mundo adotaram o mesmo critério para concessão do foro por prerrogativa de função. Tavares Filho (2015) demonstra de que maneira o foro por privilegiado foi instituído em diversos países ao redor do mundo, inclusive aqueles que não possuem características tão democráticas, levando em conta os

critérios adotados por cada país para instituir o foro privilegiado de acordo com a demanda da sociedade.

O Brasil é uma democracia, de modo que, para não realizar comparações desarrazoadas, traz-se como paradigma o que dispõem acerca do tema quatro países igualmente democráticos, mas que adotam sistemas de governo e jurídicos diversos ao nosso: Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha e França.

O primeiro país a fundar o que se entende, atualmente, por regime democrático e republicano moderno, foram os Estados Unidos da América. Para Reale (2006), o Brasil retirou dos ensinamentos dos norte-americanos fundamentais ensinamentos no que se refere às suas criações no plano político-constitucional, bem como à sabedoria experiencial com que souberam converter os mandamentos legais em realidades concretas, foram os chamados fundadores que lograram fundir as ideias ou ideais abstratos de liberdade, igualdade e fraternidade com os fatos sociais constituindo modelos depois seguidos, mas jamais alcançados, pelos mais avançados povos da Terra. Foram eles que, a partir da reduzida experiência histórica própria, conseguiram conceber novas estruturas políticas, merecendo dentre elas especial referência ao regime presidencial.

Segundo o autor, a importância norte-americana no plano político-constitucional moderno é latente, de sorte que a Carta Magna de 1787, apesar de ser a segunda constituição mais longeva do mundo, já carregava em seu bojo original, a possibilidade de prerrogativa de foro de maneira bastante austera, a fim de que fosse assegurado o princípio da igualdade entre os cidadãos tão incrustado nos ideais estadunidenses.

Ainda que o regime jurídico adotado por aquele país seja o *Common Law*¹⁴, a Constituição Americana trata da possibilidade de foro por prerrogativa de função somente para julgamentos que envolvam membros diplomáticos ou no caso de *impeachment*.

*Article III (Article 3 - Judicial)*¹⁵

¹⁴ *Common Law* é um termo utilizado nas ciências jurídicas para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Este sistema legal vigora no Reino Unido e em boa parte dos países que foram colonizados por este país. Sob a *Common Law*, todos os cidadãos, incluindo os funcionários de mais alto escalão do governo, estão sujeitos ao mesmo conjunto de leis, e o exercício do poder do governo é limitado a essas leis. O Poder Judiciário pode rever a legislação, mas apenas para determinar se ele está de acordo com normas constitucionais.

¹⁵ Artigo III (Artigo 3 – Judiciário)

[...]

Seção 2

[...]

Section 2

[...]

2: In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. (UNITED STATES OF AMERICA. 1788)

Article I (Article 1 - Legislative)¹⁶

[...]

Section 2

5: The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers; and shall have the sole Power of Impeachment.

[...]

Section 3

6: The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present. (UNITED STATES OF AMERICA. 1788)

Portanto, percebe-se que os chamados *fundadores* norte-americanos adotaram uma orientação bastante cautelosa quanto à concessão da prerrogativa de foro, concedendo tal benesse somente a casos peculiares envolvendo embaixadores, ministros, cónsules ou algum Estado da federação.

Não distante disso está o regramento do tema para outro expoente do *Common Law*: a Inglaterra. No ordenamento jurídico da monarquia parlamentarista inglesa, não há previsão em

[...]

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cónsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

¹⁶Artigo I (Artigo 1 – Legislativo)

[...]

Seção 2

A Câmara dos Representantes elegerá o seu Presidente e demais membros da Mesa e exercerá, com exclusividade, o poder de indiciar por crime de responsabilidade (impeachment).

[...]

Seção 3

Só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment). Reunidos para esse fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte. E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes.

qualquer órgão da intrincada *Supreme Court of Judicature*, compreendida por: *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*, de alguma competência originária *ratione personae* que se assemelhe ao foro por prerrogativa de função, subsistindo apenas a competência recursal dessas Cortes e competências originárias atribuídas à *High Court* somente quanto à complexidade e gravidade da demanda, geralmente em casos de grande comoção e relevância nacional.

Nesta esteira, cabe observar a resistência dos Estados democráticos regidos pelo *Common Law* à concessão do instituto do foro privilegiado de tal forma que essa prerrogativa aparenta estar mais afeiçoada aos países sob a ordem jurídica do *Civil Law*¹⁷.

Na Alemanha e na França, países que adotam o *Civil Law*, tratam sobre o tema de forma discreta, atribuindo a competência *ratione personae* de maneira bem sucinta, se comparada com a brasileira.

A *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), somente possui previsão para um caso de competência originária do Tribunal Constitucional alemão, qual seja, a violação de lei fundamental pelo Presidente Federal, conforme se extrai do texto constitucional alemão:

Artikel 61¹⁸

(1) Der Bundestag oder der Bundesrat können den Bundespräsidenten wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht anklagen. [...]. (DEÜTSCHLAND, 1949)

Convém observar que a Constituição alemã reservou o foro privilegiado a casos bem singulares, não aplicando o instituto, inclusive ao Chanceler Federal, denominado de Primeiro Ministro, que é quem desempenha um papel político mais relevante que o do Presidente Federal, ficando esse sob julgamento da justiça comum germânica.

¹⁷ *Civil Law*, ou família de Direito romano-germânica, é um sistema de direito que fora profundamente influenciado pelo Direito Romano, nele encontrando a sua gênese e início de sua história. A base de formação desse sistema jurídico se encontra assentada nas leis escritas em códigos, caracterizadas por serem abstratas e gerais. Significa dizer que é composto de normas que englobam de forma geral os casos particulares, de modo que um juiz ou tribunal, ao deparar um caso concreto, identifica a lei que melhor a ele se aplica. É, portanto, um sistema constituído por normas substantivas e gerais.

Ademais, por ser um sistema jurídico em que a regra legislada se afirmou como a principal fonte de normas, há nele a predominância do Direito positivado (lei), bem como uma tendência à codificação do Direito.

¹⁸ Artigo 61

(1) O Parlamento Federal ou o Conselho Federal podem acusar o Presidente Federal perante o Tribunal Constitucional Federal por violação intencional da Lei Fundamental ou de uma outra lei federal.

No entanto, relegar o eventual julgamento do chefe de governo à justiça comum não é uma medida tão drástica num sistema de governo parlamentarista como o alemão, tendo em vista que a possibilidade de destituição desse agente político não obedece aos ditames característicos dos regimes presidenciais, sendo um processo menos democraticamente traumático que um *impeachment*, por exemplo.

Apesar de o foro privilegiado ser um instituto jurídico, não há como dissociar a influência que o sistema político adotado por determinado país possa afetar a maneira como aquele é aplicado, de tal modo que, para que não haja injustiças comparativas, deve-se examinar o ordenamento jurídico de um Estado cujo sistema político assemelhe-se ao brasileiro. Portanto, analisemos a República Francesa, que apesar de enormes diferenças culturais e políticas, adota a prerrogativa de foro em seu ordenamento jurídico.

As competências originárias em tribunais superiores previstas na *Constitution de la République française*¹⁹ (Constituição da República Francesa) correspondem a hipótese de destituição do Presidente da República apenas no caso de não cumprimento de seus deveres, o que é manifestamente incompatível com o exercício do seu mandato, sendo a decisão de destituição pronunciada pelo Parlamento constituído na Corte Suprema. Por outro lado, os membros do governo são penalmente responsáveis pelos atos praticados no exercício das suas funções e qualificados de crimes ou infrações no momento em que eles foram cometidos, os quais serão submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça da República.

Apesar de possuir um sistema de governo semelhante ao brasileiro, mas diferente do adotado pelo Estado germânico, não se constata uma discrepância gritante entre a sistemática da concessão de prerrogativa de foro desse e a do francês. Conforme verificamos, tal divergência igualmente não é observada nos demais Estados sob regimes democráticos cuja orientação jurídica esteja norteadada pelo sistema anglo-saxão.

Consequentemente, a divergência quanto à afluência da instituição do foro por prerrogativa de função nos regimes democráticos é a ordenação atualmente empregada pela

¹⁹ **Article 68**

Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour. (FRANCE, 1958)

Article 68-1

Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. (FRANCE, 1958)

República Federativa do Brasil, conforme observado anteriormente e será analisada mais especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal no capítulo seguinte.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ideia de uma corte máxima no Brasil não é recente. Sua instituição dentro do Estado brasileiro remonta ao século XIX, época em que o Brasil ainda era sede imperial lusitana.

Com a mudança da família real portuguesa para as terras tupiniquins, o príncipe regente D. João VI, através de um Alvará Régio, criou a chamada Casa da Suplicação, uma corte judiciária de última instância, cujos julgamentos eram irrecorríveis, à semelhança do que era sua homônima portuguesa, a qual D. João VI utilizou como inspiração. É através desse ato que se inaugura, portanto, a existência das Supremas Cortes no Brasil.

Por conseguinte, com o advento de constituições mais modernas, a organização do Poder Judiciário brasileiro evoluiu, sendo criadas novas casas julgadoras, novas competências e a previsão – muito pela necessidade - de um Tribunal Constitucional, adotando-se no Brasil um modelo à semelhança da Suprema Corte presente nos Estados Unidos da América.

Nossa primeira Constituição previa, na estrutura judiciária, a existência de um Supremo Tribunal de Justiça. A ideia de transformação desse Supremo Tribunal de Justiça em algo semelhante à Suprema Corte Americana é antiga e veio do Império. Em 1888, D. Pedro II, que já tencionava transferir seu poder moderador a tal Corte, envia dois de seus conselheiros, um dos quais o famoso Conselheiro Lafaiete, a Washington para estudo daquele Tribunal. A transformação veio com a República, que cometeu, contudo, o erro de aproveitar todos os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que, até por questão de formação e mentalidade, não estavam preparados para o exercício das novas funções que lhe reservava o novo Regime (FIUZA, 2002, p. 177).

No entanto, a nomenclatura atualmente adotada – Supremo Tribunal Federal²⁰ – adveio somente da Constituição Provisória publicada pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, com suas atribuições solidificadas pela Constituição Brasileira de 1891. É através desse marco histórico que efetivamente o Supremo Tribunal Federal passa a exercer suas mais diversas competências dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente, a Constituição Cidadã de 1988 reserva seção específica de seu corpo para dispor sobre a organização e competências do Supremo Tribunal Federal. No Art. 102²¹ o

²⁰ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 1934, alterou a denominação do Supremo Tribunal Federal para “Corte Suprema”, no entanto, tal órgão retornou para sua nomenclatura original já na Constituição seguinte, a de 1937.

