

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOÃO ROBERTO SILVA ATAÍDE

**O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
AS CRÔNICAS DE UMA CIRANDA JURISPRUDENCIAL**

BRASÍLIA

2021

JOÃO ROBERTO SILVA ATAÍDE

**O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
AS CRÔNICAS DE UMA CIRANDA JURISPRUDENCIAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob orientação
do Professor Dr. Ilton Norberto Robl Filho,
apresentado para obtenção do título de Mestre em
Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2021

JOÃO ROBERTO SILVA ATAÍDE

**O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
AS CRÔNICAS DE UMA CIRANDA JURISPRUDENCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof^a. Dra. Carolina Costa Ferreira
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALE

“Tribunais Constitucionais não são intérpretes autênticos da Constituição. Só é um a mais, evidentemente, qualificado.”

(Peter Häberle)

AGRADECIMENTOS

Em que pese ser um trabalho individual, uma Dissertação de Mestrado é resultado de um trabalho que, sem o apoio de outras pessoas, dificilmente seria concluído com algum sucesso. Desta forma, os agradecimentos aqui externados, ainda que brevemente, é destinado aqueles que participaram e contribuíram para o resultado dessa incrível jornada.

À Deus pela força nos momentos difíceis;

A meus pais pelos bons exemplos e lição que o estudo não é só um meio de vencer na vida, mas de mudar o mundo, seja o próprio ou de alguém que se goste;

Ao meu orientador, Dr. Ilton Norberto Robl Filho pelas preciosas lições e acompanhamento na orientação da pesquisa;

À profa. Dra. Carolina Costa Ferreira, pelas discussões sobre o tema do trabalho em sala de aula, as quais exerceram enorme influência sobre o resultado desta Dissertação;

Ao prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, cuja notável participação na qualificação no trabalho abriu horizontes e possibilidades a pesquisa;

À Daniela Alcalá, pelo incentivo e companheirismo ao longo do curso;

Aos amigos pela torcida;

Ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, pela oportunidade de estudar em um dos mais conceituados polos do Direito Constitucional no Brasil, especialmente aos professores com os quais tive a honra de estudar, e aos demais funcionários pelos cuidados e conforto que me foram proporcionados.

E por fim, ao Ministro (meu gato de estimação).

RESUMO:

A dissertação busca investigar, através da análise de decisões, o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal, especialmente frente à constante alteração de jurisprudência, fenômeno que a pesquisa denominou de ciranda jurisprudencial. Considerado como um apanágio a proteger o exercício das funções públicas de demandas frívolas, o instituto, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, passou por substanciais e constantes mutações através de decisões do Tribunal, seja na mudança de sua compreensão, seja no assentamento de regras processuais face a ausência de legislação sobre o tema. A presente pesquisa elencou os *leading cases* sobre o foro por prerrogativa, através de um recorte temporal com início no Inquérito 687, julgado em 1999, até a Ação Penal 937, julgada em 2018. Neste sentido, a análise dos votos possibilitou a compreensão da evolução do instituto, e o apontamento de quais razões foram utilizadas pelos Ministros a fim de justificarem a alteração de jurisprudência. Em seguida, o trabalho dedicou-se a avaliar a possível atuação de fatores internos, como o individualismo e estrutura deliberativa do Tribunal, e externos, como opinião pública e o cenário político para assimilar as tomadas de decisão dos membros da Corte.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Foro por prerrogativa. Supremo Tribunal Federal. Mutação. Política.

ABSTRACT

The dissertation seeks to investigate, through the analysis of decisions, the forum prerogative in the Brazilian Supreme Court, especially in view of the constant change of jurisprudence, which the research called *ciranda jurisprudencial*. Considered as an appanage to protect the exercise of public functions from frivolous demands, the institute, since of 1988 when the Constitution has entry, has undergone substantial and constant mutations through the decisions of the Court, whether in the change of its understanding, or in the establishment of procedural rules in view of the absence of legislation on the subject. This research listed the leading cases on the forum prerogative, through a temporal cut beginning with Inquiry 687, judged in 1999, until Criminal Action 937, judged in 2018. Thus, the analysis of the votes enabled the understanding of the evolution of the institute, and the indication of which reasons were used by the Justices in order to justify the change in jurisprudence. Then, the work was dedicated to evaluate the possible action of internal factors, such as individualism and deliberative structure of the Court, and external factors, such as public opinion and the political scenario to assimilate the decisions of the members of the Court.

Palavras-chave: Judicial review. Forum prerogative. Brazilian Supreme Court. Mutation. Politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Da contextualização e delimitação do tema: o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal	10
2. Importância do tema: a multifatorial história jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa no STF e a ciranda jurisprudencial	13
3. Dos propósitos da pesquisa: a evolução, identificação dos multifatoriedade da aplicação do foro por prerrogativa e a explicação da ciranda jurisprudencial.....	17
1 DO FORO POR PRERROGATIVA NO BRASIL: SEU PAPEL NA JURISDIÇÃO ÀS CONSIDERAÇÕES DE UM MULTIFACETADO INSTITUTO.....	19
1.1 O foro por prerrogativa e a jurisdição penal	22
1.2 Do foro por prerrogativa na jurisdição constitucional	24
1.3 O foro por prerrogativa de função como primeiro critério de definição de competência	27
1.4 Do conceito do foro por prerrogativa e sua natureza política.....	30
1.5 As autoridades com foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal.....	33
1.6 “Prerrogativistas” versus “privilegiativistas”: um Fla-Flu semântico e jurídico.....	37
1.7 O monopólio do STF sobre a aplicabilidade e o alcance das regras do foro por prerrogativa de função: uma ciranda interpretativa	43
1.8 Um breve estudo do foro por prerrogativa nos Estados Internacionais.....	48
1.9 A PEC 333 e a restrição do foro por prerrogativa no Brasil.....	58
2 A EVOLUÇÃO DO FORO ESPECIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA TRAJETÓRIA JURÍDICA E POLÍTICA.....	61
2.1 A Constituição de 1988: um novo regime constitucional sobre a prerrogativa de foro e o cancelamento da Súmula n.º 394	62
2.2 A Lei 10.629/2002 e as ADI’s 2.797-DF e 2.860-DF: a frustrada tentativa de ressuscitar a “ <i>perpetuatio jurisdictionis</i> ”	65
2.3 Questão de Ordem no Inquérito 2.245-MG: a prerrogativa a quem não tem prerrogativa	70
2.4 A Ação Penal n.º 333/PB e o fim do foro por prerrogativa pela renúncia ao cargo	74
2.5 A Ação Penal 396/RO: o abuso de direito e a continuação do foro mediante a renúncia ao cargo.....	79
2.6 A Ação Penal 536-MG e a (re) admissão pelo fim do foro especial pela renúncia do cargo e a definição da indefinição	83
2.7 A falta de marco temporal e o quadro de insegurança jurídica do STF.....	86

2.8 A Ação Penal n.º 937/RJ e a restrição ao foro por prerrogativa	89
2.9 A (in)competência da primeira instância a julgar parlamentares: o Supremo como tutor de instrução	102
2.10 O futuro do foro por prerrogativa: a ciranda continuará a rodar?	106
3 DAS DECISÕES SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA: O QUE MOVE A CIRANDA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?	109
3.1 A política e o Supremo Tribunal Federal.....	109
3.1.1 Um peso, duas medidas: o foro por prerrogativa como defesa de (alguns) atores	115
3.1.2 O poder de pauta como atuação política	119
3.2 A opinião pública como fator de decisão na extensão do foro por prerrogativa	123
3.3 A opinião pública como fator de decisão na restrição do foro por prerrogativa.....	131
3.4 O temor pela prescrição como fundamento decisório	137
3.5 Um tribunal de fases: o STF autorrestritivo, expansivo, reverso e seu monopólio de interpretação.....	144
3.6 A (in) coerência do STF no foro por prerrogativa: uma ciranda de razões jurídicas....	155
3.7 Das mudanças processuais nas decisões sobre o foro: ativismo judicial ou busca de eficiência do texto constitucional?.....	165
CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS	178
ANEXO I – INVENTÁRIO DE “TESES/RAZÕES” DOS CASOS PARADIGMÁTICOS SELECIONADOS NO CAPÍTULO 2.	194

INTRODUÇÃO

1. Da contextualização e delimitação do tema: o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal

O ano era 2017. O Brasil vivia o auge de uma das maiores (senão a maior) operação de combate à corrupção de sua história, comandada pela Polícia Federal e o Ministério Público Federal. As ações de investigações da Lava-Jato tinham como alvo agentes políticos, destacando-se membros do Poder Legislativo e Executivo, de diferentes siglas partidárias, além de grandes empresários, em complexos esquemas de fraudes em licitações envolvendo recursos de empresas estatais.¹

Em debate, além os escândalos de corrupção destacados, encontrava-se em xeque a capacidade do Poder Judiciário em traduzir o trabalho das instituições de investigação em punição aos culpados. Os diagnósticos preliminares da discussão sobre o tema consistiam em um resultado antagônico: de um lado a primeira instância, representada pela 13ª Vara Federal de Curitiba, elogiada pela rapidez e agilidade no julgamento dos casos que envolviam a operação. Do outro, o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Judiciário e competente para julgar os acusados de altos cargos na esfera federal, visto com desconfiança pela opinião pública, especialmente por uma imagem de lentidão e complacência à impunidade das elites econômicas e políticas, causadora de indignação popular.²

Dos fatores apontados que justificavam a desconfiança junto ao Supremo, um em especial recebia destaque: o foro por prerrogativa, também denominado popularmente como “foro privilegiado”³. A demora na punição de criminosos de colarinho branco que, por vezes, se transformava em impunidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, revelava um quadro de disfuncionalidade do sistema processual no STF. As razões desta anomalia consagraram-se através da ausência de vocação da Corte para atuar como juízo instrutório criminal.⁴

¹ Caso lava-jato: entenda o caso. *Ministério Público Federal*, 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 21. jan. 2020.

² REALE JÚNIOR, Miguel. Foro privilegiado? O Estado de São Paulo. São Paulo, 07 de jan. 2017. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>>. Acesso em: 12. de jan. 2019.

³ O foro por prerrogativa também é denominado de prerrogativa de função, foro especial, competência especial, foro especial por prerrogativa de função, competência *ratione personae*, foro privilegiado, sem exclusão de outras denominações. Para fim de padronização, o presente adotou o termo “foro por prerrogativa”.

⁴ CASTRO, Matheus Felipe de. *Dois pesos, duas medidas: um estudo sobre a prerrogativa de foro no STF*. Culturas Jurídicas. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 12, p. 68-86, set./dez 2018.

Foi nesse contexto que o Tribunal, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da Ação Penal n.º 937-RJ⁵, promoveu uma reviravolta jurisprudencial de impactos jurídicos e políticos. Em discussão estava a proposta de alteração de interpretação das regras do foro por prerrogativa, tendo como fundamento a mudança de uma realidade fática e da percepção social do direito, aptas a modificar uma jurisprudência cujas consequências se revelariam malélicas, na tese do Relator.

Até aquele momento, a jurisprudência do Supremo afirmava que as regras do foro por prerrogativa seriam aplicadas a todo crime comum praticado pelas autoridades sob sua jurisdição, independente da natureza e tempo da prática do delito.⁶ Assim, crimes como tentativa de homicídio, falsidade ideológica, corrupção eleitoral, fraude em licitações, mesmo cometidos atemporalmente e sem relação com o exercício do cargo público, levavam o acusado detentor da prerrogativa a ser processado e julgado pela Corte Constitucional. Tamanha extensão foi criticada pelo Min. Sepúlveda Pertence, que afirmou que a Corte julgava “até tiro em boi de fazenda no Acre”.⁷

Diante de um quadro que denominou de “sistema ruim que funciona mal”, o Ministro Roberto Barroso propôs uma interpretação restritiva das regras do foro por prerrogativa. A proposta defendia que a Corte Constitucional seria competente para julgar agentes políticos somente em crimes praticados durante o exercício do cargo e em razão dele.⁸ Não obstante, ainda foi proposto o marco temporal de publicação de intimação para apresentação das alegações finais para que se consolidasse a competência definitiva do STF.

O objetivo da proposta era reduzir o número de processos criminais no Tribunal e desafogar a pauta do STF, a qual se encontrava sobrecarregada de ações penais contendo as mais diversas origens quanto ao momento e quanto a espécie do delito. Esse desafogo permitiria que a Corte desenvolvesse sua vocação maior, fosse ela de guardião e último intérprete da Constituição Federal, ou de julgadora das ações penais que efetivamente tivessem estrita relação com a função pública desempenhada pelo acusado.

A decisão na Questão de Ordem da A.P. n.º 937/RJ deu razão ao Ministro Relator pelo placar de sete votos a quatro. Dessa forma, a Corte Constitucional, deixaria de ser palco de processos penais intermináveis, onde a prescrição era enredo recorrente, a impunidade um

⁵ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 4.ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 458.

⁷ STF, Tribunal Pleno. *Inquérito 687-SP*. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001, p. 290.

⁸ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

troféu aos acusados, e os Ministros vilões de um “sistema feito para não funcionar”, termo também usado pelo Min. Barroso. Todavia, os votos vencidos na ação impõem algumas dúvidas que versam até mesmo a constitucionalidade da nova jurisprudência, tendo em vista que o Tribunal estaria, entre outros argumentos, excedendo seu poder de intérprete da Constituição ao reescrevê-la, tamanha restrição da proposta aprovada.

Sem adentrar no mérito do julgamento, a decisão na Q.O. na Ação Penal n.º 937-RJ se apresenta como o mais recente capítulo de uma série de idas, voltas e reviravoltas jurisprudenciais do instituto. Em um cenário de raras alterações legislativas sobre a matéria, o STF na vigência da atual Carta Republicana, vem promovendo um intenso movimento de rotação e mudança de posicionamentos na do foro por prerrogativa no STF, que por sua vez se mostra como o objeto que a dissertação pretende investigar.

Intitulado como “O foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal: as crônicas de uma ciranda jurisprudencial”, a designação do trabalho revela de que forma e qual conteúdo será exposto. Desenvolvido sob formato de crônica⁹, a pesquisa se apresenta em forma de uma narrativa histórica, sequencial e cronológica da jurisprudência do Supremo sobre o foro por prerrogativa a partir da Constituição de 1988. O objetivo é demonstrar, ao leitor, como o STF ajudou a desenvolver e como interpretou o instituto nas diversas conjunturas políticas e sociais no período pós democracia.

Já a expressão “ciranda jurisprudencial”, presente no título da dissertação e ao longo de todo o texto, foi inspirado em uma entrevista do Ministro Gilmar Mendes ao sítio eletrônico do STF. Nessa conversa, o Ministro utilizou jocosamente a palavra “ciranda” para definir um dos problemas enfrentados pela Corte quanto ao foro de prerrogativa, fosse ele a constante mudança de competência e instâncias judiciais que ocorriam em inúmeras ações penais, em razão das frequentes mudanças de cargo ocupado pelo eventual acusado.¹⁰ Desse modo, a expressão ciranda jurisprudencial será usado para caracterizar as intensas e corriqueiras modificações da interpretação sobre o foro penal originário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁹ Segundo Ana Cecília Nascimento e Souza, a palavra crônica vem do termo grego “chronos”, que significa tempo, e é caracterizado como narrativa histórica, por seguir uma sequência cronológica de fatos sucedidos em algum lugar. Existe alguma dificuldade em se conceituar a crônica, tendo em vista que trata-se de um gênero da literatura que não possui formato único, podendo aparecer com diversos formatos como dissertações, poemas em prosa, pequenos contos, casos, evocações, memórias e reflexões. (*O gênero crônica em sala de aula: análise dos mecanismos enunciativos da promoção de uma competência textual-discursiva*. 131 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Sergipe, Programa de pós-graduação em Letras Profissional em rede, 2016).

¹⁰ Esse movimento também foi denominado de “valsa processual” pelo Ministro Joaquim Barbosa, e de “elevador processual” e “montanha-russa processual” pelo Ministro Marco Aurélio durante pronunciamentos na Corte.

Pretende-se então, através da metodologia da análise de decisões, a observância da retórica dos pronunciamentos e respectivos argumentos usados pelos Ministros da Corte ao abrigo de perspectiva da atual Constituição. Dessa forma, a proposta do trabalho versa sobre a identificação de relevantes fundamentos jurídicos e não-jurídicos utilizados pelos Ministros em seus votos, bem como avaliar de que modo conjunturas internas e externas tiveram influência no posicionamento do Tribunal.

A fim de atingir o objetivo será analisado com alicerce no prisma da Constituição Federal os *leading cases* sobre o tema, assim considerados os casos decididos pelo Supremo que representaram mudanças de paradigmas na compreensão e, porque não, na aplicação do foro por prerrogativa no Tribunal. Nesses votos, para tanto, dever-se-á considerar apenas as razões escritas ou ditas pelos Ministros, sem desprezar a existência de motivos não expressos nos votos, mas que podem ter exercido influência no comportamento judicial dos membros da Corte.

