

UMA ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUA SUBSISTÊNCIA À LUZ DA GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

AN ANALYSIS ABOUT THE INSTITUTE OF THE FORUM BY FUNCTION PRERROGATIVE AND ITS SUBSISTENCE UNDER THE WARRANTY OF THE DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION

Rodrigo Silva de Moraes

Aluno do Curso de Graduação em Direito do
Instituto Brasiliense de Direito Público

Resumo: No presente artigo buscou-se estudar o instituto do Foro por Prerrogativa de Função no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de averiguar se a prerrogativa, pensada com o intuito de garantir o bom exercício da função exercida pelo réu, viola garantias constitucionalmente asseguradas. Foram analisados outros ordenamentos jurídicos que possuem a prerrogativa e houve a comparação entre os ordenamentos jurídicos estrangeiros e o brasileiro, para identificar as diferenças e similitudes do instituto em realidades culturais diversas. Foi analisada a questão que levou o Supremo Tribunal Federal a restringir a aplicação do instituto, bem como os motivos que levaram à proposição da Proposta de Emenda à Constituição n. 333, que tem como objetivo restringir de forma brusca o instituto. Finalmente, foi discutida a questão da mudança na forma atual da prerrogativa para uma possível aplicação aos casos remanescentes, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como as reais violações a Direitos assegurados pela Constituição e por Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Foro por prerrogativa de função. Foro privilegiado. Duplo grau de jurisdição. Processo penal. Competência criminal.

Abstract: In the present article it was studied the institute of the Forum by Function Prerogative in the Brazilian legal order, in order to confirm if the prerogative, thought with the objective to guarantee the good exercise of the function exercised by the defendant violates the guarantees ensured by the Constitution. There were analyzed other legal orders that contains the prerogative and they were compared, the foreigners and the Brazilian, in

order to identify the differences and the similarities of the institute in different cultural realities. Then, it was analyzed what led the Supreme Federal Court to restrict the application of the institute, as well as the reasons that took the congress to propose the Proposed Amendment to the Constitution 333, which objective is to restrict abruptly the institute. Finally, is was discussed if it is possible to change the way that the institute works nowadays, in order to apply to the remaining cases, after the decision of the Supreme Federal Court, as well as the real violations to the rights guaranteed by the Constitution and the International Treaties which Brazil has signed.

KEYWORDS: Forum by function prerogative. Privileged forum. Double degree of jurisdiction. Criminal procedure. Criminal competence.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, apesar de ser consagrado como a *ultima ratio*, é um importante instrumento de controle e pacificação social. Por meio do Direito Penal, aqueles que violam as leis, cometendo infrações penais, serão punidos, sofrendo as sanções eventualmente impostas. Entretanto, em observância à Constituição Federal, devem ser observados os direitos fundamentais dos réus, de modo a garantir-lhes aquilo que está previsto na Constituição, de modo que a justiça seja aplicada de maneira correta, sem infringir as garantias pessoais dos indivíduos.

No presente trabalho pretende-se analisar o instituto do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se possa verificar se o instituto previsto na Constituição Federal viola a garantia ao duplo grau de jurisdição. Para isso, parte-se da hipótese de que, da forma atual, a garantia do foro por prerrogativa de função viola o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que das decisões proferidas pelos Tribunais competentes a possibilidade de interposição de recursos que reanalisem o conjunto fático-probatório trazido aos autos é bastante reduzida, quando não impossível. Além disso, pretende-se analisar a natureza e importância do instituto, tendo-se em vista que estão sendo julgados agentes públicos e, portanto, a função por eles exercida deve ser protegida.

Assim, tem-se a hipótese de que o foro por prerrogativa de função é prejudicial aos réus, pois viola o duplo grau de jurisdição e, por isso, há a

tentativa de manipulação do instituto por parte dos réus que possuem essa garantia, em especial dos agentes políticos, para que possam voltar ao juiz de primeiro grau após a instrução do processo, de modo que seja proferida uma sentença e, portanto, a decisão seja passível de revisão pelos tribunais. Entretanto, há de se analisar a possível importância na existência do instituto, visto que está a se julgar um agente público e, dessa forma, há a necessidade de se proteger a função pública por ele ocupada.

Assim, pretende-se analisar a doutrina que se debruça sobre o Direito Processual Penal, em especial o foro por prerrogativa de função e o duplo grau de jurisdição, a evolução do instituto nas Constituições brasileiras, uma comparação com os ordenamentos jurídicos que influenciaram o modelo brasileiro, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do aplicação e os limites do instituto.

No primeiro capítulo, será analisado o histórico do instituto no Brasil, suas influências e sua evolução nas Constituições brasileiras. No segundo capítulo, passa-se a análise do procedimento das ações penais de competência originária dos Tribunais, comparando-o com o procedimento ordinário para que se possa verificar se o instituto viola o duplo grau de jurisdição. Em seguida, no terceiro capítulo, pretende-se analisar possíveis alterações no instituto e, mais precisamente, no sistema recursal, de modo a garantir o objetivo inicial da prerrogativa, qual seja a proteção da função pública e garantir aos réus a possibilidade de que possam recorrer das decisões proferidas nos processos em que figurem no polo passivo.

1. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SEU INGRESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, via de regra, a determinação da competência no processo penal se dá em razão da matéria, pessoa e lugar. Uma vez definida a competência para julgar o processo, restará definido o juiz natural da causa. A definição da competência jurisdicional, em matéria penal, se dará de acordo com o art. 69 do Código de Processo Penal:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração

II - o domicílio ou residência do réu

III - a natureza da infração

IV - a distribuição

V - a conexão ou continência

VI - a prevenção

VII - a prerrogativa de função¹

Além disso, é necessário definir a justiça competente. Para isso, deve-se analisar a justiça mais restrita à mais residual. Dessa forma, primeiro deve-se verificar se a competência será da Justiça Militar Federal, Justiça Militar Estadual e Justiça Eleitoral. Caso não seja de competência de nenhuma das Justiças Especiais, passa-se às Justiças Comuns, primeiro a Federal e, por último, a Estadual.²

Dessa forma, em uma Ação Penal "comum", a competência para julgamento será de um juiz de primeiro grau, observando-se a natureza e o local do crime.

Entretanto, há um critério de definição de competência, previsto tanto na Constituição quanto no Código de Processo Penal, que prevalecerá sobre os outros, o foro por prerrogativa de função.

1.1 Origem e evolução histórica

O foro por prerrogativa de função é um critério *ratione functionae* de definição da competência jurisdicional. A Constituição assegura às determinadas autoridades a prerrogativa de serem julgadas originariamente por Tribunais, à depender do cargo que ocupem. Por isso, entende-se que a competência é *ratione functionae* e não *ratione personae*. O que se pretende "defender", com o instituto do foro por prerrogativa de função é o bom exercício da função exercida pelo agente que supostamente cometeu o crime,

¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20/03/2018.

² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 455.

de forma que, cessado o exercício do cargo, a competência volta a ser do juiz de primeiro grau. Como advertem Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luiz Streck:

As regras constitucionais de fixação do foro *ratione personae* constituem garantias constitucionais do exercício da função pelo agente público, tendo em vista a peculiaridade e importância de suas atividades no sistema democrático. A competência não é determinada em razão do interesse pessoal do ocupante do cargo público, mas no interesse público do bom exercício de suas funções³.

Assim, o objetivo do instituto não é privilegiar nem proteger o agente, mas sim, a função pública que este ocupa. O objetivo do instituto é promover o julgamento de autoridades com imparcialidade e isenção, garantindo-lhes o bom exercício das funções por eles exercidas.

O instituto surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1824, em seu artigo 164, II, que determinava a competência originária do Supremo Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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 Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.⁴

Ademais, é possível perceber que o modelo brasileiro do foro por prerrogativa de função

guarda uma maior proximidade com o disciplinamento fornecido na Carta espanhola de 1812 e na Constituição portuguesa de 1822 (artigo 191, inciso I), especialmente

³ STREK, Lenio L. e MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 102, I, b. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. p. 1365.

⁴ 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: 22/03/2018.

o texto levado a efeito na Carta Constitucional Portuguesa de 1826 e o seu Ato Adicional de 1832 (artigo 131, § 2º).⁵

Assim, tem-se que o instituto, no Brasil, trilhou um caminho que se assemelha ao modelo institucional dos países ibéricos e se distancia do modelo dos países da *common law*.⁶

Primeiramente, é necessário compreender seu funcionamento no Brasil e identificar quais autoridades possuem essa prerrogativa de serem julgados originariamente pelos tribunais. Para isso, é necessária uma análise nas Constituições brasileiras para que se possa entender a evolução do instituto e possíveis mudanças ocorridas ao longo do tempo.

Na Constituição de 1891, o foro por prerrogativa de função foi mantido no texto constitucional, disciplinado nos artigos 52, §2º, 53, 59, I, 'a' e 'b', aqui, possuindo o foro os Ministros de Estado, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns e de responsabilidade, o Presidente dos Estados Unidos do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, por crimes comuns, após declarada procedente a acusação pela Câmara dos Deputados e os Ministros Diplomáticos, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns e de responsabilidade.⁷

Já na Constituição de 1934, o Presidente da República manteve o foro por prerrogativa de função, perante a Corte Suprema, conforme disposto no artigo 58. Além disso, os Ministros da Corte Suprema seriam julgados pela

⁵ LOPES PRAÇA, José Joaquim. **Direito Constitucional Portuguez**. Coimbra: Coimbra, 1997, vol. II, p. 347, apud BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. p. 86. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077263.pdf>. Acesso em: 25/03/2018.

⁶ BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077263.pdf>. Acesso em: 25/03/2018.

⁷ 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: 28/03/2018.

própria Corte, conforme previsto no art. 76, 1, 'a' da Constituição. Ademais, a Corte Suprema passava a ter competência originária para julgar os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados e do DF, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros Diplomáticos nos crimes comuns, exceto pelos Ministros de Estado, que quando cometessem crimes conexos aos do Presidente da República, seriam julgados pelo Tribunal Especial.⁸

Seguindo cronologicamente, na Constituição de 1937 a competência originária do Supremo Tribunal Federal se manteve a mesma da Constituição anterior.⁹ Já na Constituição de 1946¹⁰, a competência originária do Supremo Tribunal Federal fora mais uma vez ampliada, agora, para incluir os Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, de modo que tal mudança foi mantida na Constituição de 1967¹¹.

Finalmente, passa-se a análise da Constituição de 1988. O artigo 102, I, 'b' e 'c' da Constituição prevê que:

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

I - processar e julgar, originariamente:

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;

⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 28/03/2018.

⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 28/03/2018.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 28/03/2018.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 28/03/2018.

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;¹²

Além disso, a Constituição de 1988 prevê não só o Supremo Tribunal Federal, mas também o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal como Tribunais que possuem competência originária para julgar determinadas autoridades, conforme se depreende dos artigos 29, X; 53, §1º; 96, III; 105, I, 'a' e 108, I, 'a' da Constituição:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

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

¹²BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02/04/2018.

responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.¹³

Observa-se que o foro por prerrogativa de função foi bastante ampliado no decorrer do tempo, de modo que, no Brasil, Promotores de Justiça, Juízes Estaduais, Juízes Federais, Juízes Militares, Juízes do Trabalho, Membros do Ministério Público da União, Governadores, Ministros dos Tribunais Superiores, Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Aeronáutica e Exército, Membros dos Tribunais de Contas da União, Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente possuem a prerrogativa de serem julgados originariamente no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, prerrogativa esta prevista na Constituição.

¹³ BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02/04/2018.

Além disso, todas as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal preveem a mudança na competência originária para o julgamento de crimes cometidos por determinadas autoridades estaduais e municipais. Algumas delas, somente repetem o já previsto na Constituição Federal, de modo que a norma estadual tem caráter meramente declaratório. Outras aplicam simetricamente o disposto na Constituição e, por fim, existem as que atribuem a prerrogativa a autoridades de forma autônoma, como a procuradores de estado, defensores públicos, etc.¹⁴

No Brasil, tem-se um total de 54.990 autoridades que possuem a prerrogativa de serem julgados originariamente por seus crimes perante os Tribunais, sendo que, desses 54.990, 38.431 estão previstos na Constituição Federal e 16.559 nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal.¹⁵

Com relação à existência do foro por prerrogativa de função em outros países, dentre eles os que influenciaram o modelo brasileiro, observou o Ministro Sepúlveda Pertence:

são numerosas as Constituições e leis que o prevêm (sic) em hipóteses mais ou menos numerosas, a começar das velhas cartas constitucionais dos Estados Unidos (art. III, Seção 2) e da Argentina (atual art. 100) – que o limitam ao julgamento dos embaixadores e membros das representações estrangeiras (a título de exemplo, na Espanha, Const., arts. 96 e 134; em Portugal, art. 133, 4 e também o C. Pr. Pen., arts. 11, 1 a e 2 a e 12.1, a; na Venezuela, art. 215, 1º e 2º).¹⁶

¹⁴ 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, p. 13 (Texto para Discussão no 233). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 29/05/2018.

¹⁵ 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, p. 23 (Texto para Discussão no 233). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 29/05/2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 315/DF**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 25. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/AP_315_DF_1278843741633.pdf?Signature=tw%2FgVE8VxfPsMohXht%2F02s41gIA%3D&Expires=1542858421&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5674a8b0dc4d7cc03995807e1094c143. Acesso em: 30/05/2018.

Como tratado previamente, o instituto do foro por prerrogativa de função brasileiro foi fortemente influenciado pelos ordenamentos jurídicos da Espanha e de Portugal e, portanto, faz se relevante comparar a forma de ser do instituto no Brasil e em tais países, no que diz respeito à previsão constitucional do foro por prerrogativa de função.

