

DOIS PESOS, DUAS MEDIDAS: O SUPREMO ATIVISTA E A RESTRIÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO LEGISLATIVO: UM ESTUDO A PARTIR DA QO NA AP 937 DO STF

TWO MEASURES: SUPREME ACTIVIST AND THE RESTRICTION OF THE LEGISLATIVE IMMUNITY: A STUDY OF STF'S PENAL ACTION 937¹

Matheus Felipe de Castro²
Frederico Ribeiro de Freitas Mendes³

Resumo: O presente estudo, estruturado através do método indutivo e reconstrutivo, analisou a nova interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem da Ação Penal n. 937. Inicialmente, descreveu-se o contexto processual do julgado. Na sequência, foi realizada uma breve incursão histórica em relação ao foro por prerrogativa de função no Brasil. Em um segundo momento, abordou-se os argumentos utilizados pelo Supremo para restringir o foro por prerrogativa de função no Legislativo, deixando em aberta a questão do foro por prerrogativa de função do Judiciário, que posteriormente, seria mantida por decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Controle de Constitucionalidade; Foro por Prerrogativa de Função.

Abstract: The present study, structured through the inductive and reconstructive method, analyzed a new interpretation signed by the Federal Supreme Court in the Question of Order of Penal Action n. 937. Initially, the procedural context of the court was described. Following this, a brief incursion was made for the role of introduction to the function in Brazil. In a second, address the arguments used by the Supreme Court to restrict the forum by function pressures of legislative, leaving open the question of the forum by prerogative of function of the Judiciary, which would later be rejected by STJ's decision.

Key-words: Judicial Activism; Constitutionality Control; Forum by Functional Prerogative.

Introdução

As discussões em torno do foro por prerrogativa de função no Brasil sempre foram pautas de intensos debates nos Tribunais Superiores. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o passar dos anos, principalmente em razão da alternância em sua composição,

¹ Artigo submetido em 28/11/2018 e aceito para publicação em 23/01/2018.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UNB); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professor colaborador do Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da UFSC; professor titular do Programa acadêmico de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e advogado em Florianópolis. E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com.. ORCID ID 0000-0002-0534-7981.

³ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGPD-UFSC); professor do corpo docente permanente da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Analista Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). E-mail: fredericorf@ gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-5896-7519.

vem, paulatinamente, reinterpretando as normas constitucionais relacionadas ao foro por prerrogativa de função.

Entretanto, na Questão de Ordem (QO) na Ação Penal (AP) 937, o Supremo, em uma virada de posição, alterou substancialmente seu entendimento em relação às restrições impostas ao foro por prerrogativa de função no Legislativo e ainda fixou diversas premissas, que serão analisadas no presente estudo de caso.

Diante do julgado paradigmático, por meio do método indutivo com viés analítico e descritivo, o presente estudo busca apresentar a QO na AP 937 por meio do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, posicionamento que, ao final, prevaleceu no colegiado do Supremo Tribunal Federal.

Para contextualizar o voto do Ministro Relator, far-se-ão breves apontamentos históricos para, na sequência, reconstruir as razões do voto vencedor. Não menos relevante, será examinado o voto do Ministro Gilmar Mendes que divergiu em parte do Relator e propôs a edição de Súmula Vinculante sobre o assunto.

Em tópico específico, em razão da importância das razões jurídicas invocadas, serão esquadrinhados os votos e os principais argumentos expostos pelos Ministros que divergiram do Ministro Barroso durante a sessão de julgamento. Após, serão explorados os fundamentos expostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, correlacionando-os com as possíveis consequências no Ordenamento Jurídico brasileiro.

1. O contexto da Questão de Ordem na Ação Penal 937 do Supremo Tribunal Federal

O Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação penal contra candidato, que fora vitorioso nas eleições para prefeito no ano de 2008, pela prática, em tese, de captação ilícita de sufrágio, crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral.

Inicialmente, em razão do cargo que o acusado ocupava à época, os autos tramitavam no Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado. A inicial acusatória foi recebida pelo TRE-RJ em 30.01.2013, cerca de cinco anos após a consumação dos fatos descritos na denúncia.

Em razão do encerramento do mandato do réu, houve declinação de competência, com a remessa dos autos para o Juízo da 256ª Zona Eleitoral no Rio de Janeiro. Entretanto, o Tribunal Regional Eleitoral no Rio de Janeiro anulou a própria decisão que recebeu a denúncia porquanto o acusado não detinha o foro de prerrogativa de função naquele momento (30.01.2013).