2. Importância do tema: a multifatorial história jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa no STF e a ciranda jurisprudencial

A Constituição Federal de 1988 confiou à mais alta instância do judiciário a competência de julgamento dos ocupantes dos eminentes cargos da República. O objetivo seria permitir que tais indivíduos desempenhassem suas funções com autonomia e independência, cujos atos, caso questionados, dever-se-iam ser julgados com imparcialidade de um órgão julgador forte e imune a pressões externas¹¹. Consonante ao narrado, é que o STF compreende o foro por prerrogativa como matéria de maior natureza constitucional e política, e menos de cunho processual¹².

É preciso destacar que apesar do foro por prerrogativa ter tomado proporções maiores na Carta Cidadã de 1988, ele sempre existiu na história do constitucionalismo brasileiro. Com presença em todas as versões das Cartas Magnas pátrias, fossem imperiais, republicanas ou ditatoriais, continuamente, atribuiu-se à mais alta Corte do Judiciário a competência para julgar determinadas autoridades.

Entretanto, a diferença entre os textos constitucionais é observável em relação ao rol das autoridades, que costumeiramente aumentava a cada novo texto. Todavia, destacam-se

¹¹ STF, Tribunal Pleno. *ADI n.º 2.587(GO)*. Rel. Ministro Maurício Corrêa, j. 01.12.2004. DJ: 06.11.2006, p. 94.

¹² STF, Tribunal Pleno. *ADI n.º 2.587(GO)*. Rel. Ministro Maurício Corrêa, j. 01.12.2004. DJ: 06.11.2006, p. 91-92.

algumas exceções: (i) a Constituição de 1891 que eliminou os Congressistas da jurisdição do STF, que retornou quando da Emenda Constitucional n.º 1/69, já na vigência da Carta Política de 1967; (ii) a Constituição de 1937, que excluiu o Presidente da República da competência do Supremo.¹³ Nas demais hipóteses, como mencionado, manteve-se uma tendência de crescimento no número de autoridades com foro no Supremo, a cada versão da Lei Fundamental.

Essa tendência pode ser confirmada na atualidade observando-se que a Constituição de 1988 atende a um número maior de autoridades com foro se comparada às anteriores, fator destacado no voto do Relator na Ação Penal 937-RJ.¹⁴ A fim de se exemplificar este número, atualmente no Brasil, existem 54.990 autoridades ocupantes de cargos públicos que fazem jus ao foro por prerrogativa, considerando o âmbito Federal, Estadual, Distrital e Municipal. Desse total, a Constituição Federal de 1988 é responsável pela previsão de 38.431 cargos sendo que, especialmente ao STF, pela regra do art. 102, I, “a” e “b”, cabe a competência de julgamento de um total de 868 autoridades contempladas com essa prerrogativa¹⁵.

Apesar de sempre presente em todos os textos constitucionais pátrios é possível notar que em todas as suas versões, a Lei Maior se limitou em enumerar o rol de autoridades com direito a foro por prerrogativa, não especificando de que forma essas regras seriam aplicadas. Essa tarefa, ao longo dos anos, coube ao Supremo Tribunal Federal que, em considerável número de oportunidades, modificou a interpretação do instituto, promovendo extensões e restrições conforme determinados critérios, os quais nem sempre se consagraram perceptíveis na Constituição Federal.

O mais antigo registro em que a Corte Constitucional brasileira se manifestou acerca do foro por prerrogativa, deu-se em um caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 1842, ainda sob a égide da Constituição do Império do Brasil. Na ocasião, assegurou-se a um juiz de direito o foro por prerrogativa quanto a atos praticados no exercício de seu cargo, ainda que a ação penal tivesse iniciado no momento em que a função pública se consagrou finda. Dessa forma, preponderou-se a competência especial no momento de prática do ato durante o exercício do cargo, não importando o momento do início da ação.¹⁶

¹³ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Foro por prerrogativa de função no processo penal: investigação, processo e duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Thomson Reuters. 2020.

¹⁴ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Julgado em: 03.05.2018. DJ: 11.12.2018, p. 8.

¹⁵ CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão n.º 233). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 27 de abril de 2017.

¹⁶ STF, Tribunal Pleno. *Recurso Criminal n.º 491 – DF*. Rel. Min. Pedro dos Santos. Brasília: Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. 62. Ano 1924, p. 60.

Mas o tema mostrou-se revoltoso, com variações de posicionamento judicial a todo tempo, como prova o célebre julgamento do *Habeas Corpus* n.º 33.440-SP¹⁷ no ano de 1955. No caso, decidiu-se que o paciente, o ex-Governador Adhemar de Barros, processado por crimes praticados durante sua gestão no Governo paulista, julgado seria pela instância inicial, por não mais possuir foro no Tribunal de Justiça do Estado. Desta forma, cessada a função pública, também cessaria o foro, alterando-se a visão da Suprema Corte sobre a questão.

Ainda que a nova posição adotada pelo STF fosse confirmada no julgamento, também em 1955, no H.C. n.º 33.509-GO¹⁸, novamente instituiu-se reviravolta no tema nos anos seguintes.

Em decisões de placares cada vez mais apertadas, como nos julgamentos do H.C. n.º 35.301-MG¹⁹, no ano de 1957, e HC n.º 38.409-PR²⁰, em 1961, novamente retomou-se o entendimento de que praticado o crime no exercício e em razão da função, prevalecer-se-ia o foro, ainda que cessada o exercício de cargo público.

Finalmente, no julgamento da Reclamação n.º 473, originada do Estado da Guanabara²¹, datado de 1962, o Supremo, por unanimidade, se deu por competente para julgar um ex-Ministro da Saúde por supostos crimes praticados durante sua gestão, ainda que a ação penal tivesse sido instaurada após a saída do cargo. Da decisão, com direito a histórico voto do Ministro Relator, Victor Nunes Leal, se originou então a Súmula 394²², a qual veio a pacificar a questão, nos termos citados. Esta súmula foi denominada como regra da contemporaneidade²³, tendo em vista que, ainda que cessada a função pública, primária o foro quanto ao inquérito ou ação penal.

A Súmula n.º 394 vigorou até o ano de 1999 quando o STF a cancelou no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n.º 687-SP, de Relatoria do então Ministro Sydney Sanches. A Corte Suprema, na oportunidade, considerou que a Súmula era incompatível com o texto constitucional vigente, visto que o foro por prerrogativa protegeria o exercício do cargo ou

¹⁷ STF, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n.º 33.440-SP. Rel. Min. Nelson Hungria. Paciente: Adhemar Pereira de Barros. j. 26.01.1955.

¹⁸ STF, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n.º 33.509-GO. Rel. Min. Sampaio Costa. Paciente: José Dorneles Jaime. j. 18.05.1955.

¹⁹ STF, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n.º 35.301-MG. Rel. Min. Ary Franco. Paciente: Anibal Morais Quintão. j. 21.10.1957.

²⁰ STF, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n.º 38.409-PR. Rel. Min. Hahnemann Guimarães. Paciente: Moysés Lupion. j. 31.05.1961.

²¹ STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 473*. Rel. Min. Victor Nunes Leal. j. 31.01.1962. DJ. 08.06.1962.

²² Súmula 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

mandato, mas não aos ex-ocupantes. Assim, cessado o cargo público, cessava o foro chegando ao fim, então, a regra da *perpetuatio jurisdictionis*, ou da contemporaneidade.

Desde então, o foro por prerrogativa tem sido alvo de constantes mudanças na jurisprudência do STF, seja para se adaptar aos novos tempos e minimizar o extenso número de autoridades sob sua competência, seja até mesmo para se esquivar de práticas manifestamente contrárias a uma rápida e efetiva jurisdição. Todavia, essa mutação jurisprudencial acaba por causar imensa insegurança jurídica, dado o terreno fértil para um decisionismo da Corte²⁴ a proporcionar decisões contraditórias e reviravoltas de entendimento inesperadas.

A servir como exemplo, e tendo como base o argumento de combate efetivo à corrupção, o STF, no julgamento do Inquérito n.º 687-DF, em 1999, a Corte restringiu o foro por prerrogativa a ex-exercentes de cargos públicos com foro no Tribunal. Mas em 2005, no Inquérito n.º 2.245-MG, o foro por prerrogativa foi estendido a pessoas que sequer possuíam o foro no Supremo sob a mesma razão. Noutro caso, observou que a Corte considerou que a renúncia de parlamentar acusado às vésperas do julgamento não se mostraria como abuso de poder, cessando assim o foro no STF, como decidido em 2007 na Ação Penal n.º 333-PB. Porém, em semelhante situação, na Ação Penal n.º 396-RO, julgada três anos depois, configurado estava o abuso e o foro no Tribunal.

Continuando, se a histórica jurisprudência atribuiu ao STF o julgamento de todas as espécies de crimes comuns de autoridades com foro, no julgamento da A.P. n.º 937-RJ o Tribunal passou a se considerar competente somente quanto aos crimes praticados durante o exercício do cargo e em razão da função. Tamanha tormenta ainda inclui a fixação do marco da *perpetuatio jurisdictionis*, que durante quase duas décadas padeceu de indefinições com a aplicação de critérios diversos em momentos diferentes.

Por conseguinte, as modificações de entendimento expostas acima mostram, ainda que superficialmente, a dinâmica da ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa no STF, que nas últimas duas décadas foi modificado em mais de uma dezena de vezes pela Corte. Não se conhece tema ou instituto, no direito brasileiro, que tenha passado por tantas alterações e complementações nesse período. Assim sendo, o que explicaria tal movimento?

A resposta à pergunta acima formulada é só uma de várias outras presentes ao longo do texto, as quais pretende-se encontrar algo em comum: as motivações e elementos que explicariam tamanha proatividade da mais alta Corte do judiciário nacional quanto ao foro por prerrogativa. Além de intentar em decifrar as razões da ciranda jurisprudencial, compreender

²⁴ LOPES JR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 275-276.

como o Supremo chega a algumas dessas conclusões e o por que chega, descrevendo esse processo, é onde reside a relevância da pesquisa.

3. Dos propósitos da pesquisa: a evolução, identificação dos multifatoriedade da aplicação do foro por prerrogativa e a explicação da ciranda jurisprudencial

Pode-se observar, em uma análise inicial sobre a aplicação das regras do foro por prerrogativa, dois pontos de alta relevância: o primeiro é que o Supremo Tribunal Federal vem realizando modificações em sua aplicação, especialmente quanto à extensão ou restrição, sem que houvesse quaisquer alterações legislativas no período pós 1988. Isso significa que coube unicamente ao STF o papel de abalizar as regras da competência especial, através de variada técnica interpretativa, diante de um texto constitucional imutável sobre a questão desde sua promulgação, bem como da legislação ordinária. Esse ponto será de grande relevância, pois um dos objetivos da pesquisa será descrever como a mais alta Corte do Judiciário nacional explicou e traduziu as regras da competência privilegiada em tantas faces diferentes.

O segundo ponto, e o principal foco a ser observado na pesquisa, são os próprios argumentos que levaram os Ministros a alterar a aplicação do foro especial, ora ampliando sua extensão, ora a restringindo. É possível notar uma interessante heterogeneidade de justificativas, fundamentos e critérios que nortearam os *leading cases*, onde os intérpretes maiores da Constituição puderam firmaram premissas que denomina-se como concretas e vacilantes, conservadoras e progressistas, controversas e axiomáticas.

Neste prisma, considerando a ausência de alterações das normas, quais foram os argumentos, fundamentos e critérios usados pelos Ministros ao estender ou restringir o foro por prerrogativa? As decisões tomadas estão consoantes à essência do foro por prerrogativa? Há fatores explicativos da variação na definição dos marcos referenciais? Essas serão as perguntas que o trabalho buscará responder.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. No Capítulo 1, buscou-se uma teorização geral do foro por prerrogativa, situando-o dentro da jurisdição constitucional, levantando sua conceituação, características e problemas, bem como uma breve comparação frente a ordenamentos jurídicos estrangeiros. O entendimento da essência do foro por prerrogativa é essencial para o debate sobre o tema, principalmente a despír os prejulgamentos, nem sempre justos, quanto ao instituto.

O Capítulo 2 é resultado da seleção dos julgamentos paradigmáticos sobre o foro no Supremo Tribunal Federal, assim considerados aqueles casos onde houve substancial mudança

no entendimento sobre o tema, normalmente apontados nos votos dos próprios Ministros, bem como em obras jurídicas de Direito Constitucional. Nessa parte, pretendeu-se mostrar os fatos, razões das deliberações dos Ministros e os pronunciamentos finais que significaram novos e sucessivos marcos na aplicação do instituto, mostrando como foi a evolução da jurisprudência da Corte na vigência da atual Carta Magna.

Finalmente, no Capítulo 3, objetivou-se o levantamento dos motivos encontrados nos votos dos Ministros do STF ao longo dos anos que produziram a “ciranda jurisprudencial” sobre o foro por prerrogativa. A forma com que relevantes elementos foram manuseados pelos julgadores no contexto institucional e jurídico, além do potencial estímulo de fatores políticos de ordem interna e externas, nos pronunciamentos da Corte sobre o tema, serão levantados e analisados. Os fatores selecionados não esgotam as possibilidades da existência de outros a justificarem as deliberações da Corte sobre o tema, nem de fatores não expressos nos votos.

A complementar e ilustrar os conteúdos dos Capítulos 2 e 3, apresenta-se ao final um Inventário de Razões de modo a ilustrar quais os elementos, teses ou razões fortes foram expostos, de forma expressa, pelos Ministros no julgamento dos casos paradigmáticos. Após o levantamento, fez-se a contabilidade do número de adesões a se verificar se, de fato, obtiveram o consenso da maioria dos membros do Colegiado para ser considerada uma posição do Supremo.

A partir da identificação e explicação dos elementos que levaram à configuração de uma ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa, acredita-se que será possível um melhor entendimento sobre como o Supremo abaliza as regras do instituto na tramitação de inquéritos e ações penais, diante da ausência de legislação sobre o tema. Porém, mais do que investigar alterações jurisprudenciais, pode-se estar diante da própria evolução do foro por prerrogativa face a nova realidade no combate à corrupção.

Se para Peter Häberle o Tribunal Constitucional tem a responsabilidade coletiva em garantir a atualização da Constituição como contrato social, corrigindo seu contínuo processo evolutivo, há de se investigar se o Supremo cumpre esse papel quanto ao foro por prerrogativa. Ademais, verificar como ocorre esse processo e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 é o que passa a analisar a partir de agora.

1 DO FORO POR PRERROGATIVA NO BRASIL: SEU PAPEL NA JURISDIÇÃO ÀS CONSIDERAÇÕES DE UM MULTIFACETADO INSTITUTO

Para uns, uma prerrogativa justificável pelo exercício de cargo público. Para outros, um privilégio ou regalia geradora de impunidade. O fato é que a competência penal originária que detém os Tribunais para julgar determinadas autoridades públicas, denominado aqui de foro por prerrogativa, sempre foi alvo de intensos e controversos debates. Seja na jurisprudência, na doutrina do direito, na política, e na sociedade, o tema foro por prerrogativa constantemente recebe ataques e defesas quando agentes públicos são investigados por ações criminosas. Este instituto, de várias facetas polêmicas e mudanças de forma no Brasil será o alvo do presente trabalho.

Para o estudo em questão, considerando-se o cenário jurídico brasileiro, é necessário a compreensão de um universo maior no qual o foro por prerrogativa se encontra. E para isso, far-se-á uma breve introdução da acepção do sentido do termo jurisdição adotado no trabalho para, após, situar o foro por prerrogativa nesse cenário.

Assim, inicialmente importante se faz apresentar que na linguagem jurídica, a jurisdição possui diferentes acepções, identificadas em quatro por Eduardo Juan Couture: (i) como âmbito territorial; (ii) como sinônimo de competência; (iii) como conjunto de poderes e autoridades de certos órgãos públicos; (iv) e em sentido técnico de função pública de fazer justiça²⁵. Sem desprezar as demais acepções, Couture adota a jurisdição na precisão técnica de modo a conferir como:

função pública, exercida pelos órgãos competentes do Estado, com as formas exigidas por lei, em virtude do qual, por ato de julgamento, é determinado o direito das partes, de forma a dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, por meio de decisões com trânsito em julgado, eventualmente executáveis.²⁶

Considerando-a como atividade exclusivamente estatal, Chiovenda²⁷ define jurisdição como a “função do Estado cuja finalidade é a implementação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade de um órgão público, da vontade de particulares ou outros órgãos públicos, na afirmação da existência da vontade da lei e na sua aplicação”. Traço característico de um Estado soberano, a função jurisdicional assume, juntamente com a função

²⁵ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 27.

²⁶ *Ibidem*, p. 40.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di Diritto Processuale Civile*. vol. II. sez. I. Napoli: Casa, 1934. p.1. (tradução livre)

legislativa e a governamental (ou administrativa), a condição de principais atividades estatais que visam a organização social e o interesse de todos²⁸.