²¹Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

legislador estabeleceu uma série de atribuições ao STF, indicando especialmente sua responsabilidade maior que é a guardar o texto constitucional.

-
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
 - b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
 - d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
 - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
 - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
 - h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 - i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
 - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
 - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
 - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
 - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
 - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
 - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O grande número de atribuições e competências a cargo do STF, tais como: o julgamento de presidente, vice-presidente, ministros de Estado, entre outros, denota dois especiais problemas: o primeiro deles diz respeito a demora no julgamento de processos que seriam prioritários para a guarda da constitucional; o segundo, pode apontar para o agravamento da eventual crise política pela qual atravessa o país. Convém observar que, nos últimos anos, a corte constitucional, pode ter sido influenciada por aspectos não apenas de ordem legal, mas também de ordem política, como veremos no capítulo seguinte.

Logo, para que posteriormente se possa realizar uma análise do foro por prerrogativa de função contextualizada com o conturbado momento sócio-político que o país atravessa, investiga-se se uma redução das competências da corte constitucional não melhoraria tanto a celeridade no julgamento de casos prioritários, como também reduziria eventuais motivações políticas. Desse modo, faz-se necessário um estudo preliminar acerca das diversas esferas de competência atribuídas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição vigente, sob as quais, passa-se a análise.

2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A criação e definição de Tribunal Constitucional repousam na ideia de um órgão institucional responsável pelo juízo de conformação de leis e atos políticos com a Constituição, a quem cabe a última palavra na interpretação, concretização e garantia de determinada Carta Política.

Para Kelsen (2003), a Corte constitucional seria um “legislador negativo”, responsável não pela criação de leis, mas por seu estudo em cotejo com a ordem normativa constitucional vigente e posterior exclusão do ordenamento jurídico se aquelas vierem a contrariar a Constituição.

No Brasil, a previsão constitucional para o *judicial review* ou controle de constitucionalidade remonta à vigência da Constituição de 1891, existindo até os dias atuais. Mesmo com o passar dos anos, tal competência sempre fora delegada aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, culminando, com a Constituição atual, com o Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, o *caput* do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 assim conferiu ao Supremo.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição**, [...].

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, 1988)

[...]

Deve-se observar que a função de guardião da Constituição (leia-se exercício do controle de constitucionalidade concentrado) não deve ser confundida como uma característica ínsita de Estados Democráticos de Direito, sendo adotada inclusive por Estados totalitários com o objetivo de reprimir quaisquer ações que contrariem aos ideais adotados pelo regime.

Mundo afora, a atribuição de tribunal averiguador de constitucionalidade é concedida, precipuamente, às supremas cortes respectivas, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, segundo os modelos clássicos de corte constitucional, não poderia exercer a função de tribunal constitucional, justamente por possuir como uma de suas definições: “o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro”.

Um Tribunal Constitucional não poderia ser membro de nenhum dos três Poderes, pois sua concepção seria simultânea à própria Constituição, diferentemente da instituição de Executivo, Legislativo e Judiciário, que ocorre após a promulgação constitucional. Isso ocorre de tal maneira que uma das atividades de uma Corte constitucional é justamente regular a tripartição e independência dos poderes, à luz do que dispõe a Carta Maior.

Nessa baila definiu o Professor José de Albuquerque Rocha, sobre os pontos similares dentre essas Cortes ao redor do mundo.

a) *estatuto constitucional*, que é a previsão do Tribunal na Constituição; b) *designação dos juízes por critérios político-democráticos*, onde a escolha dos membros é feita por eleição de representantes do Poder Executivo e Judiciário, Ministério Público, bem como da sociedade civil; c) *duração de mandato*, pois os membros de um autêntico Tribunal Constitucional possuem mandato por tempo determinado e improrrogável; d) *incompatibilidade*, que é a garantia de independência dos seus membros para não exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política; e) *competência*, embora seja variável nos tribunais constitucionais, o fundamental é garantir a primazia da Constituição. (ROCHA, 1995, p. 82-83)

Seguindo essa definição, constata-se que o Pretório Excelso deixa de preencher alguns pontos essenciais às Cortes constitucionais, dentre elas pode-se destacar a primazia da competência constitucional, que fora desfigurada, hodiernamente, pela Constituição Federal de 1988 em detrimento de competências inerentes ao Poder Judiciário.

No entanto, se analisarmos como o Supremo Tribunal Federal atua dentro do ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que esse órgão também não apresenta puramente características precípua de Judiciário, que conforme brilhantemente expôs Pedro Augusto Carneiro Lessa.

§ 1º. O poder judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares.

A três se reduzem os principais caracteres distintivos do poder judiciário: 1º as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios; 3º não tem iniciativa, agindo – quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar. (LESSA, 2003, p. 1). (grifo nosso)

Constantemente o Supremo vem abandonando a função de última instância de contendas particulares para adquirir um perfil de definidor de padrões amplos e abstratos de conduta – reiterando a figura do “legislador negativo” -. isso ocorre por consequência direta de sua função de apurador constitucional, que prima por julgamentos *erga omnes* em detrimento aos *inter partes*.

Nesse contexto, é possível afirmar que, do ponto de vista de modelos ideais, há uma indefinição quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, cujo perfil institucional varia, conforme a oportunidade, entre o Tribunal Constitucional e o “órgão de cúpula do Poder Judiciário”.

Nessa esteira, ainda que a criação do Superior Tribunal de Justiça tenha contribuído para retirar certas competências originárias e recursais do Supremo, com o objetivo de aprimorar a sua finalidade constitucional, esse órgão ainda se vê permeado num grande número de competências de menor abrangência, que tanto deturpam sua condição de Corte Constitucional, como impedem uma prestação jurisdicional ordinária satisfatória, conforme passaremos a análise a seguir.

2.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÚLTIMA INSTÂNCIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A existência de um segundo grau de jurisdição dentro dos diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo é garantida por diversas constituições bem como pelos tratados internacionais. No Brasil, em virtude de sua intrincada organização judiciária, os tribunais superiores fazem às vezes de cortes originárias e/ou recursais, (mas não de última instância) restando ao Supremo a incumbência de garantir o segundo grau jurisdicional, o terceiro ou até mesmo o quarto (se o processo se arrastar desde a instância de piso).

Conforme apontado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 delegou ao Supremo a definição de “órgão de cúpula do Judiciário”, dessa forma tal Corte executa inclusive as funções de última instância recursal, para tanto a Carta Magna carrega em seu bojo as seguintes previsões.

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Dentre as três atribuições jurisdicionais concedidas ao Supremo: constitucional, ordinária e recursal. É essa última a responsável pelo maior crescimento de processos dentro da Corte²², respondendo por mais de 90% (noventa por cento) dos processos que tramitam dentro do STF até 2009.

A competência recursal do Supremo despende tanto da Corte Constitucional que até o ano de 2007, se os ministros tivessem que julgar todos esses processos na mesma proporção em

²² “I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo”. FGV Rio. p. 23. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em 08 novembro de 2017

que esses entravam, cada um dos 11 (onze) ministros teria de julgar mais de 10.000 (dez mil) recursos por ano, ou aproximadamente um recurso a cada 10 (dez) minutos.

Esse cenário consegue um sensível avanço com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a reforma do Judiciário, já que uma das medidas adotadas para diminuir o fluxo de demandas recursais fora a criação do instituto da Repercussão Geral, tal instituto reduziu drasticamente o número de processos que necessitariam de julgamento no STF, contribuindo para o aprimoramento da competência constitucional e da que é um dos cernes desse estudo, a competência originária.

2.3 A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO

Por competência originária entende-se o poder de julgar conferido privativamente a juiz ou tribunal, tal poder não pode ser prorrogado, nem oferecido a outro juiz ou tribunal. Assim, quando a Constituição estabelece que determinado tribunal tem competência originária para certo pleito, isso sem dúvida quer dizer que esse órgão pode e deve enfrentar a pretensão inicial deduzida, em toda sua dimensão, assim como pode e deve resolver as questões - de fato e de direito - surgidas por força da resistência oposta pelo demandado (ou mesmo pela lei, nos casos de direitos indisponíveis).

Atualmente, muito em virtude do atual cenário político e institucional que o país atravessa e pelo anseio geral em ver os responsáveis punidos, dentre as competências concedidas ao Supremo Tribunal Federal, a que reiteradamente é a mais combatida pela mídia, pela sociedade civil organizada/desorganizada e até mesmo pelos membros do próprio Supremo, é a originária.

Estabelecida pelo artigo 102, inciso I, alíneas, da Constituição Federal, a competência para processamento e julgamento originário no Supremo²³ (ou foro por prerrogativa de função

²³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores,

ou ainda foro privilegiado), possui como previsão abarcar grandes personalidades dos três Poderes da República, das quais algumas estão envolvidas em esquemas de corrupção descobertos pelas mais diversas operações policiais recentemente deflagradas.

Excetuado o caso previsto na alínea *a* do supracitado artigo, - que decorre justamente da função de Corte Constitucional atribuída ao Supremo - todas as demais competências são características peculiares de órgãos do Poder Judiciário, ressaltando, mais uma vez, a promiscuidade de encargos concedidos ao Supremo Tribunal Federal e que dificulta a sua definição e localização dentro da organização institucional do Estado brasileiro.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal ganhou expressivo enfoque durante o julgamento da Ação Penal nº 470, o popular caso do “Mensalão”. Durante esse processo foram realizadas 69 sessões, perdurando um ano, sete meses e onze dias somente de julgamento (a denúncia fora oferecida pelo Ministério Público Federal em 2006), escancarando a incapacidade de promover a função de corte primária do Supremo.

os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A segunda lição que aprendemos é que o Supremo não deve mais julgar casos como esse. Nossa mais alta Corte ficou completamente imobilizada por meses, prejudicando o julgamento de questões extremamente importantes. (...) Os ministros foram levados à exaustão e as sessões intermináveis sobre o mesmo caso desgastaram as relações entre eles. Além disso, por serem homens, não deuses, nossos ministros erram. *Sobretudo quando examinam um caso como se fossem juízes de primeiro grau. E, quando um ministro do Supremo erra, não há quem possa corrigi-lo.* Isso não é bom para o Estado de Direito nem para o devido processo legal. É preciso modificar a regra do foro privilegiado e dar mais valor à possibilidade de que haja ao menos um recurso para tribunal diferente. (BOTTINO, 2013, p. 13)

Contudo, conforme já fora apontado, o rol de personalidades com foro no STF não é *numerus clausus*, pois nesse ponto ocorreu uma subversão da Constituição à norma infraconstitucional, mais precisamente, aos institutos da conexão e continência previstos no Código de Processo Penal²⁴. Aqui, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Carta Magna não deveria ser interpretada restritivamente, sob a alegação de que essa inclusão na jurisdição penal originária do próprio Supremo de pessoas não mencionadas na Constituição Federal se daria com o intuito de evitar julgamentos contraditórios por Juízos diversos e porque, por vezes, se tratam de casos com conexão probatória.