Na Espanha, o instituto vem disciplinado na Constituição Espanhola nos artigos 71 e 102, que preveem:

Artículo 71

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.
2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.
3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.

Artículo 102

1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.¹⁷¹⁸

Ademais, no ordenamento jurídico espanhol

o art. 57 a Lei Orgânica do Poder Judicial estabelece a competência da Câmara Penal do Tribunal Supremo para instruir e julgar as causas contra o "Presidente do Governo, Presidentes do Congresso e do Senado, Presidente do Tribunal Supremo e do Conselho Geral do Poder Judicial, Presidente do Tribunal Constitucional, membros do Governo, Deputados e Senadores, Vogais do Conselho Geral do Poder Judicial, magistrados do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, Presidente da Audiência Nacional e de qualquer de suas Salas e dos Tribunais Superiores de Justiça, Fiscal Geral do Estado, Fiscais de Câmara do Tribunal Supremo, Presidente e Conselheiros do Tribunal de Contas, Presidente e Conselheiros do Conselho de Estado e Defensor do Povo, bem como das causas que, em cada caso, determinem os Estatutos de Autonomia". É também competente a Câmara Penal do Tribunal

¹⁷ (Tradução livre)

Artigo 71

1. Os Deputados e Senadores gozarão de inviolabilidade pelas opiniões manifestadas no exercício de suas funções.

2. Durante o período de seu mandato os Deputados e Senadores também gozarão de imunidade e somente poderão ser presos em caso de flagrante delito. Não poderão ser indiciados nem processados sem a prévia autorização da Câmara respectiva.

3. Nas causas contra Deputados e Senadores será competente a Câmara Criminal do Supremo Tribunal.

4. Os Deputados e Senadores receberão atribuições fixadas pelas respectivas Câmaras.

Artigo 102

1. A responsabilidade criminal do Presidente e dos demais membros do Governo será exigível, no seu caso, perante a Câmara Criminal do Supremo Tribunal

2. Se a acusação for de traição ou por qualquer delito contra a segurança do Estado no exercício de suas funções, somente poderá ser pleiteada por um quarto dos membros do Congresso, e com a aprovação da maioria absoluta do mesmo.

3. A prerrogativa real de graça não será aplicável em nenhuma das hipóteses do presente artigo

¹⁸ ESPANHA. **Constitución Española.** Disponível em: http://www.lamocloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em: 05/06/2018.

Supremo para a instrução e o julgamento das causas contra os "magistrados da Audiência Nacional e de um Tribunal Superior de Justiça".¹⁹

Dessa forma, tem-se que na Espanha, assim como no Brasil, a prerrogativa de foro também é bastante abrangente, sendo que lá, diferentemente do Brasil, a Constituição limita a prerrogativa e delega à legislação infraconstitucional o poder de legislar sobre o foro por prerrogativa de função. Enquanto isso, aqui no Brasil, no julgamento da ADI 2797/DF, fora declarada inconstitucional a Lei n. 10.628/2002, que acrescentava os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal para estender a prerrogativa de foro à inquéritos e ações penais que fossem iniciados após o fim da função pública e às ações de improbidade administrativa.

Diferentemente do modelo espanhol, o constituinte brasileiro optou por manter a atribuição da prerrogativa de foro à Constituição Federal e às Constituições estaduais. Dessa forma, dificultou-se a mudança na forma do instituto, devido ao processo legislativo diferenciado para que seja possível alterar a Constituição, diferentemente do modelo espanhol, que trata mais amplamente sobre a prerrogativa de foro na legislação infraconstitucional.

Já em Portugal, a previsão feita pelo artigo 130 da Constituição é a seguinte:

Artigo 130

1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.
2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e

¹⁹ FILHO, Newton Tavares. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado**. Brasília. Outubro/2015. p. 9. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/acamara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares. Acesso em: 05/06/2018.

deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções.

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

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.²⁰

Em Portugal, o Presidente da República responderá por crimes praticados no exercício de suas funções, perante o Supremo Tribunal de Justiça. O Presidente fica imune, enquanto no exercício do cargo, por crimes comuns por ele praticados, passando a responder por eles após o fim do mandato, perante o juízo comum. Além disso,

nos termos do art. 11 do Código de Processo Penal português, compete ao pleno das seções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal, julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções. Compete ainda às seções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal, julgar processos por crimes cometidos por juízes do Supremo Tribunal de Justiça e das relações e magistrados do Ministério Público que exerçam funções junto destes tribunais, ou equiparados.²¹

Dessa forma, tem se que, assim como na Espanha e diferentemente do Brasil, em Portugal, boa parte do foro por prerrogativa de função também

²⁰ PORTUGAL. **Constituição Portuguesa.** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10/06/2018.

²¹ FILHO, Newton Tavares. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado.** Brasília. Outubro/2015. p. 10. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/acamara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares. Acesso em: 10/06/2018.

é delimitado pela legislação infraconstitucional, qual seja, o Código de Processo Penal português, limitando-se a Constituição a definir a competência para julgar o Presidente da República e, assim como na Espanha, o processo de mudança do instituto nos dois países é mais simples se comparado ao brasileiro, em decorrência do fato de que aqui seria necessária uma mudança na Constituição.

2. FUNCIONAMENTO DO INSTITUTO NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, no julgamento de infrações penais cometidas por cidadãos "comuns", diversos são os procedimentos adotados para que tais infrações sejam processadas e julgadas. O Código de Processo Penal prevê os procedimentos sumário, ordinário e do Tribunal do Júri. Além disso, existem o procedimento sumaríssimo, previsto na Lei n. 9.099/95, o procedimento previsto na Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), entre outros.

Entretanto, ocorre que o procedimento perante os tribunais se diferencia dos "comuns".

Tomemos como padrão o procedimento ordinário. Nele, o processo se inicia com o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público. Após isso, o juiz poderá rejeitá-la ou recebê-la. Caso receba, deve ordenar a citação do acusado para oferecer resposta à acusação. Após isso, o juiz analisará novamente a denúncia, assim como a resposta à acusação apresentada pela defesa do réu, e decidirá se mantém o recebimento da denúncia ou se absolverá sumariamente o acusado. Após o "novo" recebimento da denúncia, será designada data para a audiência de instrução e julgamento, devendo ser intimados o réu, seu advogado, o Ministério Público e, se necessário, o assistente de acusação.²²

Na audiência de instrução e julgamento, serão ouvidos o ofendido, as testemunhas de acusação e defesa, os esclarecimentos por parte dos peritos, as acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, o réu será interrogado.²³

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 627.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 628.

Uma vez finda a instrução, as partes procederão aos debates orais ou, se necessário, apresentarão suas alegações finais por memoriais.

Depois de apresentados os memoriais pelo Ministério Público e pela defesa, o juiz proferirá sentença em dez dias.