Os processualistas brasileiros também caminharam no mesmo sentido quanto à definição de jurisdição, adotando vários aspectos trazidos dos conceitos acima mencionados. Dessa forma, observa-se nos autores nacionais a noção de jurisdição como função própria e exclusiva do Poder Judiciário, demonstrativa de soberania²⁹, substituta definitiva da vontade alheira (particulares) pela vontade do Estado através da figura do juiz³⁰, com o dever de conhecer e decidir as causas que lhe forem apresentadas³¹, assegurando a assim aplicação do direito positivo do país³². Em lição complementar, tem-se a concepção da função jurisdicional como um poder-dever, buscando com a aplicação da norma formal a declaração – por consequência o reconhecimento, satisfação ou asseguarção - de um direito subjetivo em uma relação jurídica, de alguém ou grupo de pessoas destinatários que a compõe³³.

No tocante à condição de função estatal, surge a preocupação com a possibilidade de interferência externa de outros poderes sobre a jurisdição, em especial do poder administrativo em questões criminais. Chiovenda, então, afirma existir uma incompatibilidade entre os poderes de administrar e julgar, tendo em vista um temor de dominação por parte de um poder sobre o outro na aplicação das leis do Estado. Por isso, devem os órgãos jurisdicionais gozar de independência e autonomia a propiciar, especialmente na fase de conhecimento de um processo, um julgamento lógico com a aplicação da real vontade da lei³⁴.

Em sentido semelhante, uma jurisdição independente e autônoma também é valorizada nas lições de Luigi Ferrajoli, mas recebendo do processualista italiano a denominação de garantias processuais, sobre as quais assim leciona:

A independência do juiz de todos os outros poderes, mais acima identificada como a segunda garantia orgânica, é uma aquisição do moderno Estado de direito, conexas, tanto teórica como historicamente, à confirmação, de um lado, do princípio de estrita legalidade e da natureza cognitiva da jurisdição e, de outro, dos direitos naturais ou fundamentais da pessoa. Se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz tanto quanto seu distanciamento, em garantia da imparcialidade e, portanto, da igualdade dos cidadãos. Por outro lado, se o juízo é voltado a impedir arbítrios ou abusos potestativos sobre as liberdades individuais por parte dos poderes de governo, a

²⁸ *Ibidem*. p. 2

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 67.

³⁰ MARCATO, Antônio Carlos. Breves considerações sobre a jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 2. Ano 1992. p. 72.

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento* (livro eletrônico). 1.ed. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44.

³³ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

³⁴ CHIOVENDA, *op. cit.* p. 4.

independência dos juízes garante uma justiça não subordinada à razão de Estado ou a interesses políticos contingentes. Os fundamentos externos ou políticos da independência são em suma os mesmos - verdade e liberdade - que legitimam a jurisdição. E exigem que a independência da função judiciária seja assegurada tanto à magistratura enquanto classe, nos confrontos de poderes *externos* a ela e em particular do Poder Executivo, como ao magistrado enquanto indivíduo, nos confrontos de poderes hierárquicos *internos* à classe de algum modo aptos a influenciar a autonomia de julgamento. O mesmo se diz para a acusação pública, por sua vez vinculada, em nosso modelo garantista, à legalidade e, portanto, à obrigatoriedade da ação penal e por isso não subserviente a poderes ou interesses estranhos à administração da justiça.³⁵

Ademais, Ferrajoli afirma que a principal garantia processual existente é a própria submissão à jurisdição, a qual pode ser expressado pela máxima “*nulla culpa sine iudicio*”, constituindo-se em uma garantia fortemente vinculada à legalidade. Essa garantia deve ser interpretada tanto em sentido amplo³⁶, onde o juízo é considerado como exigência de um sistema de garantias penais substanciais, como também interpretada em sentido estrito³⁷, onde o conjunto do sistema das garantias processuais substanciais³⁸ irá proporcionar o devido julgamento de alguém.

Não obstante, a noção de jurisdição como função do Estado passa também pela consideração da vedação à autotutela, anuindo-se que nenhum poder possuiria melhor condição de dirimir eventuais conflitos de interesses resistidos senão o Judiciário, o qual usa da força que dispõe para garantir a ordem jurídica e o império da lei³⁹. Dessa forma, a imposição de uma pena a algum infrator de uma norma legal só pode se dar mediante um processo, com observância às regras prescritas em lei, mediante ação judiciária do Estado através de juízes e Tribunais⁴⁰.

Por fim, mais que um encargo de titularidade do Estado na condição de poder-dever, é importante considerar a jurisdição sob o prisma da Constituição, o que faz com que essa atividade estatal também seja vista como, “uma garantia do cidadão a qual sequer poderá abrir mão”⁴¹. Direitos fundamentais como o de ser julgado por um juiz natural, imparcial e no prazo razoável, a não aplicação de pena sem processo anterior, a não exclusão de apreciação do Judiciário de lesão ou ameaça ao direito, são somente alguns exemplos que esse prisma

³⁵ Direito e razão: Teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 467-468.

³⁶ FERRAJOLI, *op. cit.* p. 432, “*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio.*”

³⁷ *Ibidem*, “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione.*”

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ SANTOS, *op. cit.* p. 67.

⁴⁰ TUCCI, *op. cit.* p. 24-25.

⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR*. a. 30. n. 30. Curitiba, 1998, p. 168.

oferece⁴². Se a jurisdição não é propriamente um direito fundamental, pode-se afirmar, no entanto, que sua essência é formada por uma série desses direitos.

1.1 O foro por prerrogativa e a jurisdição penal

Com base no item anterior, e sob o enfoque de poder-dever estatal, pode-se afirmar que no direito brasileiro a jurisdição é vista como um monopólio estatal, uno e indivisível⁴³. Todavia, essa jurisdição indivisa por natureza, é dividida com fins meramente didáticos em jurisdição civil, penal, trabalhista e militar em termos materiais; em primeira, segunda ou instâncias superiores em termos de gradação; e em contenciosa ou voluntária quanto ao objeto.

44

A função jurisdicional, face a diversidade de demandas e exigências que deverá atender, não poderá confiar seu exercício a uma pessoa ou órgão, ainda que se trate de um Estado pequeno em termos territoriais⁴⁵. Nestes termos, a divisão do exercício da jurisdição em diversos órgãos se dá por razões de ordem prática, devendo-se promover uma distribuição de atribuições a cada juízo, com base em critérios definidos na lei, levando-se em conta fatores como extensão do território, população e demanda jurisdicional⁴⁶.

No caso brasileiro, através de critérios estabelecidos pela Constituição Federal, Constituições Estaduais e por legislação processual ordinária, essa pluralidade de órgãos jurisdicionais são organizados e munidos de poderes para processar e julgar demandas, dentro de limites impostos pela lei⁴⁷. A quantidade de poderes⁴⁸ recebidos por cada um desses órgãos jurisdicionais, que definirá em quais litígios poderá atuar, fiscalizar e decidir em abstrato é então denominado, por Liebman, de competência, que por sua vez é definida como a “*extensão da jurisdição*” atribuída a cada órgão em exercício⁴⁹. A partir desse momento, firmada a

⁴² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 244.

⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado* (livro eletrônico).5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

⁴⁴ SANTOS, *op. cit.* p. 74-76

⁴⁵ CHIOVENDA, *op. cit.* p. 55.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 39

⁴⁷ ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 266.

⁴⁸ Em posição divergente, Antônio Carlos Marcato afirma que “a competência não representa a quantidade de jurisdição conferida a cada órgão judicial; significa, isto sim, os limites legais impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional por aqueles, ou, por outras palavras, a competência legitima o exercício do poder, pelo órgão jurisdicional, em um processo concretamente considerado”. *In: Breves considerações sobre a jurisdição e competência. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 2. Ano 1992. p. 74

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7.ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 51. (trad. livre). No mesmo sentido, COUTURE, Eduardo J., *op. cit.* p. 29, afirma que “*la competencia es una medida de jurisdicción*.”

legitimidade de cada órgão para julgamento de determinada espécie de ação, a competência será, inclusive, considerada como requisito de validade de um processo⁵⁰.

É importante destacar que os termos jurisdição e competência, em que pese a proximidade, não devem ser confundidos. Enquanto a jurisdição é o todo, a competência é a parte. Todo juiz deterá a jurisdição, mas nem sempre possuirá competência⁵¹ para julgar uma demanda, pois a competência será o poder que terá o magistrado para exercício da jurisdição em um determinado setor jurídico. Por isso, afirma-se que “a competência é o fragmento da jurisdição atribuído a um juiz”⁵².

Baseado nas lições acima mencionadas, e considerando o nível de especialização de cada órgão do Poder Judiciário, pode-se afirmar a existência de uma jurisdição de natureza penal, encarregada em processar e emitir pronunciamentos de natureza criminal⁵³. Essa jurisdição penal é definida por Rogério Lauria Tucci como “a atuação do Estado, por intermédio dos órgãos do Poder Judiciário, integrantes da Justiça Criminal, com a finalidade de aplicação das normas jurídicas penais materiais positivas a um fato tido como típico, antijurídico e culpável”⁵⁴.

Dentro da jurisdição penal, a determinação da competência dos órgãos que irão exercer essa função estatal é prevista no direito pátrio pelos critérios do art. 69 do Código de Processo Penal⁵⁵, quais sejam: local do crime; domicílio ou residência do réu; natureza da infração; distribuição; conexão ou continência; prevenção e; prerrogativa de função⁵⁶. Com base nos padrões estabelecidos pela legislação processual penal, sem desprezar as determinações da

⁵⁰ MARCATO, *op. cit.* p. 74

⁵¹ Na visão de Eugênio Pacelli, “a divisão da jurisdição em competências tem a finalidade proporcionar uma melhor operacionalização da prestação jurisdicional, baseado no critério da especialidade e da racionalização de cada órgão julgador. Assim, ao se pretender que cada juízo cuide de determinadas matérias conforme a especificidade de cada uma delas, o resultado tende a ocorrência de uma otimização de atividade jurisdicional”. (*Curso de Processo Penal*. 24.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 152)

⁵² COUTURE, *op. cit.* p. 29.

⁵³ *Ibidem. Idem.*

⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Processo e procedimentos penais*. Doutrinas essenciais: Processo penal. Org. Guilherme de Souza Nucci. ano. I. vol. I. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Livro eletrônico)

⁵⁵ BRASIL, Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Vade mecum acadêmico de Direito. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015. p. 406.

⁵⁶ Os critérios estabelecidos na lei processual penal para determinação da competência são criticados por BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* (livro eletrônico). 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Para o jurista, “o legislador processual penal confundiu problemas de competência, critérios de competência, fatores de modificação de competência, e até mesmo mecanismos de fixação concreta de competência, elencando critérios sem nenhum rigor científico ou mesmo adequação à organização judiciária brasileira”. Indo além, Badaró afirma que somente a “natureza da infração” e “prerrogativa de função” são de fato critérios de determinação de competência. Já critérios como “lugar da infração” e “domicílio do réu” são fatores de coligamento que influenciam na competência territorial, enquanto “distribuição” é fator de fixação de competência dentro da mesma comarca. Por fim, “prevenção” não passaria de critério que ora determinaria o foro subsidiário, ora seria critério de atração no caso de conexão e continência.

Constituição Federal, das Constituições Estaduais e suas leis de organização judiciária, é possível afirmar que a competência penal é definida em razão da função exercida pela pessoa (*ratione personae*), em razão da matéria (*ratione materiae*) e em razão do local (*ratione loci*)⁵⁷.

Ao presente trabalho, importará o estudo da competência *ratione personae*, onde destaca-se a atribuição por prerrogativa da função, previsto no art. 102, I, “b” e “c” da Constituição Federal de 1988, e art. 84 do Código de Processo Penal. De acordo com esse critério, admitir-se-ia a existência de um foro definido com base no cargo que alguém ocupa, desprezando assim, por hora, a natureza do crime e o local ou tempo da sua tentativa ou consumação⁵⁸. O legislador, então, designou o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, como os órgãos originários competentes para julgamento dessas autoridades públicas, seja em crimes comuns sejam e crimes de responsabilidade.⁵⁹

Adiante, o assunto será tratado com maior atenção, especialmente quanto ao foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, servindo as lições até então apresentadas, como base para construção do pensamento a ser exposto.

1.2 Do foro por prerrogativa na jurisdição constitucional

É comum que os escritos acerca do foro por prerrogativa o relacionem tão somente à jurisdição penal. Todavia, esse critério de competência guarda maior relação com outra “espécie de jurisdição”, seja ela a jurisdição constitucional. Considerando que o prisma de observação do trabalho terá foco nos *leading cases* sobre o foro por prerrogativa julgados pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário entender de que forma esse critério de definição de competência guarda lugar dentro da jurisdição constitucional.

Atribui-se ao período pós Segunda Guerra Mundial, no âmbito europeu, o marco temporal e territorial do surgimento da jurisdição constitucional nos moldes atuais. Até então,

⁵⁷ NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Foro por prerrogativa de função no processo penal: investigação, processo e duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Thomson Reuters. 2020, p. 23-24.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 262. Todavia, essa afirmação ganhou contornos especiais após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal 937-RJ (Q.O), finalizado em maio de 2018. A partir desse julgado, a competência da Corte pelo critério da prerrogativa de função passou a ser, e somente, nos crimes praticados durante o exercício e relacionados à cargo ocupado. Portanto, não mais basta mais o exercício de cargos públicos para fazer jus ao do foro por prerrogativa, nos casos previstos em lei, sendo relevantes a natureza e o tempo do crime. A questão será devidamente aprofundada em momento oportuno no trabalho.

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

predominava no velho continente o estado legislativo de direito, onde a Constituição se mostrava como um documento meramente político, existindo um evidente protagonismo do Estado e, principalmente, do parlamento criador do direito⁶⁰. Nesse cenário, o Judiciário se mostrava em posição submissa ao abandonar a produção jurisprudencial, atuando, resignadamente, sob os preceitos do princípio da legalidade como única fonte de legitimação do direito. Decisões judiciais, então, se mostravam apenas como meras verificações do que estava prescrito em lei⁶¹.

Mas a partir do fim da Segunda Guerra, o estado legislativo foi superado pelo estado constitucional de direito. O Poder Judiciário então passa a experimentar inédito protagonismo, não mais se contentando em aplicar a lei, mas fazendo juízo de valor de sua (in)validade contrastada com a Constituição, e também garantindo valores como a igualdade e outros direitos fundamentais previstos na Lei Maior⁶². Desse momento em diante, não é mais suficiente a mera limitação do poder estatal e previsão de direitos fundamentais na Constituição; é necessário a busca por instrumentos institucionais para a tutela e realização desses direitos. Nascia então a atual concepção da jurisdição constitucional, influenciado pelas ideias da Constituição de Weimar⁶³.

Chamada de “a grande invenção do direito no século XX”⁶⁴, a jurisdição constitucional se instituiu em verdadeiro pilar do estado democrático moderno, sendo conceituada por Hans Kelsen como “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”⁶⁵. Aliás, Peter Häberle atribui aos relevantes textos de Kelsen, à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos (especialmente no caso *Marbury vs. Madison*), e ao Tribunal do Estado da Constituição do Império de Weimar, o nascimento da jurisdição constitucional autônoma, cujas lições irradiaram por longo período⁶⁶.

Para Hans Kelsen, o principal objeto dessa jurisdição seria o controle de constitucionalidade de atos legislativos, ou seja, a compatibilidade desses atos com a Constituição vigente através de um Tribunal Constitucional. O jurista austríaco, porém, não excluiu da jurisdição constitucional outras atribuições, como o controle de atos do chefe de

⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trota, 2007, p. 147.

⁶¹ FERRAJOLI. *Passado y futuro del estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía e Política. n. 17. Madrid. 2001, p. 33.

⁶² *Ibidem*, p. 34.35.

⁶³ FIORAVANTI, *op. cit.* p. 150.

⁶⁴ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 352.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123-124.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 208-230, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>>. Acesso em: 02 Set. 2020, p. 211.

estado ou chefe de governo. Esse órgão jurisdicional, logo, poderia atuar como uma Corte de Justiça encarregada de julgar os atos dessas autoridades, impondo-lhes desde penas previstas no Código Penal, até mesmo sanções como de perda de mandato e de direitos políticos⁶⁷, evitando-se a criação de jurisdições especiais⁶⁸.

Filiando-se ao conceito kelseniano e se utilizando de uma concepção a qual denominou como autônoma⁶⁹, Häberle⁷⁰ afirma que a jurisdição constitucional possuiria sete características principais⁷¹, das quais destaca-se a criação de um Tribunal Constitucional autônomo para o exercício dessa jurisdição⁷². Por sua vez, esse Tribunal teria um rol de competências típicas⁷³ das quais, a principal para o presente estudo, é o julgamento de processos de acusação contra altas autoridades.

A noção de que a jurisdição constitucional, considerada como um sistema de práticas desenvolvidas por um Tribunal Constitucional para cumprimento do postulado da primazia da Constituição⁷⁴, teve influência na formação do direito constitucional brasileiro. A prova é que ficou a cargo especificamente do Supremo Tribunal Federal, a condição de guardião da Constituição, com suas competências firmadas pelo art. 102, da Constituição Federal de 1988⁷⁵.

⁶⁷ KELSEN, *Jurisdição*, p. 35-36.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 161-162.

⁶⁹ Segundo o autor, “*La jurisdicción constitucional autónoma presupone conceptualmente una institución independiente, autónoma frente a otros órganos estatales y constitucionales, con determinadas competencias e funciones.*”

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. n. 9. Madrid. 2005.