Tal entendimento fora adotado inclusive durante o julgamento da AP nº 470, na qual se propôs uma questão de ordem a fim de desmembrar o processo, retirando do STF aqueles que não possuíam prerrogativa de foro. No entanto, tal questão fora afastada, pois a maioria do plenário entendeu que os critérios de modificação de competência deveriam ser adotados²⁵.

Dessa maneira, com a prevalência desse entendimento (muito controvertido dentro da própria linha jurisprudencial do Supremo), não há como precisar em números a quantidade de autoridades com foro por prerrogativa de função dentro do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o cenário da competência originária do STF encontrava-se em um estágio ainda mais crítico quando da vigência da Súmula 394 do próprio Supremo, mostrando uma

²⁴O próprio Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Marco Aurélio, possui entendimento de maneira diversa, conforme se extrai do eminente julgado, *in verbis*: “A competência do Supremo, presente a prerrogativa de função, é de direito estrito. Não a alteram normas processuais comuns, como são as da continência e da conexão. [AP 666 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 13-12-2012, P, DJE de 7-6-2013.]”. No entanto, reiterou recentemente a aplicação dos critérios de modificação de competência para que pessoas sem prerrogativa de foro fossem processadas e julgadas conjuntamente com as que possuem perante o STF (*Vide* Subcapítulo 2.2.).

²⁵QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. ARTIGO 80 DO CPP. CRITÉRIO SUBJETIVO AFASTADO. CRITÉRIO OBJETIVO. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO SOB JULGAMENTO DA CORTE. Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do artigo 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de todas as pessoas denunciadas. (STF – Inq-QO-QO 2245, Relator ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno)

sincera evolução após o seu cancelamento, razão pela qual passaremos a analisar suas nuances a seguir.

2.4 A SÚMULA 394 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI Nº 10.628/2002

Aprovada sob a vigência da Constituição de 1946 em sessão plenária realizada em 03 de abril de 1946, dois dias após a instauração do regime militar, a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal tinha como objetivo e fundamento manter a prerrogativa de foro para os crimes cometidos durante o exercício da função, ainda que essa não fosse mais exercida pelo indiciado/acusado, numa espécie de aplicação do instituto do *tempus regit actum*.

Súmula 394 - STF - Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

Hodiernamente, com o arcabouço jurídico e principiológico advindo da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o Supremo decidiu pelo cancelamento da Súmula 394, em virtude da latente afronta aos ditames democráticos que a manutenção de competência *rationae personae* (que apesar da nomenclatura, relaciona-se ao cargo e não à pessoa que o exerce) após o encerramento do exercício do respectivo múnus público carrega consigo. Foi essa a tese adotada pelo ministro Sidney Sanches²⁶, relator de um dos processos que ocasionou o cancelamento do verbete.

²⁶ DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito

Deve-se ressaltar que durante o curso de todos os processos que culminaram no cancelamento da Súmula nº 394, o entendimento majoritário expresso pelos ministros do Supremo era pela interpretação restritiva do instituto, em razão do princípio da igualdade material e formal. Houve, portanto, uma viragem de entendimento, pois conforme analisamos anteriormente²⁷, durante o julgamento da Ação Penal nº 470 - o “Mensalão” – o plenário entendeu pela permanência sob sua competência de todos os acusados, dos quais havia: a) autoridades com foro; b) pessoas que possuíram foro, contudo o exercício da função já havia se encerrado (exatamente como previa o texto da Súmula cancelada); e c) pessoas que nunca o possuíram.

Tal mudança expressiva de entendimento, ainda mais durante o julgamento de uma ação que envolve diversos medalhões da política nacional, contribuiu com a desconfiança acerca da existência de influência política sobre as decisões nos processos que correm perante o Supremo Tribunal Federal.

Contudo, apesar do cancelamento da Súmula nº 394 em 1999 pelo Poder Judiciário (leia-se Supremo) e a pacificação da linha jurisprudencial sobre o tema, o Poder Legislativo Federal – em verdadeira afronta ao princípio republicano – promulgou a Lei nº 10.628 de 2002, que alterava os parágrafos do artigo 84 do Código de Processo Penal para algo semelhante ao que dispunha a extinta Súmula, numa verdadeira reação legislativa ao cancelamento do verbete.

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

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. (BRASIL, Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941)

Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

[...]

(Inq 687 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, DJ 09-11-2001 PP-00044 EMENT VOL-02051-02 PP-00217 RTJ VOL-00179-03 PP-00912)

²⁷ Vide subcapítulo 2.3. Competência Originária.

Ora, não é necessário ser um operador do Direito para observar que a inserção dos parágrafos 1º e 2º do supramencionado dispositivo legal vai de encontro ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal concretizado pelo cancelamento da Súmula nº 394.

Conforme apontado na ementa de um dos julgamentos que culminou no cancelamento da referida Súmula, a *ratio decidendi* aduzida pelos ministros fora a violação que a manutenção do foro especial após o encerramento do exercício funcional trazia ao princípio constitucional da isonomia, por conseguinte, não diferente deveria ser o entendimento da Corte para analisar os referidos parágrafos advindos da Lei nº 10.628/2002 à luz da Constituição Federal.

Por conseguinte, com a propositura da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797 que visava afrontar o referido dispositivo legal, o Supremo reiterou o seu entendimento há muito pacificado²⁸.

Portanto, extrai-se que o Supremo Tribunal Federal entende o foro privilegiado como grande parte da doutrina leciona: a designação de competência jurisdicional diversa do juízo comum está adstrita ao exercício do múnus público já no início da investigação ou durante a propositura da ação, afastando a possibilidade de estender-se à figura pessoal do ex-exercente.

Essa releitura do instituto efetuada pelo Supremo e atinada ao sistema democrático brasileiro, fez com que a competência originária dentro do STF se tornasse fruto de desejo de alguns figurões da política nacional, tanto pela possibilidade de maior pressão política que o

²⁸ [...] II. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo §1º do art. 84 C.Pr.Pen. constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei Ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia-, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do §2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade. (ADI 2797 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15 de Setembro de 2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)

Supremo sofre, quanto pela atestada morosidade e impunidade - há uma alta incidência de prescrição e absolvição - dos julgamentos que correm dentro da Corte Máxima, conforme será analisado a seguir.

3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A CRISE INSTITUCIONAL

Desde o advento da Constituição Cidadã em 1988, os poderes republicanos brasileiros têm dificuldades em aplicar uma convivência harmoniosa e independente entre si, conforme determina a própria Carta Política, quando expressou em seu corpo semântico o princípio republicano.

Apesar disso e ainda que de uma maneira distante da ideal, as relações democráticas e políticas entre os poderes conseguiram manter-se estáveis, não havendo críticas recíprocas contundentes e/ou ataques diretos entre os membros de cada esfera da República. No entanto, tal cenário começa a acirrar-se com o início das revelações de massivos esquemas de corrupção a partir do escândalo do “Mensalão”, ocorrido no ano de 2005.

Esse esquema, o maior escândalo político à época, tratava-se de uma espécie de “mesada” dentro do Congresso Nacional para possibilitar a compra de votos dos parlamentares e facilitar a tramitação de projetos favoráveis à governança federal, que naquele período estava sob a batuta do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT).

Após a realização das diligências investigatórias através da Comissão Parlamentar de Inquérito, foram denunciados, perante o Supremo Tribunal Federal, diversos membros do alto escalão do PT, PTB, PPS, PR, PSB entre outros partidos, totalizando a monta de 38 (trinta e oito) réus - inicialmente eram quarenta, mas o STF decidiu por excluir dois da denúncia.

O descontentamento e a descrença da população com a classe política já não eram recentes, por consequência, a possibilidade de finalmente ver os mandatários do esquema condenados aumentaram a pressão pública sobre o julgamento da Ação Penal nº 470 de maneira nunca antes vista na Suprema Corte, recaindo sob o relator do processo o manto de “Salvador da Pátria”.

Após as 69 (sessenta e nove) sessões de julgamento do processo na Corte Máxima, dos 40 (quarenta) inicialmente denunciados, 28 (vinte e oito) foram condenados. A ânsia popular era ver todos os denunciados condenados (leia-se presos), o que fez reacender a discussão sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal e a efetividade de sua prestação jurisdicional.

Durante esse ínterim, houve as grandes manifestações populares de 2013, nas quais milhões de brasileiros tomaram as ruas das principais cidades do país inicialmente por 20 (vinte) centavos, mas posteriormente diversas pautas assumiram as marchas, em sua maioria criticando a corrupção e a classe política.

Consequentemente, tais marcos históricos culminaram com o avanço da “Operação Lava-Jato”, que desfraldou o maior esquema de corrupção do Brasil tanto em valores como em número de envolvidos.

Conforme verificamos o momento que atravessamos hoje não é obra do acaso, os fatos obtidos durante o “Mensalão”, a Operação Lava Jato e outros processos que envolvem grandes figurões da política, provam que as instituições brasileiras encontravam-se viciadas por agentes públicos e políticos de todas as escalas.

Dentre os processos atualmente ativos destaca-se a Lava Jato, que conduzida principalmente pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, aponta o envolvimento de cidadãos com e sem foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, por consequência, a diferença no teor das decisões proferidas no primeiro piso e na Corte máxima alimenta essa discussão: O foro privilegiado é realmente um direito democraticamente adequado, ou acaba por se tornar uma via de impunidade para aqueles que o possuem?

A importância do combate a corrupção, especialmente no mais alto escalão do Executivo e do Legislativo e a percepção popular de corrupção generalizada²⁹ associada à sensação de impunidade com relação aos crimes de colarinho branco no Brasil – e, em particular, com relação aos crimes contra a administração pública, têm motivado discussões na sociedade civil, na academia, na mídia, nas redes sociais e na política, em âmbito nacional, acerca da conveniência e eficiência do foro privilegiado.