O juízo de primeira instância recebeu novamente a denúncia em 14.04.2014, prosseguindo no regular trâmite processual. Em 10.02.2015, o acusado foi diplomado no cargo de Deputado Federal (era o primeiro suplente) e, por isso, os autos foram remetidos para o Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, em 14.04.2016, o titular do mandato retornou as suas funções; novamente, assumiu o cargo de Deputado Federal (19.04.2016), sendo efetivado no dia 13.09.2016. Na sequência, renunciou ao cargo para assumir mandato de Prefeito no dia 01.01.2017.

Segundo o Relator, Ministro Roberto Barroso, “diante das disfuncionalidades práticas do regime de foro por prerrogativa de função⁴”, foi suscitada, com o fim de proceder em nova interpretação da “tormentosa” questão do foro de prerrogativa de função, propondo três principais reflexões: (i) proceder na reinterpretação do art. 102, I, “b”, da CF/88 para assegurar o foro por prerrogativa de função dos Deputados Federais e Senadores a crimes cometidos durante o exercício do cargo e (ii) desde que relacionados a função desempenhada; e (iii) definir qual o marco temporal (processual) que o investigado poderá perder a prerrogativa de ser julgado pelo STF.

Na primeira hipótese, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” (i). Quanto à segunda assertiva, firmou a tese que “após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar(ii) 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” (iii).

Na oportunidade, além de alterar o entendimento amplamente majoritário naquela Corte, evocou o julgado firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (julgada em 25.08.1999), cuja relatoria foi incumbida ao Ministro Sydney Sanches, atribuiu efeitos *erga omnes* à decisão e determinou a aplicação imediata aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior.

2. Razões históricas sumariadas no voto do Ministro Relator

⁴ No julgado, o Ministro Barroso expressamente se refere ao foro de prerrogativa de função como foro privilegiado ou especial. Neste estudo de caso, optou-se por não empregar a expressão foro privilegiado, deixando para o leitor, apesar das críticas que serão expostas ao final, a reflexão sobre o emprego do instituto com referida acepção.

O Ministro Barroso (Brasil, 2018), em seu voto, apresentou uma breve análise histórica do foro por prerrogativa de função. Referiu-se à Constituição Política do Império do Brasil de 1824, editada e outorgada em 23 de março de 1824 pelo Imperador Dom Pedro I; prescrevia nos artigos 27, 28, 38 e 48 que os Deputados e Senadores somente poderiam ser presos em flagrante delito “de pena capital”; a continuidade do processo e do exercício parlamentar cabe exclusivamente à respectiva Casa. A função Judiciária era exercida por Juízes de Direito e jurados; os juízes poderiam perder o cargo somente por sentença, contudo, o Imperador detinha o poder de suspendê-los das funções (arts. 154 e 155). Seu órgão máximo era representado pelo Supremo Tribunal de Justiça que, nos termos do artigo 163, II, cabia conhecer de delitos praticados por Ministros, do Corpo Diplomático e dos Presidentes das Províncias. No Executivo, em razão do Poder Moderador, a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, dotada de imunidade absoluta por seus atos (art. 99).

Em um segundo momento, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1891, sob forte influência da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 24 de fevereiro de 1891. No seu artigo 20, igual norma da Constituição anterior foi mantida, pois os congressistas somente poderiam ser presos com prévia licença da respectiva casa e por crime inafiançável; eram também julgados por seus pares. Quanto ao Executivo, cabia à Câmara autorizar o início de processo contra o Presidente e seus ministros nos crimes conexos. Nos crimes comuns eram julgados pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 52, §2º 2 e 59, I) e pelo Senado em relação as infrações políticas (art. 53). Os membros da cúpula do Judiciário eram julgados nos ilícitos de responsabilidade pelo Senado; os órgãos inferiores do Judiciário, os crimes comuns praticados pelo Presidente e pelos Ministros diplomáticos eram julgados pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 57, p 2 e 59, I, “a” e “b”). Os militares eram julgados pelo Supremo Tribunal Militar (art. 77, §1º). Vale lembrar que os Estados possuíam autonomia para criarem os respectivos foros de prerrogativa de função naquilo que não conflitasse com a Constituição (art. 77, §1º).

As Constituições seguintes mantiveram a República como forma de governo e, da mesma maneira, conservaram expressamente o foro de prerrogativa de função para detentores de diversos cargos políticos. Logo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, a Constituição do Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro 1946, a Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, adotaram expressamente a forma republicana em

seu título, ainda que, na prática, as Constituições de 1937 e 1967 tinham nítido caráter autoritário.