Já no caso do procedimento do foro por prerrogativa de função, este será regulado pela Lei n. 8.038/90. Nesse caso, toda a instrução se dará perante o Tribunal competente para o julgamento da autoridade.

O procedimento previsto na Lei 8.038/90 se assemelha ao procedimento "comum" do Código de Processo Penal, ressalvadas suas peculiaridades. Aqui, será sorteado um Ministro ou Desembargador²⁴ relator, que será o juiz que irá instruir o caso. Além disso, o relator possui o poder de convocar juízes e desembargadores de varas ou turmas criminais, respectivamente, para que realizem o interrogatório ou outros atos de instrução, conforme disposto no art. 3º, III da Lei 8.038/90.

Após apresentada a resposta pelo acusado, nos termos do art. 4º da Lei 8.038/90, o relator solicitará dia e hora para que o Tribunal delibere à respeito do recebimento da denúncia. A instrução se dará nos moldes do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal. Após isso, as partes terão 15 dias para que apresentem suas alegações finais. Uma vez encerrada a instrução, o processo será julgado pelo Tribunal, nos moldes do que determinam seus regimentos internos. Além disso, o art. 12 da Lei n. 8.038/90 prevê que:

Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação;

²⁴ Conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 8.658/93: Art. 1º As normas dos arts. 1º a 12, inclusive da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.

II - encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.²⁵

Tem-se que o procedimento é bastante similar ao procedimento previsto no Código de Processo Penal e, além disso, por algumas vezes o texto da lei explicita a "obediência" ao Código.

2.1 Momento de aquisição e perda do foro

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 delimitou novos limites para que o foro por prerrogativa de função fosse aplicado.

O Ministro Luís Roberto Barroso afetou a ação penal ao plenário e suscitou a questão de ordem para que o Supremo Tribunal Federal decidisse à respeito de duas questões.

Segundo ele:

A primeira diz respeito à possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, i.e., após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, i.e., que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado.²⁶

²⁵ BRASIL. Lei n. 8.038/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm. Acesso em: 16/08/2018.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 25-26. Disponível em:

Já a segunda questão se relaciona com os limites para a afetação da competência de qualquer dos Tribunais em razão de nova investidura em outro cargo ou renúncia ao mandato.

A Questão de Ordem foi suscitada devido às diversas mudanças na competência para julgamento do caso em questão. No caso em tela, o réu fora acusado de cometer o crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, em sua campanha para a Prefeitura de Cabo Frio, nas eleições municipais de 2008.

Tendo vencido as eleições, somente fora denunciado pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro quando já era prefeito, detendo a prerrogativa de ser julgado perante o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Quando do recebimento da denúncia, já havia se encerrado o mandato do réu, razão pela qual o Tribunal Regional Eleitoral declinou da competência e os autos foram remetidos ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro. Em decorrência do fato, o Tribunal Regional Eleitoral, em sede de *habeas corpus* anulou o recebimento da denúncia pelo fato de o réu não mais deter a prerrogativa de foro. Após isso, a denúncia fora novamente recebida pelo Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro.

Finda a instrução, alegações finais foram apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral e pelo réu em 19/11/2014 e 11/12/2014, respectivamente. Entretanto, em 10/02/2015 o réu fora diplomado como Deputado Federal por ser primeiro suplente e em decorrência do fato de o Deputado titular ter se afastado do cargo. Com isso, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal.

Após isso, o réu fora afastado do cargo de Deputado Federal, pois o Deputado titular reassumira o cargo. Mais tarde, voltara a ser diplomado como Deputado Federal, mais uma vez como suplente e, posteriormente, em definitivo, após a perda do cargo do Deputado Eduardo Cunha.

Encerrada a instrução e tendo o processo sido incluído em pauta para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, o réu renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir novamente a Prefeitura de Cabo Frio.

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 17/08/2018.

Por isso, existe a necessidade de se determinar limites temporais para a aquisição e a perda do Foro por Prerrogativa de Função.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir o voto condutor da decisão da Questão de Ordem na Ação Penal 937, teceu críticas ao modelo atual do instituto, asseverando que em países como Alemanha, Reino Unido, Estados Unidos e Canadá o Foro por Prerrogativa de Função sequer existe, além de citar países onde apenas poucas autoridades possuem tal prerrogativa, como a Itália (apenas o Presidente da República), França (apenas Ministros e secretários de Estado) e Portugal (Presidente da República, Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro). Ademais, se mostrou contrário à abrangência da prerrogativa no modelo atual, pois abrange ilícitos que não guardam relação com a função exercida pelo réu, também afirmando que em Portugal, França e Holanda a prerrogativa somente se aplica caso o crime tenha sido cometido no exercício das funções do réu²⁷.

Da mesma forma, Daniel Sarmento entende que:

se o foro por prerrogativa de função não constitui um privilégio estamental ou corporativo, mas uma proteção outorgada às pessoas que desempenham certas funções, em prol do interesse público, não há porque estendê-lo para fatos estranhos ao exercício destas mesmas funções.²⁸

Daniel Sarmento critica, ainda, no mesmo sentido do Ministro Barroso, a violação aos princípios republicano e da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo ele:

há diversas razões para criticar o foro por prerrogativa de função no Brasil. A principal é que ele representa uma diferença de tratamento injustificável entre as pessoas, favorecendo as autoridades públicas de maior escalão, em detrimento do cidadão comum. Os princípios

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 28-29. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 22/08/2018.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade – Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional**. Jota, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>. Acesso em: 25/09/2018.

republicano e da igualdade não se harmonizam com arranjos voltados a assegurar tratamentos privilegiados aos governantes e às autoridades de plantão. Não há razão legítima para processar e julgar em órgãos jurisdicionais diversos, por exemplo, um parlamentar e uma pessoa comum, que sejam acusados da prática de idênticos delitos – como homicídio, estelionato ou sonegação fiscal. Se ambos são iguais perante a lei, não há porque submetê-los a cortes e instâncias diferentes.²⁹

Ainda, afirma que não mais subsistem motivos que justifiquem a aplicação tão expansiva do Foro por Prerrogativa de Função, ao demonstrar que os argumentos trazidos pelo Ministro Vitor Nunes Leal em um antigo precedente do Supremo Tribunal Federal, onde afirmava que a existência do Foro por Prerrogativa de Função se instituía no bom exercício da função exercida pelo agente, para que pudesse ter independência e que seu processo seria julgado com todas as garantias e imparcialidade não mais se mantém hígidos, pois, nos tempos atuais, todos os membros do Poder Judiciário possuem as garantias constitucionais da imparcialidade e independência.³⁰

Por ser um critério *ratione functionae* de definição de competência, parece razoável que a aplicação do instituto ocorra somente nos casos dos crimes conexos à função exercida pelo agente. Isso porque, como se visa proteger a função por ele exercida, não parece fazer sentido que um parlamentar que cometa um crime de homicídio, por exemplo, seja julgado perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que referido crime em nada se relaciona com sua função de parlamentar. Ademais, o fato de o réu perder o foro ao fim do mandato é mais uma evidência de que a prerrogativa se dá em razão da função exercida por ele.