⁷¹ Segundo Häberle, essas características seriam: (i) existência de um órgão constitucional autônomo, como a existência de um Tribunal Constitucional na função de ancoragem da Constituição escrita; (ii) legitimação democrática na composição desse Tribunal Constitucional; (iii) a publicidade das decisões como princípio base de organização, oportunizando a possibilidade de discussão social dos pronunciamentos da jurisdição constitucional pelo Tribunal; (iv) dever do Tribunal Constitucional do desenvolvimento de uma jurisprudência racional; (v) um rol mínimo de competências e funções do Tribunal Constitucional; (vi) das múltiplas funções específicas, que o Tribunal Constitucional garanta a evolução dos direitos fundamentais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, proteção da democracia e estado de direito, equilíbrio e separação dos poderes do Estado, garantia do pluralismo e proteção às minorias, e atualização cautelosa da Constituição pelo Tribunal Constitucional; (vii) participação limitada e consciente da jurisdição constitucional no contrato social de uma comunidade política. (*El Tribunal Constitucional*, p. 120-126)

⁷² Apesar de Häberle estender o conceito de jurisdição constitucional, detalhando as suas funções, suas ideias não se opõem às de Hans Kelsen (*Jurisdição*, p. 185), o qual também considera a existência de um Tribunal Constitucional, o qual caberia julgar as leis e regulamentos da União e dos Estados Federados, “cujo respeito seria encarregado de assegurar”.

⁷³ Para Häberle, sumariamente, as demais competências do Tribunal constitucional seriam as seguintes: (i) resolução de controvérsias orgânicas e até mesmo entre entes dentro do sistema Federalista ou Regional; (ii) função recursal constitucional, controle de constitucionalidade de atos normativos (concreto, abstrato, preventivo e internacional); (iii) revisão de processos eleitorais; (iv) liberdade de opinião. (*El Tribunal Constitucional*, p. 123-124)

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.25, p.189-205, jan./fev. 2009.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: 2016, p. 229.

Todavia, a Assembleia Constituinte que deu origem à Carta de 1988 não se limitou a atribuir a esse órgão apenas a guarda do texto constitucional, mas acabou por ampliar seu rol de competência para atribuições até então inéditas, em relação às Constituições antecessoras⁷⁶. Não obstante, além de manter a sua função precípua de exercício do controle de constitucionalidade, a Corte Constitucional também continuou a ser responsável pelo exercício de jurisdição penal primária e única para determinados ocupantes cargos públicos, competência essa que é denominada de foro por prerrogativa.

Por este ângulo após situar o foro por prerrogativa não só como integrante, mas também como uma função da jurisdição constitucional, nos itens seguintes, buscar-se-á uma definição mais apurada quanto ao instituto, suas características, modo de funcionamento e importantes debates sobre o tema.

1.3 O foro por prerrogativa de função como primeiro critério de definição de competência

Como visto no item 1.2, o exercício da jurisdição é atribuído a vários órgãos que compõe o Poder Judiciário, baseado nos critérios da especialidade e racionalização para sua maior efetividade. O órgão encarregado do exercício da função jurisdicional é chamado de competente, cujo estabelecimento ocorre mediante conjunto de regras processuais, que visam garantir desde a delimitação da própria jurisdição, bem como a devida designação do juiz natural⁷⁷.

Todavia, devido à multiplicidade de órgãos encarregados do exercício da jurisdição, há de se perguntar qual deles é o competente para apreciar determinada demanda. As respostas a essa pergunta são essenciais, pois determinam o órgão competente, legitimando sua própria atuação, e representando requisito de validade do próprio processo⁷⁸. No trabalho em questão, restringir-se-á ao estudo da definição da competência na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que nesta repartição se localiza o foro por prerrogativa.⁷⁹

Os critérios apresentados para estabelecimento da competência se constituem por um processo complexo e gradativo, o qual se inicia pela admissão da jurisdição em si. Após atravessar toda sua perspectiva organizacional ampla e abstrata, deve-se chegar a um único

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.091.

⁷⁷ LOPES JÚNIOR, *op. cit.* p. 248.

⁷⁸ MARCATO, *ibidem*.

⁷⁹ O foro por prerrogativa existe em outros Tribunais Superiores, como STJ, TST, STM, TSE, e os Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal. Todavia, ao presente estudo, importará o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal.

órgão específico e determinado, o que Cândido Rangel Dinamarco denomina de concretização da jurisdição⁸⁰. Habitualmente, obras e manuais de processo penal, como Badaró⁸¹, Lopes Jr.⁸² e Grinover⁸³ oferecem um rol de critérios, definidos por perguntas a serem respondidas, para que se chegue no órgão determinado que irá exercer a competência no caso em concreto.

Porém, parece prevalecer o entendimento no direito pátrio de que a atribuição do órgão julgador deverá ser firmada, em um primeiro momento, pelo critério da superposição, onde a primeira competência a ser verificada, já excluída alguma competência internacional, são aquelas pertencentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça⁸⁴. O motivo seria que esses Tribunais não pertenceriam à estrutura de nenhuma das jurisdições especializadas, já que a eles poderia chegar demandas de quaisquer órgãos do Judiciário, devendo, então, ser questionadas em primeiro plano⁸⁵.

E nesse sentido, sendo a competência de STF e STJ, as primeiras a serem verificadas com fins de concretização da jurisdição, pode-se afirmar que o foro por prerrogativa se constitui no primeiro critério para definição do órgão que deverá julgar uma demanda. E essa parece ser a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa no julgamento na Questão de Ordem do Inquérito 4.130/PR, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, o qual definiu que

O Colegiado explicou os critérios sucessivos de determinação da competência: a) competência originária de algum órgão de superposição, em virtude de foro por prerrogativa de função (STF ou STJ); b) competência de jurisdição; c) competência originária; d) competência de foro ou territorial; e) competência de juízo; e f) competência interna (juiz competente). Por sua vez, haveria hipóteses de modificação da competência, a saber, a prorrogação e o desaforamento. Pelo fenômeno da prorrogação, alarga-se a competência de um órgão jurisdicional, para receber uma causa que ordinariamente não se incluía nela. Nos casos de conexão e continência, opera-se a prorrogação da competência. Por fim, nas hipóteses de concentração da

⁸⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 427-429.

⁸¹ Para BADARÓ, *op. cit.*, a definição da competência deve se dar pelos seguintes critérios, apresentados através das respostas às seguintes perguntas: (i) a competência é dos órgãos de sobreposição (STF ou STJ?); (ii) qual a justiça competente (critério material); (iii) qual a competência originária? (Tribunais ou instância inicial); (iv) qual o foro competente (critério territorial); (v) qual a vara competente? (vi) qual a competência interna? (vii) qual a competência recursal? Todavia, o autor se une a Dinamarco na ideia de que, antes de se questionar qual a Justiça competente através dos critérios estabelecidos, se o caso não seria de competência do que ele denomina de órgão de sobreposição, ou seja, o STF e o STJ, tendo em vista que eles não pertenceriam à nenhuma Justiça, devendo a competência desses Tribunais Superiores ser cogitada em um primeiro momento.

⁸² Para LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 251, a definição da competência deve se dar pelos seguintes critérios, apresentados através da resposta das perguntas: (i) qual justiça ou órgão competente; (ii) qual o foro competente? (iii) qual a vara ou juízo?

⁸³ Para GRINOVER, Ada Pellegrini (*As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40) a definição da competência deve se dar pelos seguintes critérios, apresentados pelas seguintes perguntas: (i) competência da jurisdição (qual a Justiça competente?); (ii) competência hierárquica (competente o órgão superior ou inferior?); (iii) competência de foro (qual a comarca, ou seção judiciária, competente?); (iv) competência de juízo (qual a vara competente?); (v) competência interna (qual o juiz competente?); (vi) competência recursal (competente o mesmo órgão ou o superior?).

⁸⁴ DINAMARCO, *op. cit.* p. 428.

⁸⁵ BADARÓ, *op. cit.* No mesmo sentido, DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal* (livro eletrônico) 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

competência, exclui-se a competência de todos os órgãos judiciários teoricamente competentes para determinada causa, menos um, que dela ficará incumbido. Enquadra-se, na hipótese, a prevenção, ou seja, a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente já pertencia a dois ou vários, inclusive a ele. A prevenção seria, portanto, distinta das causas de prorrogação da competência. Enquanto a prorrogação acrescenta causas à competência de um juiz, retirando-as de outro, a prevenção retira causas da competência de todos os demais juizes potencialmente competentes, para que permaneça competente só um deles. A prevenção, portanto, seria um critério de concentração da competência, razão pela qual, inicialmente, devem-se observar as regras ordinárias de determinação da competência. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que consumada a infração. Ocorre que, quando se trata de infrações conexas, praticadas em locais diversos, deve-se determinar o foro prevalente. Para tanto, é preciso que uma infração exerça força atrativa sobre as demais, prorrogando a competência do juízo de atração. A fim de se estabelecer o juízo prevaemente nesses casos, há de se observar o art. 78 do CPP. Segundo esse dispositivo, a prevenção constitui um critério meramente residual de aferição de competência.⁸⁶

Nessa acepção, e por conclusão, se estabelece o foro por prerrogativa como o primeiro critério de concretização da jurisdição⁸⁷, através da definição da competência para julgamento de um acusado, tendo em consideração o exercício de cargo ou função pública que exercer. Dessa forma, o critério faz com que a autoridade ré, detentora dessa prerrogativa, seja julgada originalmente por órgãos de segunda ou instância superior, ao contrário de pessoa comum, que por sua vez responderá pelos crimes praticados em instância inicial (Juizado Criminal, Juízo Comum ou Tribunal do Júri). Assim, percebe-se que a competência especial prevalecerá sobre a competência de primeira instância⁸⁸, configurando uma hipótese de competência absoluta, ou seja, inafastável ou imodificável pela simples vontade das partes.⁸⁹ Salienta-se que essa lição será importante na compreensão de julgamentos realizados pelo STF quanto ao foro na Corte, os quais serão apresentados no Capítulo 2.

⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo n.º 800*. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados - CJCD. Brasília, 21 a 25 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo800.htm>>. Acesso em: 16. set. 2020.

⁸⁷ Nessa mesma posição, Renato Brasileiro de Lima (*Código de Processo Penal comentado*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 262) afirma que “ao se buscar o juízo competente para processar e julgar determinada infração penal, devemos passar por várias etapas sucessivas, concretizando-se gradativamente o poder de julgar, passando do geral para o particular, do abstrato ao concreto. Supondo, assim, que uma infração penal seja praticada na comarca “X”, devemos nos perguntar, inicialmente, se a infração penal é da competência da Justiça brasileira. Posteriormente, a partir da análise da natureza da infração penal, busca-se definir a Justiça competente para processar e julgar o delito. Firmada a competência de Justiça, devemos nos perquirir se o acusado é titular de foro por prerrogativa de função. Depois, caso o acusado não faça jus ao julgamento perante um órgão superior, observa-se a competência territorial.” Em artigo de FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista do TRE*. Jan-jul de 2019. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 2016, p. 100, o autor afirma que “a única questão que implicará na conjugação de regras em razão das funções com a matéria está consubstanciada na Súmula 702 do STF (‘A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau’). Pensamos que, nesse caso, está correta a conjugação das regras, na medida em que a Constituição Federal não dispôs expressamente sobre a competência”.

⁸⁸ LOPES JÚNIOR. *op. cit.* p. 251.

⁸⁹ PACELLI, *op. cit.* p. 154.

1.4 Do conceito do foro por prerrogativa e sua natureza política

Conforme perspectiva anteriormente constatada, o foro por prerrogativa, na sua particularidade faz com que uma ação penal, que comumente começa sua trilha em primeira instância, para tão somente através de via recursal chegar a um Tribunal, já inaugure sua marcha processual em um órgão colegiado. Em outras palavras, essa espécie de competência faz com que a ação seja proposta diretamente em órgão de segunda ou instância superior, que, por sua vez, executará as funções de investigação, instrução e julgamento do processo, como se juízo da primeira instância fosse⁹⁰.

Para Tourinho Filho, o foro por prerrogativa se constitui como apanágio que determinadas pessoas detêm, de não serem processadas e julgadas como quaisquer do povo nos órgãos comuns, mas sim diretamente nos Tribunais, por exercerem relevantes funções no cenário jurídico político. Trata-se de regra que independe de fortuna, cor, credo ou sexo, dispensado não à pessoa, mas sim ao ocupante de função pública relevante⁹¹.

Observando-se o rol de autoridades que possuem o foro por prerrogativa na Carta Republicana, fica evidente que o constituinte originário elegeu os cargos ocupados pelos agentes políticos como os que poderiam ser considerados como funções relevantes. Esses cargos se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo e do Legislativo, já que a esses órgãos cabe a maior parcela das decisões políticas, justificando assim o menor número de cargos contemplados pelo foro por prerrogativa ao Judiciário, Ministério Público e órgãos auxiliares da Justiça⁹², os quais por sua vez tomam decisões predominantemente de caráter jurídico.

Exercendo funções nos primeiros escalões do governo de caráter administrativo, judicial e quase-judicial, os agentes políticos acabam por efetuar importantes tomadas de decisões que causam impacto no cenário social, econômico e político. Ocorre que, graças a uma sociedade extremamente complexa e pluralista, essas decisões acabam sendo julgadas e contestadas por todo o tempo e por toda organização social, seja quanto ao objeto, forma ou motivação⁹³. E para não tolher a liberdade de decisão e garantir o melhor desempenho dessas funções, necessário se faz garantir maior proteção aos agentes políticos quanto à prática desses

⁹⁰ MARCHIONATTI, Daniel. *Processo Penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.

⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Da competência pela prerrogativa de função*. Coleção Doutrinas essenciais: Direito Penal. ano. 1. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.165

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1470.

atos, não impedindo a devida responsabilização, mas a aplicação da punibilidade dentro de padrões diferentes do regime civil.⁹⁴

Se para o agente político o foro por prerrogativa se mostra como um benefício, o julgamento de altas autoridades representa para os Tribunais um desafio imposto pelo constituinte. Ao ver deslocada da primeira instância para os Tribunais a missão de investigar, processar e julgar determinadas autoridades, essas ações penais originárias causam “estrépitos” nas Cortes, já que exigem um tipo de atividade processual que foge ao seu cotidiano. De fato, não é frequente aos Tribunais promover atos como decretação de medidas cautelares, oitiva de testemunhas e demais típicos de instrução processual e avaliação primária dos fatos da causa.⁹⁵

A justificativa para essa escolha do constituinte é a presunção de que os “Tribunais de maior categoria tem mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele”⁹⁶. A própria formação profissional e experiência judicante dos membros desses Tribunais, seria decisivo no alcance desse objetivo intrinsecamente visado pela prerrogativa de foro⁹⁷.

No ordenamento jurídico pátrio, inclusive, a relação da autoridade com prerrogativa e com o Tribunal competente decorrerá da dignidade e da importância e relevância do cargo. Em outras palavras, quanto maior a altitude do cargo, maior será o Tribunal a ser atribuído como competente para julgamento⁹⁸.

Dessa forma, nos termos expostos pelo ex-Ministro do STF, Victor Nunes Leal, deve-se considerar que a prerrogativa de foro possui natureza dúplice⁹⁹, visando proteger tanto o acusado ocupante de função pública, como também o órgão julgador que vier a julgá-lo. O objetivo do instituto é assegurar a imparcialidade do juízo, garantindo sua independência, e

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 72-73. O autor cita os crimes de responsabilidade, previstos na Lei n.º 1.079/50 e no Decreto-Lei n.º 201/67, como exemplos de hipóteses de punições específicas a agentes políticos, levando em consideração as particularidades que cargos e a complexidade que estes demandam, o que leva inclusive, ao estabelecimento de ritos processuais incomum se comparado ao rito processual ordinário, como o caso do “impeachment”, ou o Processo administrativo por “quebra de decoro parlamentar”, que ocorrem e tramitam internamente nas Casas Legislativas.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. in MARCHIONATTI, *op. cit.*

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 473*, Estado da Guanabara. Tribunal Pleno. Rel. Min. Victor Nunes Leal. DJ. 19.11.1964.

⁹⁷ OLIVEIRA, *op. cit.* p.155.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁹ Sobre o foro por prerrogativa, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Guilherme Kraft, 1945. p. 222) leciona que “cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en si, sino al cargo o función que desempeña, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios”. (*apud* TOURINHO FILHO, *op. cit.*).

blindando-o de eventuais pressões de natureza política, como poderia acontecer quando um juiz de primeira instância vier a julgar um Ministro de Estado, ou um Desembargador¹⁰⁰.

Nesse viés, afirma-se que o preceito que cria e institui o foro por prerrogativa tem duplo aspecto, seja de caráter de norma de organização política do Estado, como também de norma processual penal¹⁰¹. Mas, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa se constitui em norma de caráter essencialmente constitucional e político¹⁰², ainda que se observe efeitos de natureza processual. A justificativa residiria justamente na “importância hierárquica do cargo que a pessoa exerce, sendo uma garantia política da função, procurando-se, com o instituto, evitar o desprestígio do cargo.”¹⁰³

No que tange a natureza do instituto, afirma-se que o foro por prerrogativa que as autoridades possuem em Tribunais ou Cortes Superiores, como o próprio nome aponta, se constitui em uma prerrogativa processual, afastando confusões com as imunidades e inviolabilidades. Ainda que essa tríade também seja uma forma de garantir o exercício de cargos públicos, especialmente os políticos, e por vezes previstas nos mesmos dispositivos normativos, não devem ser confundidos. Enquanto a imunidade tem caráter processual, impedindo o desenvolvimento de um processo ou medida cautelar, a inviolabilidade tem o condão de evitar a incidência da norma sancionatória¹⁰⁴.

Considerando que a competência da Corte é fixada pela Constituição Federal, o foro por prerrogativa não alcançará todos os ilícitos praticados pelos ocupantes de cargos que detêm esse direito, mas somente aquelas ações que forem consideradas crimes. Dessa forma, ilícitos de natureza cível, trabalhista, eleitoral, tributária e administrativa dever-se-ão ser julgados na instância inicial, segundo as regras de organização judiciária. Conforme já decidiu o STF no julgamento da Petição nº 3.240-DF, as ações por improbidade administrativa, por exemplo, têm natureza cível, e não penal, nos termos do art. 37, §4º, da Carta Republicana, não sendo estendido o foro por prerrogativa a essas demandas¹⁰⁵.

¹⁰⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed. vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 275.

¹⁰¹ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 5.

¹⁰² “A matéria relativa a competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., J. Frederico Marques), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República”. (STF, Primeira Turma. *RE n.º 141.209*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 04.02.1992. DJ: 20.03.1992).

¹⁰³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.587-GO*. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 01.12.2004. DJ: 06.11.2006, p. 91-92.

¹⁰⁴ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 6-7.

¹⁰⁵ BARBOSA, Alexandre Izubara Mainete. *O foro por prerrogativa de função nos processos sob domínio do Supremo Tribunal Federal movidos contra parlamentares federais e a crise judiciária*. Curitiba: CRV, 2018, p. 81-82.

1.5 As autoridades com foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal

Como visto no item 1.2, o modelo de jurisdição constitucional proposto por Hans Kelsen é composto de um Tribunal, mormente a mais alta Corte de um Estado, cuja principal função é promover a interpretação e aplicação da Constituição através do controle de constitucionalidade de atos normativos¹⁰⁶. Ademais, soma-se a essa atribuição o exercício da competência recursal, quando o Tribunal revisará as demandas julgadas em instâncias inferiores, além de atuar em litígios entre órgãos superiores ou até mesmo entre Estados-membros de uma Federação.

Não obstante, essas Cortes também, e de forma excepcional¹⁰⁷, atuarão como instância penal originária para julgamento das altas autoridades, em situações previstas na Constituição, através do foro por prerrogativa de função.

Considerando o cenário nacional, coube ao Supremo Tribunal Federal desempenhar a função de foro penal originário competente para o julgamento das maiores autoridades da República, com relativa exceção no período compreendido entre 1824 a 1891. Isso porque, na vigência da Constituição do Império do Brasil, era do Supremo Tribunal de Justiça a competência para julgar os delitos e erros de ofício praticados pelos seus Ministros, os Ministros das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias (art. 134, II)¹⁰⁸. De qualquer forma, nos tempos Imperiais, também era da mais alta Corte do Estado a competência pelo foro por prerrogativa.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1891, a segunda da história brasileira, a mais alta Corte do país mudou sua denominação para Supremo Tribunal Federal, mas sendo mantida na incumbência de julgar determinadas autoridades pelo foro de prerrogativa, atribuição que permanece até os dias atuais. Na primeira Carta Republicana, ao STF competiria processar o Presidente da República pelos crimes comuns praticados, os Ministros de Estado pelos crimes comuns e os de responsabilidade conexos com os praticados pelo Presidente, e os Ministros Diplomáticos nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 99)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 52.

¹⁰⁷ BADARÓ. Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰⁸ BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 02 out. 2020.

¹⁰⁹ BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 02 out. 2020.

Não obstante, nas Constituições seguintes, a prerrogativa de foro também se mostrou presente, mas com o rol de autoridades sendo visivelmente ampliado a cada nova versão, passando a incluir cargos ou carreiras de grande autoridade a medida em que surgiam pela especialização funcional¹¹⁰. Mas de todas as Constituições brasileiras, a Carta Cidadã de 1988 foi a mais pródiga nesse quesito, face a quantidade de cargos públicos que o legislador passou a atribuir o foro por prerrogativa no STF, não encontrando paralelo na história constitucionalista nacional, tampouco no direito estrangeiro¹¹¹.

Para consolidar uma ideia da extensão do instituto no Brasil, o Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal realizou, em 2017, um levantamento quantitativo de autoridades federais, estaduais, distritais e municipais com direito ao foro por prerrogativa. Segundo os números, a Constituição da República prevê, em seus dispositivos, o total de 38.431 cargos com direito à essa prerrogativa¹¹². Ainda que não seja objeto do texto, mas para informação do leitor, o órgão de pesquisa fez o mesmo levantamento com base nas Constituições dos Estados-membros e na Lei Orgânica do Distrito Federal, onde apontou-se para a existência de mais 16.559 autoridades com foro nos Tribunais de Justiça dos Estados e DF. Por conseguinte, verifica-se que existem no Brasil um total de 54.990 autoridades detentores do foro por prerrogativa¹¹³, de competência distribuída a Tribunais de segunda ou instância superior, e outros órgãos diversos.

Levando-se em conta o estudo retro mencionado, mas considerando apenas a esfera de atuação do Supremo Tribunal Federal, observa-se que a Corte detém a competência penal para processar e julgar um total de 867 autoridades, entre crimes comuns¹¹⁴ e de responsabilidade¹¹⁵.

¹¹⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. & LIMA, Frederico Retes. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 27 abr. 2017, p. 5.

¹¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

¹¹² CAVALCANTE FILHO, *op. cit.* p. 11-12.

¹¹³ *Idem, op. cit.* p. 23

¹¹⁴ O conceito de crime comum para JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal- parte geral*. 18.ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 185, refere-se aos que lesam bens jurídicos do cidadão, da família ou da sociedade. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Brasileiro – parte geral e parte especial*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 105, conceitua comum como o crime em que o sujeito ativo é indeterminado, podendo ser praticado por qualquer pessoa. No mesmo sentido, MASSON, Cleber. *Direito Penal – parte geral* (1º a 120). 13.ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 167, para o qual crimes comuns são os praticados por qualquer do povo, não se exigindo em relação ao sujeito ativo, nenhuma condição especial. Também na mesma linha, DOTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, define crime comum como o ilícito que pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo a lei nenhuma qualidade ou condição especial.

¹¹⁵ O crime de responsabilidade, para DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 552-553, são infrações políticas e funcionais apurados por um processo político-administrativo. Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed.

Apenas antecipando uma discussão que será devidamente tratada adiante em subtópico específico, esse número coloca o STF entre as Cortes, que possui a maior quantidade de autoridades sob sua competência penal se comparada aos Estados Internacionais.

No caso de prática de crime comum, os ocupantes dos respectivos cargos possuem foro por prerrogativa no STF: Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República, conforme lição do art. 102, I, “b” da Constituição Federal. Todavia, há de se destacar que o foro por prerrogativa do Presidente da República, junto ao Supremo, só ocorrerá caso os crimes comuns praticados apresentem relação com o cargo exercido. Essa regra decorre em razão da imunidade temporária à persecução penal relativa, o qual veda que o Chefe do Executivo seja responsabilizado por atos estranhos ao exercício da sua função enquanto durar o mandato¹¹⁶.

Também terão prerrogativa de foro na Corte Constitucional, em caso de prática de crimes comuns ou de responsabilidade, os Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica, os membros de Tribunais Superiores, os membros do Tribunal de Contas da União e Chefes de Carreira Diplomática permanente, nos termos do art. 102, I, “c”, da Carta Magna de 1988. Todavia, quando o crime de responsabilidade praticado pelos Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas estiverem em conexão com crime da mesma espécie pelo Presidente da República, o julgamento dos acusados se dará pelo Senado Federal, nos termos do art. 102, I, “c”, e art. 52, I, ambos da Constituição Federal.

São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.376, também define os crimes de responsabilidade como infrações político-administrativas definidas por lei (a lei 1.079/50, com as alterações da Lei 10.028/2000; é dizer, o rol previsto nos incisos do art. 85 é meramente exemplificativo). Em sentido igual, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2019. p. 1.053, os crimes de responsabilidade “caracterizam-se como infrações político-administrativas que dão ensejo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (CF, art. 52, parágrafo único)”. Na mesma toada, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2018, também define os crimes de responsabilidade como “infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais”. Por outro norte, embora não possuam uma ligação umbilical com o conceito de crime, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FICHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 247, afirma que o STF dá ao crime de responsabilidade um equivocado status de infrações de natureza penal. Para o autor, “no entendimento da Suprema Corte, os crimes de responsabilidade, embora caracterizados como infrações político-administrativas, devem ser submetidos à persecução penal, ainda que a jurisdição responsável pelo seu julgamento não se inclua no conceito de jurisdição comum, dos juízes e Tribunais nacionais, mas da jurisdição política, exercida, em regra – mas não sempre – por órgãos do Parlamento (Câmara de Vereadores, Assembleias e Congresso Nacional).

¹¹⁶ Nesse sentido, STF, *Habeas Corpus* n.º 83.154 (Tribunal Pleno), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11-9-2003, P, DJ de 21-11-2003. Também nesse sentido, STF, Inquérito n.º 672 – Questão de Ordem. (Tribunal Pleno). Rel. Min. Celso de Mello, j. 16-9-1992, P, DJ de 16-4-1993.

Todavia, há dispositivos infraconstitucionais que, de certa forma, ampliam e reduzem, periodicamente, o rol autoridades que terão foro no Supremo, em hipóteses além daquelas previstas no art. 102 da Constituição Federal. Esse fenômeno ocorre pela edição de leis¹¹⁷ que versam sobre a organização administrativa da Presidência da República e seus Ministérios, o que normalmente ocorre a cada substituição do grupo político que comanda o Poder Executivo Federal¹¹⁸. Assim, à medida em que Ministérios são criados e extintos, reduz-se ou amplia-se número de cargos com foro, o que na prática, diminui ou aumenta o rol de competência penal originária do Tribunal.

Não bastando a relativa facilidade com que se dá a criação ou extinção de Ministérios, ainda existe no Brasil a prática de atribuir a autoridades diversas a casta de Ministros de Estado. Sobre o assunto, o STF se pronunciou em 2004 quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3.289-DF e n.º 3.290-DF, as quais questionaram a Lei 11.036/2004 que, por sua vez, atribuía ao Presidente do Banco Central do Brasil a condição de Ministro de Estado, bem como o foro por prerrogativa dos atos praticados na função. Na oportunidade, a Corte considerou que a função em questão detinha natureza política, sujeitando seu ocupante, por exemplo, a perseguições por diversos meios, inclusive através de medidas judiciais ajuizadas na primeira instância de conotação pessoal. Nestes termos, o Supremo afirmou que a autoridade ocupante da Presidência do Banco Central do Brasil fazia jus à condição de Ministros de Estado e, por conseguinte, ao foro por prerrogativa¹¹⁹.

Nada obstante, essa posição manifestada pelo STF, a ser explorada no item 3.1.2 deste escrito, não escapa às críticas de que apenas os titulares de Ministérios deveriam ser qualificados dessa forma, já que essa condição é conferida por norma constitucional, sendo incabível dar-se por outro meio.¹²⁰ Ademais, enquanto os Ministros de Estado são subordinados e vinculados diretamente ao Presidente, determinadas autoridades equiparadas que chefiam entidades indiretas não possuem trato direto com o chefe do Poder Executivo. Dessa forma, foge-se à natureza do cargo Ministerial, não havendo fundamento, portanto, para a equiparação.

Por oportuno, Eugênio Pacelli de Oliveira endossa as críticas afirmando que “não pode se admitir que a Administração Pública federal detenha o poder de identificação da relevância

¹¹⁷ Atualmente, a legislação ordinária que organiza a administração básica da Presidência da República e dos Ministérios são as seguintes: Lei 10.683/2003; Lei 11.036/2004; Lei 13.266/2015. Lei 13.341/2016; e a mais recente, Lei 13.844/2019.

¹¹⁸ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 85.

¹¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.289 (DF)*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 05.05.2005. DJ: 24.02.2006.

¹²⁰ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 56.

das funções merecedoras de tratamento privilegiado na Constituição da República”¹²¹. Ainda segundo o autor, o foro concedido ao Presidente da República, seu vice e Ministros, deriva de um critério racional de organização administrativa, sendo a primeira autoridade exercente do poder administrativo, atuando os Ministros como auxiliares a *longa manus* do chefe do Executivo. ¹²² Arremata Pacelli afirmando sobre a prática: “coisas, enfim, do Brasil tupiniquim.”

Em que pese as críticas a essa prática, o STF entende que lei ordinária poderá, de certa forma, equiparar certas autoridades àquelas que possuem foro por prerrogativa no STF, aumentando a competência da Corte, ao menos, numericamente. Todavia, essa posição poderá sofrer modificações pela jurisprudência da Corte, como se observou no julgamento da questão de ordem na Ação Penal 937/RJ. No julgamento da referida ação, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, propôs que as imunidades, inviolabilidades e prerrogativas processuais deferidas a cargos públicos não oriundos da Constituição, deveriam ser pronunciadas como inconstitucionais. Para o Ministro, a Corte deveria manter coerência na nova posição tomada, devendo expandir as restrições quanto ao foro para todo e qualquer cargo, o que inclui os equiparados por lei ordinária aos de Ministros, cujo foro por prerrogativa não é previsto na Constituição¹²³. O tempo dirá se a manifestação do Min. Gilmar Mendes foi uma espécie de embrião para futuras modificações quanto a essa extensão do foro a autoridades não nominadas na Carta Magna.

1.6 “Prerrogativistas” versus “privilegiativistas”: um Fla-Flu semântico e jurídico

Em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Miguel Reale Júnior relatou que “no maniqueísmo próprio do atual cenário político brasileiro, em clima de Fla-Flu, estabeleceu-se que ser a favor do foro privilegiado é promover a impunidade e ser contra o foro privilegiado é tornar viável a punição dos políticos corruptos”¹²⁴. Mais que simplesmente inspirar o título do subtópico, o trecho do artigo reflete o real embate entre os que defendem a

¹²¹ OLIVEIRA, *Curso de processo penal. op. cit.* p. 158.

¹²² Com a mesma percepção sobre a problemática, Rafael Fecury Nogueira (*op. cit.* p. 88) discorre que “o legislador ordinário, portanto, ao organizar a administração da Presidência da República, define competência penal originária do Supremo Tribunal Federal para além daquelas definidas pelo próprio constituinte originário e o faz sem qualquer delegação do Constituinte, o que não pode admitir por duas questões básicas: a primeira, por ausência constitucional. a segunda dá-se em razão da flexibilidade com que o legislador ordinário altera a estrutura da Presidência da República e, conseqüentemente, de seus cargos, definindo a competência do Supremo Tribunal Federal ao poder de conferir status de Ministros a quaisquer cargos do chamado primeiro escalão da Presidência.”

¹²³ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 56.

¹²⁴ “*Foro privilegiado?*” O Estado de São Paulo. São Paulo, 07 de jan. 2017. Disponível em: <<https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>>. Acesso em: 12. de jan. 2019.

prerrogativa de foro, de fato, como uma “prerrogativa”; e os que afirmam que a regra na verdade se constitui em um “privilégio”. Entender os lados da disputa, que jocosamente denominar-se-á de “prerrogativistas *versus* privilegiativistas”, auxilia na compreensão das polêmicas em torno do instituto, e até mesmo permite a compreensão do STF e seu comportamento quanto ao tema.

A associação entre as denominações “foro por prerrogativa” e “foro privilegiado” como se sinônimas fossem, apesar de comum, é desprovida de boa técnica e normalmente revela alguma intenção do interlocutor. Normalmente, denomina de foro por prerrogativa aquele que procura neutralizar críticas superficiais ao instituto, afastando a ideia do estabelecimento de vantagens indevidas a um grupo de autoridades. Por sua vez, qualifica como foro privilegiado o que procura desmoralizar o instituto, atraindo impugnação fundada no desrespeito ao princípio da organização democrática republicana, que é o da igualdade perante a lei¹²⁵.

Afastando essas associações entre os termos “privilégio” e “prerrogativa”, Raul Machado Horta afirma que a questão não gira em torno de uma disputa de palavras, mas da consideração de que são termos de significados inconciliáveis: enquanto o privilégio satisfaz a interesse pessoal do beneficiário, a prerrogativa se afasta de interesses particulares, “visando ao regular exercício das funções do Estado”¹²⁶. A mesma percepção tem Fernando da Costa Tourinho Filho, para o qual o termo privilégio decorre de benefício à pessoa, enquanto a prerrogativa de refere ao cargo¹²⁷.

Como exemplo, pode-se citar as imunidades formais e materiais¹²⁸ dos parlamentares, que devem ser entendidas não como vantagem à pessoa ocupante do cargo, mas como meio de propiciar as devidas condições para o exercício de uma função pública. A propósito, tanto a imunidade parlamentar quanto o foro por prerrogativa fazem parte de um conjunto de normas que Paulo Gustavo Gonet Branco denomina de “Estatuto do Congressista”. Esse agrupamento normativo cumpre assegurar aos parlamentares o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento do Legislativo, sem intenção de gerar privilégios ao indivíduo que

¹²⁵ HORTA, Raul Machado. *Imunidades Parlamentares*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 7, p. 64-108, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/942/880>>. p. 70. Acesso em: 06 ago. 2020.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ HORTA, *op. cit.* p. 84.

¹²⁸ art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

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

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

esteja ocupando o cargo eletivo¹²⁹. No mesmo sentido, Ruy Barbosa questiona e apresenta como resposta o seguinte:

(...) que significaria a Assembleia Estadual, sem que seus membros gozassem de imunidades e pudessem as autoridades estaduais, sempre delegadas pelo Executivo, subtrair ao Legislativo alguns dos seus membros, prendê-los, ameaçá-los, constrangê-los? É de primeira intuição que a Assembleia Legislativa, no regime federativo, de independência e de harmonia de poderes, sem essa garantia seria anomalia do próprio sistema, pois que não se cuida de um privilégio individual, de interesse particular, porém, de necessidade de ordem pública, de condição mesma da vida e independência da corporação política.¹³⁰

Adentrando à discussão, Hely Lopes Meirelles rejeita as prerrogativas concedidas aos agentes públicos como privilégios, afirmando serem “garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias”¹³¹. Diante dessa argumentação, é possível compreender que as consequências políticas que eventuais decisões e atos administrativos podem provocar são, essencialmente, as razões pelas quais o legislador constituinte fixou foros privativos para o julgamento dos ocupantes dos mais altos cargos da República¹³².

Destarte, percebe-se que a principal linha de defesa do foro por prerrogativa é que o instituto não se constitui em um benefício, mas de uma situação que exige diferenciação no tratamento em decorrência da relevância do cargo exercido, conforme aponta Gustavo Henrique Badaró. O autor, quanto a essa diferenciação de tratamento, faz as seguintes ponderações:

Nos dispositivos que estabeleceram hipóteses de foro por prerrogativa de função, a Constituição tratou desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Um detentor de cargo público de alta relevância estará sujeito a muitas perseguições ou maledicências que, no geral, não atinge o comum dos cidadãos. Por outro lado, a importância de seu cargo poderá fazer temer um juiz que não se sinta suficientemente independente para julgar altos dignitários da República.

O fator de discriminação – exercer relevante função pública – é razoável e válido. A condição de Presidente da República, de senador ou deputado federal, de ministro de Estado, entre outros, é fator de discriminação válida quando comparado com o cidadão que não exerce qualquer função pública ou a exerce em níveis hierárquicos iniciais ou inferiores. (...) O elemento diferencial, qual seja, exercer funções eméritas, justifica a discriminação estabelecida em vista dele, no caso, ser julgado originariamente por tribunais e não por juízes de primeiro grau. Em suma, as discriminações em razão de previsões legais de foros por prerrogativa de função não caracterizam “discriminações fortuitas ou injustificadas”.¹³³

A fundada desigualdade de tratamento promovido pelo foro de prerrogativa em nome de um bom exercício das funções públicas já foi, inclusive, reconhecida pela Corte

¹²⁹ *op. cit.* p. 1.026-1029.

¹³⁰ *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 42.

¹³¹ MEIRELLES, *op. cit.* p. 74.

¹³² OLIVEIRA, *Curso de processo penal*. p. 155.

¹³³ *Juiz natural no processo penal*. 1.ed (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Constitucional em algumas oportunidades¹³⁴. À vista disso, o ex-Ministro do STF, Victor Nunes Leal, na qualidade de Relator na Reclamação n.º 473, julgada em 1962, oriunda do extinto Estado da Guanabara, elaborou as seguintes considerações sobre a questão em seu voto, a qual transcreve-se breve trecho:

A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência, que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade.¹³⁵

Todavia, os privilegiativistas rejeitam a ideia de que o foro por prerrogativa protege o cargo, e não seu ocupante afirmando que, na prática, há uma (in)compatibilidade entre o foro e o princípio da isonomia. Ainda que o instituto não configure como um privilégio destinado ao ocupante do cargo, indagar-se-ia sobre a razoabilidade de uma pessoa, pelo simples fato de ser autoridade, merecer julgamento por órgão superior, enquanto alguém do povo há de ser julgado pelas instâncias iniciais. Esse argumento guarda ressonância entre atuais membros do STF¹³⁶, como o Min. Barroso, para quem o foro por prerrogativa é “uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável”¹³⁷. A consequência, então, seria uma percepção social de que o foro privilegiado atua como “um escudo contra a punição de políticos e funcionários de alto coturno”, minando a confiança da sociedade no Judiciário¹³⁸.

O foro por prerrogativa, no entanto, guarda sua maior crítica em relação a supostamente se mostrar como instrumento de estímulo à impunidade aos acusados de crimes de corrupção. A justificativa estaria na demora com que os Tribunais, especialmente os Superiores, apresentam para o julgamento dos crimes praticados por essas autoridades, fazendo com que um número elevado de processos não tenha o mérito apreciado em virtude da

¹³⁴ São exemplos o Inquérito n.º 687-DF (Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001); ADI n.º 2.597-DF (Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 01.12.2004. DJ. 06.11.2006; Inquérito 2.010-SP (Rel. Min. Marco Aurélio. j. 23.05.2007. DJ: 06.06.2008); ADI n.º 2.553-MA (Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 15.05.2019. DJ. 17.08.2020);

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 473*, Estado da Guanabara. Tribunal Pleno. Rel. Min. Victor Nunes Leal. DJ. 19.11.1964.

¹³⁶ Celso de Mello já havia revelado em entrevista ao jornal “O Estado de São Paulo” no ano de 2012, defender a “a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal”, mas admitindo exceções para o Presidente da República, Presidente do Senado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados. (*Celso de Mello defende fim da prerrogativa de função*. Revista Consultor Jurídico – Conjur. 26 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-fev-26/celso-mello-defende-fim-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 22. set. 2020.

¹³⁷ *Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado a chefe de Poderes*. Revista Consultor Jurídico – Conjur, de 23 de maio de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade> >. Acesso em: 22 set. 2020.

¹³⁸ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 35.

prescrição. O resultado seria “uma justa grita popular”¹³⁹ e um sentimento de desconfiança e descrédito quanto ao Poder Judiciário.

A explicação para tamanha demora estaria na falta de vocação dos Tribunais Superiores para o exercício da jurisdição penal originária¹⁴⁰, bem como na falta de estrutura, normalmente exemplificada pelas 69 Sessões Plenárias dedicadas ao julgamento da Ação Penal n.º 470, o conhecido caso “Mensalão”. Quando do julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ, o Min. Luís Roberto Barroso afirmou em seu voto que

(...) Tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas. Como regra, o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade, conduzindo ordinariamente a realização de interrogatórios, depoimentos, produção de provas periciais, etc.¹⁴¹

A consequência da suposta falta de vocação do Supremo para a atuação de instância penal originária poderia ser constatada através de números. Segundo o Min. Barroso, baseado em dados fornecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, tramitavam na Corte¹⁴² um total de 369 inquéritos e 102 ações penais até o mês de maio de 2016. O prazo médio para recebimento dessas ações penais no Tribunal foi de 617 dias, enquanto o mesmo procedimento, caso realizado pela primeira instância, não duraria mais que o período de uma semana. E apto a comprovar a lentidão, desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 35 de 2001, quando se tornou desnecessária a autorização das casas legislativas para julgamento de seus membros, o Supremo viu ocorrer 59 casos de prescrição entre inquéritos e ações penais¹⁴³.

Já em 2017, pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas – FGV produziram um documento que corroboraria com as críticas do Min. Barroso. Intitulado de “V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado”¹⁴⁴, o estudo analisou procedimentos penais referentes à autoridades com foro penal no STF, entre os anos de 2002 a 2016, visando retratar o cenário do foro por prerrogativa na mais alta Corte do Judiciário brasileiro¹⁴⁵. Os números da

¹³⁹ REALE JÚNIOR, *op. cit.*

¹⁴⁰ *Ibidem.*

¹⁴¹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento em: 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

¹⁴² Dados apresentados em 2017, no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da *Ação Penal n.º 937-RJ*.

¹⁴³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento em: 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

¹⁴⁴ FALCÃO, Joaquim. Rio de Janeiro: *Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas*, 2017.

¹⁴⁵ Ainda que o Relatório apresente inconsistências e imprecisões, alguns números são reveladores aos olhos dos “privilegiativistas”: (i) apenas 5,94% das ações penais que tramitaram no período analisado, começaram e terminaram no STF, mostrando significativo número de ações que apenas transitaram na Corte, mas tiveram suas resoluções em outros órgãos do Judiciário; (ii) 7,62% das ações tiveram ocorrência de prescrição; (iii) 52,38% dos casos foram remetidos à outros órgãos julgadores por declínio de competência, decorrente dos casos onde houve

pesquisa concluíram que o Supremo, “quando atua como corte originária com relação aos crimes cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função, normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR”¹⁴⁶.

Não obstante, até mesmo os críticos do instituto do foro por prerrogativa, em certa medida, passaram a relativizar o argumento da ausência de estrutura e vocação para atuar como juiz de instrução criminal. Nos últimos anos, tanto o STF quanto a Procuradoria-Geral da República se instrumentalizaram para atender à demanda de ações penais originárias, como a convocação de magistrados de instâncias inferiores, e julgamento dos procedimentos penais pelas Turmas. Essa especialização, provocada por uma centralização de procedimentos penais, fez com que a Corte evoluísse em termos quantitativos, bem como em termos qualitativos em seus pronunciamentos¹⁴⁷.

O embate entre argumentos “prerrogativistas” e “privilegiativistas” mostra mais que duas ideias que caminha por sentidos diferentes, mas também o que está por trás de cada uma delas. Enquanto a primeira remete à norma em sentido teórico, se resguardando com o fundamento da igualdade em sentido material¹⁴⁸ e na intenção do legislador constituinte, a outra busca fundamentos fáticos baseados na ineficiência que o instituto apresenta na prática, também procurando encontrar razões na igualdade em sentido formal para sua sustentação.

Por fim, opta o trabalho em desconsiderar a noção de privilégio que teria o foro por prerrogativa, tendo em vista que a vantagem é atribuída ao qualquer detentor de cargo público, e não da pessoa que o ocupa. Como afirmou o Min. Ayres Britto, “lei existe para, diante desta ou daquela desigualdade que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualdade compensatória”¹⁴⁹. No caso do foro por prerrogativa, essa desigualdade mostra-se compatível com os embaraços característicos das mais altas funções públicas se comparado às demais, sejam da Administração Pública, seja da iniciativa privada.

Ademais, cumpre esclarecer que o agente público que praticou o ilícito será processado e julgado como qualquer do povo, podendo ser inocentado ou condenado, diferenciando-se apenas quanto ao órgão julgador originário, descaracterizando qualquer hipótese de concessão

de cessação da função pública do acusado; (iv) 28,69% dos réus eram Deputados Federais e 2,53% eram Senadores ou Senadoras; (v) 68,78% de todos os réus não possuíam foro por prerrogativa, mas estavam nessas condições pelas regras de conexão e continência processual com réus que detinham o foro; (vi) 29,25% dos réus estavam em processos que não existia sequer algum outro acusado que detivesse foro por prerrogativa pelas regras da Constituição da República. (FALCÃO, *V Relatório*, p. 71-74)

¹⁴⁶ *Idem*, p. 81.

¹⁴⁷ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 33-34.

¹⁴⁸ Em sentido material, “(...) a igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais.” (STF. *Mandado de Segurança n.º 26.690*. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. j. 03.09.2008.)

¹⁴⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.330-DF*, Rel. Min. Ayres Britto, j. 3.5.2012, DJ: 22.03.2013.

de benesse injustificada¹⁵⁰. Por essas razões, preferir-se-á o termo foro por prerrogativa para designação das regras de competência originária penal dos Tribunais, para processamento e julgamento de determinadas autoridades elencadas na Constituição Federal de 1988.

1.7 O monopólio do STF sobre a aplicabilidade e o alcance das regras do foro por prerrogativa de função: uma ciranda interpretativa

Conforme brevemente adiantado no item 1.5, possui foro por prerrogativa no STF os ocupantes de algum dos cargos públicos relacionados no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, em caso de crimes comuns. Por outro lado, o foro penal originário na Suprema Corte também se dará na ocorrência de crimes comuns ou de responsabilidade quando, os acusados, ocupem algum dos cargos públicos previstos no art. 102, I, “c”, da Carta Republicana de 1988. As ações por atos de improbidade administrativa não geram ao acusado foro em Tribunais, tampouco as ações cíveis¹⁵¹.

Todavia, o cenário não se apresenta límpido como possa parecer, tendo em vista que o texto Constitucional se limita em apenas enumerar as autoridades que terão esse apanágio, bem como os respectivos Tribunais competentes para o julgamento. A Carta Magna deixa de apontar, portanto, questões fundamentais sobre a funcionalidade do instituto, tais como a extensão e alcance ou sentido¹⁵². E é nesse momento em que o Supremo Tribunal Federal, na condição de intérprete da Constituição Federal, diante do vácuo legislativo sobre a questão, assume o monopólio de estabelecimento dos os limites do exercício da própria competência penal originária.

Quanto à extensão, a Súmula n.º 394 do STF consagrou anos de uma jurisprudência que caminhou majoritariamente no sentido de que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”¹⁵³. Era o que se denominava de *perpetuatio jurisdictionis*¹⁵⁴, que no foro por prerrogativa significaria que ações criminais

¹⁵⁰ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 57.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 247

¹⁵² Os critérios foram adotados tendo como referência o voto do Ministro Luis Roberto Barroso na *Questão de Ordem da Ação Penal 937-RJ* no Supremo Tribunal Federal.

¹⁵³ CANOTILHO, *op. cit.* p. 1.471.

¹⁵⁴ SANTOS, *op cit*, p. 269, leciona que “firmada a competência de um juiz, ela perdura até o final da demanda. É a isso que se chama perpetuação da jurisdição – *perpetuatio iurisdictionis*. O juiz competente para conhecer e decidir de uma ação continua competente até que se esgote sua função jurisdicional com a decisão da causa. Perpetua-se a competência, muito embora circunstâncias várias possam acarretar modificações quanto ao estado

em trâmite no Supremo continuariam sua marcha processual na Corte ainda que o acusado, qual fosse o motivo, deixasse de ocupar o cargo que ensejou a competência especial.

Contudo, em 1999, o Plenário do STF cancelou a Súmula n.º 394, passando a entender que o fim do exercício do cargo ou função pública também geraria o fim do foro por prerrogativa, independentemente da natureza e do momento da prática do delito. Em decorrência do fim da competência do Supremo, os autos sem julgamentos de mérito seriam remetidos às instâncias ordinárias.¹⁵⁵ Essa interpretação feita pela Corte Constitucional continua a vigorar, onde a condição do acusado em ocupar ou não cargo público é o critério para estabelecer a competência face o critério da atualidade da função¹⁵⁶.

Já quanto ao alcance ou sentido¹⁵⁷, o entendimento que praticamente predominou toda a história da Corte é que o foro por prerrogativa seria aplicável a todos os crimes comuns, como crimes eleitorais, crime dolosos contra a vida ou até militares. A justificativa é que a Constituição fixou as regras do foro em razão da função da natureza do cargo ocupado pelo agente, e não em razão da matéria¹⁵⁸.

Não obstante, em 2018, findo o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937-RJ, esse entendimento foi substancialmente restringido pela Suprema Corte nos seguintes termos: subsistiria o foro por prerrogativa caso o crime fosse praticado durante o período de exercício do cargo público, devendo ainda existir vínculo entre o delito e o cargo ou função pública exercida¹⁵⁹. Os demais crimes, praticados em momento diverso, e/ou sem vínculo com o *mínus* público desempenhado, deveriam ser remetidos para julgamento nas instâncias iniciais competentes¹⁶⁰.

Contudo, na nova interpretação da extensão do foro por prerrogativa, o Supremo não definiu, por exemplo, o que seria um “crime praticado em razão do exercício da função”. Nesse sentido, a partir do momento em que se impôs a necessidade de relação entre o fato delituoso e

de fato ou de direito ocorridas posteriormente. (...) Uma vez proposta a ação não importam, para o efeito da competência, modificações do estado de fato ocorridas posteriormente (...).”

¹⁵⁵ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 71-72.

¹⁵⁶ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 61.

¹⁵⁷ Utilizar-se-á o termo “alcance ou sentido”, para designação de quais situações o acusado terá julgamento em foro especial, baseado nos critérios adotados pelo Min. Luis Roberto Barroso na questão de ordem da *Ação Penal n.º 937/RJ*.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 188.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 66-67

¹⁶⁰ No caso dos crimes eleitorais relacionados no parágrafo, Eugênio Pacelli de Oliveira *in Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 217, afirma que “em 14.03.2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que seria da Justiça Eleitoral a competência jurisdicional para o julgamento de crimes conexos àqueles da sua competência (Inquérito n.º 4.435)”. O autor faz ressalvas a essa decisão, afirmando que as Cortes Nacionais vêm afastando algumas de suas competências, estabelecidas expressamente pela Constituição, pela aplicação de normas infraconstitucionais.

o cargo exercido para estabelecimento da competência por prerrogativa, abriu-se espaço para uma discricionariedade judicial quanto a essa definição. Face a inexistência de critérios objetivos, Aury Lopes Júnior observa que com a nova posição do STF,

Cria-se a possibilidade de um perigoso exercício de subjetividade que pode conduzir a uma subjetividade que pode conduzir ao decisionismo judicial. Ficaria ao alvedrio do julgador verificar e decidir se é ou não ato próprio do ofício. Existem situações que fica evidente a desconexão entre crime e cargo, como podem ser os crimes de violência doméstica, lesões corporais causadas em relação a um desafeto pessoal (mas se for político complica a situação...), tráfico de drogas, porte ilegal de armas, etc. Mas em outros casos a distinção pode não ser tão evidente. Se um deputado federal comete um crime de lavagem de dinheiro ou evasão de divisas, de propinas recebidas ou de ‘sobras de campanha’, como fica? É um crime praticado em razão do cargo? E se comete um homicídio doloso de um antigo rival político? São situações em que o requisito ‘em razão do cargo’ admitirá dupla valoração, tanto negativa quanto positiva. Existe, portanto, a ausência de um critério claro e objetivo para definição da competência que coloca em risco a própria garantia do juiz natural.¹⁶¹

A crítica quanto à nova posição da Corte supra mencionada, assim como outras, foram levantadas durante o julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ pelos Ministros vencidos. Todavia, prevaleceu os termos do voto o Ministro Roberto Barroso, cuja proposta de redução do alcance das regras do foro por prerrogativa contou com a maioria do Plenário da Corte. Os argumentos mais importantes das manifestações de cada um dos Ministros, serão devidamente aprofundados no Capítulo seguinte.

Mas nem só de críticas viveu a decisão da restrição do foro, tendo em vista que importantes instituições como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB¹⁶², a Associação Brasileira dos Magistrados – AMB¹⁶³, e organizações civis como o Instituto Não Aceito Corrupção – INAC¹⁶⁴ comemoraram a decisão do Supremo. Para estas organizações, o julgamento do STF reduziria as diferenças entre autoridades e pessoas da sociedade civil, auxiliando na eliminação de privilégios indevidos. Ademais, poderia ocorrer uma redução de trabalho nos Tribunais, que deixariam de julgar crimes de causas corriqueiras, sem relação com o cargo da autoridade, que contribuiria para a morosidade do Judiciário.

Também defendendo a restrição do alcance do foro por prerrogativa pelo STF, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que o Tribunal apenas interpretou o foro por prerrogativa

¹⁶¹ *op. cit.*, p. 277.

¹⁶² LAMACHIA, Cláudio. *O limite imposto pelo Supremo Tribunal Federal para o foro especial é uma boa solução? SIM!*. Folha de S. Paulo, Opinião. 12. Mai. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/o-limite-imposto-pelo-supremo-tribunal-federal-para-o-foro-especial-e-uma-boua-solucao-sim.shtml>>. Acesso em: 12.09.2020.

¹⁶³ Associação dos Magistrados Brasileiros. *Juizes contra a corrupção: Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB*. Brasília: AMB, 2007.

¹⁶⁴ LIVIANU, Roberto. *O que está em jogo na discussão do foro privilegiado*. Instituto Não Aceito Corrupção. 02. Mai. 2018. Disponível em: <<https://naoaceitocorruptcao.org.br/o-que-esta-em-jogo-na-discussao-do-foro-privilegiado-roberto-livianu/>>. Acesso em: 12.09.2020.

no fulcro em valores como igualdade e isonomia, típicos de um regime republicano¹⁶⁵. Para o processualista,

“compreende-se que não há fundamento constitucional racional para assentar que, independentemente do crime cometido, sempre deverá ser conferida a garantia da prerrogativa de foro. Se o motivo central do *discrimen* (isonomicamente aceitável) está na proteção do cargo (e não da pessoa que lho ocupa), deve ela ser o mesmo vetor para estabelecer, em (re)leitura que se propõe, o delimitador para em quais situações será justificável o quebramento da isonomia e do tratamento diferenciado. Assim, e numa síntese, a prerrogativa de foro somente se apresenta justificável até o princípio da isonomia em relação aos crimes cometidos e diretamente relacionados às atividades do agente (cujo cargo está em proteção, nunca é demais assinalar). No que se refere a outros delitos que não se relacionem intrínseca e diretamente às funções exercidas pelo agente público, não pode haver tratamento diferenciado pela prerrogativa de foro. Aqui, portanto, o corte interpretativo proposto (mais amplo do que já decidido pelo STF na Ação Penal n. 937), sem que implique qualquer alteração de redação das normas constitucionais, mas unicamente pela leitura conforme a maximizadora do princípio da isonomia.¹⁶⁶

Mas essa não foi a única e relevante modificação instituída no julgamento da A.P. n.º 937, tendo em vista que também foi decidida a nova regra quanto à *perpetuatio jurisdictionis*, onde o fim da instrução processual significaria o marco processual definitivo. De forma mais precisa, a perpetuação da jurisdição se daria com a publicação do despacho para alegações finais, prorrogando-se a competência do STF ainda que o acusado deixe o cargo público detentor da prerrogativa¹⁶⁷.

Esse ponto da decisão, claramente, constituiu-se em tentativa de evitar o “efeito gangorra”¹⁶⁸, ou o movimento denominado de “elevador processual”, por vezes apontado como fator de impunidade no STF. Essa forma de retardamento processual faz com que Magistrados e membros do Ministério Público por vezes promovam atos processuais aos quais não irão aproveitar, ou tenham de apreciar outros os quais não participaram de sua formação. O resultado são transtornos, atrasos na prestação jurisdicional que causam de prejuízos à própria ação

¹⁶⁵ No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. *Constituição e Sociedade*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>>. Acesso em: 30. set. 2020, afirma que “não há razão legítima para processar e julgar em órgãos jurisdicionais diversos, por exemplo, um parlamentar e uma pessoa comum, que sejam acusados da prática de idênticos delitos – como homicídio, estelionato ou sonegação fiscal. Se ambos são iguais perante a lei, não há porque submetê-los a cortes e instâncias diferentes. O foro especial, tal como hoje concebido, recorda um artigo da Constituição aprovada pelos porcos, na ‘Revolução dos Bichos’, de George Orwell: ‘todos animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros’.”

¹⁶⁶ *In. op. cit.* p. 269. No mesmo sentido, FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista do TRE-RS*, jan-jun. 2019. p. 96-130.

¹⁶⁷ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

¹⁶⁸ Segundo Aury Lopes Júnior, *op. cit.* p. 276, denomina-se “efeito gangorra” o movimento de alteração de competências de ações judiciais, inclusive de instância, à medida em que o acusado ocupe diferentes cargos públicos, ou até mesmo é eleito para cargos políticos diversos que, por conseguinte, possuem prerrogativa de foros em Tribunais diversos, ou simplesmente não possua essa prerrogativa. Já Eugênio Pacelli de Oliveira, (*op. cit.* p. 269), chama de “elevador processual” o processo de “deslocamento de competências (notadamente para Tribunais diversos) em razão da modificação (posterior) do cargo ocupado pelo autor do fato cometido originalmente.”

penal¹⁶⁹, como a ocorrência do fantasma da prescrição, tão associado à impunidade de gestores públicos.

Em resumo, face decisão tomada pelo Plenário do STF, o foro por prerrogativa se aplica somente aos crimes praticados durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas. Ademais, iniciado o trâmite processual na Corte, a sua competência penal estará perpetuada quando da publicação do despacho para apresentação de alegações finais quando, ainda que o acusado venha a deixar o cargo ocupado ou trocar de cargo, seja qual for o motivo. A regra terá, por conseguinte, aplicação a todos os processos em andamento¹⁷⁰.

Importante destacar que a decisão tomada na A.P. n.º 937 teve reflexos imediatos tão somente para processos que envolvessem, na condição de acusados, Deputados Federais e Senadores, ainda que a discussão tenha se dado em amplitude maior. Todavia, ainda no ano de 2018, a Primeira Turma do STF, quando do julgamento de um Inquérito n.º 4.703-DF¹⁷¹, estendeu os efeitos da decisão, antes aplicável apenas a congressistas, também a outros cargos como Governadores e Ministros¹⁷².

As decisões tomadas no paradigmático julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937/RJ não representaram, no entanto, o fim das mutações sobre o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal. A ciranda de entendimentos, teses, interpretações e estabelecimento de novos critérios continuou a girar dentro da Corte, onde cada julgamento sobre a temática mais parece um novo episódio de um seriado cheio de reviravoltas.

Apenas uma semana findo o julgamento da Q.O. na A.P. 937, a Segunda Turma do STF resolveu por restringir ainda mais o critério do crime praticado durante o exercício do cargo e em razão do desempenho do cargo. No caso, a Turma decidiu no Inquérito 4.633-DF¹⁷³ que um acusado, ocupante de cargo de Deputado Federal, só faria jus ao foro no Supremo por atos praticados durante o mandato atual, e não aos anteriores. De acordo com tese vencedora, se os mandatos encerrados não mais existissem, não se poderia falar em proteção a algo que deixou de existir. Em outras linhas, encerrado o exercício de um cargo, encerrar-se-ia também a prerrogativa de foro relativo aos fatos relativos àquela função.¹⁷⁴

¹⁶⁹ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 73.

¹⁷⁰ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03;05.2018. DJ. 11.12.2018

¹⁷¹ *Inquérito n.º 4.703-DF (Q.O.)*. Rel. Min. Luiz Fux. j. 12.06.2018. DJ: 01.10.2018.

¹⁷² NOGUEIRA, *op. cit.* p. 68. No mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça remeteu à primeira instância os autos da Ação Penal n.º 866-DF, referentes a um acusado então Governador que, quando na condição de prefeito, praticou uma série de crimes de responsabilidade descritos no Decreto-Lei 201/67. Como não havia relação dos crimes praticados com o atual cargo desempenhado de chefe do Executivo Estadual, o STJ declarou-se incompetente, baseado no julgamento da Ação Penal 937 (Q.O.), julgado pelo STF.

¹⁷³ *Inquérito n.º 4.633-DF*. Segunda Turma. Rel. Min. Edson Fachin. j. 08.05.2018. DJ: 08.06.2018.

¹⁷⁴ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 68.

Porém, em 2019, a Primeira Turma, no julgamento do Inquérito 4.435-DF¹⁷⁵, posteriormente confirmado pelo Plenário, teve outro desfecho. Na questão, o STF declarou sua competência para julgar suposto crime praticado por Deputado Federal vinculado ao seu cargo, porém não ocorrido na atual legislatura, mas na anterior onde também ocupava o mesmo cargo. Assim, é possível afirmar, atualmente, que o foro por prerrogativa é mantido em caso de eleições sucessivas, no caso de parlamentares desde que para o mesmo cargo, devendo existir, no entanto, relação do crime com a função¹⁷⁶.

O monopólio decisório que o Supremo Tribunal Federal detém, através de interpretações sucessivas quanto ao alcance, aplicabilidade e extensão das regras do foro por prerrogativa acaba por gerar uma série de decisões muitas vezes contraditórias em si, causadoras de insegurança jurídica. Crítico dessa situação, Aury Lopes Júnior afirma que

a prerrogativa de função é um tema em constante mutação constitucional. Paira sobre ela uma imensa insegurança jurídica por conta das oscilações de humor dos tribunais superiores, especialmente do STF. Não é difícil encontrar, no mesmo tribunal, uma decisão que determina a reunião de julgamentos simultâneo de uma pessoa com prerrogativa de função e de outra sem prerrogativa, por conta das regras de conexão e continência, e, ao lado, uma decisão que nega a reunião e determina a cisão! Enfim, um terreno fértil para o decisionismo que gera grande insegurança jurídica.¹⁷⁷

As mutações interpretativas, ou a ciranda jurisprudencial da mais alta Corte do Judiciário brasileiro quanto à prerrogativa de foro serão melhor detalhadas no Capítulo 2, onde será realizado o detalhamento das decisões. Todavia, essa variação de posicionamento do Supremo, quando se discute o tema, é pauta praticamente inevitável ainda que se aborde outros aspectos do instituto, dado o aspecto metamorfósico que o Tribunal trata a questão.

1.8 Um breve estudo do foro por prerrogativa nos Estados Internacionais

Sem a pretensão de realizar estudo de direito comparado, mas considerando a relevância de situar o ordenamento jurídico brasileiro diante de sistemas alienígenas, far-se-á brevíssimo estudo sobre o foro por prerrogativa em alguns Estados estrangeiros, com foco nas respectivas Cortes Supremas. O intuito não é concluir qual melhor ou pior sistema, ou o mais eficiente ou ineficiente, ou o mais célebre ou vago, mas tão somente provocar uma reflexão ao leitor de como os demais países consideram o instituto. Para isso, escolheu-se Estados de

¹⁷⁵ STF, Primeira Turma. *Inquérito n.º 4.435 AgR-Quarto (Q.O.)*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 20.11.2018. DJ: 01.08.2019.

¹⁷⁶ MARCHIONATTI, *op. cit.* p. 70.

¹⁷⁷ LOPES JR. *op. cit.* p. 275-276.

localização geográfica próxima ao Brasil, bem como países situados em outros continentes, tal qual sistemas jurídicos diversos (*common law*) e semelhantes ao nacional (*civil law*).

O estudo será iniciado pelo modelo de foro por prerrogativa que mais se assemelha ao brasileiro, tanto pela quantidade de autoridades, quanto pela definição em si: trata-se do instituto do *aforamiento* na Espanha, definido pela Constituição da República de 1978, e pela Lei Orgânica do Poder Judiciário de 1985, sem prejuízo de outras¹⁷⁸.

A noção e essência do direito espanhol quanto à competência especial pode ser verificada na Sentença - STC n.º 22/1997, proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, órgão máximo daquele Judiciário, guardando muitas semelhanças ao que se entende no direito pátrio brasileiro. Abaixo, citando-se importante trecho do julgado:

De este modo, las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido ius singulare, pues en ellas no concurren las notas de la desigualdad y la excepcionalidad. Antes al contrario: ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia Constitución, y resultan de obligada aplicación siempre que concurra el presupuesto de hecho por ellas contemplado. Aflora así, la finalidad cuya salvaguarda se persigue mediante la constitucionalización de la prerrogativa de aforamiento especial de Diputados y Senadores. Proteger la propia independencia y sosiego, tanto del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. La prerrogativa de aforamiento actúa, de este modo, como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial; o dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado (art. 123.1 C.E.).¹⁷⁹

As autoridades detentoras dessas prerrogativas, denominadas de *aforados*, é formada pelo Presidente e demais membros do Governo, que serão processados e julgados por crimes que lhes forem imputados perante o Juízo Penal do Supremo Tribunal, face o art. 102 da Carta Magna espanhola¹⁸⁰. Somam-se a essas autoridades os parlamentares, nos termos do art. 57 da Lei Fundamental da Espanha, estabelecendo-se a Senadores e Deputados o que se denomina de “*fuero privilegiado o privilegio de fuero*”.¹⁸¹ Essas prerrogativas também se estendem aos

¹⁷⁸ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 40.

¹⁷⁹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 22/1997, de 11 de febrero. *La Sala Primera del Tribunal Constitucional*. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3287#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 03.10.2020.

¹⁸⁰ ESPAÑA, *Constitución Española*. Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Ratificada por Referendum Popular el 6 de diciembre de 1978. Sancionada por su Majestade el Rey Don Juan Carlos I ante las Cortes Generales el 27 diciembre de 1978. Junta de Castilla y León.

¹⁸¹ TAVARES FILHO, Newton. *Foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados. 2015, p. 9.

integrantes do Parlamento da União Europeia enquanto durar as sessões¹⁸², bem como a integrantes do Poder Judiciário¹⁸³ e membros de órgãos não jurisdicionais.¹⁸⁴

No julgamento dessas autoridades, a “*Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*”, decidirá as questões em primeira e única instância. Isso significa que das decisões desse órgão não caberá recurso de amparo por inexistir modalidade recursal nesse sentido, ainda que o Constituição espanhola assegure o duplo grau de jurisdição como princípio em matéria penal. Todavia, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC n.º 51/1985, decidiu que o fato de deputados e senadores gozarem de especial atenção pelos cargos que ocupam, justificar-se-ia a impossibilidade de eventual revisão das sentenças condenatórias pelo fato dessas autoridades já serem julgadas, ordinariamente, pela instância superior.¹⁸⁵

Relevante questão quanto à aplicação do *aforamiento*, definido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, se encontra na restrição da interpretação das normas do foro por prerrogativa quanto aos parlamentares, como no julgamento da STC n.º 22/1997¹⁸⁶. Em suma, a Corte espanhola entende que o *aforamiento* somente se aplica durante o mandato parlamentar sendo que, caso o eleito já possua algum processo criminal em andamento, este será enviado ao Tribunal Constitucional, lá permanecendo enquanto durar o mandato. Finalizado o mandato, os autos serão remetidos à primeira instância para que sejam processados segundo as normas processuais ordinárias, exceto quando houver relação do delito e o exercício do cargo. Esse entendimento, no entanto, não se aplica aos demais cargos com prerrogativa de foro¹⁸⁷.