Urge salientar que o fulcro do Supremo Tribunal Federal nos processos de sua competência originária não é simplesmente condenar ou absolver, é garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos casos que a ele chegam. No entanto, devido às características próprias do foro privilegiado no tribunal³⁰, há vários anos o Supremo não consegue cumprir essa missão. É nesse sentido que apontam os dados extraídos do estudo “V

²⁹Na edição de 2017 do ranking da Transparência Internacional sobre percepção de corrupção, o Brasil ficou em 79º lugar entre 176 países. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corrupcao-de-2016.ghtml>>.

³⁰ Vide Subcapítulo 2.3. A competência originária do Supremo.

Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”, produzido pela Fundação Getúlio Vargas, aduzindo que o tempo para publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudicam o processamento de inquéritos e ações penais dentro do STF e, conseqüentemente, afetam a efetividade de sua prestação jurisdicional e a opinião pública quanto à imparcialidade do órgão julgador.

O debate foi reavivado recentemente pela decisão do ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança 34.609/DF. Tal *mandamus*, requerido pelo diretório nacional da Rede Sustentabilidade, pedia a impugnação da investidura de Wellington Moreira Franco no cargo de ministro de Estado, sob a tese de que o ato de nomeação sofreu desvio de finalidade, com o fulcro de modificar a competência penal para o Supremo³¹.

Ao decidir liminarmente sobre o Mandado de Segurança, o ministro afirmou, citando André Ramos Tavares, que: “falar de ‘blindagem’ em virtude do foro privilegiado (...) é depreciar a dignidade do STF [omissis]”. O ministro, ao defender sua tese, listou artigos legais e constitucionais para fundamentar o entendimento de que ministros do governo federal estão submetidos a diversos mecanismos de responsabilização, não significando, portanto, vantagem *in re ipsa* o fato de ser julgado originariamente pelo Supremo. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. aponta para o menor número de recursos disponíveis à defesa como uma evidência de que o foro efetivamente não é por si só benéfico para os acusados.

No entanto, a matéria é controversa dentro da própria Corte, pois outros ministros do Supremo já se manifestaram contrariamente à atual configuração do foro privilegiado. O ministro Luís Roberto Barroso, um dos mais ativos sobre a temática, defendeu recentemente a

³¹ Sustenta-se, nesta sede mandamental, que referido ato de nomeação mostrar-se-ia inválido, porque afetado por desvio de finalidade, eis que a razão subjacente a tal deliberação presidencial consistiria, alegadamente, em virtude da outorga de prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário, em “evitar o regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato”, para, desse modo, “impedir sua prisão e os regulares desdobramentos perante o juízo monocrático”, o que “coloca em risco a celeridade do julgamento”. O impetrante do presente mandado de segurança coletivo insiste na afirmação de que “a criação de um Ministério quatro dias após a homologação de delações premiadas [o caso Odebrecht] teve o fito de obstrução da justiça”, revelando-se “dispensáveis provas subjetivas para tanto”. Após enfatizar que o “ato ilegal de criação de Ministério para concessão de prerrogativa de função cumpre todos os requisitos clássicos das hipóteses sempre narradas como exemplificativas do desvio de finalidade”, o autor desta ação mandamental adverte que a permanência do Senhor Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado, por implicar deslocamento da competência penal, para esta Suprema Corte, do órgão judiciário de primeira instância, repercutirá, “ilegalmente, na sequência das investigações e em eventual apreciação de pedido de prisão formulado contra ele”, dando causa – segundo alega o impetrante – a um contexto claramente revelador de fraude à Constituição. (Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.609 (1413). Origem: MS - 34609 - Supremo Tribunal Federal Proced.: Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Publicação DJE-031 16/02/2017)

restrição do âmbito de aplicação do foro por prerrogativa de função, dentre outros motivos porque o instituto causa diversas modificações de competência ao longo de um dado processo, o que significa uma “disfuncionalidade prática do regime de foro privilegiado”, tal entendimento refletiu no voto proferido pelo Ministro no julgamento da Ação Penal nº 937, processo que é relator, que trata sobre a restrição do foro por prerrogativa de função, segundo o mesmo: “Se alguém tem proteção do foro por prerrogativas fora das situações em que esteja desempenhando função pública, aí passa a ser um privilégio pessoal”, e pontuou sobre a nomeação de investigados para cargos com prerrogativa de foro no Supremo: “Se não fizesse diferença, se não assegurasse impunidade, não haveria disputa por cargos. Manter a jurisdição no Supremo é benção, a meu ver com acerto, porque supõe-se que vai haver mais celeridade na primeira instância. Não há argumento capaz de desfazer realidade óbvia que, por lei, medida provisória, se quer assegurar foro no Supremo e há de haver alguma razão para isso”. No caso, votou pela restrição do foro sendo seguido por outros sete ministros. Atualmente o julgamento está suspenso devido ao pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, mas já há maioria do Tribunal formada no entendimento pela redução.

Outro ministro que também afirmou ser contrário ao modelo atual de foro privilegiado era Edson Fachin, posto que o instituto é, segundo ele, “incompatível com o princípio republicano”³². O procurador da república e coordenador da força-tarefa da Lava Jato, Deltan Dallagnol, também é um crítico da atual configuração do foro privilegiado no Brasil. O próprio ministro Celso de Mello já afirmou, em entrevista à Folha de São Paulo, em 2012: “A minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal”³³, adicionando que “para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais”.

Por conseguinte, são duas as vertentes críticas mais comumente realizadas ao atual modelo de foro por prerrogativa de função, especialmente no que tange à atuação do Supremo.

³² “Fachin afirma que foro privilegiado é ‘incompatível com princípio republicano’.” Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/fachin-afirma-que-foro-privilegiado-incompativel-com-principio-republicano-20943772>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

³³ “‘Foro privilegiado deveria ser reduzido para 15 pessoas’, diz procurador”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1800737-lava-jato-e-excecao-e-confirma-regra-da-impunidade-afirma-procurador.shtml>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

A primeira diz respeito à sua conveniência política, moral e ética – mais difícil de mensurar, enquanto a segunda diz respeito ao desempenho dos órgãos investigadores, acusadores e jurisdicionais, ou seja, à capacidade dos tribunais brasileiros de processar e julgar de forma adequada esses inquéritos e ações – existe a possibilidade de mensurar através de dados numéricos. Contudo, deve-se ressaltar que as críticas não guardam relação de dependência entre si.

De um lado, uma pessoa poderia encontrar razões políticas para a existência do foro privilegiado que considere decisivas a ponto de justificarem o atual modelo, ainda que os tribunais não estejam sendo eficientes no exercício dessa competência. De outro lado, uma pessoa poderia acreditar que o foro é moralmente criticável, concede desigualdade que se transforma em um privilégio não justificado – e isso mesmo diante de evidências de que os tribunais estão julgando as acusações com respeito às garantias individuais dos acusados e em tempo hábil.

Tempo hábil. Um dos princípios processuais garantidos pela Constituição da República de 1988 é o da razoável duração do processo, está cediço na doutrina que tal princípio não está adstrito somente às partes envolvidas na lide, mas diz respeito também a toda a sociedade, que demanda pela pacificação social por meio da resolução da lide proposta. O tempo de duração de processos é um dos critérios aferidores da qualidade de prestação jurisdicional de um tribunal, provavelmente o critério mais liberto de subjetividades, pois as convicções pessoais do julgador ao analisar o caso não deveriam afetar o tempo de duração da lide.

No Supremo Tribunal Federal, existem processos que já tramitam há décadas no Poder Judiciário, justamente por possuir dentre as suas competências a de última instância recursal e pela infinidade de recursos que o direito processual brasileiro admite. Ocorre que tamanha mora processual também pode ser constatada em processos de competência originária do Supremo, visto que existem lides que ultrapassam a primeira década de duração até o seu efetivo trânsito em julgado.

Analisando os casos com maior tempo até o trânsito em julgado envolvendo autoridades com foro privilegiado merece destaque a Ação Penal 347, que tratava de acusações de peculato, apropriação indébita e estelionato contra o deputado Aníbal Gomes (PMDB) e outros réus, que demorou mais de 11 (onze) anos para transitar em julgado e culminou na absolvição dos acusados.

Ademais, dentre os dez casos com maior tempo de tramitação até o trânsito em julgado dentro do Supremo Tribunal Federal, apenas um resultou em condenação: a Ação Penal 409 que envolveu o ex-deputado peemedebista Zé Gerardo numa acusação de desvios de verba pública, tal decisão foi um verdadeiro marco histórico, pois Gerardo tornou-se o primeiro político em exercício a ser condenado pelo Supremo, bem como a primeira autoridade a ser condenada pelo STF após a promulgação da Constituição da República de 1988³⁴.

Portanto, através dos dados coletados, verifica-se que o tempo médio de tramitação de ações penais dentro do Supremo Tribunal Federal não se mostra coadunado com a razoável duração do processo e a tendência não é de melhora: em 2002, o tempo médio para julgamento era de 65 (sessenta e cinco) dias, já em 2016, o prazo médio saltou para 1.377 (mil trezentos e setenta e sete) dias, um aumento em vinte e uma vezes em apenas catorze anos. No entanto, esse aumento não deve ser utilizado *per si* para atestar a ineficiência do foro por prerrogativa de função dentro do Supremo, visto que diversos fatores foram levados em conta na aferição desses dados, tais como: Vistas ao Procurador-Geral da República, conclusão ao Relator e etc.

Conforme já fora apontado, existem duas vertentes de críticas sobre o foro privilegiado, dessa forma, passemos a analisar o outro critério para aferição da qualidade da prestação jurisdicional: a tendência do teor das decisões proferidas.

Diferentemente do tempo de duração do processo, esse critério passa pelo campo subjetivo da livre convicção do julgador - quando a decisão enfrenta o mérito, de modo que esse decide de acordo com os fatos e provas carreadas aos autos. Portanto, tal medida aponta mera tendência, não atesta fatos.

Conforme anteriormente analisado, o Supremo não só efetua o processamento e julgamento daqueles que possuem foro sob sua competência originária, como também supervisiona a etapa persecutória da possível Ação Penal envolvendo autoridades com prerrogativa de foro.