Sendo assim, o Ministro Barroso propôs uma interpretação restritiva da Constituição, para que o Foro por Prerrogativa de Função seja aplicado somente aos parlamentares que tenham cometido o crime durante e em função do mandato.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade – Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional**. Jota, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>. Acesso em: 25/09/2018.

³⁰ SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade – Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional**. Jota, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>. Acesso em: 25/09/2018.

Além disso, ponderou a necessidade de fixar um momento para que a competência do Tribunal não mais seja alterada em razão da perda do cargo exercido pelo réu. Este momento é o fim da instrução.

A prorrogação da competência do Tribunal se faz necessária para evitar que os réus tentem "manipular" o julgamento de suas causas, evitando um determinado Tribunal ou fazendo com que ocorra a prescrição do crime.

A respeito da prescrição dos crimes, esta pode ocorrer de maneira muito mais provável quando uma ação penal tramita perante o Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, o recebimento da denúncia perante o juiz de 1º grau é muito mais célere, ainda que haja um "duplo recebimento" (antes e depois da apresentação da resposta à acusação, no procedimento ordinário). No Supremo Tribunal Federal, estima-se que o recebimento da denúncia leve, em média 581 dias.³¹

A Emenda Constitucional n. 35/2001, alterou o art. 53 da Constituição Federal para submeter os Deputados Federais e Senadores à julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, sem a necessidade de prévia licença por parte da Câmara e do Senado. Desde então, mais de 200 casos submetidos à jurisdição da Corte restaram prescritos.³²

Dessa forma, com vias de garantir a correta aplicação da lei penal, do devido processo legal e para evitar a manipulação da jurisdição brasileira pelos réus, se fez necessário que o Supremo Tribunal Federal se posicionasse e impusesse limites à aplicação do instituto do Foro por Prerrogativa de Função.

3. VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto no art. 8º, 2, h do Decreto n. 678/92 (Pacto de San José da Costa Rica), que prevê:

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 30-31. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 02/10/2018.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 32. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 02/10/2018.

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.³³

Da mesma forma, está previsto no Decreto n. 592/92 (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos):

Artigo 14

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.³⁴

Portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição consiste em, caso seja de sua vontade, garantir ao réu que seu processo seja analisado novamente por um novo órgão competente, por meio de um recurso, antes que sua presunção de inocência seja exaurida e ele seja considerado culpado. Segundo ensina o Ministro Sepúlveda Pertence:

o "duplo grau" há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que

³³ BRASIL. **Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, Pacto de San José da Costa Rica**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10/10/2018.

³⁴ BRASIL. **Decreto n. 592/92 de 6 de julho de 1992, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10/10/2018.

esse exame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.³⁵

Assim, é necessário entender a natureza e as características dos recursos presentes no Processo Penal brasileiro, para, então, averiguar a violação ao duplo grau de jurisdição, nos processos de competência originária dos Tribunais.

Seguindo como padrão o procedimento ordinário, as diferentes decisões tomadas durante o processo podem ser impugnadas. Por meio do Recurso em Sentido Estrito e, principalmente, a sentença, por meio da Apelação.

As hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito estão elencadas no art. 581 do Código de Processo Penal, e da Apelação, no art. 593 do referido diploma legal.

O Recurso em Sentido Estrito é o recurso destinado a impugnar decisões interlocutórias proferidas exclusivamente por juízes singulares, nos casos expressamente previstos no art. 581 do Código de Processo Penal³⁶.

Além disso, segundo Aury Lopes Jr., o Recurso em Sentido Estrito pode possuir natureza ordinária ou extraordinária. A natureza ordinária do recurso estaria presente, por exemplo na hipótese prevista no art. 581, IV do Código de Processo Penal, onde o juiz profere sentença de pronúncia. Possui natureza ordinária pois no recurso há a possibilidade de discussão de toda a matéria fática e sobre as provas produzidas no processo. Já a natureza extraordinária se faz presente, por exemplo, na hipótese do inciso II do art. 581 do Código de Processo Penal. Isso porque se trata apenas de matéria de direito, que diz respeito à competência do juízo³⁷.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 29/03/2000, Tribunal Pleno, DJE 22/11/2002. Disponível em:

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_79785_RJ-_29.03.2000.pdf?Signature=wmhOyMiIPZVntiNAW6HbR6W5AtE%3D&Expires=1541383625&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=617d57319e497091df61dc0acced12cb. Acesso em: 11/10/2018.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 1612-1613.

³⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1239.

Passemos à breve análise do recurso de apelação. O recurso de apelação "funciona como eficaz instrumento processual para concretização do princípio do duplo grau de jurisdição, visto que, em face do extenso âmbito cognitivo do julgado recorrido, permite que o juízo *ad quem* reaprecie questões de fato e de direito"³⁸. Assim, tem-se que a apelação devolve, naturalmente, toda a discussão da matéria de fato ao Tribunal.

Entretanto, ao comparar o procedimento ordinário com o de competência originária dos tribunais, a maior diferença existente entre eles é a possibilidade da interposição de recurso das decisões proferidas pelo Tribunal. As decisões proferidas pelo colegiado não se amoldam às hipóteses previstas no Código de Processo Penal. Dessas decisões, via de regra, não é possível a interposição de recursos "ordinários" que devolveriam a matéria fática ao conhecimento do Tribunal, mas sim, somente de Recurso Especial, destinado ao Superior Tribunal de Justiça e de Recurso Extraordinário, destinado ao Supremo Tribunal Federal.

A exceção à regra é a possibilidade de interposição de Embargos Infringentes e de Nulidade, prevista no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, mas somente no caso de a decisão proferida pelo Tribunal não ter sido unânime.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência no sentido de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, tendo em vista que não está previsto na Constituição Federal, e que, dessa forma, somente será garantido em sua total eficácia quando previsto na Constituição, nas hipóteses do art. 102, II, 104, II e 108, II.³⁹

Nesse sentido foi o julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence

III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição.

1. Toda vez que a constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 1635

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015. – (Série IDP), p. 402.

Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, §4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.

2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais –, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, a emenda constitucional poderia ampliar.

3. A falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.⁴⁰

3.1 Prisão após única instância

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmou entendimento no sentido de que

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 29/03/2000, Tribunal Pleno, DJE 22/11/2002. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_79785_RJ-_29.03.2000.pdf?Signature=wmhOyMiIPZVntiNAW6HbR6W5AtE%3D&Expires=1541383625&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=617d57319e497091df61dc0acced12cb. Acesso em: 21/10/2018.

"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".⁴¹

Como abordado anteriormente, os Tribunais de segunda instância, no julgamento da Apelação, irão promover o reexame de toda a matéria fática trazida ao processo, eis que referido recurso possui efeito devolutivo amplo. Dessa forma, resta caracterizado o cumprimento ao duplo grau de jurisdição, uma vez que toda a matéria trazida ao processo foi revista, por um órgão colegiado, de superior hierarquia ao juízo de 1º grau.

