

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: MECANISMO ESSENCIAL DE GARANTIA DE GOVERNABILIDADE OU PRIVILÉGIO ATENTATÓRIO AO IDEAL REPUBLICANO?

Hugo Pereira Matos¹

Maurício Gentil Monteiro²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do foro especial por prerrogativa de função desde o seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro até o modelo atual, com fundamento na Constituição Federal de 1988. Para tanto, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica e estudo de caso, com o escopo de traçar um panorama entre a sua colaboração como mecanismo de garantia de governabilidade, em contraposição, a sua concessão como uma forma de privilégio atentatório ao ideal republicano. Dessa forma, busca-se cotejar a atual interpretação da prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, sob o ângulo da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, que modificou a aplicação do instituto, restringindo-o apenas aos crimes cometidos durante o exercício funcional, e em razão da função exercida. Delimitando também, o fim da instrução processual como um marco para a prorrogação de competência. Como conclusão, nada obstante o papel do foro especial por prerrogativa de função como meio garantidor do livre exercício do cargo público, preconizado pela Constituição de 1988, pontua-se a exorbitância do rol de detentores, gerando reflexos negativos para o Supremo, em razão de fatores como a prescrição e a impunidade, o que dificulta a efetiva responsabilização desses agentes, tornando indispensável a sua redução em respeito ao ideal republicano.

Palavras-chave: Direito constitucional. Foro especial por prerrogativa de função. Princípio republicano. Supremo Tribunal Federal. Mutação constitucional.

SPECIAL COURT FOR FUNCTION PREROGATIVE: AN ESSENTIAL MECHANISM FOR GUARANTEEING GOVERNABILITY OR A PRIVILEGE AGAINST THE REPUBLICAN IDEAL?

Abstract

The objective of this study is to analyze the institute of the special jurisdiction for function prerogative from its emergence in the Brazilian legal system to the current model, based on the Federal Constitution of 1988. Therefore, bibliography review and case study were used as methodology with the scope of drawing a panorama between its collaboration as a mechanism to ensure governability, in contrast with its use as a form of privilege far from the republican ideal. Thus, it is sought to compare the current interpretation of the

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (2018); Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); E-mail: hugopmatos@gmail.com.

² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1997); Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento: Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2001); Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018).

function prerogative of special jurisdiction before the Brazil's Supreme Court, under the Question of Order raised in Criminal Action nº 937, which modified the application of the institute, restricting it only to crimes committed during the public service, and because of the function performed. As a conclusion, however, the role of the special jurisdiction as a means of guaranteeing the free exercise of public office, as recommended by the 1988 Constitution, points out that the role of the holders is exorbitant, bringing negative repercussions for the Supreme Court, due to factors such as prescription and impunity, which makes it impossible to effectively hold public officials accountable, making it indispensable to reduce them, respecting the republican ideal.

Keywords: Constitutional law. Special court for function prerogative. Republican principle. Brazil's Supreme Court. Constitutional mutation.

INTRODUÇÃO

O foro especial por prerrogativa de função é o instituto que garante a determinadas autoridades públicas, processo e julgamento penal perante uma instância específica e diferente do juízo natural. Sua origem no ordenamento jurídico brasileiro remonta à Constituição Imperial de 1824, perpassando por todas as seguintes até alcançar uma maior amplitude com a Constituição Federal de 1988, que concedeu a um vasto rol de autoridades a prerrogativa de foro.

Assim, busca-se também cotejar os efeitos dos entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange a adesão de interpretações acerca do tema no decorrer da história, até o atual posicionamento aderido a partir da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 que nitidamente rompeu com um paradigma anteriormente estabelecido pela própria Corte no que tange ao processo e julgamento de autoridades públicas.

Para tanto, tem-se como objetivo geral a análise do foro especial por prerrogativa de função sob duas óticas. Primeiro, como mecanismo essencial de garantia de governabilidade assegurado constitucionalmente a alguns agentes públicos em virtude da relevância da atividade que exerce. Segundo, como privilégio atentatório ao ideal republicano, sob o crivo dos princípios que regem a república, como a igualdade, o juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

No desenvolvimento desse artigo, apresenta-se inicialmente uma abordagem histórica do instituto no constitucionalismo brasileiro, analisando assim o rol de autoridades com prerrogativa de foro desde a Carta Imperial de 1824 até a atual Constituição de 1988, destacando os seus principais aspectos.

A partir de então, faz referência ao foro especial por prerrogativa de função como mecanismo essencial de garantia de governabilidade, trazendo diferentes posicionamentos acerca do tema, sob a ótica da doutrina e jurisprudência, assim como a sua importância como meio garantidor do livre exercício funcional diante da relevância do cargo ocupado frente à sociedade.