Dito isso, observa-se que durante a fase de Inquérito, das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011 e 2016, um total 35% (trinta e cinco por cento) dessas não enfrentou o mérito do processo: 32,5% (trinta e dois vírgula cinco por cento) determinaram a declinação de competência e 2,5% (dois vírgula cinco por cento) decretaram a prescrição

³⁴ “Deputado Zé Gerardo é a primeira autoridade condenada pelo STF. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/deputado-ze-gerardo-a-primeira-autoridade-condenada-pelo-stf-3008687>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

ainda na fase inquisitória do processo. Ambas as situações, embora obviamente diferentes, guardam uma similaridade decisiva: o Supremo não analisa o mérito de uma grande parcela de inquéritos que lá tramitou. Isso apesar de o processo ter sido distribuído e, portanto, ter entrado para as estatísticas de produtividade criada pelo próprio tribunal. Dessa maneira, houve a preparação para a prestação jurisdicional, com as respectivas etapas, cuidados e custos, mas ela acabou sendo frustrada.

Ademais, quanto às decisões que efetivamente atingiram o mérito nessa fase inquisitória, observa-se que um total de 40,3% (quarenta vírgula três por cento) das decisões foram favoráveis à defesa (*e.g.*: rejeição da denúncia) e somente 5,2% (cinco vírgula dois por cento) das decisões acataram a denúncia. Esse último número é cabal para que possamos mensurar a quantidade de Ações Penais tramitando no Supremo Tribunal Federal, já que determinam a instauração do procedimento penal propriamente dito à tramitar perante o Supremo.

Com o efetivo início da Ação Penal, presume-se que o órgão julgador observou, nos fatos apresentados pela denúncia ou pela queixa-crime, indícios de autoria e materialidade aptos para o prosseguimento do feito, indicando uma maior probabilidade de julgamento sobre o mérito. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ainda que nessa avançada fase processual, possui como maioria decisões que fogem do cerne da questão, totalizando um percentual, no período entre 2011 e 2016, de 68,31% (sessenta e oito vírgula trinta e um por cento) das decisões não atacaram o mérito, das quais, 63,61% (sessenta e três vírgula sessenta e um por cento) decretaram a declinação de competência ou seja, mais da metade dos atos judiciais em ações penais de competência originária do STF decretaram a incompetência da Corte Máxima em detrimento de outros órgãos jurisdicionais brasileiros e outros 4, 70% (quatro vírgula setenta por cento) constataram a ocorrência da prescrição. Esses dados são uma excelente representação do estado atual do modelo do foro por prerrogativa de função no Supremo.

Nessa baila, a alta incidência de decisões que não afetam o mérito quando já houve a formação do processo - formadas principalmente por atos judiciais que declaram a declinação de competência - já identificariam, *per si*, um óbice na organização judiciária brasileira e na atribuição de competência originária ao Supremo Tribunal Federal, visto que o Pretório Excelso tem demonstrado inaptidão para o processamento e julgamento regulares desse tipo de feito, proferindo um número maior de decisões sem mérito.

Contudo, passando à análise das decisões meritórias, percebe-se que a propensão observada durante a fase de Inquérito, permanece durante a tramitação das Ações Penais de competência do Supremo: existe certa primazia pela defesa. Tal afirmação pode ser novamente constatada pelos números.

Por meio do levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV³⁵ é possível apontar que quando o Supremo emite decisões de mérito existe uma cristalina tendência (no sentido numérico do termo). Se analisarmos a taxa de condenação do STF em suas ações penais originárias, percebemos que em apenas 0,7% (zero vírgula sete por cento) do total decreta-se a condenação. Em comparação, 17,6% (dezesete vírgula seis por cento) das decisões são favoráveis à defesa, um número próximo a vinte e cinco vezes o índice de condenação em competência primária do Supremo.

Para justificar, pode-se trazer à tona que o juiz, durante a prestação jurisdicional, efetua a consunção da norma de acordo com a sua interpretação dos fatos, devendo ater-se aos autos e estar liberto de qualquer influência ou pressão externa que possa modificar a sua *ratio decidendi*.

No entanto, o destaque hierárquico na organização judiciária brasileira em que o Supremo está posicionado, faz com que ajam sobre ele diversas pressões externas, sejam elas advindas tanto da sociedade quanto da força política que permeia os acusados cujo processos tramitam dentro do Pretório Excelso.

Dessa maneira, dando continuidade a esse estudo, passemos à análise acerca da possibilidade de ocorrência de influência política no Supremo Tribunal Federal e se tal fenômeno é capaz de alterar o desfecho das ações penais com competência originária na Suprema Corte.

3.1 A INFLUÊNCIA POLÍTICA NAS DECISÕES SOB FORO PRIVILEGIADO DO SUPREMO

Conforme já dissecado no decorrer desse estudo, o princípio republicano, consagrado na Constituição da República de 1988, resguarda a tripartição dos poderes, bem como a

³⁵ V Relatório Supremo em Números: O Supremo e o foro privilegiado. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relatório%20Supremo%20em%20Números%20-%20O%20Foro%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

convivência independente e harmoniosa entre esses, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. Para Montesquieu, a tripartição dos poderes é antes de tudo uma condição essencial para a garantia da liberdade política. Havia grande preocupação em que nenhuma forma de governo anulasse tal direito, e caberia aos governos moderados, por meio da lei, da constituição, garantir a preservação da liberdade de maneira que o próprio poder limite o poder (o chamado Sistema de Freios e Contrapesos).

Dessa maneira, o Poder Judiciário brasileiro possui como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal, cujos membros são indicados entre os cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico sendo o cargo privativo de brasileiros natos. A nomeação dos ministros é efetuada diretamente pelo Presidente da República (Executivo), após ratificação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (representantes do Legislativo).

O constituinte originário buscou observar, ao estabelecer esse processo, uma maneira de oferecer participação popular no processo de escolha dos membros do Pretório Excelso, uma vez que o Presidente da República - quem os indica - e o Senado Federal - quem os sabatina e os aprova - seriam legítimos representantes da nação, dado que ambos são eleitos pela população por meio do sufrágio.

Ocorre que tal modelo de escolha poderia influenciar tanto as decisões monocráticas quanto as decisões do Pleno do Supremo, visto que o critério adotado mostra-se meramente político, ficando praticamente a cargo exclusivo do Chefe do Poder Executivo Federal, que pode até mesmo não escolher um novo nome e deixar a vaga em aberto por tempo indeterminado. Quanto à participação do Legislativo, representado pelo Senado Federal, convém salientar que esta deveria averiguar o conhecimento jurídico do indicado e sua vida pregressa. Porém, via de regra, esta sabatina tornou-se simplesmente um ato burocrático e político, visto que a votação e aprovação tem-se dado, em todas as vezes, por acordos políticos entre os partidos da base governista, e não tem servido para o alcance dos seus objetivos: averiguar a idoneidade moral e o conhecimento jurídico do indicado ao cargo. Mesmo no caso em que o Senado venha a rejeitar o nome escolhido, ainda assim o Legislativo não terá participação relevante, semelhante a importância do papel Poder Executivo, o que demonstra facilmente a condição de escolha unipessoal do Presidente da República, posto que o Senado não poderá indicar nome substituto. Assim como não tem competência para requisitar do Executivo o preenchimento da vaga, em caso de demora desarrazoada na indicação.

Ora, estamos diante, portanto, de um alijamento do Supremo do processo de escolha de seus próprios membros, deixando o Poder Judiciário em posição inferior aos outros dois poderes, visto que não há nenhuma interferência de um outro Poder na escolha dos representantes dos Poderes Executivo ou Legislativo, já que estes são escolhidos democraticamente pelo povo.

E tal deixar qualquer dos poderes republicanos aos dissabores dos outros é insalubre à República.

No caso do Judiciário é insalubre, pois, concretiza a possibilidade de partidarização do Supremo Tribunal Federal bem como contribui para possibilidade de influência política do Presidente da República nas decisões dos seus indicados, admitindo uma estranha e indesejada proximidade entre o futuro integrante do tribunal e o Chefe do Executivo que o indicou (como o recente caso do atual Ministro do Supremo Alexandre de Moraes, que foi ministro de governo do Presidente Michel Temer³⁶), numa espécie de cumplicidade que pode solapar a imprescindível imparcialidade que se espera de um tribunal.

As brumas do jogo político talvez não nos permitirão afirmar com convicção que algumas influências políticas foram determinantes para que qualquer órgão do Judiciário tenha realizado qualquer decisão. No entanto, segundo diversos juristas, é possível que tal influência tenha ocorrido no Supremo Tribunal Federal de maneira mais cristalina durante o processo que envolveu um dos maiores articuladores do cenário político nacional, um dos membros do mais alto escalão do Partido dos Trabalhadores (PT) e atual *persona non grata* da sigla: Antônio Palocci.

Antônio Palocci Filho, então ministro do Governo Lula, estava envolvido em diversos esquemas de corrupção se destacam os casos de improbidade administrativa, manipulação de licitações, pagamento de propina, tráfico de influência e o mais evidenciado pela mídia, “mensalão”.

Por ser ministro da Fazenda à época, Palocci utilizou-se do mecanismo de foro por prerrogativa de função, sendo a ação estruturada na suprema corte brasileira, conforme determinado pelo art. 102, I, *b* da Constituição Federal. Em reunião plenária realizada em junho

³⁶ “Edição extra do ‘Diário Oficial’ publica a nomeação de Moraes para o STF”. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/diario-oficial-publica-nomeacao-de-alexandre-de-moraes-como-ministro-do-stf.ghtml>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

de 2009³⁷, o Supremo arquivou, por maioria, a denúncia contra o ex-ministro, por outro lado, a ação em primeira instância ainda se desenvolveu, investigando os demais acusados. Por conta disso, os promotores que participaram da investigação, e que não quiseram se identificar, relataram que a “decisão política” do Pretório Excelso poderia contaminar o restante da jurisdição quanto ao caso, mesmo havendo uma farta quantidade de provas quanto ao caso.

No entanto, não devemos creditar a vertente decisão somente ao Supremo Tribunal Federal em virtude do pedido de arquivamento do processo ter partido do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Souza, que alegou insuficiência de provas. O procurador alega ainda que um indivíduo que ocupa um posto especial, não pode ser responsabilizado penalmente por todos os atos de um determinado órgão. Um repasse de cerca de 50 mil reais para um certo “Dr.”, que segundo Buratti era Palocci, foi considerado prova insuficiente, segundo Fernando Souza. Palocci se livrou dos efeitos das acusações com essa manobra política

Seguindo uma opinião adversa da decisão do STF, alguns juristas, advogados criminalistas e profissionais do direito, dizem que havia provas suficientes para mover uma ação penal contra o ex-ministro da Fazenda. Casos semelhantes ao de Palocci seriam, na grande maioria das hipóteses, motivos para ajuizamento de uma ação, tanto que a decisão do Supremo foi bem conflitante, com uma votação bastante acirrada - cinco votos contra a ação e quatro a favor -, o que segundo o jurista Luiz Flávio Gomes, indicou uma possível influência política sobre o Judiciário³⁸.