Nesse caso, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, foi definido que seria possível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

A questão a ser tratada diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena nos casos em que o réu possua o foro por prerrogativa de função, eis que, via de regra, os recursos cabíveis das decisões proferidas pelos Tribunais somente devolvem ao conhecimento do órgão jurisdicional a matéria de direito.

Ocorre que, na decisão proferida no HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou a respeito da execução da pena para réus que possuem o foro por prerrogativa de função. Nesses casos, as condenações somente estariam sujeitas à interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, ou, em determinados casos, seriam incabíveis recursos, como em caso de condenação unânime pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, seria possível o início da execução da pena. Entretanto, tais decisões não foram proferidas "em grau de apelação", mas sim originariamente, como "primeira instância" pelos Tribunais competentes.

A decisão proferida no HC 126.292/SP gerou polêmica e diversas críticas por parte do mundo jurídico, pois, em tese, violaria o princípio da

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, data de julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 28/10/2018.

presunção de inocência. Após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foram ajuizadas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, as ADC's 43 e 44, que pediam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que dispõe

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.⁴²

O entendimento foi mantido quando o Supremo Tribunal Federal negou as medidas cautelares nas ADC's 43 e 44 e julgou, em regime de repercussão geral, o Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, que possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 01/11/2018.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.⁴³

Um dos argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a execução provisória da pena foi o de que os Recursos Especial e Extraordinário não possuem o condão de rever os fatos e provas trazidos ao processo, além de não possuírem efeito suspensivo, e que, portanto, as possibilidades de reforma das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias seriam bastante reduzidas. Como bem ressaltou o Ministro Luís Roberto Barroso, entre 01/01/2009 e 19/04/2016, menos de 0,1% das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos criminais foram absolutórias.⁴⁴

Seguindo este entendimento, seria possível o início do cumprimento de pena por réus que possuam a prerrogativa de foro, sem que haja a posterior confirmação por um Tribunal de segunda instância, levando-se em consideração que apenas seriam cabíveis os Recursos Especial e Extraordinário.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou favorável ao início do cumprimento da pena após a condenação por órgão colegiado de réus que possuam a prerrogativa de foro. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 140.213/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, autorizou o início do cumprimento da pena, em acórdão que possui a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL . CRIME DE CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Especial 964.246/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, data de julgamento: 10/11/2016, Tribunal Pleno, DJE 25/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 01/11/2018.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**, Voto do Ministro Luis Roberto Barroso, p. 7, data de julgamento 17/02/2016, Tribunal Pleno, DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 04/11/2018.

SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. NULIDADES PROCESSUAIS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. CONDENAÇÃO EXARADA POR FORO ESPECIAL EM DECORRÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A execução provisória da pena imposta em condenação nas instâncias ordinárias, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016.

2. A execução provisória é juridicamente possível quando a condenação, em virtude de competência especial por prerrogativa de foro, decorrer de decisão única exarada pelo órgão colegiado competente, uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º,

"h"), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária.

3. In casu, o recorrente, juiz de direito, foi condenado, em única instância, pelo Tribunal de Justiça local em virtude da prática de diversos crimes de concussão (cento e setenta vezes), condutas tipificadas no artigo 316 do Código Penal, à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

5. Agravo regimental desprovido.⁴⁵

Entretanto, levando-se em consideração a recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância e toda a polêmica que envolve o caso, estando pendente de julgamento as ADC's 43 e 44, é possível que o Supremo Tribunal Federal mude novamente seu entendimento, e que, assim, tal entendimento também seja aplicado aos réus que possuem o foro por prerrogativa de função.

3.2 Ativismo judicial ou mutação constitucional? O que levou o Supremo Tribunal Federal a restringir a aplicação do instituto

O fenômeno da mutação constitucional ocorre quando o entendimento da norma constitucional é alterado, sem que a Constituição seja alterada formalmente, sem alteração em seu texto, ou seja, existe uma nova interpretação para o texto constitucional, devido à uma nova visão jurídica

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 140.213/SP**, Relator: Ministro Luiz Fux, data de julgamento: 02/06/2017, Primeira Turma, DJE 16/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312010319&ext=.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.

predominante na sociedade ou devido à evolução da situação fática predominante.⁴⁶

Já por ativismo judicial

deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁴⁷

Como ressalta Saul Tourinho Leal, atualmente tem se falado em ativismo judicial de forma pejorativa, em tom de crítica, por entender-se que o Poder Judiciário extrapola suas funções e tem usurpado a competência do Poder Legislativo.⁴⁸

Sendo assim, questiona-se, quais razões levaram o Supremo Tribunal Federal a restringirem a aplicação do foro por prerrogativa de função?

Ambos os entendimentos se mostram possíveis na situação em tela.

Pode se entender a ocorrência da mutação constitucional uma vez que não houve mudança no texto constitucional, mas sim na situação de fato da sociedade brasileira, onde, os réus que possuem a prerrogativa de serem julgados originariamente pelos Tribunais tentam, por diversas vezes, manipular a jurisdição brasileira, como no caso da Ação Penal 937, onde o processo tramitou por diferentes Tribunais e diferentes instâncias.

Por outro lado, também é possível visualizar a hipótese de ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, ao tentar restringir a aplicação do foro por prerrogativa de função. Isso porque o texto

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015. – (Série IDP), p.134.

⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. / Elival da Silva Ramos. – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

⁴⁸ LEAL, Saul Tourinho. **ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2008, p. 11. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%C3%A7%C3%A3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12/11/2018.

constitucional é expresso ao conceder a prerrogativa, sem limitar a questão de o crime haver sido praticado em função ou durante o cargo, assim como não limitou um período para que o réu perdesse a prerrogativa.

Ressalta-se, ainda, que o foro por prerrogativa de função é alvo de severas críticas por grande parte da sociedade, principalmente após o início da operação "Lava Jato". Por isso, foi de autoria do Senador Álvaro Dias a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 333, que possuía como objetivo alterar os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revogar o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.⁴⁹

Ademais, a PEC tinha como objetivos específicos restringir os casos existentes do foro por prerrogativa de função, assim como prevenir futuros casos que pudessem ser criados pelas Constituições Estaduais, como é o caso do art. 125, §1º da Constituição Federal.⁵⁰

A PEC tramitou perante o Congresso Nacional concomitantemente com o julgamento da Ação Penal 937 no Supremo Tribunal Federal, porém, perdeu força após a decisão proferida pelo Tribunal, assim como devido ao período das eleições, onde houve a abertura da janela partidária e, por isso os partidos não indicaram seus representantes para compor a comissão especial criada pelo Deputado Rodrigo Maia, Presidente da Câmara. Além disso, a Intervenção Federal decretada no Estado do Rio de Janeiro pelo Presidente Michel Temer impediria que a PEC fosse aprovada e virasse Emenda Constitucional, conforme dispõe o art. 60, §1º da Constituição Federal.