Seguidamente, analisa-se a prerrogativa de foro como privilégio atentatório ao ideal republicano, onde se pontuam as posições contrárias ao instituto seguindo os ditames do princípio republicano e da igualdade. Faz-se referência ainda à Proposta de Emenda a Constituição (PEC) nº10/2013, que visa findar com o foro especial por prerrogativa de função em algumas hipóteses.

Por último, aduz sobre o mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do foro especial por prerrogativa de função, analisando a Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, que trouxe uma nova interpretação acerca dos dispositivos constitucionais que versam sobre o tema.

1. O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Carta Imperial de 1824 atribuía exclusivamente ao Senado a competência para o processar os delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, Ministros e Conselheiros de Estado, Deputados e Senadores durante as suas legislaturas. Nesse período, por ainda vigor o princípio monárquico, o Imperador gozava de privilégios singulares, sendo considerados isentos de julgamento os crimes que viesse a cometer (BRASIL, 1824).

De acordo com o art. 99, da Carta de 1824, a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, logo, a ele não era imputada responsabilidade alguma. Nada obstante, o art. 179, XVII, da mesma Constituição, aduz: “a exceção das causas, que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas civeis, ou crimes” (BRASIL, 1824).

A Constituição de 1891, marco da instauração da República no Brasil, não proporcionava ao Presidente as inviolabilidades garantidas ao Imperador na Carta anterior. Nesta, os crimes comuns cometidos pelo Chefe do Executivo seriam submetidos a processo e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, após declaração de

procedência da acusação pela Câmara dos Deputados. Os crimes de responsabilidade ficavam sob o crivo do Senado Federal, consoante preceitua o seu art. 53 (BRASIL, 1891).

O STF também julgava os Ministros de Estado pelos crimes comuns e de responsabilidade, e nos conexos com os do Presidente da República pelo órgão competente para o julgamento deste. Era-lhe atribuído também, o processo e julgamento dos Ministros Diplomáticos pelos crimes comuns e de responsabilidade, de acordo com art. 59, I, “a” e “b” (BRASIL, 1891).

A partir de 1934, com a inauguração de um novo modelo constitucional, ampliou-se também o rol de autoridades com prerrogativa de foro, incluindo a competência do STF para julgar os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os juízes dos Tribunais Federais e os juízes das Cortes de Apelação dos Estados e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e de responsabilidade, conforme aduz o art. 76, I, “b”, da mesma Carta (BRASIL, 1934).

Os crimes comuns cometidos pelo Presidente da República eram julgados perante o STF, enquanto os crimes de responsabilidade ficavam sob o crivo de um Tribunal Especial misto, composto por Ministros do STF, Deputados e Senadores (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, em seu art. 86, modificou a competência para processo e julgamento do Presidente da República, consoante que, a acusação só teria procedência depois de declarada por dois terços dos votos da Câmara dos Deputados, sendo posteriormente submetido ao Conselho Federal (BRASIL, 1937).

Os Ministros de Estado eram processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, quando do cometimento de crime comum ou de responsabilidade. Nos casos das infrações cometidas em conexão com o Presidente, o órgão responsável pelo processo e julgamento era o Conselho Federal, consoante aduz o seu art. 89, § 2º (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1937, em seu art. 103, “e”, também inaugurou a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios para processar e julgar os crimes comuns e de responsabilidade cometidos por juízes de primeira instância (BRASIL, 1937).

O STF ficava incumbido de processar e julgar os crimes comuns dos seus Ministros, e os crimes comuns e de responsabilidade praticados pelo Procurador-Geral da

República, pelos Magistrados dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Embaixadores, Ministros Diplomáticos e Ministros dos Tribunais de Contas, de acordo com o art. 101, I, “a” e “b”, da mesma (BRASIL, 1937).

Em 1946, uma nova Constituição devolveu ao Senado a atribuição de julgar o Presidente da República pelos crimes de responsabilidade, depois de admitida a acusação pela Câmara dos Deputados. Bem como, os Ministros de Estado nos crimes conexos aos do Presidente. Era competente também, pelo processo e julgamento dos Ministros do STF e do Procurador-Geral da República pelos crimes de responsabilidade, assim aduz o art. 62, I e II (BRASIL, 1946).

Os crimes comuns praticados pelo Presidente eram apreciados pelo STF, desde que a Câmara dos Deputados deliberasse com maioria absoluta dos votos pelo acolhimento da acusação. O mesmo Tribunal, também julgava os crimes comuns praticados pelos próprios Ministros e pelo Procurador-Geral da República, além dos crimes comuns e de responsabilidade dos Juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dos Ministros do Tribunal de Contas e dos Chefes de missão diplomática, conforme o art. 101, 1, “a”, “b” e “c” (BRASIL, 1946).