Segundo a Procuradora da República do Estado de São Paulo Janice Ascari, tal decisão serviria de parâmetro para aduzir uma possível interferência na Suprema Corte: “O julgamento evidenciou, mais uma vez, o casuísmo das decisões do STF. A instrução processual é o momento de trazer as provas, tanto da defesa quanto da acusação. Apesar da jurisprudência e doutrina, o STF subverteu a lógica e decidiu contra a sociedade”.

A referente votação foi bastante apertada, resultando num placar de 5x4 pelo arquivamento da denúncia. Para os ministros que sustentaram a tese pelo arquivamento, utilizou-se o argumento de que os indícios apontados na denúncia contra Antônio Palocci são frágeis, tênues, débeis, “meras presunções e especulações”. Já para os que votaram a favor da

³⁷ “Por cinco votos a quatro, STF arquiva denúncia contra Antônio Palocci” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=112522>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

³⁸ “Há indícios contra Palocci, dizem juristas”. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ha-indicios-contr-palocci-dizem-juristas,426466>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

abertura do processo, como a Ministra Cármen Lúcia, alegaram que nesse estágio processual, de recebimento da denúncia, bastam indícios da autoria, para que se possa, então, na ação penal, “deduzir o desconhecido do conhecido”. Para a ministra, além dos fatos apontados na denúncia, e do fato do então ministro da Fazenda ser beneficiário direto dos delitos apontados, existiria, na denúncia um encadeamento que conduz a um quadro indiciário suficiente para o recebimento da denúncia contra os três acusados.

Não diferente disso foram as decisões de arquivamento de denúncia em processos mais recentes envolvendo outros figurões do cenário político nacional³⁹, como nos processos dos infundáveis Renan Calheiros, Romero Jucá, entre outros. Ocorre que a doutrina é pacífica no sentido de que, no caso de uma denúncia, basta que se tenham indícios de participação do denunciado para que a peça seja acolhida, não prova cabal, o que se exige para que haja uma condenação.

Renan Calheiros fora, inclusive, centro de uma das mais peculiares e rápidas mudanças de entendimento dentro do Supremo Tribunal Federal. Em seu caso específico, mesmo sem previsão no texto constitucional, a Corte afastou o parlamentar do cargo de senador da república e da função que exercia de Presidente do Senado e depois teve que voltar atrás, revertendo a decisão. No entendimento do relator, ministro Teori Zavascki, o afastamento teria de se dar em nome do princípio da moralidade tendo em vista sua eventual possibilidade de suceder o Presidente da República, por força do mandamento disposto no artigo 80 da Constituição Federal, no entanto, no dia seguinte, houve outra reunião do Pleno e o Supremo Tribunal Federal decidiu pela manutenção do senador no cargo, mas o proibiu de assumir a presidência da Casa⁴⁰. Uma decisão até mais adequada às atribuições concedidas pela CF ao Pretório Excelso e sobre a qual analisaremos com um pouco mais de cautela posteriormente.

Enfim, não há como auferir objetivamente que o Supremo e/ou seus Ministros emitiram determinadas decisões por influência política, mas pode-se constatar que algumas das decisões mais controversas da nossa Suprema Corte são em processos que envolvem personalidades do mais alto escalão dos poderes Legislativo e Executivo.

³⁹ “Supremo decide arquivar inquérito e rejeitar denúncia conta Renan”. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/5152646/supremo-decide-arquivar-inquerito-e-rejeitar-denuncia-contrarenan>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

⁴⁰ “O STF sai arranhado do julgamento de Renan Calheiros”. Disponível em <http://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/o-stf-sai-arranhado-do-julgamento-de-renan-calheiros.html>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

Essa pressão ofertada por outros poderes, bem como pela sociedade, sobre o Supremo em sua atuação em geral e, sobretudo quando o órgão realiza julgamentos de grande relevância sócio-política, leva a Corte a reações que por vezes transbordam a sua competência e atingem a dos outros poderes, interferindo assim na atuação desses, num fenômeno doutrinariamente conhecido como “Ativismo Judicial”, sobre o qual será realizada sintética análise na sua ocorrência dentro do Supremo Tribunal Federal e sua relação com o foro por prerrogativa de função na Corte.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

O ativismo judicial é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal, por sua posição de cúpula dentro do Judiciário. Corresponde a uma atuação criativa dos julgadores, buscando uma nova hermenêutica para produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los.

As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às suas funções constitucionalmente previstas acabam por suscitar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Nesse particular, ao suprir tais omissões, as decisões do Poder Judiciário acabam, em alguns casos, por extravasar seus limites e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas.

Por esse prisma, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento de ações que tramitaram sob sua competência, já promoveu diversas decisões que divergiam do mandamento constitucional e legal ou criavam um entendimento antes da norma.

Tal fenômeno não se adstringiu somente ao exercício recursal ou constitucional da Corte, ocorrendo, inclusive, em processos cuja competência era originária do Supremo Tribunal Federal.

As decisões dessa estirpe, as chamadas “decisões ativistas”, durante o ano de 2016, foram emblemáticas tanto para o Supremo, quanto para a sociedade, merecendo breve destaque

as decisões proferidas durante os seguintes julgamentos: nos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071; na Ação Cautelar 4.070 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402.

Os mandados de segurança supracitados trataram sobre a nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva ao cargo de Chefe da Casa Civil do então governo Dilma Rousseff, autoridade com *status* de Ministro de Estado e, por conseguinte, detentor de foro por prerrogativa de função no Supremo, sob a alegação de desvio de finalidade do ato, pois a nomeação teria sido efetuada para retirar o ex-presidente da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, inclusive com vazamento de áudios que mostravam a conversa entre Lula e Dilma num suposto conluio para tal fim. Instigado, o Supremo Tribunal Federal decidiu liminarmente pela suspensão da eficácia do ato de nomeação, interferindo, portanto, num ato de outro poder republicano, o Executivo, que até então não era cabalmente ilegal, hipótese em que o Supremo poderia intervir.

Para a Ação Cautelar nº 4.070, o Supremo decidiu pela suspensão do mandato do então deputado federal Eduardo Cunha e, por consequência, do exercício da função de Presidente da Câmara. Ocorre que não existe em nossa Constituição Federal qualquer menção à suspensão de mandato parlamentar inclusive pelo próprio Legislativo, decidindo a Suprema Corte dessa forma pelos indícios de autoria que o Inquérito envolvendo o então deputado apontava.

“[...] a suspensão do requerente do exercício do mandato de deputado federal fundamentou-se, essencialmente, na existência em diversas instâncias da Câmara dos Deputados, de “ambiência de constrangimento, de intimidação, de acossamento, que foi empolgada por parlamentares associados ao requerido. Embora não existam provas diretas do envolvimento do investigado nos episódios de extorsionismo descritos com riqueza de detalhes pelo Ministério Público, há uma miríade de indícios a corroborar as suspeitas de que o requerido não apenas participou dos fatos, como os coordenou”, enquanto exercia atividade parlamentar.”

(Ação Cautelar 4.070 DF. Data de Julgamento: 30 de junho de 2016. Min. Relator: Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal)

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal em poder efetuar a suspensão de mandatos parlamentares perpetra até os dias atuais, quando decidiu pela suspensão do mandato do senador Aécio Neves, decisão que, posteriormente, não foi acolhida pelo Senado Federal.

Por fim, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 (atualmente suspensa) que discute se réus perante a Corte podem exercer cargos que estão na linha de substituição da presidência da República, o Supremo novamente extrapolou o mandamento constitucional. Proposta pelo partido Rede, a ADPF segue o seguinte

raciocínio: a Constituição Federal, em seu artigo 86, parágrafo 1º, prevê que o presidente da República será *suspense* de suas funções se o STF receber contra ele denúncia ou queixa-crime pela prática de crime comum. Ou seja, se instaurada a ação penal contra o presidente, ele não poderá exercer suas atribuições, e ficará *afastado* do cargo. Essa previsão, segundo a Rede, indica que a função de Presidente da República é “incompatível com a condição de réu”.

Pois bem, se o presidente da República não pode exercer suas funções quando réu em ação penal, a vedação se estende a todos aqueles que ocupem cargos na linha sucessória. No caso, os presidentes da Câmara, do Senado e do STF. Portanto, os ocupantes desses cargos também não podem ter contra si processos criminais em tramitação.

No entanto, diante do texto constitucional, o posto de presidente da República *pode* ser ocupado por *réu* em ação penal. O que a Constituição não admite é o exercício do cargo por alguém processado por crime *relacionado ao exercício das funções* de chefe do Executivo federal. Não há impedimento para que um réu processado por outro delito exerça — ou pretenda exercer — o cargo.

Sendo assim, aqueles que ocupam a linha sucessória do presidente (presidentes da Câmara, Senado e STF), podem assumir o posto, desde que não sejam réus denunciados por delitos relacionados ao exercício daquela função. Em geral, não o são, porque jamais ocuparam o cargo, ou se o fizeram, foi por interinidade – o que diminui razoavelmente a probabilidade de exercer uma conduta delituosa própria.

Atualmente, o julgamento encontra-se interrompido por um pedido de vista requisitado pelo Ministro Dias Toffoli, contudo já há sete votos contrários a possibilidade, a maioria da Corte.

Tendo o exposto em vista, percebe-se que as relações republicanas brasileiras, especialmente as que envolvem o Supremo, parecem prestar o devido respeito à terceira lei de Newton: toda ação (pressão política) tem uma reação (ativismo judicial).

Apesar das decisões apresentadas “agradarem” a grande massa social – ainda que constitucionalmente discutíveis -, essa mesma massa possui reações diametralmente opostas quando o Supremo Tribunal Federal julga autoridades com foro por prerrogativa de função, de modo que, há tempos se pede uma reforma significativa do instituto, conforme examinaremos a seguir.

3.3 AS MANIFESTAÇÕES DEMOCRÁTICAS CONTRA O FORO PRIVILEGIADO

Qualquer espécie de tratamento diferenciado do concedido a maioria da sociedade nunca será objeto pacífico dentro de uma democracia, por conseguinte, a existência do instituto tecnicamente denominado “foro por prerrogativa de função” e popularmente alcunhado “foro privilegiado” - com o agravante dos moldes adotados no Brasil – é reiteradamente criticada pelos mais diversos meios sociais.