Ademais, a PEC 333 foi aprovada pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados um dia antes de o Supremo Tribunal Federal tomar a decisão final na Questão de Ordem na Ação Penal 937. Este pode ser mais um indício da prática de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, eis que decidiu, mediante Questão

⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda a Constituição n. 333/2017**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1566703&filenome=PEC+333/2017. Acesso em: 15/11/2018.

⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório e voto do Relator da Proposta de Emenda a Constituição na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1624056&filenome=PRL+2+CCJC+%3D%3E+PEC+333/2017. Acesso em: 15/11/2018.

de Ordem, a respeito de um tema que já tramitava perante o Congresso Nacional, tema este que já fora aprovado pelo Senado Federal e estava pautado para votação na CCJ da Câmara dos Deputados.

As críticas feitas pela sociedade ao instituto dizem respeito à sensação de impunidade dos crimes praticados pelas autoridades que possuem a prerrogativa, assim como pela violação ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que determina que todos são iguais perante a lei. Se a própria Constituição Federal prevê igualdade entre todos os cidadãos, não se justificaria, em tese, que determinadas pessoas fossem julgadas por órgãos jurisdicionais distintos do que os cidadãos "comuns".

3.3 O futuro do Foro por Prerrogativa de Função

Após os recentes acontecimentos e a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, além do objetivo da PEC 333, ao que tudo indica, o Foro por Prerrogativa de Função vai ser reduzido drasticamente, na esteira de outros ordenamentos jurídicos pelo mundo.

À despeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem manter o foro por prerrogativa de função de desembargadores, sob o fundamento de que, mesmo o crime não possuindo relação com a função exercida pelos réus, estes não podem ser julgados por um magistrado de inferior hierarquia, o que poderia violar a imparcialidade do julgamento. Segundo entendeu o Ministro Benedito Gonçalves:

em se tratando de acusado e de julgador, ambos, membros da magistratura nacional, pode-se afirmar que a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.⁵¹

⁵¹ **Corte Especial: desembargador não poderá ser julgado por juiz vinculado ao mesmo tribunal.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%A7%C3%A3o

A decisão tomada pela Corte Especial na Questão de Ordem na Ação Penal 878 teve sentido contrário do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937 e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que havia restringido o foro dos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Governadores, no Agravo Regimental na Ação Penal 866/DF e nas Ações Penais 856/DF e 857/DF.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não possui efeito vinculante, e, portanto, outros entendimentos podem prevalecer pelos Tribunais do país, como foi o caso da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, algumas autoridades ainda estarão submetidas ao julgamento originário pelos Tribunais e, portanto, à prisão após o único julgamento da causa e a impossibilidade de interposição de um recurso com efeito suspensivo, tal qual é a apelação.

A falta desse recurso é extremamente prejudicial ao réu. Primeiro porque este, caso condenado, poderá ser preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda em julgamento pelo primeiro grau de jurisdição, que no caso, será um Tribunal. Além disso, há a impossibilidade de ter sua decisão reanalisada por inteiro por um órgão superior. Por mais que existam requisitos para o ingresso dos magistrados nos Tribunais, além da presunção de experiência dos mesmos, todos estão sujeitos a cometerem erros e, impedindo-se a revisão desses erros, a possibilidade de se condenar um réu inocente é muito maior.

No julgamento do RHC n. 79.785/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a questão era justamente esta. A recorrente fora condenada originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Da condenação, interpôs recurso inominado "com força de apelação" para o Superior Tribunal de Justiça. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Órgão Especial indeferiu liminarmente o recurso. Após isso, impetrou Habeas Corpus para o Superior Tribunal de Justiça, que também fora indeferido liminarmente pelo Ministro Fernando Gonçalves, relator do caso. Interposto Agravo Regimental, este fora improvido. Então, interpôs Recurso Ordinário em Habeas Corpus para o Supremo Tribunal Federal.

3%ADcias/Corte-Especial:-desembargador-n%C3%A3o-poder%C3%A1-ser-julgado-por-juiz-vinculado-ao-mesmo-tribunal. Acesso em: 21/11/2018.

Não se nega que o Pacto de San José da Costa Rica possua caráter infraconstitucional. Entretanto, estamos aqui a tratar de um dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, qual seja, a liberdade.

Dessa forma, entende-se razoável a possibilidade de interposição de um recurso similar ao recurso de apelação para um órgão superior, com a finalidade de conceder ao réu o princípio da ampla defesa, possibilitando que sua sentença seja revista, para que a decisão definitiva se aproxime ao máximo da verdade real.

Além disso, não se trata de um direito somente do réu, mas sim de toda a sociedade, uma vez que os erros podem acontecer para ambos os lados, de forma que possíveis culpados poderiam ser absolvidos e, assim, restariam impunes dos delitos que cometeram.

Em um estudo publicado pela ConJur, se demonstrou que, no Superior Tribunal de Justiça, de janeiro de 2009 a agosto de 2016, o Tribunal julgou 82,5 mil Recursos Especiais e Recursos Especiais com Agravo em matéria penal e, desses 82,5 mil, em 10% dos casos as decisões foram favoráveis aos réus. Ou seja, 8,25 mil réus foram beneficiados pela revisão de decisões previamente proferidas.⁵²

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter restringido a aplicação do foro por prerrogativa de função, e enquanto estiver tramitando a PEC 333, que, caso aprovada, irá restringi-lo mais ainda, ainda há um grande número de pessoas que estão sujeitas à prerrogativa e que, portanto, não estão submetidas ao sistema recursal previsto na legislação brasileira.

Este, inclusive, foi um dos fundamentos adotados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto na Questão de Ordem na Ação Penal 937, onde o Ministro afirmou que mesmo possuindo caráter infraconstitucional, tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos garantem ao réu a possibilidade de recorrer da sentença para um órgão superior, e a necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico brasileiro com os tratados

⁵² CANÁRIO, Pedro. **Em sete anos, 10% de todas as decisões criminais do STJ foram a favor do réu.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/sete-anos-10-todas-decisoes-stj-foram-favor-reu>. Acesso em: 18/11/2018.

internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como ampliar ao máximo a garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal.⁵³

Poderia ser implantado, por exemplo, nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, assim como no STJ, após o julgamento por uma das Turmas ou Câmaras de cada Tribunal, o recurso com caráter de apelação para seu Órgão ou Corte Especial. Da mesma forma, no Supremo Tribunal Federal, após o julgamento por uma das duas Turmas, a interposição do referido recurso para o Tribunal Pleno.

Dessa forma, nos casos remanescentes na jurisdição especial, os réus ainda teriam a possibilidade de terem suas decisões revistas e reformadas ou, ao menos, a real confirmação de suas condenações antes que comessem a cumprir a pena a eles imposta.