A Constituição Federal de 1967 inovou no que tange ao quórum para a aceitação das acusações de crime comum cometido pelo Presidente da República, perante a Câmara dos Deputados, que passou de maioria absoluta para dois terços. Somente após esse trâmite o processo poderia ser apreciado pelo STF, de acordo com o seu art. 85 (BRASIL, 1967).

Da mesma forma, ficava sob a responsabilidade do STF o julgamento dos crimes comuns praticados pelos seus próprios Ministros e pelo Procurador-Geral da República, conforme prevê o art. 114, I, “a”. Os crimes comuns e de responsabilidade cometidos por Juízes Federais, Juízes do Trabalho e membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, Ministros dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, além dos Chefes de missão diplomática em caráter permanente, de acordo com o art. 114, I, “b” (BRASIL, 1967).

O art. 136, § 3º, da Constituição de 1967, trazia a competência privativa dos Tribunais de Justiça Estaduais para processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada, bem como, os juízes de instância inferior, nos crimes comuns e nos de responsabilidade,

ressalvando a competência da Justiça Eleitoral para processo e julgamento dos crimes eleitorais (BRASIL, 1967).

Em 1969 com a iminência da Emenda Constitucional nº1, houve a modificação de alguns artigos da Constituição de 1967, dentre eles o art. 32, §2º, que versava sobre a competência do STF para julgar crimes comuns praticados por Deputados e Senadores. Nessa época não houve nenhum debate, tampouco justificações acerca dessa alteração no texto constitucional, consoante que foi editada na vigência do Ato Institucional nº 5, período em que o Congresso Nacional se encontrava fechado (BRASIL, 1969).

1.1 ASPECTOS OBSERVADOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA (CRFB) DE 1988

A Constituição Federal de 1988, marco da redemocratização no Brasil, foi a que mais abrangueu o foro especial por prerrogativa de função, ampliando o rol dos agentes públicos com garantia em razão da função exercida.

Em seu art. 53, confere aos parlamentares desde a diplomação a prerrogativa de serem processados e julgados perante o Supremo Tribunal Federal. Não obstante, é importante destacar que o foro especial por prerrogativa de função não é atributo inerente tão somente aos membros do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Ao delinear a competência do STF, determinou que o Presidente e Vice-Presidente da República, o Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, também possuem foro especial por prerrogativa de função, de acordo com o art. 102, I, “b” e “c”, da CRFB (BRASIL, 1988).

Destaca-se também a competência do Superior Tribunal de Justiça para o processo e julgamento dos crimes comuns praticados por Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Bem como, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, e os representantes do Ministério Público da União, conforme preceitua o art. 105, I, “a”, da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988).

Além disso, delineou-se também a competência dos Tribunais Regionais Federais, para o processo e julgamento dos crimes comuns e de responsabilidade cometidos por Juízes Federais, membros da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho na área de sua jurisdição. Inclui também, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, de acordo com o art. 108, I, “a” (BRASIL, 1988).

Em consonância com a CRFB de 1988, o Código de Processo Penal institui a fixação de competência em razão da prerrogativa de função, nos arts. 69, VII e 84, atribuindo-a ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante os mesmos por crimes comuns ou de responsabilidade, conforme os ditames legais (BRASIL, 1941).

No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o foro especial por prerrogativa de função deve seguir o que preceitua a Constituição Federal e a Constituição Estadual, e no caso do DF, a sua Lei Orgânica. Em respeito ao princípio da simetria, as duas últimas devem seguir o modelo imposto pela Lei Maior, no que tange às normas de reprodução obrigatória. Nesse sentido, Emerson Garcia entende que:

As normas de reprodução obrigatória, além de atuarem como fatores de limitação, também operacionalizam o princípio da simetria, de modo que as Constituições Estaduais (art. 25, caput) e as Leis Orgânicas Municipais (art. 29, caput) apresentem similitude com o paradigma federal. Ressalte-se, no entanto, que somente a primeira delas pode incursionar no âmbito da competência jurisdicional, mais especificamente naquela afeta aos Tribunais de Justiça, já que, no modelo brasileiro, os entes federativos municipais não contam com um Poder Judiciário ou mesmo com instituições autônomas essenciais à função jurisdicional, que são o Ministério Público e a Defensoria Pública (GARCIA, 2017, p.12).

Em seu art. 96, III, a CRFB de 1988, atribui aos Tribunais de Justiça o julgamento dos Juízes Estaduais e do Distrito Federal, assim como, os Membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Da mesma forma, o art. 29, X, da CRFB, atribuiu aos Tribunais de Justiça o julgamento dos crimes praticados por Prefeitos Municipais (BRASIL, 1988).