Após breve incursão histórica, o Ministro Barroso lembrou que o foro por prerrogativa de função, em menor ou mais extensão, sempre se mostrou presente na realidade jurídica brasileira em todas as suas constituições e, por isso, o tema deveria ser enfrentado com maior profundidade pela Corte Maior.

O resgate histórico presente no voto do Ministro Barroso objetivou demonstrar que o foro por prerrogativa de função se tratava, na verdade, de foro privilegiado⁵, situação esta que permanece em poucos países na atualidade (BRASIL, 2018). A partir da reconstrução histórica, o Ministro Relator cadenciou sua linha de raciocínio no sentido de restringi-lo a determinados casos e em situações específicas que serão expostas nesse estudo.

3. Primeira fundamentação: as restrições do foro por prerrogativa de função

A Função Jurisdicional, inerente à composição do Estado em seu conceito clássico, é exercida de forma equânime entre os seus administrados. Contudo, buscando maior estabilização política e consolidação da segurança jurídica, foi desenvolvido, com o passar dos anos, prerrogativas processuais nas diferentes esferas do direito para julgar (ou imunizar) fatos jurídicos praticados por pessoas que ocupam cargos essenciais para a manutenção do modelo de Estado pré-estabelecido. Na esfera processual penal são conhecidos como foro por prerrogativa de função, que não se confunde com foro privilegiado, pois aquele se refere à função desempenhada e não como deferência à pessoa ocupante do cargo.

No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa de 1988, em vários dispositivos, atribuiu a autoridades políticas a prerrogativa de serem julgados por crimes em juízo diverso do ordinário, normalmente composto por um tribunal. O julgamento pode se dar em relação aos chamados crimes comuns (julgamento jurídico) ou por um tribunal de composição híbrida, como em alguns casos envolvendo o cometimento de crimes de responsabilidade (julgamento essencialmente político).

O julgamento em decorrência da prerrogativa de função no Brasil abrange autoridades inseridas nas três funções essenciais ao Estado: (a) no Executivo, os chefes das três esferas políticas, Ministros, Secretários ou ocupantes de cargos equivalentes são julgados por crimes

⁵ Segundo o Ministro Celso de Mello, “o constituinte se afastou do postulado da igualdade”, demonstrou “visão aristocrática e seletiva de poder [...]”; “a constituição mostrou-se estranhamente aristocrática” (BRASIL, 2018).

comuns e de responsabilidade por tribunais e não por juízos singulares; (b) no Legislativo, a exceção do vereador⁶, são julgados pelos Tribunais de segundo grau ou pelo Supremo Tribunal Federal; (c) no Judiciário, permanece o mesmo raciocínio, sendo seus membros julgados sempre por um Tribunal de superposição, a exceção do STF que julga seus próprios membros; (d) o Ministério Público, mesmo não inserido diretamente com uma função típica na tripartição das funções estatais, evidentemente exerce função política essencial de destaque e, por isso, seus membros também gozam de foro para julgamento diverso do juízo de primeiro grau.

Em um breve estudo comparado, o Ministro Roberto Barroso lembrou que, dentre as democracias modernas, com ressalva da Espanha, nenhum outro país possui extensão tão ampla para o uso do foro especial, pois os poucos países que o adotam, permitem o julgamento de autoridades por ilícitos relacionados exclusivamente ao desempenho do cargo (BRASIL, 2018).

Nesse trilhar e ainda prosseguindo na linha de pensamento do Ministro Barroso, o cenário brasileiro possui especiais peculiaridades, onde, em razão de diversos fatores como a lentidão processual, as deficiências estruturais e legais podem levar à sensação de impunidade e de abuso de direito pelo uso do foro por prerrogativa de função, especialmente porque há tribunais que não possuem vocação para julgar originariamente crimes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, Corte Maior essencialmente afeta a embates de ordem constitucional.

No seu voto (Brasil, 2018), mencionou duas importantes consequências do foro por prerrogativa de função: a) afasta do Supremo seu papel constitucional e b) contribui para a “ineficácia” do sistema de justiça criminal. Ainda, tratou sobre a demora na marcha processual e as frequentes modificações de competência como fatores que contribuem para a lentidão dos processos, bem com a inexistência do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no Tribunais Superiores⁷.

O argumento de “ineficácia” da Justiça Criminal ganhou especial destaque no voto do Ministro Barroso porque, conforme já mencionado, no processo que originou a AP 937 houve o deslocamento de competência do órgão julgador alterada em diversas oportunidades exclusivamente por conta do cargo político ocupado (ou não) pelo acusado (BRASIL, 2018).

⁶ Vale lembrar que a Constituição Estadual poderá prever o julgamento de ocupantes de cargos políticos por Tribunais de segundo grau, desde que a competência do Poder Constituinte Decorrente não conflita com a Constituição Federal. O raciocínio reflete a Súmula 721 do STF e solidificada por meio da Súmula Vinculante n. 45.

⁷ A menção à inexistência do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal deve ser aplaudida porquanto, em regra, não há a possibilidade de reanálise recursal da matéria fática. O posicionamento do Ministro Barroso segue as diretrizes dos principais Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos.

A soma de todos os argumentos apresentados pelo Ministro Relator, reinterpretando o art. 102, I, “b”, da CF/88, pode ser assim sintetizada:

i. Restrição em razão do cargo:

assegurar o foro de prerrogativa de função para os Deputados Federais e Senadores exclusivamente em relação a crimes cometidos durante o exercício do cargo.

ii. Restrição em razão da relação de causalidade:

os delitos praticados devem guardar relação direta à função desempenhada.

Fundamentando seu voto, o Ministro Barroso (Brasil 2018) evocou o Princípio da Redução Teleológica de Karl Larenz (1997) e a Técnica de Dissociação de Riccardo Guastini (1999). Consistem, resumidamente, na possibilidade de redução da interpretação da norma a somente um ou alguns casos, sob a justificativa de adequação da norma em razão de lacunas ocultas - ou axiológicas - frente à norma literal, corrigindo sua aplicação. Em outras palavras, cria exceção não prevista no texto legal para fins de adaptação principiológica e hermenêutica.

Quanto à previsão de foro por prerrogativa de função em outros diplomas, o Ministro Barroso, em análise do art. 125, *caput* e do seu parágrafo primeiro da CF/88, apresentou uma terceira restrição, agora voltada para o “Poder” Constituinte Derivado⁸.

iii. Restrição legislativa:

as Constituições estaduais podem estabelecer foros em razão da função, desde que não conflitam com a Constituição Federal ou burlam as regras da restrição por implicar na sua interpretação restritiva.

Portanto, pode-se afirmar que a decisão provocou uma mutação constitucional no art. 102, I, “b”, da CF/88, alterando informalmente o sentido da norma constitucional sem a modificação de seu texto, superando a sua leitura literal, com restrição da aplicação do foro em três diferentes frentes.

⁸ Encontram-se pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal as normas das Constituições dos Estados do Espírito Santo (ADI 5517), Santa Catarina (ADI 5520), São Paulo (ADI 5522), Tocantins (ADI 5528), Amazonas (ADI 5536), Rondônia (ADI 5573), Distrito Federal (ADI 5579) e São Paulo (5591) que atribuem o foro por prerrogativa de função para os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia. As iniciais são lastreadas pela ausência de previsão e simetria constitucionais.

4. Segunda fundamentação: fixação do marco temporal

Além da defesa da tese restritiva, o Ministro Barroso propôs a fixação de um marco temporal-processual para o declínio ou perpetuação excepcional da competência do foro por prerrogativa de função junto ao STF. Aduziu que “ao final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimações para apresentação de alegações finais, seja prorrogada a competência do juízo para julgar as ações penais em todos os graus de jurisdição” (BRASIL, 2018).

Desse modo, caso o agente público venha a ocupar outro cargo ou mesmo perca o mandato, independentemente do motivo, não acarretará a modificação de competência. A ideia subjacente do Ministro é evitar o “sobe e desce” dos processos e que a perda do cargo seja utilizada como “subterfúgio para o deslocamento de competências constitucionalmente definidas” (BRASIL, 2018).

5. Terceira fundamentação: efeitos da decisão

A vinculação dos precedentes judiciais em sede de controle concentrado em abstrato no Supremo Tribunal Federal, em breves linhas, está prevista no art. 102, §2º da CF/88 e no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 (ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade). Já o controle de constitucionalidade pela via difusa em concreto, em regra, deve observar o art. 52, X, da CF/88, que autoriza o STF a declarar a inconstitucionalidade no caso concreto com posterior notificação ao Senado que, em juízo político, poderá - e não deverá - suspender a eficácia da lei ou ato normativo impugnado⁹.

Na oportunidade, evocou o julgado firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (julgada em 25.08.1999), cuja relatoria foi incumbida ao Ministro Sydney Sanches, atribuindo efeitos *erga omnes* (e vinculantes) à decisão e determinou a aplicação imediata aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior.

⁹ Exemplificando, no *Habeas Corpus* n. 92.859, julgado em fevereiro de 2006 pelo Supremo, em controle difuso e de grande repercussão, por 6 votos a 5, decidiu pela inconstitucionalidade do cumprimento de pena integralmente fechado nas condenações por crimes hediondos e equiparados (art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90). Em 17 de dezembro de 2013, ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 que vedava o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado para os crimes considerados com hediondos. Por outro lado, o Parecer 529 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, datado de 1 de junho de 2016 foi contrário à suspensão do parágrafo declarado inconstitucional em sede de *Habeas Corpus*.

Ao que se vê, o Supremo superou - ao menos caminha nesse sentido - as discussões travadas em outros julgados e passou a adotar em definitivo o caráter *erga omnes* (possivelmente vinculante) de suas decisões também para o controle concreto pela via difusa.

6. Voto divergente do Ministro Gilmar Mendes e a proposta para edição de Súmula Vinculante

O Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2018) expressamente reconheceu a necessidade de analisar e revisar a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal:

Para começar, o Tribunal precisa rever sua jurisprudência histórica que admite a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais, mesmo para cargos sem similar contemplado na Constituição Federal (ADI-MC 541, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 25.10.1991; ADI 469, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5.4.2001; ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Correa, julgada em 1º.12.2004; ADI 541, Rel. Min. Carlos Velloso, na qual fui designado redator para acórdão, julgada em 10.5.2007). Considerando que praticamente todas as Constituições Estaduais estendem a prerrogativa de foro, algumas em normas já julgadas constitucionais via controle concentrado de constitucionalidade, seria o caso de adotar Súmula Vinculante, afirmando a invalidade dessas normas. Pode-se pensar em uma redação como “É inconstitucional o dispositivo de Constituição Estadual que disponha sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal”.

O Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2018) seguiu em parte o voto do Ministro Barroso. Acompanhou o Relator quanto à fixação do prazo das alegações finais como marco processual para o foro por prerrogativa de função. Contudo, destacou na *ratio decidendi*:

i. Não limitação do nexo causal (acompanhou o Ministro Alexandre de Moraes):

ampliar o alcance do foro de prerrogativa de função quanto à irrelevância do nexo causal (ligação com o ofício).

ii. Declaração de inconstitucionalidade (seguido pelo Ministro Dias Toffoli):

a) dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17- em relação a autoridades diversas dos Ministros de Estado;

b) dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79 (prerrogativas de magistrados);

- c) dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93; dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93 (prerrogativas dos Membros dos Ministérios Públicos);
- d) do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93 - que definem como prerrogativa dos magistrados e membros do Ministério Público só serem presos em flagrante de crime inafiançável ou por ordem do Tribunal; serem recolhidos a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; e não ser investigados não pela polícia, mas pelo Tribunal competente para o processo.

Ainda, “caso acolhida a questão de ordem, proponho a pronúncia da inconstitucionalidade de todas essas prerrogativas e inviolabilidades” (BRASIL, 2018).

Durante o julgamento, foi proposto pelo Ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2018) o início do procedimento para a edição de Súmula Vinculante com o intuito de solidificar e vincular aos demais órgãos da Administração ao novo entendimento firmado no julgado nos seguintes termos:

iii. Proposta de vinculação da restrição na esfera legislativa:
reafirmar a inconstitucionalidade de normas previstas em Constituições Estaduais que disponham sobre a competência dos Tribunais de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal.

Em outros termos, o Ministro Gilmar Mendes propôs a restrição vinculante direcionada ao “Poder” Constituinte Derivado dos Estados, aproximando-se dos fundamentos expostos pelo Ministro Barroso, na medida em que veda àqueles Entes a ampliação do foro de prerrogativa de função em suas constituições em caso de inexistência de simetria com a Constituição Federal.

7. Posicionamentos divergentes

Na QO da AP 934 do STF, os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e as Ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia acompanharam na íntegra o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator dos autos na ocasião cujo voto prevaleceu.

O Ministro Alexandre de Moraes divergiu do Relator nos seguintes pontos (BRASIL, 2018):

i. Impossibilidade de restrição da relação de causalidade (seguido pelo Ministro Dias Toffoli):

a interpretação da constituição alcança todas as infrações penais comuns, ligadas ou não ao exercício do mandato.

ii. Marco processual temporal (seguido pelo Ministro Dias Toffoli):

o foro por prerrogativa por função é fixado no momento da diplomação.

iii. Inaplicabilidade das hipóteses de conexão ou continência a investigados não detentores do foro por prerrogativa de função, a exceção de fato típico único e indivisível. Propôs o cancelamento do enunciado da Súmula 704 do STF.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio (Brasil, 2018) diferiu especificamente em relação à fixação do *marco temporal processual*. Segundo consta em seu voto, caso a autoridade deixe o cargo, a prerrogativa cessa e o processo-crime permaneceria em definitivo na primeira instância. Igualmente, a ideia é evitar o “sobe e desce” dos processos.

Noutra ponta, o Ministro Ricardo Lewandowski discordou do Ministro Relator em maior profundidade. Argumentou a necessidade de “*autocontenção*”¹⁰, de modo que a *interpretação restritiva* (em razão do cargo ou pela relação de causalidade) proposta pelo Ministro Barroso deveria ser discutida e votada no Congresso Nacional. No segundo ponto, fixou o *marco temporal processual* para fins de encerramento da competência do Supremo com o término do mandato (BRASIL, 2018). Em síntese, votou pela:

i. Impossibilidade de restrição do foro por prerrogativa de função pelo Judiciário.

ii. Marco temporal processual: término do mandato eletivo.

Por último, o Ministro Dias Toffoli, em relação aos pontos divergentes para os fins propostos no presente estudo firmou o seguinte entendimento em voto-vista (BRASIL, 2018):

i. Marco temporal processual (seguiu o Ministro Alexandre de Moraes):

fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, com o fim de se evitar dúvidas e questionamentos.

ii. Posicionamento quanto à impossibilidade de restrição do foro:

fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos

¹⁰A expressão foi utilizada pelo Ministro Marco Aurélio na AP 536-QO/MG, a qual o Ministro Lewandowski fez expressa referência.

crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão.

iii. Declaração de inconstitucionalidade (seguiu o Ministro Gilmar Mendes):

reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria;

Considerações Críticas

Analisando os argumentos que prevaleceram na QO na AP 937, as conclusões podem ser assim sintetizadas em relação à restrição do foro por prerrogativa de função:

- i. Afirmação da restrição em razão do cargo ocupado.*
- ii. Consolidação da imprescindibilidade da relação de causalidade entre o cargo ocupado e o delito praticado.*
- iii. Vedação à inovação legislativa contrária aos fundamentos lançados no julgado.*
- iv. Fixação de um marco temporal processual para a perda do foro - despacho de intimação para apresentação das alegações finais.*
- v. Encaminhamento de proposta para edição de Súmula Vinculante.*

A decisão encaminhada pelo voto do Ministro Barroso deve ser reconhecida como paradigmática no cenário jurídico brasileiro. Há muito se discute se o foro por prerrogativa de função é um instrumento processual de privilégio para alguns ou necessário para o desempenho do cargo político. O Ministro Barroso (Brasil, 2018) refere-se expressamente em seu voto como foro privilegiado, “garantia” processual ultrapassada dentro da democracia contemporânea (e por isso foi dedicado um tópico sobre a evolução história do foro “privilegiado” em seu julgado, acima reproduzido).

As razões invocadas no voto vencedor para a restrição do foro e para a fixação do marco temporal processual para sua perda (ou manutenção) são relevantes e guardam coerência na sua argumentação. Não obstante, a utilização de técnicas de ponderação (proporcionalidade), bem como o emprego de princípios para interpretar a norma constitucional e seu alcance - no caso restringindo o texto legal - encontram fortes resistências, especialmente quando a técnica empregada para adentrar na esfera do político não é submetida ao crivo do legislador.

Dos fundamentos invocados no julgado, destaca-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Brasil, 2018), posicionando-se contra a aplicação do Princípio da Redução

Teleológica, pois provocaria uma mutação inconstitucional no art. 102, I, “b”, da CF/88. Afirmou na sua construção lógica que:

E, como não temos iniciativa legislativa para alterar a lei processual que nos rege e muito menos para propor emendas à Constituição, não me parece ser lícito à Corte – numa tentativa de desbordar essa limitação institucional - conferir interpretação limitadora à prerrogativa de foro, para diminuir o acervo de processos originários em estoque, a partir de uma mera questão de ordem, ainda mais sob o pretexto de que teria havido uma mutação constitucional. Isso, ademais, sem que tenha ocorrido qualquer mudança substancial no plano fático que justifique uma ablação extrema dessa tradicional garantia, quiçá, até mesmo, em afronta ao princípio da separação dos poderes, erigido em cláusula pétrea pelos elaboradores de nossa Lei Maior. Nessa direção, o Ministro Alexandre de Moraes lembrou, a meu ver corretamente, que inexistem qualquer base empírica, sociológica ou jurídica confiável para que o intérprete da Constituição avance sobre o consagrado mecanismo de freios e contrapesos, concebido por Montesquieu no século XVIII. O que parece haver, em verdade, é apenas um certo clamor popular, que está a demandar uma punição sumária das autoridades acusadas de cometer delitos contra o erário, ruído esse captado por alguns ouvidos mais sensíveis.

[...].

Ora, é justamente essa a consequência daquilo que ora se propõe, sem aguardar-se a necessária e desejável deliberação do Parlamento – o qual, como é público, já iniciou o processo legislativo para rediscutir o assunto - e sem considerar que o foro especial por prerrogativa de função, no fundo, agasalha um sistema de garantias para os integrantes dos três poderes do Estado - leia-se, para os administrados em geral - e não apenas dos membros do Legislativo.

Da mesma maneira, o Ministro Dias Toffoli (Brasil, 2018) sustentou que “o Supremo Tribunal Federal, pela via de interpretação discricionária, estaria a subtrair de sua própria competência um julgamento que a Constituição Federal lhe atribui”. Ainda, acrescentou:

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não pode atuar como fomentador de tensões institucionais.

[...].

No meu sentir, a conjugação dos critérios exercício do mandato e dos critérios exercício do mandato e em razão da função exigirá que esta Corte continue a se pronunciar, caso a caso, se o crime tem ou não relação com o mandato (BRASIL, 2018, destacamos).

Por isso, há grande preocupação (e debates) sobre a participação do Judiciário - e a utilização do livre convencimento - na esfera de decisão política historicamente delegada ao

Executivo e ao Legislativo, destacando-se os estudos de Ronald Dworkin (1963; 1982, 2002), Lenio Streck (1999; 1999; 2002; 2006; 2009), Herbert Lionel Adolphus Hart (2002), Friedrich Müller (2005), Neil MacCormick (2006), Jürgen Habermas (1974), Hans-Georg Gadamer (2006), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2015), Carl Schmitt (2001; 2007), Luigi Ferrajoli (2010), Joseph Raz (1971), Hans Kelsen (2001), Herbert Lionel Hart (2002), John Austin (1998), Jules Coleman (2001).

A fixação do *marco processual temporal* para o reconhecimento da (in)competência do STF (intimação do acusado para apresentação de alegações finais), em que pese a relevância do assunto, não apresentou divergências suficientes para a formação da maioria. Recordando, votaram em sentidos diversos: a) Alexandre de Moraes e Dias Toffoli (diplomação); b) Ministro Lewandowski (término do mandato); e c) Ministro Marco Aurélio (processo permanece em definitivo na primeira instância).

Das discussões jurídicas e das conclusões da QO na AP 937 surgem algumas consequências no ordenamento jurídico brasileiro que não podem passar despercebidas: A primeira consequência prática é a reação legislativa tardia em razão de uma possível interferência do Supremo na esfera do político, configurando verdadeiro ativismo judicial. O Ministro Gilmar Mendes demonstrou a mesma preocupação em seu voto:

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional. [...] É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

[...].

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.

[...].

Por fim, embora mantenha a convicção quanto ao caráter indevido da revisão da Constituição que a Corte está realizando, alinha-me à conclusão do voto do Min. Alexandre de Moraes, como fizeram os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. O faço considerando a maioria que se forma, como tentativa de chegar a alguma aproximação entre as posições antagônicas. Ressalto que vislumbro várias questões não respondidas pela corrente se forma como vencedora, seja quanto aos fundamentos, seja quanto às consequências da decisão que o Tribunal está tomando (BRASIL, 2018, destacamos).

Em uma perspectiva político-jurídica, o Congresso Nacional, confrontando - ou superando - a decisão do Supremo, deverá (em tese), por emenda à Constituição, regulamentar o foro por prerrogativa de função e ampliar a restrição imposta pelo Supremo a outros cargos políticos, especialmente em relação a magistrados e membros do Ministério Público. Poderá, inclusive, superar o Supremo e instituir novamente o foro por prerrogativa de função para outras autoridades, criando, modificando ou excluindo requisitos para sua observância. Portanto, um novo embate entre Supremo-Congresso, especialmente porque o Legislativo brasileiro busca recuperar seu protagonismo, não está totalmente descartado.

Além disso, o “efeito cascata” não pode ser desconsiderado. Quatro dias após o julgamento da QO na AP 937, o Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, aplicou, para um Governador de Estado, o mesmo raciocínio adotado pelo STF sobre a restrição do foro para Deputados Federais e Senadores e determinou a remessa dos autos para a primeira instância (BRASIL, 2018).

Paradoxalmente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em data de 21/11/2018, nos autos da Ação Penal n. 878/DF, que crimes comuns e de responsabilidade cometidos por desembargadores, mesmo que não tenham sido praticados em razão do cargo, deversão ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. A decisão sustenta que o foro especial tem por finalidade resguardar a imparcialidade necessária aos julgamentos do Judiciário, uma vez que evita conflitos de interesses entre magistrados vinculados ao mesmo tribunal¹¹, estabelecendo um peculiar *discrímén* da atividade judiciária em relação à legislativa: dois pesos duas medidas.

Outrossim, a proposta para a criação de procedimento com vista à edição de Súmula Vinculante apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo como premissa as conclusões do julgado, sem a presença aparente dos requisitos autorizadores, especialmente a ausência de reiteradas decisões sobre o assunto, seguramente trará novas discussões jurídicas. A ausência de um remédio constitucional para o controle prévio, a despeito da possibilidade de impetração de Mandado de Segurança preventivo para a observância do devido processo legal, vem ganhando maior destaque em razão do maior protagonismo que a Corte Maior vem apresentando.

Um último aspecto é digno de nota. O Supremo não analisou outros casos de “concessões processuais especiais” e pouco debatidos no cenário jurídico. Não foi aprofundada

¹¹ O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento consolidado que os cargos da Magistratura e do Ministério Público são de natureza política. Nesse sentido, RE. 228.977, rel. min. Néri da Silveira, DJ de 12.4.2002.

a discussão sobre a impossibilidade (imunidade) de indiciamento de Juízes e Membros do Ministério Público previstos, respectivamente, no art. 33, p. único, da LC 35/79, no art. 18, p. único, da LC 75/93 e no art. 41, p. único, da Lei n. 8.625/93.

O Ministro Gilmar Mendes, assinalou que “há privilégios processuais que são específicos das carreiras jurídicas e que não sobrevivem à onda da igualdade formal”, ressaltando que “várias questões não respondidas pela corrente se forma como vencedora, seja quanto aos fundamentos, seja quanto às consequências da decisão que o Tribunal está tomando (BRASIL, 2018).

Contudo, somente mencionou a impossibilidade de indiciamento em relação aos Membros Ministério Público, criando um silêncio (eloquente?) quanto ao Judiciário que, agora, foi quebrado pelo STJ no julgamento da Ação Penal 878/DF. Agora, serão os únicos cargos políticos na República Federativa do Brasil que possuirão as referidas imunidades, por decisão judicial.

Em conclusão, a decisão proferida na QO da AP 937 do STF não soluciona a antiga questão do foro por prerrogativa de função no Brasil, acentuando as incongruências e privilégios do sistema. Há, ao menos, um norte a se trilhar onde a insegurança jurídica prevalecia. Contudo, como bem pontuou os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, futuros embates jurídicos invariavelmente serão postos à mesa do Supremo Tribunal Federal, que deverá ser cada vez mais questionado sobre os privilégios assegurados às carreiras do próprio Judiciário.

Referências

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. AP 937-RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. *DJ*: 11.06.2018. STF, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Ação Penal 866/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. *DJ*: 06.06.2018. STJ, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=apn+866&aplicacao=processos.ea&tipoPesq>

uisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Ação Penal 857/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. STJ, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502802619&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 mai. 2018.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle: In defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. In **Texas Law Review**, v. 60. Texas, p. 527-550, 1982.

_____. **Levando os Direito a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Judicial discretion. In **The Journal of Philosophy**, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. Rev. Trad. Ana Paula Zoma Zica et. al. São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**. 2ed. rev. Trad. Joel Weinsheimer e Donald G. Marshall. New York: Continuum, 2006.

GUASTINI, Riccardo Guastini. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Trad. Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Theory and Practice**. Trad. John Viertel. Boston: Beacon Press, 1974.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl Larenz. **Metodologia da ciência do direito**. 3ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAZ, Joseph. **The authority of law. Essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001.

_____. **The Concept of Political**. Trad. George Schwab. Chicago: Chicago University Press, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Controle externo, súmulas vinculantes e a reforma do Judiciário como condição de democracia? In: **A constituição democrática brasileira e o poder judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursiva da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ªed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.