CONCLUSÃO

Como foi explanado acima, o foro por prerrogativa de função existente no ordenamento jurídico brasileiro é diferente de outros países do mundo. Aqui, o número de autoridades que possuem a prerrogativa é infinitamente maior do que na maioria dos ordenamentos estudados. A prerrogativa, pensada para proteger a função pública exercida pelo réu, foi banalizada, tendo se estendido para muitas autoridades, o que prejudica o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Os Tribunais, quaisquer que sejam, não foram pensados para instruir processos e funcionarem como primeira instância, mas sim, como órgãos revisores de decisões judiciais proferidas por juízes de 1º grau, estes sim, habituados e especializados na instrução e julgamentos originários de ações penais.

O Foro por Prerrogativa de Função se tornou problemático, tanto para a sociedade quanto para os réus. A sociedade se sente impotente, devido à demora na prestação jurisdicional, além da ocorrência da prescrição em parte dos casos.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, pp. 32-33. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 19/11/2018.

Para os réus, o que era uma garantia se tornou um fardo, fardo esse maior ainda do que responder a um processo criminal. A impossibilidade de revisão das decisões proferidas, assim como a possibilidade de prisão após o julgamento único pelos Tribunais é extremamente desfavorável. E esta pode ter sido a razão pela qual o instituto se banalizou. O prejuízo se tornou tão grande que as autoridades tentam manipular a jurisdição brasileira, como foi o caso da Ação Penal 937, assim como em outras ações penais, onde os réus renunciavam aos mandatos, às vésperas do julgamento, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, para que possam voltar à primeira instância e, assim percorrer um caminho mais longo até uma decisão final.

Além do mais, o intuito inicial do instituto restou esvaziado, a proteção da função pública exercida pelo réu. Isso ocorre pois, na tentativa de manipular a jurisdição, por muitas vezes o réu, investido de um cargo político, renuncia ao cargo, de modo que a função não será mais exercida por ele.

Dessa forma, mesmo não estando previsto expressamente na Constituição Federal, tem-se que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que garantem aos réus o direito ao duplo grau de jurisdição, que não é garantido às autoridades que possuem o Foro por Prerrogativa de Função. O próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamentos aqui citados, como o HC 140.213/SP, onde, na própria ementa do acórdão, ficou ressaltado que "o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8º, § 2º, "h"), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária."⁵⁴

Além disso, é possível entender que a prerrogativa viola o princípio da igualdade, de modo que submete determinadas pessoas, em razão da função pública por elas ocupadas, à julgamentos diferenciados, restringindo parte de seus direitos e garantias.

Por fim, ressalta-se o entendimento de que a restrição e quiçá a extinção do instituto são benéficas para os réus e para a sociedade. Primeiramente porque o processo será julgado originariamente por juízes experientes e acostumados com a instrução dos processos, realização de audiências, análise de provas, diferentemente dos membros dos Tribunais e,

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 140.213/SP**, Relator: Ministro Luiz Fux, data de julgamento: 02/06/2017, Primeira Turma, DJE 16/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312010319&ext=.pdf>. Acesso em: 19/11/2018.

principalmente, dos Tribunais Superiores. Ademais, com a possibilidade de recurso das decisões, diminuem as chances de que ocorram injustiças, para ambos os lados. Outrossim, é nítido o prejuízo para os réus, levando-se em consideração que estes tentam manipular a jurisdição do país. Por fim, restaria privilegiado o princípio da igualdade, garantindo assim um julgamento justo e igualitário à todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. p. 10. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077263.pdf>. Acesso em: 25/03/2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda a Constituição n. 333/2017**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1566703&filename=PEC+333/2017. Acesso em: 15/11/2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório e voto do Relator da Proposta de Emenda a Constituição na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1624056&filename=PRL+2+CCJC+%3D%3E+PEC+333/2017. Acesso em: 15/11/2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 28/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 28/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 28/03/2018.

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: 28/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 28/03/2018.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02/04/2018.

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: 22/03/2018.

BRASIL. **Decreto n. 592/92 de 6 de julho de 1992, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10/10/2018.

BRASIL. **Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, Pacto de San José da Costa Rica,** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10/10/2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20/03/2018

BRASIL. **Lei n. 8.038/90.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm. Acesso em: 16/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Especial 964.246/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, data de julgamento: 10/11/2016, Tribunal Pleno, DJE 25/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 01/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, data de julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 28/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**, Voto do Ministro Luis Roberto Barroso, p. 7, data de julgamento 17/02/2016, Tribunal Pleno, DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 04/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 140.213/SP**, Relator: Ministro Luiz Fux, data de julgamento: 02/06/2017, Primeira Turma, DJE 16/06/2017. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312010319&ext=.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 315/DF**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 25. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/AP_315_DF_1278843741633.pdf?Signature=tw%2FgVE8VxfPsMohXht%2F02s41gIA%3D&Expires=1542858421&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5674a8b0dc4d7cc03995807e1094c143. Acesso em: 30/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ**, Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>. Acesso em: 17/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 79.785/RJ**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 29/03/2000, Tribunal Pleno, DJE 22/11/2002. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_79785_RJ_29.03.2000.pdf?Signature=wmhOyMiIPZVntiNAW6HbR6W5AtE%3D&Expires=1541383625&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=617d57319e497091df61dc0acced12cb. Acesso em: 11/10/2018.

CANÁRIO. Pedro. **Em sete anos, 10% de todas as decisões criminais do STJ foram a favor do réu.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/sete-anos-10-todas-decisoes-stj-foram-favor-reu>. Acesso em: 18/11/2018.

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, p. 13 (Texto para Discussão no 233). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 29/05/2018.

Corte Especial: desembargador não poderá ser julgado por juiz vinculado ao mesmo tribunal. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-Especial:-desembargador-n%C3%A3o-poder%C3%A1-ser-julgado-por-juiz-vinculado-ao-mesmo-tribunal. Acesso em: 21/11/2018.

ESPAÑA. **Constitución Española.** Disponível em http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em 05/06/2018.

FILHO, Newton Tavares. **Foro por prerrogativa de função no Direito Comparado.** Brasília. Outubro/2015. Disponível em http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2015_21981_foro-por-prerrogativa-de-funcao-no-direito-comparado_newton-tavares. Acesso em 05/06/2018.

LEAL, Saul Tourinho. **ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Dissertação de Mestrado apresentada no programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2008, p. 11. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%C3%A7%C3%A3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12/11/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES PRAÇA, José Joaquim. **Direito Constitucional Portuguez**. Coimbra: Coimbra, 1997, vol. II, p. 347, apud BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. p. 86. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077263.pdf>. Acesso em: 25/03/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015. – (Série IDP).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10/06/2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. / Elival da Silva Ramos. – 1. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade – Foro Privilegiado, República e Interpretação Constitucional**. Jota, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>. Acesso em: 25/09/2018.

STREK, Lenio L. e MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 102, I, b. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina.