

## A POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO PODER LEGISLATIVO PARA O PODER EXECUTIVO

The possibility of the extension of the restriction of the forum by prerogative of a function of the Legislative Power for the Executive Power

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 126/2021 | p. 117 - 141 | Jul - Ago / 2021  
DTR\2021\9876

### Murilo Pinheiro Diniz

Mestre em Gestão Integrada do Território. Professor de Direito e Advogado. murilostrauss@gmail.com

### Mirelly Valério Teixeira

Bacharel em Direito. Advogada. miy.valerio@hotmail.com

**Área do Direito:** Constitucional; Processual

**Resumo:** Trata de Direito Constitucional e foro privilegiado. Analisa a possibilidade de extensão da restrição do foro por prerrogativa de função aplicada aos parlamentares para outras autoridades. Por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e no direito comparado, conceitua os institutos e avalia sua abrangência. Provoca a reflexão sobre o foro por prerrogativa de função e sua aplicação na persecução penal das autoridades sob o prisma do ideal de justiça. Avalia a competência precípua do Supremo Tribunal Federal e a disfuncionalidade prática do foro privilegiado. Considera que o Judiciário não pode interferir na competência do Legislativo. Conclui que a possibilidade de extensão de restrição do instituto para outras autoridades deve ser feita pelo próprio Legislativo, não por analogia, mantendo a independência, autonomia e harmonia entre os poderes.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional – Imunidade parlamentar – Foro privilegiado – Prerrogativa – Restrição

**Abstract:** It deals with Constitutional Right and privileged forum. It examines the possibility of extension of the restriction of the forum by function prerogative applied to parliamentarians to other authorities. Through bibliographical, legislative and comparative law research, it conceptualizes the institutes and evaluates their scope. It provokes the reflection on the forum by prerogative of function and its application in the criminal prosecution of the authorities under the prism of the ideal of justice. It assesses the supreme jurisdiction of the Federal Supreme Court and the practical dysfunctionality of the privileged forum. Considers that the judiciary cannot interfere with the jurisdiction of the legislature. It concludes that the possibility of extending the institute's restriction to other authorities must be made by the Legislature itself, not by analogy, maintaining the independence, autonomy and harmony between the powers.

**Keywords:** Constitutional Right – Parliamentary immunity – Privileged forum – Prerogative – Restriction

**Para citar este artigo:** DINIZ, Murilo Pinheiro; TEIXEIRA, Mirelly Valério. A possibilidade da extensão da restrição do foro por prerrogativa de função do Poder Legislativo para o Poder Executivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 126. ano 29. p. 117-141. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-9876>>. Acesso em: DD.MM.AAAA.

### Sumário:

1. Introdução - 2. Nuanças acerca do foro por prerrogativa de função - 3. Uma nova visão do foro por prerrogativa de função a partir do julgamento da Ação Penal 937 pelo STF - 4. Conclusão - 5.

Referências

### 1. Introdução

O foro por prerrogativa de função, comumente conhecido como prerrogativa de foro ou foro privilegiado, é utilizado não só no Brasil, mas em diversos países. Consiste em uma imunidade processual do parlamentar que vem ganhando certas críticas nos últimos tempos, tendo em vista o grande número de autoridades que são abarcadas pelo instituto.

É certo que o foro por prerrogativa de função, como uma imunidade, é uma garantia funcional, consistindo em um instrumento que viabiliza e contribui para a independência do Poder Legislativo, de modo que os seus membros possam exercer as suas funções de maneira livre e sem pressões externas.

Porém, no contexto atual, pode-se notar que há relação próxima entre o foro por prerrogativa de função e a sensação de impunidade.

A pertinência acerca do tema consiste no fato de que há na sociedade certa inquietação, no que tange ao instituto, de modo que ele vem sofrendo desprestígio, haja vista que, na prática, existe a sensação de que a prerrogativa tem se tornado uma proteção ao indivíduo e não ao cargo que ele exerce.

Considerando o grande número de autoridades que possuem a prerrogativa de função no Brasil e a ciranda dos processos judiciais envolvendo autoridades detentoras do foro, conforme a diplomação ou a perda do cargo, revela-se uma disfuncionalidade prática do instituto. Dessa forma, a questão norteadora visa responder ao seguinte: há a possibilidade da redução das autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, para que tal benesse venha a atingir o mínimo de pessoas possíveis, conforme prevê a Proposta de Emenda à Constituição 333/2017, com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal?

Assim, objetiva-se analisar a possibilidade de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da Ação Penal 937, que restringiu as hipóteses de aplicação do foro aos parlamentares, possa, também, ser estendida às demais autoridades, especialmente às do Poder Executivo.

Destaca-se a necessidade de repensar a aplicação do foro por prerrogativa de função, de modo que a norma jurídica venha a ser interpretada com o propósito de alcançar, o mais próximo possível, o ideal de justiça, bem como entender se há, em realidade, alguma disfuncionalidade prática na aplicação do instituto, em razão da “valsa” de processos dentro dos tribunais, levando à prescrição da pretensão punitiva.

Destarte, utiliza-se pesquisa bibliográfica, tendo como base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e obras de doutrinadores como Pedro Lenza (2018), Marcelo Novelino (2016), Alexandre de Moraes (2018), Norberto Avena (2018) e Aury Lopes Júnior (2018), entre outros, constituindo material teórico suficiente para elucidar os conceitos e premissas do tema.

Em outra frente, a pesquisa descritiva realizada nos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros possibilitou a análise de como o Poder Judiciário tem se manifestado, ante os processos referentes a crimes comuns cometidos pelas autoridades detentoras da prerrogativa de foro.

## **2. Nuanças acerca do foro por prerrogativa de função**

### **2.1. Os privilégios na Idade Antiga e o contexto histórico do foro por prerrogativa de função nas Constituições Brasileiras**

É certo que não se pode ter uma compreensão clara do foro por prerrogativa de função sem antes voltar os olhos para os fatos ocorridos no passado. Partindo desse pressuposto, pode-se notar que os privilégios concedidos a determinadas autoridades e classes não são novidades, tendo em vista que, embora não existisse a nomenclatura foro por prerrogativa de função, percebem-se rastros de benefícios dados a autoridades na antiguidade clássica, bem como na linha histórica das Constituições existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o historiador e antropólogo Pedro Paulo Abreu Funari<sup>1</sup>, na Grécia antiga, a sociedade era organizada por *polis*, que consistiam em pequenas cidades. Entre elas, destacava-se Esparta, a qual se abrihantava com o seu caráter militar. Esparta era composta por três classes: espartanos, periecos e hilotas.

Os espartanos eram considerados porvindouros dos Dórios, povo que fundou a cidade. Eram a elite e os detentores de muitos privilégios, em razão das nobres funções militares que geralmente exerciam. Compunham as assembleias que tomavam decisões, bem como lhes cabia a aprovação ou a rejeição de normas que regiam a sociedade. Os periecos eram formados por comerciantes, os quais não possuíam direitos políticos e, embora ocupassem o baixo escalão do exército, não possuíam privilégios, em razão deste fato. Os hilotas eram a classe mais miserável e baixa da sociedade, não detinham direitos políticos e eram explorados pela elite<sup>2</sup>.

Já em Roma, no período da República, a sociedade era formada por quatro classes: os patrícios, que formavam a aristocracia e detinham grandes riquezas; os plebeus, que eram um grupo formado por comerciantes, proprietários de pequenas terras e artesãos; os clientes que, embora fossem pessoas livres, possuíam um vínculo de dependência para com os patrícios, a qual lhe prestava obediência; e, por fim, os escravos<sup>3</sup>.

A República romana compunha-se por alguns órgãos, como o Senado, os magistrados e as assembleias. Os patrícios eram considerados a aristocracia de sangue e a classe mais ilustre, compunham o Senado e possuíam cargos vitalícios, e como consequência, detinham privilégios ante as demais classes e participavam ativamente da política<sup>4</sup>.

Segundo Alexandre de Moraes, as imunidades parlamentares existentes no ordenamento jurídico brasileiro nem sempre possuíram a moldura vigente. Elas têm as suas origens no direito europeu, mais precisamente advindas de práticas do parlamento inglês que, por volta de 1688, consolidou as prerrogativas, com a criação de dois princípios atribuídos aos parlamentares: a liberdade da palavra e a imunidade da prisão arbitrária<sup>5</sup>.

A primeira Constituição do Brasil, criada em 1824 e conhecida como Constituição Política do Império do Brasil, atribuía um privilégio pleno ao imperador, considerado sagrado e inviolável, não sendo os seus crimes apreciados por tribunal algum<sup>6</sup>.

Já quanto ao Poder Legislativo, o texto constitucional assim previa:

"Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, póde ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delicto de pena capital [sic]."<sup>7</sup>

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 também trazia em seu conteúdo tanto as imunidades formais quanto as imunidades materiais. Os parlamentares, por sua vez, não podiam ser presos ou processados criminalmente sem a prévia autorização da casa a qual pertenciam (cf. art. 20)<sup>8</sup>.

O foro por prerrogativa de função também era conferido ao Presidente da República, nos crimes comuns praticados por ele. O texto constitucional apontava o Senado Federal como o órgão competente para processar e julgar os crimes de responsabilidade, como demonstra em seu artigo 53: "O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e, nos de responsabilidade, perante o Senado."<sup>9</sup>

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 trouxe uma peculiaridade não existente nas anteriores, o fato de que as imunidades fornecidas aos parlamentares também eram garantidas aos seus suplentes imediatos (cf. art. 32)<sup>10</sup>.

À Corte Suprema cabia o processamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente da República e um Tribunal Especial julgava os seus crimes de responsabilidade:

"Art. 58. O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade."<sup>11</sup>

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 surgiu uma alteração em relação à imunidade formal, no que se refere à competência para o julgamento de crimes praticados pelo Presidente da República. Conforme aponta o artigo 86, seus processos de crimes de responsabilidade tramitavam perante o Conselho Federal, depois da aprovação da Câmara dos Deputados. Ao STF cabia apenas julgar os crimes de responsabilidade, os crimes comuns praticados por seus próprios membros e os crimes de responsabilidade perpetrados pelos demais ministros<sup>12</sup>.

Alexandre de Moraes aponta que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 é considerada a mais democrática até então. Atribuiu-se a competência para processar e julgar o Presidente da República, no que se refere aos crimes de responsabilidade, ao Senado<sup>13</sup>. No Supremo Tribunal Federal (STF), tramitavam apenas os crimes comuns praticados pelos seus membros, pelo Presidente da República e pelo Procurador-Geral da República<sup>14</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, assim como as anteriores, tratava das imunidades parlamentares, tanto na esfera material quanto processual. No entanto, manteve o posicionamento de competência e autoridades aos tribunais que o texto constitucional anterior havia previsto<sup>15</sup>.

No ano de 1969, por meio de uma emenda constitucional, incluiu na competência do STF o processo e o julgamento de crimes comuns praticados por parlamentares. Até então, texto constitucional algum havia outorgado a competência de tal ato para o STF<sup>16</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 102, atribui ao STF a competência para processar e julgar o Presidente da República, parlamentares, entre outras autoridades, quando estes vierem a praticar crime comum. Já os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República ficam a cargo do Senado Federal<sup>17</sup>.

Aos parlamentares são ofertadas as imunidades materiais e formais, conforme artigo 53, *caput*, da CRFB/1988. No entanto, o artigo 55, inciso II, do texto constitucional, mostra que, embora o parlamentar esteja abarcado pela imunidade material, ou seja, quanto a palavras, opiniões e votos, caso ele venha a se comportar com abuso de prerrogativa, poderá sofrer com a perda do cargo, por quebra do decoro parlamentar<sup>18</sup>.

Em relação ao foro por prerrogativa de função, o atual texto constitucional é considerado o mais abrangente em relação ao instituto, pois, quando comparado com os anteriores, contempla uma gama maior de autoridades<sup>19</sup>.

## 2.2. Definição de foro por prerrogativa de função

O foro por prerrogativa de função consiste em uma garantia processual concedida a certas autoridades. Marcelo Novelino (2018, p. 670) conceitua que, em especial, os parlamentares são detentores de um regime jurídico próprio, que constam nos artigos 53 a 56 da CRFB/1988. Tais garantias são irrenunciáveis e velam para que o exercício de suas funções seja feito de forma livre e sem pressões externas, assegurando, de igual forma, a independência e a autonomia do poder que estes compõem<sup>20</sup>.

A CRFB/1988, em seu artigo 102, inciso I traz os sujeitos que são abarcados pelo instituto:

“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;

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.”<sup>21</sup>

De acordo com Pedro Lenza, as imunidades concedidas são subdivididas em imunidades material e formal. O foco desta análise encontra-se na imunidade formal, que também recebe a nomenclatura de adjetiva. Esta diz respeito à forma com que as autoridades são processadas, bem como a respeito de sua prisão. As prerrogativas começam a vigorar na vida dos parlamentares a partir do momento de sua diplomação, que ocorre pouco antes da posse. A diplomação é a confirmação, por meio de um documento no qual se demonstra a regular eleição do parlamentar<sup>22</sup>.

A prisão de um parlamentar só pode acontecer nos casos de crimes inafiançáveis e, além desse fator, é importante que os autos sejam remetidos à casa respectiva no prazo de 24 horas, para se discutir sobre a prisão. Para que a prisão seja mantida é obrigatória que se tenha a aprovação da casa e, se assim for, os autos serão remetidos ao STF, para os demais atos processuais<sup>23</sup>.

O foro por prerrogativa de função garante a uma gama de autoridades tratamento diferenciado quanto ao tribunal responsável por seu julgamento. Ao cometerem um crime comum, essas autoridades são julgadas pelo Supremo Tribunal Federal:

“A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro dos membros do Congresso Nacional relaciona-se com a locução “crimes comuns”, prevista no art. 53, § 4º e art. 102, inciso I, b, ambos da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já determinou abranger todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando, até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais.”<sup>24</sup>

A doutrina aponta que a finalidade do instituto é a proteção da função exercida pela autoridade, embora, no contexto atual, essa finalidade não seja bem compreendida pela sociedade. A imunidade processual tem por objetivo dar maior relevância à função exercida pela autoridade, e não de estabelecer desigualdades perante os cidadãos<sup>25</sup>.

Em breve análise do artigo 102 da CRFB/1988, pode-se perceber que o instituto abarca autoridades dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como outras de suma importância para a Nação.

Vale lembrar que, em relação ao Poder Legislativo, não são todos os membros que são processados perante o STF, mas somente os parlamentares federais. No que tange ao Poder Executivo, os sujeitos se restringem ao Presidente e Vice-Presidente da República.

É de extrema importância relatar que a abrangência do foro por prerrogativa de função em relação aos parlamentares ganhou nova roupagem em 2018, com o julgamento da Ação Penal 937. Anteriormente a esse fato, a abrangência, conforme descreve Alexandre de Moraes, era embasada pelo preceito da atualidade do mandato, ou seja, a prerrogativa do foro “privilegiado” era aplicada enquanto perdurasse

o mandato da autoridade, não importando, de igual modo, se o crime tivesse relação com o exercício da função ou não, bem como se, a qualquer momento do ato processual, poderia ser mudada a competência do tribunal<sup>26</sup>.

Conforme o atual entendimento do STF, a partir do julgamento da Ação Penal 937, a abrangência do foro por prerrogativa de função se aplica aos parlamentares somente com a presença de dois requisitos: crimes comuns praticados no exercício da função e em razão do ofício. Outro ponto de destaque no entendimento do STF foi o fato de que, ao encerramento da instrução processual, a partir da apresentação das alegações finais, ocorre a chamada perpetuação da jurisdição, ou seja, não há mais a afetação quanto à competência, caso a autoridade venha deixar de ocupar a sua função.

### **2.3. A persecução penal das autoridades detentoras de imunidades**

O Poder Judiciário tem como função precípua a resolução de litígios existentes entre as partes, bem como trazer para a sociedade a paz social. Diante disso, o Estado desenvolve a sua função de pacificação social por meio da Jurisdição e, assim, mediante uma provocação, ele demonstra a imperatividade que lhe é própria. Logo, de modo imparcial, busca a resolução do conflito<sup>27</sup>.

Pode-se ver que não se permite, dentro do sistema judiciário brasileiro, a autotutela, ao ponto que, se há a existência de um conflito ou contrariedade à norma, é preciso que se bata às portas do Poder Judiciário, pois é este que detém competência para a solução do problema, sendo-lhe incumbida a inafastabilidade da jurisdição.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseveram que essa jurisdição é una e indivisível, porém, não há a possibilidade de que apenas um juiz venha a decidir todas as controvérsias que possam surgir. Diante disto, para uma melhor prestação jurisdicional é que se subdivide a atuação dos juízes por competência<sup>28</sup>.

O fato de que existem algumas autoridades que são processadas e julgadas por tribunais específicos, em observância ao texto constitucional, objetivou ofertar uma garantia à função exercida pelo sujeito, bem como a aplicação da chamada competência material, *ratione personae*, ou seja, a competência é definida em razão da função, atribuindo, dessa forma, a competência a órgãos específicos.

Guilherme de Souza Nucci demonstra que a competência pode ser subdividida em competência material, definida em relação à matéria, função e local, e competência funcional, definida com base nos critérios: fase do processo, objeto do juízo e grau de jurisdição. A competência outorgada pela CRFB/1988 ao STF e que se refere aos parlamentares e demais autoridades descritas no artigo 102, inciso I, trata-se de competência material em razão da função<sup>29</sup>.

A prerrogativa de foro estabelecida tanto no artigo 102, inciso I, quanto no artigo 53 da CRFB/1988 tem como alvo os crimes comuns. Tais são compreendidos pela doutrina majoritária como todas as infrações penais, sendo excluídos desse conceito os crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, descreve Norberto Avena:

“Por crime comum, de acordo com o entendimento doutrinário dominante, compreendem-se todas as infrações penais, inclusive os crimes contra a vida, as contravenções penais, as infrações de menor potencial ofensivo e os crimes eleitorais. A propósito, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de definir a locução constitucional crimes comuns como expressão abrangente a todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais e alcançando, até mesmo, as próprias contravenções penais.”<sup>30</sup>

Uma vez que aconteça a diplomação dessas autoridades, elas passam a gozar dessas prerrogativas. Já no que tange ao momento em que ocorre o fim dessa prerrogativa, houve algumas mudanças no decorrer dos anos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1964, foi editada a Súmula 394 pelo STF, que garantia que as prerrogativas quanto ao processamento dos parlamentares continuavam mesmo depois do término do mandato. Em 1999, essa Súmula foi cancelada, ficando a competência para o STF enquanto durasse o desempenho do cargo da autoridade.

Esse entendimento foi alterado com o julgamento da Ação Penal 937, em maio de 2018, permanecendo o posicionamento de que o foro por prerrogativa de função alcança somente aqueles que estão no exercício da função. Contudo, a mudança veio no sentido de que, a partir da fase processual, que acontece com o encerramento da instrução processual, dada a apresentação das alegações finais, ocorre a perpetuação da jurisdição, não podendo mais haver a mudança de competência, mesmo que haja a perda do cargo posteriormente<sup>31</sup>.

Segundo Norberto Avena, o STF objetivou o fim de estratégias utilizadas pelas autoridades, como a renúncia do cargo a fim de obter vantagens processuais com o deslocamento dos autos para outro tribunal, haja vista que, com a perpetuação da jurisdição na Corte, se reduz a “valsa” processual. Com

relação aos crimes dolosos contra a vida, o foro por prerrogativa de função não sofre afetação, por exemplo, se uma das autoridades com a prerrogativa de foro vier a cometer um crime doloso contra a vida, não fica acobertada pela imposição do tribunal do júri como competente para julgar o ato da autoridade, mas, sim, o STF<sup>32</sup>.

Em uma análise do texto constitucional a respeito da competência para processar e julgar os crimes dolosos, percebe-se que há a garantia da prerrogativa para as autoridades descritas no artigo 102, inciso I, e, por outro lado, a norma expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII, que atribui ao tribunal do júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Há um aparente conflito de norma de igual hierarquia. Diante desse fato, a doutrina aponta que prevalece o critério da especialidade, mantendo-se, dessa forma, a competência para as autoridades detentoras do foro por prerrogativa de função junto ao STF<sup>33</sup>.

Salienta-se que, nos termos do artigo 78 do Código de Processo Penal, no que se refere aos crimes os quais ocorra os fenômenos da conexão e da continência, a competência predominante será a de maior graduação<sup>34</sup>. Portanto, por exemplo, se um deputado federal comete com seu secretário um crime de peculato, o tribunal competente para processar e julgar a ação penal será o STF. Há uma regra geral nesse sentido disposta na Súmula 245 do STF: "a imunidade parlamentar não se estende ao corrêu sem essa prerrogativa."<sup>35</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior (2018, p. 187), nos crimes dolosos contra a vida, quando há o concurso de agentes e um deles é possuidor do foro por prerrogativa de função, haverá a separação da competência. De tal modo, cada acusado será julgado segundo a competência que lhe é conveniente, aonde aquele que não detém a prerrogativa de foro será processado e julgado pelo tribunal do júri, pois o dispositivo que versa sobre o arrastamento para o tribunal de maior graduação consiste em lei ordinária, ao passo que a competência estabelecida para o tribunal do júri é auferida pela Constituição da República. Logo, sendo esta a norma de maior hierarquia, prevalece sobre o disposto no artigo 78, inciso III, do CPP (LGL\1941\8)<sup>36</sup>.

#### **2.4. Posicionamentos quanto ao foro por prerrogativa de função**

Entre os princípios consagrados pelo texto constitucional, está o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, que, em apertada síntese, significa que todos são iguais perante a lei<sup>37</sup>. O aludido princípio move-se em dois planos distintos: um está direcionado ao legislador, mostrando que, ao confeccionar as leis, tais devem ser feitas de modo a não trazer tratamentos diferenciados às pessoas que se encontram em situações idênticas; o outro plano é direcionado à aplicação do direito, que deve ser feito de modo a não estabelecer diferenciações<sup>38</sup>.

Em uma análise superficial do foro por prerrogativa de função, pode-se ter a ideia de que tal instituto é contra o princípio da isonomia, pelo fato de trazer tratamentos diferenciados no processamento de crimes praticados por aquelas autoridades que estão descritas no rol do artigo 102, inciso I, ante os demais cidadãos brasileiros. Contudo, o instituto não ataca o princípio citado, pois não se trata de uma garantia da pessoa, mas, sim, do relevante cargo que ela exerce, haja vista que também protege as autoridades de serem julgadas sem pressões.

Nesse sentido, assegura o professor Jorge Octavio Lavocat Galvão, ao enfrentar o tema:

"[...] o exercício de determinadas funções de elevado significado político que, muitas vezes, exige a tomada de decisões impopulares demanda que as ações propostas contra seus ocupantes sejam julgadas em colegiados compostos de juízes mais experientes, de cortes superiores; por outro lado, lideranças políticas locais teriam maior facilidade para exercer pressão sobre magistrados de 1º grau de sua região do que sobre juízes de instâncias superiores desvinculados da realidade política regional o que justificaria o deslocamento de foro."<sup>39</sup>

Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 227) avalia que o instituto, de certa forma, fere o princípio da isonomia, pois se a justiça cível serve para julgar todos de forma igual, é descabida a aplicação do privilégio na esfera penal. O critério da hierarquia não influencia no mérito das decisões de um magistrado, uma vez que um juiz de primeiro grau é independente e possui aptidão para julgar, com imparcialidade, tanto uma autoridade do mais alto escalão quanto um cidadão comum<sup>40</sup>. O autor ainda cita em sua doutrina o magistrado e pesquisador Marcelo Semer, para quem o instituto tratado é um resquício de aristocracia trazido dos tempos da monarquia, ao passo que, no aludido tempo, os fidalgos só podiam ser presos naquelas situações em que o rei autorizasse<sup>41</sup>.

É certo que o respeitável instituto visa à proteção do cargo. Lado outro, o que se nota dentro do contexto jurídico brasileiro hodierno é um certo exagero na quantidade de autoridades protegidas pelo foro, a ponto de ser comparado a uma "jabuticaba", ou seja, algo que só existe no Brasil. Apesar de o instituto ser aplicado em diversos países, as proporções exageradas com que ele é aplicado só acontecem no Brasil, demonstrando que tal prerrogativa deve ser repensada<sup>42</sup>.

Diante disso e com objetivo de aproximar a realidade brasileira dos demais países que utilizam do instrumento do foro por prerrogativa de função, tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição 333/2017, que tem por finalidade a redução de autoridades que se beneficiam com o instituto. Passariam então a compor o quadro somente o Presidente da República e o Vice-presidente da República, os presidentes do Senado, da Câmara e do STF<sup>43</sup>.

O ministro do STF Luís Roberto Barroso, em seu voto na Ação Penal 937, comunga do entendimento de que o instituto ganhou certo desprestígio diante do povo brasileiro, salientando que, embora a sua finalidade não seja um mal em si, na prática, tal tem se mostrado um resquício aristocrático, de onde as autoridades tiram proveito<sup>44</sup>.

Já o também ministro do STF Gilmar Mendes, em seu voto na referida Ação Penal, esclarece que as proporções que na prática o foro tem alcançado levam à disfuncionalidade do instituto. No entanto, a competência para definir o âmbito de sua abrangência, dada a autoridade por prática de crime em razão do ofício ou não, é do Poder Legislativo. De tal modo, ao STF cabe apenas a interpretação da norma constitucional, considerando que, quando a Corte extrapola a sua função, ela assume riscos que têm consequências tanto sociais quanto no mundo jurídico.

Assim proferiu o ministro Gilmar Mendes:

“Portanto, há que se ter muito cuidado ao estabelecer orientações que, ainda sob o manto da interpretação constitucional, alteram substancialmente as normas que se extraem da Constituição. Tenho que, neste caso, o STF não está verdadeiramente interpretando a Constituição Federal, mas a reescrevendo. Para disfarçar o exercício do poder constituinte, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica das normas constitucionais.”<sup>45</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem absorvendo o entendimento ditado pelo STF, o qual restringiu a aplicação do instituto para os crimes praticados em razão do ofício e na investidura do cargo, gerando um efeito cascata no Poder Judiciário brasileiro. Luis Salomão, ministro do STJ, com base no julgamento do STF e utilizando-se do princípio da simetria, determinou a remessa dos autos de um investigado, ocupante do cargo de governador, que praticou o crime antes de ser investido no cargo para o juízo de primeiro grau<sup>46</sup>.

Desse modo, o posicionamento dos tribunais tem se inclinado não ao fim do instituto, mas, sim, à interpretação restritiva acerca do foro por prerrogativa de função, buscando ofertar-lhe uma maior eficiência.

### **3. Uma nova visão do foro por prerrogativa de função a partir do julgamento da Ação Penal 937 pelo STF**

#### **3.1. Razões estruturais da Suprema Corte**

O conjunto de normas e regras que regem nossa sociedade vive em constante mudança. O entendimento e a interpretação das normas vão se adaptando à sociedade na medida em que esta evolui. Fazendo parte da composição do sistema judiciário brasileiro, temos os tribunais de cúpula, os quais, mediante as mudanças dentro da sociedade, desempenham o seu papel de modo a garantir proteção para a legislação e, conseqüentemente a esse fato, suas decisões vinculam os tribunais de hierarquia inferior.

Em 2018, o STF mudou o seu entendimento a respeito do instituto do foro por prerrogativa de função. O julgamento teve como foco dois pontos em relação ao instituto: “I – Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa de função; II – Quanto ao momento de fixação da competência pelo STF.”<sup>47</sup>

O voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, foi seguido em sua integralidade pelos ministros Luiz Fux, Edson Fachin e Celso de Mello, bem como pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, sendo seguido, em parte, pelo ministro Marco Aurélio, pois esse discordou do aspecto da perpetuação da jurisdição. Já os ministros Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Dias Toffoli discordaram em seus votos, no ponto que trata que o crime imputado tenha que ter relação com o ofício. Dias Toffoli ainda propôs que a limitação dada ao foro seja estendida a outras autoridades possuidoras do benefício<sup>48</sup>.

O entendimento do Tribunal se fixou da seguinte forma:

“(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.”<sup>49</sup>

Um dos grandes argumentos utilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso e que embasou a decisão foi o fato de que há, na realidade, uma disfuncionalidade na aplicação do foro por prerrogativa de função. É

certo que, analisando o instituto em seu âmago, percebe-se que tal não é deplorável, nem tão pouco ataca o princípio da igualdade, ao passo que, em sua essência, possui como objetivo o bom exercício da função sem pressões externas.

Nesse passo, foi defendido pelo relator que há três grandes pontos que apontam a disfuncionalidade na aplicação do foro por prerrogativa de função: o resquício aristocrático presente na aplicação do instituto; as razões estruturais da Suprema Corte e; por último, o instituto frequentemente tem causado a sensação de impunidade na sociedade<sup>50</sup>.

A pesquisadora Bruna Mariane de Oliveira, citando Norberto Bobbio, conceitua aristocracia, na antiguidade clássica, associada como um tipo de governo de meio-termo, entre a democracia e a monarquia, que tem como característica o fato de que poder não está nos eleitos pela vontade popular, mas, sim, formado por um grupo determinado de pessoas intelectualmente mais elevadas para reger a sociedade<sup>51</sup>.

Mais tarde, durante o período da Idade Média, a aristocracia passou a ser vista como um grupo de pessoas detentoras de certos privilégios ante os demais, que ocupavam lugar de destaque no governo<sup>52</sup>. É a esse segundo ponto de vista da aristocracia que se associam os resquícios existentes no instituto do foro por prerrogativa de função.

A segunda grande razão apontada pelo ministro Luís Roberto Barroso, apta a produzir a disfuncionalidade do foro por prerrogativa de função, se volta às questões estruturais do STF. O ministro salientou que há morosidade e lentidão no julgamento das ações, o que tem levado à prescrição das mesmas e produzido a sensação de impunidade. Sob tal ponto, nem todos os ministros demonstraram concordância<sup>53</sup>.

O STF consiste em um tribunal de superposição, ou seja, ele não pertence a alguma justiça, seja ela estadual, federal, trabalhista, militar ou eleitoral, sendo conhecido como um Tribunal da Federação. Dessa forma, as suas decisões estão acima daquelas proferidas por tribunais inferiores. Como resultado dessa hierarquia, essas decisões vinculam os tribunais de menor hierarquia.

Exemplo disso é o chamado efeito cascata citado na decisão do ministro do STJ Luis Felipe Salomão, que remeteu os autos que tramitavam na Corte para a primeira instância<sup>54</sup>. Similarmente, a Procuradoria-Geral da República solicitou ao STF que remetesse para a primeira instância quatro inquéritos da Lava Jato, contra os ex-senadores Lúcio Funaro, Eunício de Oliveira, Romero Jucá e Eduardo Cunha, tendo como fundamento a Ação Penal 937<sup>55</sup>.

Além disso, a Constituição de 1988, em seu artigo 102, inciso I, demonstra, de forma clara, a competência original da Suprema Corte: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição", além da competência recursal<sup>56</sup>. Essa função precípua de guardião da Carta Magna é atribuída ao STF desde a sua criação.

Segundo Pedro Lenza, durante o período do Brasil Colônia havia a existência da Casa de Súplica de Lisboa, situada em Portugal. A essa era atribuída o dever de interpretação das leis e das ordenações existentes. Com a vinda da família real para o Brasil, notou-se a necessidade de que se instalasse aqui uma corte com as mesmas peculiaridades da Casa de Súplica de Lisboa. Nasceu, então, em 1808, a chamada Casa de Suplicação do Brasil<sup>57</sup>.

A Corte, em sua história, ganhou outras nomenclaturas: Supremo Tribunal de Justiça, Corte Suprema, estabelecendo-se em 1988 como Supremo Tribunal Federal. A Carta Magna de 1988 atribuiu, de forma mais expressa, a função da corte, quando então operou-se uma cisão, nascendo outro tribunal de cúpula, o STJ. Conforme descreve Pedro Lenza: "reservando ao STF a posição de órgão de cúpula de todo o Judiciário e, especialmente, de guarda e defesa da Constituição."<sup>58</sup>

O ministro relator da Ação Penal constatou em seu voto que, entre tantos problemas que envolvem o foro por prerrogativa de função, está a impropriedade da Suprema Corte para trabalhar como tribunal de primeira instância na persecução penal dessas autoridades, chegando a declarar que o "poder mal exercido traz desprestígio e mina a autoridade de qualquer instituição"<sup>59</sup>.

Fazendo uma análise descritiva do posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso, leva-se ao raciocínio de que o STF não tem como função precípua funcionar como órgão que processa e julga ações penais. Quando a Corte exerce tal incumbência, ela não o faz com excelência.

Alexandre de Moraes aponta, com precisão, em sua doutrina, a função precípua do STF:

"A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de

constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.”<sup>60</sup>

Diante do contexto brasileiro, infelizmente, há cada vez mais imputação de crimes contra autoridades. Isso tem levado ao congestionamento do STF: por exemplo, o caso do Mensalão, que iniciou o seu julgamento em 2012 e tomou nada menos que 69 sessões da Corte<sup>61</sup>.

A morosidade do STF é objeto de exame por vários pesquisadores da área jurídica. A Fundação Getúlio Vargas divulgou, em 2017, sua pesquisa quanto ao número de ações penais processadas originalmente no STF. Segundo gráficos do relatório da FGV, o prazo médio em dias de ações penais até o trânsito no STF julgado, em 2002, era menos de 100 dias. Em 2016, esse prazo aumentou para uma média de 1.300 dias. Essa média levou em conta a data de autuação até a certificação do trânsito em julgado. A pesquisa aponta que 68% das ações penais instauradas na corte prescrevem ou voltam para as instâncias inferiores<sup>62</sup>.

A pesquisa mostra, ainda, casos de maiores prazos até o trânsito em julgado da decisão, como a Ação Penal 347, contra Aníbal Gomes, do PMDB, demanda judicial que durou 11 anos e meio, ou a Ação Penal 345, contra Fernando Jacobo, do PR, processo que durou 11 anos da autuação até o trânsito em julgado, e outro caso da Ação Penal 409, movida contra Zé Geral, do PMDB, que durou nove anos. Dados da pesquisa apontaram que, em 2017, tramitavam no STF 103 ações penais e 357 inquéritos somente contra parlamentares, sem contar outros tantos que tramitavam na Corte possuindo como sujeitos outras autoridades detentoras do foro por prerrogativa de função<sup>63</sup>.

Os números assustam e levam a crer que o instituto precisa ser revisto. Contudo, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto, contrapôs o posicionamento do ministro relator Luís Roberto Barroso, de que a Corte é imprópria para trabalhar como tribunal de primeira instância em ações penais. Há argumentos evidentes de que, apesar de todas as mazelas e dificuldades a qual trabalha o Poder Judiciário brasileiro, o STF, ao que compete a ele, tem mostrado resultados<sup>64</sup>.

Da mesma forma, o jurista Lenio Luiz Streck assevera ser um equívoco dizer que a impunidade está ligada ao foro por prerrogativa de função e que a celeridade para o processamento das ações penais só acontece em primeira instância. O autor aponta que a pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas é tendenciosa, pois não levou em conta que, no período de realização da pesquisa, havia processos antigos que ficavam suspensos por causa da falta de autorização da casa para prosseguimento. Outro ponto é que, entre o período de autuação e o oferecimento da denúncia, a morosidade pouco tem a ver com a Corte, tendo em vista que é a Polícia e o Ministério Público que atuam nessa fase<sup>65</sup>.

No mesmo ponto de vista, são as afirmações do ministro Alexandre de Moraes. Segundo o julgador, não há dados precisos para afirmar que o STF não é funcional comparado à primeira instância de julgamento. De fato, é notório que todo o sistema judicial brasileiro é moroso, não só o STF: “o Poder Judiciário brasileiro é competente e independente em todas as suas instâncias, que precisam de mais estrutura e instrumentos processuais mais modernos para garantir maior celeridade e efetividade na distribuição de Justiça.”<sup>66</sup>

Outro entendimento do Tribunal a divergir nesse ponto foi o de que:

“O demonstrativo de que o processamento não é tão disfuncional quanto parece é o fato de que o STF como competência originária, não abre margens para diversos recursos, que na maioria das vezes acabam por prolongar a tramitação e levando à prescrição. Outro exemplo é o processo de extradição que em nenhum outro país tramita nos tribunais de cúpula, somente no Brasil, e a manutenção da permanência desse procedimento de tramitação nesta Corte, se justifica pela celeridade do tribunal nas ações desse conteúdo. Como prova disso e segundo pesquisa do CNJ o lapso temporal médio de tramitação em processos de primeira instância é de 3 anos e dois meses enquanto no STF é de 1 ano e um mês.”<sup>67</sup>

Possuindo ou não estrutura para processar e julgar ações penais, o STF deve fazê-lo, pois foi o próprio poder constituinte originário que lhe outorgou essa função constitucional. A linha de raciocínio do julgamento do STF visou garantir um pouco mais de eficiência na persecução penal de autoridades portadora do foro por prerrogativa de função, vez que, restringindo as hipóteses de competência do STF, que se definiu em razão da função e durante o exercício do cargo, bem como a fixação de perpetuação de competência junto à Corte, supõe-se que tais medidas reduzirão a sua carga de processos, evitando, desse modo, a prescrição.

### **3.2. Peculiaridades do foro por prerrogativa de função no Direito Comparado**

No Brasil, um número grande de autoridades detém o foro por prerrogativa de função. Em 2018, 54.990 autoridades estavam acobertadas pelo instituto, todas com sua garantia funcional fundamentada na CRFB/1988<sup>68</sup>.

Cada nação possui o seu ordenamento jurídico. Estes se desenvolvem com base no contexto histórico e cultural de cada povo. O instituto do foro por prerrogativa de função é utilizado em vários países.

O Brasil foi colonizado por portugueses. Logo, a cultura brasileira possui, arraigada em si, algumas heranças de sua antiga nação colonizadora. A primeira Constituição brasileira tomou por base a Constituição portuguesa. Nesta havia a presença do instituto. Mas o Brasil não manteve o mesmo padrão de Portugal, haja vista que, com o decorrer dos anos, a prerrogativa de foro foi sendo moldada, ganhando forma com padrões próprios.

Atualmente, em Portugal, apenas três autoridades dos poderes Executivo e Legislativo são beneficiadas pelo instituto, conforme previsão do artigo 130 da Constituição da República Portuguesa<sup>69</sup> e do artigo 11 do Código de Processo Penal<sup>70</sup> daquele país.

De acordo com a pesquisa do consultor legislativo Newton Tavares Filho acerca do tema, o foro por prerrogativa de função pode ser encontrado em vários ordenamentos jurídicos. Na Argentina, o sistema é adotado; no entanto, aqueles que detêm a prerrogativa do foro são julgados por crimes comuns não por uma Corte suprema, mas, sim, pelo Senado, e o número de autoridades detentoras do foro é bem restrito, cabendo apenas ao Senado processar e julgar os crimes comuns cometidos pelo Presidente e Vice-Presidente da República e dos ministros da Suprema Corte daquele país<sup>71</sup>.

Na Venezuela, aplica-se a prerrogativa apenas para o Presidente e para os Deputados da Assembleia Nacional. Na Itália, o foro é ofertado somente ao Presidente<sup>72</sup>. Já nos Estados Unidos da América, o instituto recebe outras nuances:

“Nos Estados Unidos, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Constituição americana, Art. III, Seção 2). O impeachment do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os oficiais civis dos Estados Unidos, é julgado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4).”<sup>73</sup>

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ter se espelhado no direito alemão, no que tange ao foro por prerrogativa de função, o ordenamento jurídico alemão é um dos mais restritos, sendo o instituto aplicado somente ao Presidente, enquanto estiver no efetivo exercício de sua função<sup>74</sup>. As peculiaridades do foro por prerrogativa de função no Brasil são, de fato, extensas, considerando a breve comparação com outros países.

Já houve uma percepção por parte do Poder Legislativo brasileiro quanto a isto, tanto que a PEC 333/2017 prevê a restrição do foro por prerrogativa de função. No Poder Judiciário, dentro do contexto de que o foro por prerrogativa de função não é uma garantia do indivíduo e sim do cargo que ele exerce, a restrição instituída pelo posicionamento do STF torna claro que não há motivos para estender a imunidade para atos estranhos à função, haja vista que a razão de ser do instituto é a proteção da função.

Há a sensação de que a forma como a prerrogativa de foro é utilizada na prática ataca o princípio republicano, que consiste em fundamento da CRFB/1988 e caminha de mãos dadas com o princípio da igualdade, mostrando que todos, inclusive autoridades, são iguais perante a lei. O foro por prerrogativa de função, em seu cerne e tendo em vista resguardar o bom exercício da função que a autoridade exerce, não fere os princípios constitucionais. Lado outro, a partir do momento em que tal é utilizado para práticas incomuns ao exercício do cargo, aí sim minam-se os princípios alicerces do Estado brasileiro.

O ideal de justiça e o bem comum, tendo por objetivo sempre os interesses do povo, os quais a CRFB/1988 traz em sua essência, devem sempre nortear o Poder Judiciário brasileiro, o qual deve acompanhar a evolução da sociedade, de modo que, se uma norma não produz mais efetividade e embaraça a aplicação da justiça, tal preceito deve ser revisto.

### **3.3. O STF e os limites de sua competência**

Conforme se extrai do texto constitucional, o foro por prerrogativa de função não é privilégio somente dos parlamentares. Há uma gama de outras autoridades que o possuem, as quais podem ter as suas ações penais tramitando em instâncias de segundo grau ou extraordinárias. O instituto não é só previsto na CRFB/1988, mas também em Constituições estaduais, abarcando outras autoridades.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal buscou dar melhor efetividade à norma constitucional, restringindo a aplicação do foro por prerrogativa de função para parlamentares e, de tal modo, ampliar tal posicionamento para as demais autoridades abarcadas.

Todavia, é relevante destacar que cada Poder que compõe o sistema estatal brasileiro possui a sua devida função, a qual deve ser desempenhada, por regra, ausente de interferências externas. O

ministro Gilmar Mendes preocupou-se em destacar os perigos acarretados quando um Poder, mesmo que com boas intenções, interfere na seara de outro Poder, extrapolando a sua competência e não guardando a mesma precisão que o Poder competente para o exercício da função.

Asseverou o ministro Gilmar Mendes:

"[...] destaco os riscos envolvidos no afazer legislativo que exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos "estritamente jurídicos", colhe também variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo [...]. Portanto, há que se ter muito cuidado ao estabelecer orientações que, ainda sob o manto da interpretação constitucional, alteram substancialmente as normas que se extraem da Constituição."<sup>75</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por três Poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo. A separação de Poderes tem por finalidade evitar que o poder estatal esteja acumulado nas mãos de um só, como ocorria no período absolutista. Nesse passo, a separação dos poderes traz, também, independência aos mesmos na prática de suas funções. Ademais, de modo a garantir um equilíbrio, cria-se, igualmente, a fiscalização entre os poderes, na medida em que um somente interfere no outro quando há a extrapolação de suas competências, conhecido pela doutrina como sistema de freios e contrapesos.

Dentro da divisão de poderes, cada qual possui a sua função bem definida, de forma que coexistam funções predominantes e funções excepcionais. Ao Judiciário compete, predominantemente, a função jurisdicional, ou seja, ante a existência de litígio entre sujeitos, cabe a Judiciário a aplicação da norma, de forma a solucionar os conflitos que lhes são levados. Já o Legislativo possui a incumbência de legislar, ou seja, trabalhar na elaboração das leis, bem como na revisão de matérias criadas pelo poder constituinte originário, por meio de Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

O ministro Gilmar Mendes assegurou em seu voto que a impropriedade do STF se demonstra ao passo que o tribunal, ao restringir a abrangência do foro por prerrogativa de função, deixou certas lacunas: por exemplo, se um crime cometido antes da diplomação, mas em razão do futuro cargo, estaria abarcado pelo instituto, um senador que é flagrado depois do resultado das eleições que saiu vencedor, porém, ainda não diplomado, pagando a eleitores pelos votos comprados, seria em tese um crime praticado em razão da função?

Não há resposta para essas situações, fato que somente em casos concretos futuros ver-se-á o posicionamento dos tribunais para essas hipóteses. Isso decorre da imprecisão do STF na interpretação de questões que transformam a essência do texto constitucional, o que é uma clara interferência do Poder Judiciário na esfera legislativa.

Apesar de existir a necessidade de uma mudança no foro por prerrogativa de função, ante a realidade da persecução penal das autoridades detentoras dele, a interferência do Poder Judiciário em questões de competência do Poder Legislativo acarreta instabilidade e insegurança no ordenamento jurídico brasileiro. "Cabe ao legislativo rever as más escolhas do poder constituinte originário."<sup>76</sup> O limite de competências entre os poderes deve ser respeitado, de modo a garantir segurança jurídica e harmonia entre os poderes.

### **3.4. A possível extensão da restrição do foro por prerrogativa de função para outras autoridades**

O Poder Legislativo se exterioriza pelo Congresso Nacional, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. Sabe-se que a CRFB/1988 é rígida e de difícil alteração. Quando se deseja alterar parte do texto constitucional criado pelo poder constituinte originário, se faz por meio de proposta de emenda à Constituição.

Fato é que o número de autoridades com prerrogativa de função é elevado e tem sido alvo de discussões dentro do Poder Legislativo, onde se aguarda a análise da PEC 333/2017, a qual reduz a aplicação do foro por prerrogativa de função apenas para o Presidente e Vice-Presidente da República, presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese toda a morosidade existente, também, no Poder Legislativo, percebe-se que ele não se conserva inerte quanto à questão tratada e aos resultados que a aplicação da prerrogativa de foro tem trazido para dentro da sociedade brasileira, ao ponto que já se movimenta, mesmo que de maneira lenta, para uma possível solução do problema. Desta feita, cabe somente ao Poder Legislativo concretizar uma eventual mudança, de modo a promover, por meio da alteração da norma constitucional, uma melhor aplicabilidade do foro por prerrogativa de função.

O estudo dos consultores legislativos do Senado João Trindade Cavalcante Filho e Frederico Retes Lima (2017) revela que, no Brasil, cerca de 54.990 autoridades listadas na CRFB/1988 e nas Constituições

estaduais são alcançadas pelo foro por prerrogativa de função<sup>77</sup>. A decisão do STF atingiu, em média, 1% das autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, ou seja, apenas parlamentares, que compõem o grupo de 81 senadores e 513 deputados federais.

Em primeira vista, o entendimento do STF parece atacar o princípio da igualdade, pois selecionou apenas algumas autoridades para a restrição do foro. Mediante casos semelhantes e autoridades com compatibilidade dos quesitos da restrição, tais poderiam ser incluídos no entendimento. O próprio ministro Dias Toffoli, em maio de 2018, por meio de ofício, encaminhou ao STF a proposta de duas súmulas, onde uma aplica o entendimento do STF quanto ao foro por prerrogativa de função para as demais autoridades no âmbito federal, e outra acaba com o instituto nas esferas estaduais e municipais<sup>78</sup>.

A possibilidade de extensão do entendimento do STF para as demais autoridades possuidoras de foro por prerrogativa de função, tanto para as que possuem os seus processos originando no STF quanto para aquelas que possuem em outros tribunais específicos, desafogaria os respectivos tribunais quanto às ações penais que lá tramitam, como também traria maior aplicabilidade da norma, ao passo que a restrição para tais autoridades evitaria o efeito gangorra, com o sobe e desce de processos.

No entanto, a alteração aqui aventada deve ser feita com o procedimento correto, ou seja, deve ser empregada segundo o crivo do Poder Legislativo, resguardando a sociedade e o Estado, dessa maneira, de eventual insegurança jurídica no ordenamento jurídico constitucional vigente.

É certo que, diante do clamor popular e do atual contexto, o STF trabalhou de modo a viabilizar a aplicação do texto constitucional normativo. Malgrado, vale lembrar que cabe ao STF a interpretação conforme a Constituição e não a reescrita do texto constitucional. Deve-se respeitar a marcha com que o Poder Legislativo trabalha, ainda que não ligeira, e, ainda, considerando que tal não se encontra paralisado diante do problema, mas ao seu próprio tempo busca a resolução da questão.

#### 4. Conclusão

Compreende-se que a CRFB/1988 foi bem generosa no que tange ao número de autoridades com foro por prerrogativa de função, sendo uma das mais abrangentes do mundo. Entretanto, pelo fato de grande número de países ainda utilizarem o instituto, mostra-se que, em sua essência, há uma finalidade lógica, não devendo o mesmo ser banido, mas apenas revisto.

O STF consolidou novo entendimento quanto ao foro por prerrogativa de função, estabelecendo sua aplicação aos parlamentares somente em casos de crimes comuns, praticados durante o exercício do ofício e em razão do cargo. Ao que se percebe, o Poder Judiciário trabalhou de modo a atender o clamor popular, viabilizando a aplicação do instituto, tendo em vista o desprestígio que esse ganhou diante da dinâmica estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro para sua aplicação.

Nada obstante, as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário não devem ser feitas tendo como bússola o clamor da população, tendo em vista que, embora na prática o foro por prerrogativa de função tenha sido o causador de impunidades, os meios de discussão acerca da revisão do instituto devem observar rito legislativo próprio.

É fato que o instituto da prerrogativa de foro precisa ser revisto. Contudo, a extensão da interpretação da decisão do STF para as demais autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função pode gerar insegurança jurídica, pois cabe ao Poder Legislativo promover eventual mudança, haja vista não ser o STF competente para tal. O Poder Legislativo, em seu próprio tempo, optará por resolver o problema, por exemplo, com a análise da PEC 333/2017.

Tem-se notado o agigantamento das interferências do Poder Judiciário nos demais poderes, por meio de suas decisões, o que não deve ser uma regra, mas, sim, uma exceção. Somente em casos em que o Poder Legislativo extrapole as garantias constitucionais é que deve o STF agir, como guardião da Constituição e de maneira a garantir a interpretação do texto constitucional.

De tal modo, a decisão que atinge os parlamentares não deve ser aplicada de imediato às demais autoridades portadoras de foro por prerrogativa de função, pois para o episódio não cabem analogias. Não obstante, incumbe aguardar o trabalho do Poder Legislativo.

#### 5. Referências

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Método, 2018.

BBC NEWS. Restrição de foro privilegiado em pauta no STF atinge apenas 1% dos 54.990 beneficiados. *G1*, 15 abr. 2018. Disponível em: [<https://glo.bo/2EN4jHm>]. Acesso em: 29.07.2019.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro: São Cristóvão, 1824.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro: Catete, 1937.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967. Brasília-DF: Senado, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941 (LGL\1941\8). Rio de Janeiro: Catete, 1941.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição 333, de 2017. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: [<https://bit.ly/2lrLoht>]. Acesso em: 31.08.2019.

CASADO, Letícia. Toffoli propõe ampliar a extensão do foro especial. *Folha de São Paulo*, 09 maio 2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2Is0U6K>]. Acesso em: 30.06.2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; LIMA, Frederico Retes. *Foro, prerrogativa e privilégio (parte 1): quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília-DF: Senado, 2017. Disponível em: [<https://bit.ly/2lPkJuW>]. Acesso em: 30.06.2019.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto Martins; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes; CHAVES, Luciano. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o supremo*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu. *Grécia e Roma*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função. *Consultor Jurídico*, 04 mar. 2017. Disponível em: [<https://bit.ly/2lxKL64>]. Acesso em: 15.03.2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEPORE, Paulo; BORTOLETO, Leandro. *Noções de direito constitucional e direito administrativo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIGALHAS. *Ministro Salomão aplica simetria e tira foro de governador da Paraíba*. 07 maio 2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2INWIV4>]. Acesso em: 13.07.2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MPF. Ministério Público Federal. *Lava jato: PGR defende que quatro inquéritos devem ser enviados a primeira instância*. 15 abr. 2019. Disponível em: [<https://bit.ly/2keo2f2>]. Acesso em: 06.06.2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Bruna Mariane. *Foro especial por prerrogativa de função*. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Anápolis, Anápolis, 2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2IPToc1>]. Acesso em: 29.05.2019.

OLIVEIRA, Mariana. Após um ano e meio e 69 sessões STF conclui julgamento do mensalão. *G1*, 13 mar. 2014. Disponível em: [<https://glo.bo/2lvEzLF>]. Acesso em: 25.05.2019.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: [<https://bit.ly/2CaHtMU>]. Acesso em: 31.03.2019.

PORTUGAL. Decreto-lei 78, de 17 de fevereiro de 1987. Lisboa: Ministério da Justiça, 1987. Disponível em: [<https://bit.ly/2lwVHAH>]. Acesso em: 31.03.2019.

SPERANDIO, Luan. Como é o foro privilegiado em outros países? *Instituto Liberal*, 26 mar. 2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2KaBOH2>]. Acesso em: 26.05.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 245, de 13 de dezembro de 1963. Brasília-DF: STF, 1963.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal 937, TP, relator Min. Roberto Barroso, j. 02.05.2018, *DJe*, 03.05.2018.

STRECK, Lenio Luiz. Foro privilegiado: Supremo em números não pode ser "números supremos". *Consultor Jurídico*, 28 mar. 2017. Disponível em: [<https://bit.ly/2jYKWH5>]. Acesso em: 04.04.2019.

TAVARES FILHO, Newton. *Foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [<https://bit.ly/2IVVFCH>]. Acesso em: 31.03.2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

1 .FUNARI, Pedro Paulo Abreu, 2018, s/p.

2 .FUNARI, Pedro Paulo Abreu, 2018, s/p.

3 .FUNARI, Pedro Paulo Abreu, 2018, s/p.

4 .FUNARI, Pedro Paulo Abreu, 2018, s/p.

5 .MORAES, Alexandre de, 2018, s/p.

6 .BRASIL, 1824, s/p.

7 .BRASIL, 1824, s/p.

8 .BRASIL, 1891, s/p.

9 .BRASIL, 1891, s/p.

10 .BRASIL, 1934, s/p.

11 .BRASIL, 1934, s/p.

12 .BRASIL, 1937, s/p.

13 .MORAES, Alexandre de, 2018, p. 870.

14 .BRASIL, 1946, s/p.

15 .BRASIL, 1967, s/p.

16 .MORAES, Alexandre de, 2018, s/p.

17 .BRASIL, 1988, s/p.

18 .BRASIL, 1988, s/p.

19 .LENZA, Pedro, 2018, p. 940.

20 .NOVELINO, Marcelo, 2018, p. 670.

21 .BRASIL, 1988, s/p.

22 .LENZA, Pedro, 2018, p. 941.

- 23 .MORAES, Alexandre de, 2018, s/p.
- 24 .MORAES, Alexandre de, 2018, p. 892.
- 25 .MORAES, Alexandre de, 2018, s/p; LENZA, Pedro, 2018, s/p; NOVELINO, Marcelo, 2018, s/p.
- 26 .MORAES, Alexandre de, 2018, p. 892.
- 27 .LENZA, Pedro, 2018, p. 1231.
- 28 .TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2017, p. 475.
- 29 .NUCCI, Guilherme de Souza, 2017, p. 214.
- 30 .AVENA, Norberto, 2018, p. 103.
- 31 .STF, 2018, s/p.
- 32 .AVENA, Norberto, 2018, p. 104.
- 33 .AVENA, Norberto, 2018, s/p; LENZA, Pedro, 2018, s/p.
- 34 .BRASIL, 1941, s/p.
- 35 .STF, 1963, s/p.
- 36 .LOPES JÚNIOR, Aury, 2018, p. 187.
- 37 .BRASIL, 1988, s/p.
- 38 .MORAES, Alexandre de, 2018, p. 108.
- 39 .GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat, 2017, s/p.
- 40 .NUCCI, Guilherme de Souza, 2017, p. 227.
- 41 .NUCCI, Guilherme de Souza, 2017, p. 227.
- 42 .SPERANDIO, Luan, 2018, s/p.
- 43 .CÂMARA DOS aDEPUTADOS, 2019, s/p.
- 44 .STF, 2018, s/p.
- 45 .STF, 2018, s/p.
- 46 .MIGALHAS, 2018, s/p.
- 47 .STF, 2018, s/p.
- 48 .STF, 2018, s/p.

- 49 .STF, 2018, s/p.
- 50 .STF, 2018, s/p.
- 51 .OLIVEIRA, Bruna Mariane de, 2018, s/p.
- 52 .OLIVEIRA, Bruna Mariane de, 2018, s/p.
- 53 .STF, 2018, s/p.
- 54 .MIGALHAS, 2018, s/p.
- 55 .MPF, 2019, s/p.
- 56 .BRASIL, 1988, s/p.
- 57 .LENZA, Pedro, 2018, p. 1296.
- 58 .LENZA, Pedro, 2018, p. 1296.
- 59 .STF, 2018, s/p.
- 60 .MORAES, Alexandre de, 2018, p. 204.
- 61 .OLIVEIRA, Mariana, 2014, s/p.
- 62 .FALCÃO, Joaquim et al., 2017, s/p.
- 63 .FALCÃO, Joaquim et al., 2017, s/p.
- 64 .STF, 2018, s/p.
- 65 .STRECK, Lenio Luiz, 2017, s/p.
- 66 .STF, 2018, s/p.
- 67 .STF, 2018, s/p.
- 68 .BBC NEWS, 2018, s/p.
- 69 .PORTUGAL, 1976, s/p.
- 70 .PORTUGAL, 1987, s/p.
- 71 .TAVARES FILHO, Newton, 2015, s/p.
- 72 .TAVARES FILHO, Newton, 2015, s/p.
- 73 .TAVARES FILHO, Newton, 2015, p. 9.
- 74 .TAVARES FILHO, Newton, 2015, s/p.

75 .STF, 2018, s/p.

76 .STF, 2018, s/p.

77 .CAVALCANTE FILHO, João Trindade; LIMA, Frederico Retes, 2017, s/p.

78 .CASADO, Letícia, 2018, s/p.