Conforme já exposto, alguns ministros do próprio Supremo Tribunal Federal já se mostraram descontentes com a atual situação da prerrogativa de foro no Brasil. O restante da população também defende a reforma ou extinção do instituto, essa aversão traduz-se em números: segundo o Instituto Datafolha, 70% (setenta por cento) dos eleitores brasileiros querem o fim da competência originária por prerrogativa de função⁴¹.

Por consequência, desde as manifestações que ocorreram no país em 2013, a pauta do fim do foro sempre está presente nos diversos protestos que eventualmente ocorrem no país, mesmo que não oficialmente. É dessa maneira que a sociedade brasileira externa sua insatisfação com o instituto.

Não há como ignorar que as decisões emitidas pelo juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, na condução da Operação Lava Jato, inflamam a opinião pública contra o foro, conforme é possível extrair da leitura do excerto presente abaixo, no entanto, deve-se levar em conta toda a força-tarefa envolvida nos casos, que promovem o lastro probatório que torna possível a atuação do magistrado, diferentemente do que ocorre na instrução processual dentro do Supremo.

A revisão do foro por prerrogativa de função é defendida também por diversos juristas, dos quais destaco o artigo “Foro Privilegiado: a ineficiência do sistema”⁴² produzido pelo

⁴¹ “Opinião sobre o foro privilegiado”. Disponível em <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/05/03/9f7bf7110761ace1222bca44ab0b1f5994ccbeb4.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

⁴² “[...] No passado, o número de autoridades que gozavam do direito ao foro privilegiado era pequeno. Apenas para dar-se um exemplo, no início da década de setenta havia 33 Desembargadores no Tribunal de Justiça de São Paulo, enquanto hoje são 360. Calcula-se que, ao todo, o número de magistrados de segunda instância, incluindo todas as Justiças, aproxime-se de 1.300. Por outro lado, até 1988 os Prefeitos respondiam ações penais na primeira instância e, depois da Constituição, no Tribunal de Justiça. No âmbito do Ministério Público, para falar apenas do Federal, o número que era irrisório nos anos oitenta, atingiu agora centenas. Pois bem, todas estas autoridades e mais outras tantas (só juízes são cerca de 13.000) têm foro privilegiado. Não é, pois, de surpreender, que nos

Doutor Vladimir Passos de Freitas, atual vice-presidente do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário.

As críticas advindas dos mais diversos pólos sociais criaram um verdadeiro *status* de comoção social contra o instituto, razão pela qual o ordenamento jurídico deveria estar coadunado com os anseios sociais. Dessa maneira, o Poder Legislativo, responsável por essa adequação, já possui uma Proposta de Emenda Constitucional que visa uma revisão profunda do instituto, sobretudo no âmbito de competências originárias do Supremo Tribunal Federal: a PEC 10/2013.

3.4 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 10/2013

O célebre autor Ferdinand Lassalle, ao explicar sobre as suas ideias de como as divergências constitucionais afetam o desenvolvimento de uma sociedade e que seria a sociedade a responsável por identificar e pacificar tais divergências adotou o seguinte raciocínio.

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social [...]” (LASSALLE. 2001. p. 40)

O supracitado excerto permite-nos extrair a ideia de que uma constituição deve estar coadunada com os fatores reais e efetivos do poder⁴³. Por conseguinte, a Constituição da

Tribunais existam denúncias desde fatos graves, como homicídio ou corrupção passiva, até as mais banais práticas contravencionais.

Entretanto, apesar da mudança e do acréscimo de ações penais originárias nos Tribunais, a estrutura destes continua a mesma, preparada apenas para receber recursos. [...]

Mas um só fato é suficiente para dispensar maiores considerações. No Supremo Tribunal Federal, há muitos anos ninguém é condenado em ações penais originárias. Talvez o último réu condenado tenha sido o Deputado Francisco Pinto, da Bahia, que na década de setenta protestou contra a visita do General Augusto Pinochet ao Brasil. Preso por crime contra a segurança nacional, acabou condenado por crime contra a honra. O mesmo sucede, regra geral, nos demais Tribunais, exceto em casos de maior simplicidade na apuração da prova. **É necessário, contudo, registrar que esta ineficiência não pode ser atribuída aos Ministros ou Desembargadores, sabidamente envolvidos com milhares de processos a exigir-lhes dedicação absoluta. A falha é do sistema. Mas, por ser grave e por estar hoje mais do que nunca visível, precisa ser ressaltada.** Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>. Acesso em 24 de outubro de 2017. O artigo remonta ao ano de 2007, de modo que o Supremo Tribunal Federal já condenou outras autoridades após o evento narrado. *Vide* Capítulo 3.

⁴³ Os fatores reais e efetivos do poder, conjuntamente com a força normativa constitucional são construções ideológicas utilizadas pelos autores Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse para exprimir a interpretação e

República de 1988 concedeu tal poder ao povo, de modo que somente ele é legítimo para exercê-lo.

Até 2013, a sociedade brasileira somente gozava da prerrogativa que lhe foi concretizada pela Constituição de dois em dois anos, através do sufrágio universal. No entanto, com a eclosão das manifestações populares que tomaram as ruas do país, a população começou a exercer uma pressão social por mudanças legais e constitucionais principalmente pertinente ao campo do combate à corrupção. Dessa maneira, o Poder Legislativo começou a reagir às manifestações dando início a diversos projetos de lei e propostas de emendas constitucionais que conseguissem reproduzir no ordenamento jurídico brasileiro os anseios do povo. Dente tais mudanças encontra-se a Proposta de Emenda Constitucional n° 10/2013⁴⁴.

É certo que a PEC 10/2013 foi protocolada antes do ápice das manifestações populares (12/03/2013), no entanto, é a partir dessa época que sua tramitação de fato é conduzida de maneira célere.

A Proposta de Emenda Constitucional n° 10/2013 tem como objetivo, segundo a sua ementa⁴⁵: “Alterar os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns.”

O Senado Federal reconheceu o viés anti-democrático que o instituto é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois de acordo com a própria justificção da Proposta⁴⁶: “Vivemos num Estado Democrático de Direito, à luz do princípio republicano, em que todos são iguais perante a lei, ou pelo menos assim deveriam ser considerados. Certo é que a lei pode, e deve, tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Esse é, essencialmente, o princípio da isonomia. Todavia, não há lugar para privilégios odiosos, como, por exemplo, as regras que estabelecem foro privilegiado no caso de crime comum cometido por autoridade.”

Diferentemente do que é amplamente noticiado, a PEC não determina o fim do foro privilegiado, mas, na ocorrência de crimes comuns, o restringe somente aos cidadãos que estão

aplicabilidade das normas constitucionais, são elas que informam a totalidade de instituições e leis jurígenas da sociedade em ação, determinando esses dois institutos como são em substância.

⁴⁴ A presente Proposta de Emenda tramitava no Senado Federal sob esse número, atualmente, na Câmara dos Deputados, é nomeada PEC n° 333/2017.

⁴⁵ Atividade Legislativa da Proposta de Emenda à Constituição n° 10/2013. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

⁴⁶ Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3040379&disposition=inline>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

no exercício da chefia do Poder Executivo Federal e aos que estão na fila da sucessão presidencial prevista no artigo 80 da Constituição Federal.

Enfim, a PEC pretende retirar os foros especiais para ministros de estado, governadores, prefeitos, presidentes de câmaras municipais e de assembleias legislativas, presidentes de tribunais superiores e de justiça dos estados, ministros dos tribunais superiores e do TCU, procurador-geral da República, embaixadores, membros de tribunais de contas estaduais e municipais, integrantes de tribunais regionais, juízes federais e integrantes do Ministério Público.

Contudo, as autoridades manterão o foro por prerrogativa de função nos crimes de responsabilidade, aqueles cometidos em decorrência do exercício do cargo público, como os contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do país; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais, entre outros.

Cabe ressaltar que a PEC também planeja incluir expressamente no art. 5º da Constituição a proibição de que seja instituído qualquer outro foro por prerrogativa de função no futuro, tornando a matéria uma garantia individual e, portanto, uma cláusula pétrea, não podendo ser objeto de qualquer alteração legislativa, inclusive por outra Proposta de Emenda à Constituição.

Para o Senador Randolfe Rodrigues, relator do texto substitutivo, ao votar pelo fim do foro privilegiado o Senado “coloca o Brasil no rol das nações democráticas e republicanas”, segundo o mesmo, o foro especial é um “resquício aristocrático e monárquico”. Conforme analisamos anteriormente, tais afirmações não são infundadas já que a origem do instituto realmente remonta ao período histórico no qual a forma de governo predominante ao redor do mundo era a monarquia, de modo que a Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2013 representa claro avanço à democracia brasileira.

A PEC 10/2013, já foi aprovada pelo plenário do Senado em 31 de maio de 2017, seguindo agora para análise da Câmara dos Deputados, onde precisará passar por dois turnos de votação. Atualmente a Proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017, como tramita na Câmara, encontra-se em discussão na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça da referida casa. De acordo com o parecer do relator da Proposta na Comissão, Deputado Efraim Filho (DEM-PB).

O foro por prerrogativa de função, popularmente chamado de “foro privilegiado”, é verdadeiro resquício aristocrático que ainda permanece na nossa Constituição Federal. Se de um lado há o crescente clamor social pelo combate à corrupção, de outro temos um sistema desigual entre as autoridades e os cidadãos comuns desprovidos de prerrogativas. Essa seletividade só transmite à sociedade uma mensagem: a de impunidade.

Para muitos, descrentes do Parlamento, a alteração recém-aprovada no âmbito do Senado foi impulsionada pela brevidade do julgamento da matéria na Suprema Corte, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, já esperada no sentido de restringir o foro privilegiado aos crimes relacionados estritamente ao cargo ocupado pelo político.

Sob a ótica jurídica, tal alteração é salutar, reserva à Suprema Corte seu protagonismo constitucional que o Estado Democrático de Direito exige, afasta consideravelmente a instituição do embate nada ortodoxo da política, viabiliza a retomada da pauta eminentemente constitucional e, por conseguinte, reabilita a credibilidade adquirida historicamente pelo Colegiado maior do Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aspectos observados durante a extensão desse estudo possibilitaram uma análise de como o foro por prerrogativa de função surgiu, evoluiu e ainda encontra-se presente em diversos regimes democráticos pelo mundo, por ser um instrumento de manutenção da democracia quando abordado de maneira pontual no ordenamento jurídico em que esteja presente, já que tem como um dos objetivos resguardar as autoridades que desempenhem papéis de grande importância no funcionamento do Estado Democrático de Direito, quebrando o conceito de que o instituto *per se* seria antidemocrático.