De acordo com Pacelli (2015), por mais que a Carta Magna não tenha definido nenhum foro privativo para os Deputados Estaduais, as Constituições dos Estados são autorizadas a lhes reservar o mesmo tratamento dado aos Deputados Federais e Senadores, em razão do sistema constitucional de simetria na abordagem das funções

relevantes ao Poder Público, devendo os mesmos ser julgados pelos respectivos Tribunais de Justiça.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que as Constituições Estaduais não podem conferir competência originária aos Tribunais de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que, os mesmos não gozam da mesma prerrogativa dos servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal.

Nesse sentido, Tourinho (2015) faz referência à concepção supracitada, delineando que as Constituições locais não podem conferir foro especial a quem bem quiser e entender, mas necessariamente àquelas pessoas que exercem funções simetrizadas às que a Constituição Federal confere essa garantia. Assim, excetuando os casos de foro especial previstos expressamente na Carta Magna e situação similar nas Constituições Estaduais, será considerada inconstitucional a ampliação do rol para outras autoridades.

No ano de 2002, houve uma alteração legislativa no que tange ao tema. A Lei nº 10.628 modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo a prorrogação da prerrogativa de foro, a atos administrativos do agente, incluindo os atos de improbidade, ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício funcional.

Nada obstante, em 2005 o STF por maioria, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 e nº 2.860, em face da Lei nº 10.628, considerando implausível a continuação do foro especial após a cessação do mandato eletivo, o que contraria diretamente a CRFB de 1988. Tal como, a inadmissão de interpretação autêntica da Lei Maior por meio de lei ordinária, configurando assim, usurpação de competência do STF.

2. O FORO ESPECIAL COMO MECANISMO ESSENCIAL DE GARANTIA DE GOVERNABILIDADE

O foro especial por prerrogativa de função, não se trata de um privilégio inerente à pessoa que ocupa determinado cargo ou função pública. Logo, conforme entendimento

doutrinário e jurisprudencial, não existiria evidente violação ao princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, da CRFB de 1988.

Contudo, faz-se necessário entender que tal instituto é nítida exceção ao princípio supracitado, posto que, estabelece regras de processo e julgamento distintas em razão da função exercida, sendo considerada uma garantia estritamente relacionada ao cargo, conforme pode ser observado através do entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

Essa excepcionalidade do foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da Constituição Federal, como o da isonomia e o do juiz natural, possui uma razão de ser própria, específica, justificável, que transmuda sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra, para prerrogativa essencial ao bom exercício da função. Por tal motivo, em uma Constituição Federal que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, as hipóteses de prerrogativa de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, devem ser interpretadas restritivamente (LIMA, 2016, p. 636).

O Ministro do STF Victor Nunes Leal, no mesmo sentido, infere que o legislador presumiu que os Tribunais de maior categoria possuem maior isenção para julgar os que ocupam determinadas funções públicas, posto a sua capacidade de resistência, seja pela influência do acusado, seja pelas influências que possam vir atuar contra ele. A presunção de independência do Tribunal de hierarquia superior é uma garantia bilateral, ou seja, contra e a favor do acusado.

De acordo com Galvão (2017) os que executam atividades governamentais possuem grandes responsabilidades e constantemente precisam tomar relevantes decisões. Com isso, estão amplamente sujeitos ao juízo popular, o que dificultaria fortemente o desempenho do seu trabalho caso fossem julgados por juízes de primeira instância, que estariam supostamente mais expostos a pressões de lideranças regionais.

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, caput, estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Sendo, como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com aquela igualdade? Obviamente não. Não se trata de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores (TOURINHO, 2007, p.136).

Por esse ângulo, o foro especial é tido como um instrumento que visa garantir a imparcialidade dos órgãos do Poder Judiciário, buscando evitar que as decisões dele emanadas, sejam motivadas por conflitos de natureza política ou até mesmo por tensões locais.

Pacelli (2015) entende que a adoção do julgamento em órgãos colegiados do Poder Judiciário, se deu por estes se encontrarem mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que repetidamente ocorrem, e em alerta também à capacitação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores da mais ampla experiência jurídica.

Para Galvão (2017), o julgamento realizado pelo STF traz benefícios institucionais significantes, como por exemplo, o afastamento de argumentos contrários acerca da condenação, supondo que a mesma possa ter sido fruto de perseguição política advinda de algum magistrado. Outro ponto favorável é o de que as decisões proferidas pelo STF são insuscetíveis de recursos, de modo que, desde que condenado, o político passa a cumprir a pena imediatamente. A condenação por um órgão colegiado, ainda, torna o agente inelegível por oito anos após o cumprimento da pena, nos termos do art. 1º, I, “e”, da Lei 135/2010, o que não acontece nos juízos monocráticos, posto que, as decisões destes, não possuem o condão de impedir a candidatura para cargos políticos.