Além disso, também permitiu uma pesquisa comparativa para se obter referências mais consistentes sobre como o instituto desembarcou no Brasil e todo o seu desenvolvimento ao decorrer das constituições vigentes no país até culminar com a forma adotada pela vertente Constituição Federal de 1988 que trata o tema de maneira bastante indiscriminada, concedendo atribuições originárias inclusive para o Tribunal Constitucional brasileiro, como verificamos ao decorrer do estudo.

Conforme apontado, a presença da prerrogativa de foro no âmbito do Supremo Tribunal Federal afeta o desempenho da Corte em suas competências mais naturais para uma Suprema Corte: recursal e constitucional. Por consequência, o Supremo buscou meios de agilizar a tramitação dos processos sob sua regência, no entanto, tais medidas – como a Repercussão Geral – mostraram-se ineficientes quanto aos processos de foro originário da Corte.

Consoante pudemos constatar através desse estudo existe uma alta taxa de decisões do Supremo em sede competência originária que não promoveram qualquer dissecção acerca do mérito processual, sendo responsáveis por mais da metade das decisões do Supremo Tribunal Federal sendo subdivididas para ou declínio da competência ou para prescrição. Isso significa que, na maioria dos casos em que o Supremo possui competência *rationae personae*, o órgão não chega sequer a emitir juízo acerca do mérito da acusação. Se imaginarmos que o declínio da competência, com a redistribuição do feito para outra instância, adiciona ainda mais tempo de tramitação àquela já realizada no Supremo, é possível inferir que este é um fator que contribui decisivamente para o aumento da taxa de prescrição e, portanto, para a impunidade. Afinal, em processo penal, o prazo corre a favor do réu, com o aumento da probabilidade de prescrição.

Quanto às decisões que efetivamente dissecam o mérito, temos uma parcela ínfima das deliberações determinando a condenação nas ações penais de competência originária da Corte Suprema: aproximadamente 1% dos processos que lá tramitam são condenatórias⁴⁷. Poderíamos aduzir diversas teorias acerca da baixa incidência de condenações no STF: desde a insuficiência para produção de provas da Procuradoria-Geral da República no Supremo até a escolha de seus ministros por membros de outros poderes, exercendo determinada influência sobre os julgamentos do Pretório Excelso, no entanto, as nuances do jogo político talvez nunca nos permitirão afirmar com exatidão que certas influências políticas foram determinantes para que qualquer órgão do Judiciário tenha realizado qualquer decisão.

Cabe ressaltar que a missão institucional do Supremo não é condenar ou absolver. É garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos processos que a ele chegam. Devido a características próprias do foro privilegiado no tribunal, há vários anos o Supremo não consegue cumprir essa missão. Não consegue alcançar decisões substantivas que correspondam a essa missão.

Os dados do levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas em seu “V Relatório Supremo em Números”, que foi um dos motivadores desse estudo, indicam que há desperdício no processamento do foro privilegiado no Supremo, especialmente pelo efeito das mudanças de competência constantes com a perda ou mudança de mandatos e cargos públicos, o que gera, segundo o Ministro Barroso, uma “disfuncionalidade prática” do instituto. Desse modo, apenas 5,94% das ações penais começam e terminam no Supremo. Muito além do Supremo, da PGR e mesmo das partes, o sistema claramente precisa ser revisto. Quando o Direito processual é contra a produção de justiça, o Estado Democrático de Direito perde.

O objetivo desse estudo não foi o de demonizar o instituto da competência *ratione personae*, nem produzir ilações acerca do envolvimento na atuação do Supremo Tribunal Federal perante a crise institucional que nossa República atravessa. O fulcro foi de analisar como a Constituição Federal abordou sobre a prerrogativa de foro e como a adoção desse sistema afetou o Supremo, em suas diversas esferas de atuação, principalmente no âmbito de competência originária, prejudicando a efetiva prestação jurisdicional da Casa e apontando como um dos pontos frágeis da nossa democracia moderna. Deve-se, portanto, buscar uma

⁴⁷ V Relatório Supremo em Números: O Supremo e o foro privilegiado. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relatório%20Supremo%20em%20Números%20-%20O%20Foro%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

reformulação da sistemática do “foro privilegiado” adotada na Constituição Federal de 1988 – sobretudo para o STF – que vise o avanço democrático do instituto e contribua para a efetiva prestação jurisdicional do Supremo, principalmente no que tange à seara constitucional, sua função precípua.

As manifestações que tomaram o país a partir de 2013 demonstraram a insatisfação popular para o modelo de fazer política no Brasil e questionaram a sistemática do foro privilegiado adotada no país, sobretudo sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. Com isso, o Poder Legislativo iniciou os trabalhos para revisar a competência *ratione personae*. Hoje, o Brasil possui uma oportunidade preciosa para reavaliar a abrangência do foro por prerrogativa de função no país, em uma Proposta de Emenda Constitucional que reformula a previsão do instituto.

A Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2013 ou 333/2017 representa um avanço para a situação democrática brasileira, para contribuir com a prestação jurisdicional nos casos de prerrogativa de foro e principalmente com os processos que tramitam na Corte constitucional pátria.

A possibilidade de restringir o foro privilegiado na ocorrência de crimes comuns e limitá-lo somente aos cidadãos que estão no exercício da chefia do Poder Executivo Federal e aos que estão na fila da sucessão presidencial representa um avanço do modelo de foro por prerrogativa de função brasileiro, indo em consonância com os adotados por países democráticos modernos.

Tal medida contribuirá para a prestação jurisdicional do Supremo em todos os seus aspectos, pois reduzirá o número de feitos que tramitam na casa, bem como trará uma resposta à sociedade brasileira que tanto anseia por uma justiça mais célere e efetiva, tornando-se um dos pilares que irá cimentar o início do que parece ser a reconstrução do Estado Democrático Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O Processo Criminal Brasileiro. Imprensa: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959.

BOTTINO, Thiago. Lições do Mensalão. **Correio Braziliense**, Brasília, 14 de maio de 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 23 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 23 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../Constituicao/Constituicao34.htm>> Acesso em: 23 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constituicao37.htm>> Acesso em: 23 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/Constituicao46.htm>> Acesso em: 23 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 23 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.628 de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm> Acesso em 21 de outubro de 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n.º 333/2017. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: [atualizado até julho de 2016] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2016. 1. v. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Súmula nº 394 (cancelada). Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 15 de setembro de 2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-12-2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>> Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Reclamação 4830 MG, Relator Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento 17 de Maio de 2007. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728665/reclamacao-rcl-4830-mg/inteiro-teor-103114854#>> Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Agravo Regimental na Ação Penal 666 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento 13 de dezembro de 2013 Data de Publicação: DJE de 07 de junho de 2013. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508691/agreg-na-acao-penal-ap-666-ba-stf/inteiro-teor-111733187>> Acesso em 16 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Seg. Questão de Ordem em Inquérito 2245, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data de julgamento em 06 de dezembro de 2006, Data de Publicação 09 de novembro 2007, Tribunal Pleno. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758757/seg-quest-ord-em-inquerito-inq-qo-qo-2245-mg>> Acesso em 16 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Questão de Ordem em Inquérito 687-SP, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, DJ 09-11-2001 PP-00044 EMENT VOL-02051-02 PP-00217 RTJ VOL-00179-03 PP-00912. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>> Acesso em 16 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.609 DF (1413). Origem: MS - 34609 - Supremo Tribunal Federal Proced.: Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Publicação DJe-031 16/02/2017. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322763712/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-mc-ms-34069-df-distrito-federal-0051780-3120161000000>> Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento 18 de março de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>> Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Mandado de Segurança 34.071 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento 18 de março de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>> Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Ação Cautelar 4070 DF. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 30 de junho de 2016. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ac4070.pdf>> Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. _____. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 DF. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de julgamento: 05 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf>> Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. Agravo Regimental 791 AL. AGREG 791 AL, Relator: Paulo Zacarias da Silva, Data de Julgamento: 28/07/2005, Data de Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Data 03/08/2005, Página 53. Disponível em <<https://treal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23243480/agravo-regimental-agreg-791-al-treal>> Acesso em 15 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial 347983 MG, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/06/2012, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 42, Data 28/02/2014, Página 60 Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113734521/recurso-especial-eleitoral-respe-347983-mg/inteiro-teor-113734527>> Acesso em 15 de outubro de 2017.

CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

DELGADO, José Augusto. O Foro por prerrogativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II. L&C: Revista de Direito e Administração Pública, v. 7, n. 70, p. 29-44, abr. 2004. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/2891/O_%20Foro_por_%20Pregorrativa_de_%20Função.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2017.

DEUTSCHLAND. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347). Disponível em <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

ENGLAND. The Judicial System of England and Wales: A Visitor's Guide. Disponível em <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/international-visitors-guide-10a.pdf>> Acesso em 14 de outubro de 2017.

FIÚZA, César (Coord.). História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República. Direito processual na história. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FRANCE. Constitution de la République française. 1958. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> Acesso em 15 de outubro de 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Foro privilegiado: a ineficiência do sistema. Disponível em <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. I Relatório Supremo em Números: Múltiplo Supremo. Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira, Diego Werneck Arguelhes - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo/Joaquim Falcão, Ivar A. Hartmann, Vitor P. Chaves. - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado / Joaquim Falcão..[et al.]. - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

KEANE, Jonh. A vida e morte da democracia. São Paulo, Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. Jurisdição constitucional. Tradução de Jean François Cleaver. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1> Acesso em 20 de outubro de 2017.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LASALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?. 05 de junho de 2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>> Acesso em 24 de outubro de 2017.

LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

LIMA, João Alberto de Oliveira. A gênese do texto da Constituição de 1988 / João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola. — Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. 2 v. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>> Acesso em 24 de setembro de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 10ª edição, revista e atualizada até setembro de 1999 - São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. Do espírito das leis, 2001. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª edição – São Paulo, Saraiva, 2006.

ROCHA, José Albuquerque da. Estudos sobre o Poder Judiciário. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo / José Afonso da Silva - São Paulo, Malheiros, 2014.

TEMER. Michel. Elementos de Direito Constitucional. v.1, 22.ed., São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2008.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States. 1788. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em 14 de outubro de 2017.