De acordo com Mendes e Branco (2018), a prerrogativa de foro é instituída tendo em vista o interesse público do regular exercício do cargo. Por conseguinte, o titular do direito não senhoreia a faculdade de renunciar ao foro especial para ter julgamento perante órgão inferior, consoante que, trata-se de uma condição objetiva para processo e julgamento dos delitos que, por via de regra, sejam atribuídos ao exercente de cargo que receba predicamento especial de foro.

Outro ponto favorável à defesa do foro especial por prerrogativa de função é o fato de tratar-se de um mecanismo jurídico que permite a punição dos agentes públicos de forma mais célere e eficiente. Como emitiu a Organização Não Governamental (ONG) Transparência Brasil, por meio de nota:

Não havendo privilégio de foro, os processos contra esses políticos correrão na primeira instância, seja nas Justiças estaduais, seja na Justiça Federal. Se condenados, recorrerão aos tribunais de Justiça ou aos tribunais federais. Se os recursos forem negados, recorrerão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Em outras palavras, se os processos nos tribunais superiores já demoram anos e anos para se concluírem levá-los para a primeira

instância fará aumentar ainda mais esse tempo (Nota da ONG Transparência Brasil apud TAVARES, 2016).

Reale Júnior (2017) compreende o constituinte quanto ao estabelecimento do foro especial por prerrogativa de função, mas pontua que a dimensão dos crimes praticados por Deputados e Senadores tem levado o Supremo Tribunal Federal a ter atuação semelhante ao de uma vara criminal. Entretanto, entende que não é necessário que se ponha fim a essa espécie de foro, posto que, essa medida não é a mais apta para solucionar o problema, pois a possibilidade de interposição de apelações no juízo inferior mudaria apenas de endereço os problemas existentes atualmente no STF.

Observa-se que, se os processos contra os detentores do foro especial por prerrogativa de função passarem a tramitar em primeira instância haverá a possibilidade de interposição de mútuos recursos, transformando-o em um meio de protelação por parte da defesa dos réus. Partindo do pressuposto de que os processos nas instâncias superiores podem levar anos até serem julgados, os mesmos em juízos de primeiro grau tramitariam por mais tempo ainda, até que fosse prolatada uma decisão final em última instância.

3. A CONCESSÃO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO PRIVILÉGIO ATENTATÓRIO AO IDEAL REPUBLICANO

Nos últimos anos são inúmeras as discussões acerca da real necessidade do foro especial por prerrogativa de função como regra para o processo e julgamento de determinadas autoridades públicas. A atual conjuntura do instituto seria uma nítida violação aos princípios da igualdade e da república, no que tange essencialmente à concessão da benesse a um vasto rol de autoridades.

A CRFB de 1988, em seu art. 5º, caput, consagrou o princípio da igualdade. Tal princípio aduz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em seu sentido formal traz a vedação às discriminações arbitrárias, bem como, a todos os tipos de privilégios, conforme exposto a seguir:

A igualdade, considerando-se a sua dinamicidade, tem de atentar para o anseio da sociedade brasileira quanto à existência de foros privilegiados para os titulares do poder, porque, se mantido o sistema de forma como estruturado, está a se prestar um desserviço ao princípio republicano da responsabilidade (DONIZETTI; GARBIN; OLIVEIRA, 2014, p. 100).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que:

A igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não se admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa (SILVA, 2018, p. 213).

A isonomia trata-se do fundamento basilar do ideal republicano presente no art. 1º, caput, da Constituição de 1988. Uma república deve garantir a igualdade entre os cidadãos, assim como, a sujeição às mesmas normas. Além disso, possui como uma das suas dimensões mais relevantes, a possibilidade de responsabilização dos seus agentes públicos.

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 (SARMENTO, 2014).

De acordo com Lewandowski (2005), o núcleo republicano existente na CRFB de 1988, é decorrente de um sentimento de aversão ao regime de exceção típico dos governos militares, bem como, de repulsa ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social, sintetizando um plano de desenvolvimento nacional, com vistas à superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia.

O foro especial ainda que entendido como um meio de blindagem dos agentes estatais de influências externas no exercício de suas funções, pela sua utilização exacerbada, transformou-se de garantia em privilégio infundado.

Por essa ótica, tal instituto promoveu uma espécie de “desigualação” no Brasil, o que fere diretamente o princípio da isonomia, consoante que, o tratamento jurídico diferenciado não se respalda, em alguns casos, em *discrímen* que guarde relação de pertinência lógica com a distinção feita (DONIZETTI; GARBIN; OLIVEIRA, 2014).

A Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, versa sobre a possibilidade de restrição do foro especial por prerrogativa de função aos crimes praticados no exercício

do cargo e em razão do cargo. Compreende-se que os moldes atuais do instituto ora citado, não se adequa aos princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, consoante que, em um grande número de casos, serve como meio de impedir a responsabilização dos agentes públicos por crimes de naturezas distintas (BRASIL, 2017).

Dessa forma, fixou como teses a aplicação do foro especial por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos no decorrer do exercício funcional e relacionados às funções desempenhadas, bem como, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processo e julgamento das ações penais, não será mais atingida em razão do fato de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar de ocupar o cargo que ocupava qualquer que seja o motivo (BRASIL, 2017).

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso, entende que os direitos e princípios fundamentais da Constituição, como igualdade e república, apresentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Partindo desse pressuposto, normas constitucionais que excepcionarem esses princípios, como é o caso daquelas que incluem o foro especial por prerrogativa de função, devem ser interpretadas de forma restritiva com o escopo de que se garanta a possibilidade de harmonizarem-se ao sistema constitucional vigente (BRASIL, 2017).

Os privilégios processuais concedidos aos titulares do poder no Brasil mais se relacionam com tentativas de transmutação da relação de equilíbrio em privilégio incompatível com o princípio da igualdade. O contexto temporal, não os legitima, podendo-se dizer que a discriminação que traduzem não guarda relação de pertinência lógica com o substrato fático apanhado, porque incongruentes com os valores democráticos e republicanos transfundidos no sistema. O tempo mudou e, nesse tempo mudado, há de se resgatar o princípio da igualdade, no sentido de se impedir a apropriação de posições de intangibilidade pelos exercentes das funções superiores do Estado (DONIZETTI; GARBIN; OLIVEIRA, 2014, p.100).

A justificativa do princípio isonômico aquiesce o tratamento desigual, quando assim for preciso, com o escopo de garantir a materialização da letra da lei. Nada obstante, privilégios odiosos não devem predominar na tutela de membros do executivo, legislativo e judiciário em ações que não tenham relação com a atividade funcional.

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 10/2013, já aprovada em dois turnos pelo Senado Federal, que visa

modificar os artigos 102, 105, 108 e 125 da CRFB de 1988, com vistas à extinção do foro especial por prerrogativa de função em casos de crimes comuns.

De acordo com a justificativa da PEC em questão, o fim do foro especial fortifica o princípio da isonomia, passo em que, o Estado proporcionará às autoridades públicas o mesmo julgamento outorgado aos cidadãos comuns pelo cometimento de condutas penalmente tipificadas.

É válido destacar, que o fim da prerrogativa de foro a que se refere não atingirá o Presidente e Vice-presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns (BRASIL, 2017).

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O STF em 1964 editou a Súmula nº 394, a mesma entendia que cometido o crime durante o exercício funcional, prevaleceria a competência especial por prerrogativa de função, mesmo que o inquérito ou a ação penal tivessem sido iniciados depois da cessação daquele exercício (BRASIL, 1964).

A Súmula em análise foi cancelada em 25/08/1999, em razão da Questão de Ordem no Inquérito nº 687, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, que estabeleceu o fim do foro especial por prerrogativa de função ao término do exercício do cargo público, entendendo que sua permanência representaria um “inaceitável privilégio pessoal” (BRASIL, 1999).

Em 2017, com a Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937, houve uma grande discussão no Supremo acerca da prerrogativa de foro e seus atuais reflexos na justiça brasileira. Até então, a interpretação adotada pelo STF incluía em sua competência todos os crimes de que são acusados os agentes públicos listados no art. 102, I, “b” e “c”, da CRFB de 1988, incluindo os que foram praticados antes da investidura no cargo, assim como, os que não guardavam qualquer relação com o seu exercício (BRASIL, 1988).

O caso em baila refere-se ao ex-deputado federal Marcos da Rocha Mendes, que foi acusado de corrupção eleitoral no ano de 2008, quando candidato ao posto de prefeito da cidade de Cabo Frio, no Estado do Rio de Janeiro. Eleito, o caso começou a tramitar perante o Tribunal Regional Eleitoral, onde a denúncia foi recebida em 2013. Ao fim do

mandato eletivo, o processo se deslocou para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Porém, em 2015 passou a exercer o mandato de deputado federal, o que obstou no encaminhamento dos autos ao STF. Mais uma vez eleito prefeito de Cabo Frio, no ano de 2016, renunciou ao mandato de deputado federal, no momento em que a ação se encontrava na Primeira Turma do Supremo, apta para ser julgada.

Diante desse “sobe e desce” processual, o risco de prescrição era iminente, quando o relator optou por remeter uma Questão de Ordem ao Plenário, para se analisar a possibilidade de restrição do foro especial por prerrogativa de função aos crimes cometidos em razão do ofício e que possuíssem relação estrita ao desempenho daquele cargo. Entendendo que o processo deveria voltar à primeira instância, que já havia concluído a instrução processual, consoante que, o réu não possuía mais o foro por prerrogativa de função perante o STF.

Desse modo, foram levantadas duas questões. A primeira se referia à viabilidade de se conferir interpretação restritiva às normas renunciadas na CRFB de 1988 que preveem os casos de foro especial por prerrogativa de função, com escopo de exercer uma limitação das competências jurisdicionais às acusações por crimes cometidos no cargo, e em razão do cargo. A segunda, à necessidade de estabelecimento de um marco temporal de delimitação da competência para processo e julgamento das ações penais, prorrogando, assim, a competência para o julgamento, evitando o “sobe e desce” processual (BRASIL, 2017).

De acordo com o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, a atual conjuntura do foro por prerrogativa de função, é responsável pelo afastamento do Tribunal do seu verdadeiro papel, que é o de Suprema Corte, e não o de tribunal criminal de primeiro grau. Os tribunais superiores foram criados com a finalidade de serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas, consoante que, o juízo de primeiro grau possui melhores condições de conduzir a instrução processual (BRASIL, 2017).

A ineficiência do sistema de justiça criminal é também uma consequência decorrente do afastamento supracitado. Ainda de acordo com o Relator, o foro especial contribui para o congestionamento dos tribunais, tornando ainda mais morosa a tramitação dos processos, incapacitando o STF de realizar os julgamentos de maneira adequada e com a celeridade devida (BRASIL, 2017).

Igualmente, observa-se a ausência do duplo grau de jurisdição nas hipóteses dos agentes públicos que possuem prerrogativa de foro perante o STF, pois os mesmos ficam sujeitos a julgamento por instância única.

Tal direito é tutelado por tratados internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, o que é o caso do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Decerto, não possui caráter absoluto, pois tais tratados possuem status de norma suprallegal, tendo a CRFB de 1988 prevalência sobre os mesmos. Porém, deve-se “levar em consideração a necessidade de harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal” (BRASIL, 2017).

Dessa forma, para se assegurar que a prerrogativa de foro exerça o seu papel constitucional na garantia do livre exercício das atividades funcionais, é imprescindível que exista relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício funcional.

As normas da CRFB de 1988, que versam acerca do foro especial por prerrogativa de função devem ser analisadas sob a ótica da interpretação restritiva, aplicando-se apenas aos crimes praticados durante o exercício do cargo e em razão dele (BRASIL, 2017).

Nesse diapasão, o Ministro Celso de Mello durante o julgamento da Ação Penal nº 470 referente ao “mensalão”, entendeu que:

A prerrogativa de foro merece nova discussão, para efeito de uma solução de jure constituendo, unicamente a cargo do Congresso Nacional, ou, até mesmo, uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados in officio ou propter officium, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que nós não estejamos a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles alegadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais (BRASIL, 2012).

Dessa forma, a restrição da prerrogativa de foro aos crimes praticados no exercício funcional e que possuam direta relação às funções exercidas, torna-se mais consonante com a exigência de que se promova a credibilidade e a efetividade do sistema penal, habilitando à promoção da responsabilização dos agentes públicos pelos ilícitos praticados, em respeito ao princípio republicano (BRASIL, 2017).

Ainda de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se de “mutação constitucional em sentido técnico”, consoante que, não provocou alteração formal no texto constitucional, modificando, apenas, a interpretação acerca dos dispositivos que versam sobre o instituto. Em outras palavras:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148).

Segundo Bulos (1999), as alterações na realidade constitucional podem se dar através da interpretação realizada pelos tribunais por meio usos e costumes, pela construção judicial, ou até mesmo pela influência dos grupos de pressão e tantos outros meios. Dessa forma, mutações constitucionais acontecem lentamente, embora a letra da Lei permaneça sem modificação.

Resta patente que de acordo com o atual entendimento do STF, o foro especial por prerrogativa de função é aplicado apenas aos crimes cometidos no exercício do cargo público e em razão das funções desempenhadas, o que não inclui os crimes cometidos antes da diplomação e os cometidos após a diplomação que não guardem relação com o cargo e o seu exercício.

Ademais, o marco para prorrogação de competência é o final da instrução processual, que se dá com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, daí então, a mesma não poderá ser afetada em razão do agente público ocupar ou deixar de ocupar determinado cargo, dando fim a uma espécie de “sobe e desce processual”, que durante anos comprometeu a prestação jurisdicional do STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado neste trabalho, o foro especial por prerrogativa de função vem sendo amplamente discutido tanto no âmbito do judiciário, como pelos diversos setores da sociedade, no sentido de que, é preciso que haja efetividade na prestação jurisdicional por parte dos órgãos incumbidos, bem como, a necessidade de restrição do instituto, com vistas ao combate da recorrente impunidade.

Constatou-se que se trata de resquício do Brasil Império, consoante que, a Constituição de 1824 já o disciplinava, garantindo-o a um considerável rol de autoridades. Com as modificações ocorridas no decorrer da história constitucional brasileira, tal instituto sofreu alterações diversas até atingir a atual conjuntura inaugurada com a Constituição Federal de 1988, que dentre todas as anteriores foi a que mais disciplinou o tema, ampliando significativamente a prerrogativa de foro.

O presente estudo evidenciou ainda, a existência de dois posicionamentos inerentes ao tema. O primeiro aduz acerca do papel do instituto como meio de garantia de governabilidade, consoante que, propicia aos agentes públicos o livre exercício da função, em razão de exercerem papel de destaque perante a sociedade, resguardando-os assim, das pressões e influências diversas, visando garantir-lhes autonomia funcional.

O segundo posicionamento, o vê como privilégio atentatório ao ideal republicano, consoante que, afeta princípios constitucionalmente garantidos, como é o caso da igualdade. Tal princípio é infringido, ao passo que, no Brasil a prerrogativa de foro é atribuída a um grande número de autoridades, o que dissocia do real sentido de isonomia, no que tange a vedação de distinções de qualquer natureza.

A PEC nº10/2013, demonstra um avanço da discussão acerca do assunto no Legislativo, propondo a extinção da prerrogativa de foro nos casos de crimes comuns, com a finalidade de que se promova a efetividade do princípio da igualdade, propiciando aos agentes públicos a mesma prestação jurisdicional promovida aos cidadãos comuns.

Primordial sublinhar, o atual entendimento do STF, trazido pela Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, que promoveu a interpretação restritiva acerca dos dispositivos constitucionais que versam acerca do tema, restringindo a sua competência aos crimes cometidos por agentes públicos, na constância do cargo e em razão da função exercida, não acolhendo os crimes praticados antes da diplomação, bem como, aqueles que não possuem relação funcional.

Decerto, a extensão de detentores do foro especial por prerrogativa de função é responsável pela lenta prestação jurisdicional por parte dos tribunais, o que acarreta na prescrição e na impunidade dos agentes públicos pelos delitos cometidos, infringindo diretamente o princípio republicano que prevê a efetiva responsabilização dos mesmos como uma das suas principais vertentes.

Ademais, resta patente que a restrição da prerrogativa de foro mostra-se fundamental para o fortalecimento do princípio republicano e da igualdade, bem como,

para o resgate da credibilidade do STF perante a sociedade, no que tange a possibilidade de prestação jurisdicional eficiente e pautada no combate a recorrente impunidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. *Carta de Lei de 25 de Março de 1824*. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. [S.l.: s.n.], 1824.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial, 24 fev. 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Diário Oficial, 16 jul. 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de novembro de 1937. Diário Oficial, 10 nov. 1937.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial, 19 set. 1946.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial, 24 jan. 1967.

_____. **Emenda constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial, 20 out. 1969.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial, 05 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **[Despacho da] Ação penal n. 937/RJ**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Min. Roberto Barroso. Revisor: Min. Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico, 17 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=12445068&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2033%20-%2017/02/2017>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº10, de 2013**. Altera os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. *Diário do Senado Federal*, 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=13/03/2013&paginaDireta=09292>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 394**. 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). Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 18 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Inquérito n. 687/SP**. Requerente: Ministério Público Federal, Jabes Pinto Rabelo, Valmor Santos Giavarina. Relator: Min. Sydney Sanches. Plenário. Julgado em 25.08.1999. Publicado no Diário do Judiciário de 25.08.1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738846/questao-de-ordem-no-inquerito-inq-687-sp>>. Acesso em: 08 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAVALCANTE FILHO, J. T.; LIMA, F. R. **Foro, prerrogativa e privilégio (Parte I): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal, 2017. (Texto para discussão; n. 233). Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>>. Acesso em 13 set. 2018.

DONIZETTI, E.; GARBIN, R. B.; OLIVEIRA, T. **Diversos enfoques do princípio da igualdade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GARCIA, Emerson. **Foro por prerrogativa de função nas Constituições Estaduais: de onde viemos e onde chegamos**. 2015. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1939-foro-por-prerrogativa-de-funcao-nas-constituicoes-estaduais-de-onde-viemos-e-onde-chegamos.html>>. Acesso em 17 set. 2018.

GALVÃO, J. O. L. **Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função**. Conjur, [S.l.], 7 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em 07 set. 2018.

LEWANDOWSKI, E. R. **Reflexões em torno do Princípio Republicano**. *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: vol. único**. Salvador: Juspodvim, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.