¹⁸² NOGUEIRA, *op. cit.* p. 40.

¹⁸³ Segundo Andrey Borges de Mendonça (*O foro por prerrogativa na Espanha*. Custus Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano IV, 2012. Disponível em: <<https://revistacustuslegis.wordpress.com/2016/05/23/o-foro-por-prerrogativa-de-funcao-na-espanha/>>. Acesso em: 03 out. 2020), além das autoridades sobreditas, possuem foro por prerrogativa no Tribunal Constitucional Espanhol as seguintes autoridades do Poder Judiciário: (i) membros do Conselho Geral do Poder Judiciário; (ii) membros do Tribunal Constitucional; (iii) Magistrados da Audiência Nacional; (iv) membros dos Tribunais Superiores de Justiça; (v) os demais magistrados, desde que não possuam foro no Tribunal Superior de Justiça.

¹⁸⁴ Também na lição de MENDONÇA, (*op. cit.*, p. 7), possuem foro no Tribunal Constitucional Espanhol os ocupantes dos seguintes cargos: (i) Fiscal Geral e os Fiscais do Ministério Fiscal (equivalente ao Ministério Público no Brasil) que atuam no Tribunal Constitucional ou que lá possuam foro; (ii) membros de Tribunais de Contas; (iii) membros do Conselho de Estado; (iii) Defensor del Pueblo (equivalente ao Defensor Público no Brasil).

¹⁸⁵ SEGADO, Francisco Fernández. *El sistema constitucional español*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1992. p. 599-600.

¹⁸⁶ Afirma a Sentença n.º 22/1997: “*La interpretación restrictiva, que debe prevalecer en materia de fueros y privilegios, obliga a entender que la prerrogativa de aforamiento especial se circunscribe al período de ejercicio del mandato parlamentario, y que sólo extiende más allá sus efectos cuando los hechos presuntamente delictivos estuvieran en relación con el ejercicio de funciones inherentes al mandato parlamentario. A juicio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque los hechos que dieron lugar a la apertura e instrucción de la causa pudieran guardar relación con su actividad política en el ámbito local, pues fueron cometidos en su condición de Alcalde, en modo alguno se relacionaban con su cometido como Diputado de las Cortes Generales, por lo que concurrían los presupuestos legales necesarios para acordar la remisión de los autos y declinar su competencia jurisdiccional.*”

¹⁸⁷ MENDONÇA, *op. cit.* p. 10.

Finalmente, pode-se afirmar que o alcance das normas do foro por prerrogativa espanhol é amplo, tendo em vista que alcança toda espécie de crime praticado pelo aforado, independentemente de relação com o exercício do cargo. A exceção à regra seriam os crimes praticados pelos membros do Ministério Fiscal, que por sua vez são julgados somente por faltas e delitos vinculados à atuação em seu posto¹⁸⁸.

De modo geral, o modelo do *aforamiento* na Espanha produz críticas de teor parecido com o que se verifica no Brasil, especialmente quanto ao número de autoridades que detém essa prerrogativa. Segundo Gómez Cólomer, poder-se-ia computar de 10 a 250 mil cargos com direito ao foro especial na Espanha, o que se consistiria em despropósito, não encontrando qualquer paralelo em países de cultura jurídica semelhantes, o que comprometeria, inclusive, ao princípio da igualdade¹⁸⁹.

Nestes termos, é possível, de fato, verificar que o modelo de foro por prerrogativa no processo penal da Espanha guarda importantes semelhanças com o brasileiro, especialmente quanto à tradição de elevado número de cargos que detém essa vantagem.

Ainda na península ibérica, a República Portuguesa adota um modelo de foro por prerrogativa mais restrito em comparação à vizinha Espanha. Segundo a Constituição da República de 1976 e o Código de Processo Penal de 1987, caberá ao Supremo Tribunal de Justiça, órgão superior da hierarquia dos Tribunais judiciais, o julgamento do Presidente da República (CR, art. 130.1) nos crimes praticados em razão do exercício da sua função. Já nos crimes de natureza comum, o Presidente responderá perante juízes comuns após o fim do mandato.¹⁹⁰

Também tem foro no Supremo Tribunal o Presidente da Assembleia da República (órgão do parlamento português), o Primeiro Ministro, os próprios membros do Supremo Tribunal, os membros os Tribunais de Relações e os membros do Ministério Público que atuem nesses órgãos judiciais (CPP, art. 11.3). Finalmente, os membros do Tribunal Constitucional, o órgão do Judiciário de Portugal com vocação na administração da justiça em matérias de natureza constitucional, terão foro no Superior Tribunal de Justiça quanto à questões de responsabilidade civil e criminal.¹⁹¹

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹⁸⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento. *Teoría y Realidad Constitucional*, [S.l.], n. 38, p. 239-275, jul. 2016. ISSN 2174-8950. Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/18603>>. Fecha de acceso: 04 oct. 2020 doi:<https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18603>.

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa anotada*. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 365-366.

¹⁹¹ TAVARES FILHO, *op. cit.*, p. 10.

É perceptível que o sistema português pouco se assemelha ao sistema espanhol e brasileiro, restringindo o foro por prerrogativa, praticamente, quanto à chefia dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo que os Deputados da Assembleia da República não o possuem. Já quanto ao Judiciário, mostrou o legislador português maior preocupação, tendo em vista que os componentes do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional, além dos membros do Ministério Público que atuam nesses órgãos, terão o foro exercido por magistrados de nível hierárquico superior.¹⁹²

Seguindo rumo à Europa ocidental, encontra-se na República Francesa o *privilège de juridiction*, previsto no artigo 68.1 da respectiva Constituição. Esse instituto destina-se à responsabilização penal de membros do Governo, por sua vez constituído pelos Primeiro-Ministro e os demais Ministros, nos crimes ou infrações praticadas no momento e no exercício de suas funções. Para julgamento dessas autoridades, foi criada a *Cour de Justice de la Republique*, com previsão na *Loi Organique* de 1993, mostrando a preocupação com a fiscalização com os atos praticados pelo Governo, especialmente no exercício de suas atribuições¹⁹³.

Já o Presidente da República da França pelo art. 67 da Constituição, é irresponsável por eventuais delitos que vier a praticar em razão das funções que exerce, tanto na seara civil, quanto na penal. No entanto, há uma exceção à essa regra, que ocorre quando o Presidente pratica alguma ação que configure falta grave no exercício das funções executivas, a qual denomina-se de “alta traição”¹⁹⁴. Nesse caso, o chefe do Executivo será submetido a julgamento perante a *Haute Cour de Justice* da França, órgão que atua especificamente e apenas nos casos de alta traição pelo Presidente da República (art. 68)¹⁹⁵.

Por sua vez, não há previsão legal, tampouco constitucional, quanto ao foro por prerrogativa aos parlamentares, que dispõe por sua vez, e apenas, de imunidade de não serem presos, investigados ou processados por opiniões ou votos emitidos no exercício de suas funções (art. 26.2 e 3). Em relação aos Magistrados também não há a previsão de *privilège de juridiction*, tampouco de imunidades, podendo estas autoridades serem investigadas, processadas e julgadas como qualquer do povo. Isto posto, observa-se que o sistema de foro de

¹⁹² NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹³ BELÉM, Orlando Carlos Neves. Do foro privilegiado à prerrogativa de função. *Dissertação (Mestrado)*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito. 2008. p. 101-102.

¹⁹⁴ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 46.

¹⁹⁵ BELÉM, *op. cit.* p. 101.

autoridades na França guarda elevado grau de restrição, sendo primordialmente exercido pela primeira instância, mostrando-se um nível de republicanismo diverso do sistema brasileiro.¹⁹⁶

A República da Áustria, de um constitucionalismo inspirado nas lições de Hans Kelsen, também atribuiu a um grupo restrito de autoridades federais e das *lands* (equivalente aos Estados-membros no Brasil) o foro penal perante o Tribunal Constitucional. Pela redação do art. 142 da Carta austríaca, são dotadas do foro por prerrogativa o Presidente Federal, os membros do Governo Federal e local, os Governadores das *lands*, as autoridades da capital Viena, e o Presidente do Conselho Escolar dos Estados.¹⁹⁷ O foro abarcará tanto delitos praticados no exercício do cargo, bem como aqueles praticados antes e que já estejam em trâmite perante instâncias inferiores quando, o Tribunal Constitucional, passará a deter a competência e aplicar as penas previstas na legislação penal.¹⁹⁸

Já na República Federal da Alemanha, segundo Konrad Hesse¹⁹⁹, o Tribunal Constitucional Federal possui, dentre seu rol de competências, o de decidir sobre a acusação proposta pelo *Bundestag*²⁰⁰, ou pelo *Bundesrat*²⁰¹, contra o Presidente Federal sobre violações a Lei Fundamental ou de alguma lei federal (art. 61, LF)²⁰². A pena, consistente na perda do cargo, e tem em seu processo características similares ao *impeachment* existente em outros países, como os Estados Unidos e o Brasil. No caso alemão, a acusação pode versar simplesmente por violação à Lei Fundamental ou às leis federais, não se exigindo necessariamente que o ato se configure como crime.

Finalmente, ao TCF também compete decidir sobre acusações em relação aos magistrados que atentarem, dentro ou fora do exercício do cargo, contra a Lei Fundamental e leis federais. A iniciativa, que dependerá do parlamento, poderá levar à perda do cargo, caso a ação tenha sido premeditada (art. 98.2, LF). Dessa forma, é passível de arrematação que, na

¹⁹⁶ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 48-49.

¹⁹⁷ *Constituição da República da Áustria*. Biblioteca jurídica virtual BuscaLegis da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitui%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1ustria>>. Acesso em: 05 out. 2020.

¹⁹⁸ TAVARES FILHO, *op. cit.* p. 10.

¹⁹⁹ HESSE, Konrad. *El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 9. p. 141-151, Madrid, 2005.

²⁰⁰ Segundo Hesse (*op. cit.*, p. 150) o *Bundestag* é o Parlamento Federal da Alemanha, composto de 669 deputados eleitos em 328 distritos eleitorais, representando o povo. Tem, como uma de suas atribuições, oferecer acusação em desfavor do Presidente da República, por iniciativa de um quarto dos membros.

²⁰¹ Leciona Hesse (*op. cit.*, p. 150) O *Bundesrat* é o Conselho Federal da Alemanha, composto de 68 membros que representam os Estados (*Länder*). Na prática, esse órgão funciona como um parlamento de altos conselheiros do Governo. Também por um quarto dos seus membros, poderá ser proposta acusação em desfavor do Presidente da República.

²⁰² HESSE, *op. cit.*, p. 150.

Alemanha, os magistrados, ao lado da Presidente Federal, são os únicos possuem, de certa forma, o foro por prerrogativa no sistema jurídico alemão.²⁰³

Não obstante, partindo para o modelo *common law*, mas ainda no continente europeu, o direito inglês não prevê regras quanto ao foro por prerrogativa, seja qual for a autoridade. A explicação, de acordo com Roland Sèroussi, é a existência no sistema penal da Inglaterra da ideia de uma irresponsabilidade da Coroa, derivada do princípio “*The King do not wrong*”, que acabou por estender a todo o Ministério, incluso o chefe do governo, como também aos diplomatas.²⁰⁴

Por oportuno, ainda no de sistema *common law*, mas do outro lado do Atlântico, os Estados Unidos da América reconhecem o foro originário na Suprema Corte apenas em demandas relativas a seus embaixadores, ministros e cônsules, além de questões que envolvam algum Estado da Federação (art. III.2)²⁰⁵. Alexander Hamilton assim explica essa opção do constituinte originário:

Diplomatas de todas as classes são os representantes diretos de seus os soberanos. Todas as questões que os envolvem estão tão diretamente ligadas com a paz pública que, tanto para a preservação desta como por respeito às soberanias que representam, é tão aconselhável quanto adequado que tais questões sejam submetidas em primeira instância à mais elevada judicatura da nação. Os cônsules, embora não tenham uma condição estritamente diplomática, são agentes públicos das nações a que pertencem, e por isso a mesma observação se aplica a eles em grande medida. Nos casos em que um Estado seja parte, estaria em desacordo com sua dignidade submetê-lo a um tribunal inferior.²⁰⁶

A não presença da competência penal originária na Suprema Corte norte-americana, para julgamento de outras altas autoridades, pode ser explicada, sumariamente, em dois pontos: o primeiro reside no fato de que as competências em matéria penal são fixadas pelos Estados-membros, cabendo ao Tribunal Constitucional apenas o controle do conteúdo quanto à sua compatibilidade frente a Constituição Federal²⁰⁷. Nesse sentido, Hamilton afirma que, salvo as situações do art. III.2, a “jurisdição pertence aos Tribunais inferiores, não restando resta à Suprema Corte mais que uma jurisdição apelada ‘com as exceções e regulações que o Congresso fará’”²⁰⁸.

²⁰³ BELÉM, *op. cit.* p. 104.

²⁰⁴ SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001, p. 73.

²⁰⁵ Segundo TAVARES FILHO, *op. cit.* 9., por vezes confundido como o foro privilegiado, o Presidente dos E.U.A. não possui essa prerrogativa, tendo em vista que a competência que detém o Senado Federal daquele país, em caso de processos de *impeachment*, não se constitui em uma competência da Corte máxima.

²⁰⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787 – 1788*: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 498.

²⁰⁷ SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA. *Common law*: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁰⁸ HAMILTON, *op. cit.*, p. 499.

Já o segundo ponto, e talvez o mais relevante, se encontra no instituto do tribunal do júri, uma garantia conferida a todo cidadão norte-americano, o qual terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado, assegurada a ampla defesa por Advogado. Essa garantia, conferida pela Emenda IV, goza de grande confiabilidade quanto à lisura de seus julgamentos, fazendo que haja poucos motivos para retirar essa verdadeira prerrogativa do cidadão, e atribuí-la a um Tribunal de maior envergadura, ainda que se trate de agentes públicos.²⁰⁹

Chegando no continente sul-americano, verifica-se que a Constituição da República Argentina reserva à Corte Suprema, nos arts. 116 e 117, a jurisdição originária e exclusiva quanto a causas concernentes a embaixadores, ministros públicos e cônsules estrangeiros. A semelhança com o modelo norte-americano não é mera casualidade, tendo em vista que os constituintes argentinos, ao elaborarem sua carta, se inspiraram no modelo dos Estados Unidos. Dessa forma, buscou-se instituir um modelo republicano, representativo e federal de poderes limitados, assim como a criação de uma Suprema Corte que teve sua atuação detalhadamente regulamentada nos mesmos moldes da norte-americana.²¹⁰

A *inmunidad de jurisdicción* argentina, então, é regulamentada pelo art. 24 do Decreto-Lei 1.285/58, o qual define o alcance de suas regras. Segundo a norma, consideram-se causas concernentes à embaixadores ou ministros aquelas que afetam diretamente seus direitos ou sua responsabilidade, bem como aquelas que atingem pessoas de sua família, ou agentes da embaixada que possuam caráter diplomático. Já os casos relativos aos cônsules, consideram-se causas relativas aqueles fatos exercidos em sua função que, porventura, lhe acarretem algum questionamento referente à responsabilidade cível ou criminal²¹¹. Existem, inclusive, precedentes sobre a matéria na Corte Suprema Argentina, como os casos “Cardona v. Jaime”, de 1976; o caso “Balanguer”, de 1976; e o caso “Coronel”, de 1979.²¹²

Isto posto, ainda que Argentina e Brasil sejam vizinhos territoriais e compartilhem de alguns traços culturais em comum, atualmente encontram-se distantes quando o assunto é a extensão do foro por prerrogativa, estando os argentinos mais próximos ao modelo americano

²⁰⁹ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 51

²¹⁰ CARRIÓ, Genaro Rubén. *Sobre la competencia de la Suprema Corte Argentina y su necesaria y urgente modificación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n. 5. Enero-marzo. 1990, p. 10-11.

²¹¹ THEA, Federico Gastón. *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema – Parte general*. Edunpaz: Buenos Aires, 2017, p. 162-163.

²¹² NOGUEIRA, *op. cit.* p. 52, detalha o caso “Cardona v. Jaime” (Sentença 295:424, de 29.07.1976) como sendo uma ameaça feita a um cônsul, que teve a competência para julgamento reconhecida pela Corte Suprema da Argentina. Já o caso “Balanguer” (Sentença 310:749, de 02.04.1987) tratava da competência da Corte para julgamento do processo que se referia a um membro da família do agente diplomático. Por sua vez, o caso “Coronel” (Sentença 301:312, de 24.04.1979) estendeu a competência da Corte Suprema ao máximo representante de Estado estrangeiro que seja autor ou vítima de delito quando de sua permanência em território argentino.

mais evoluído democraticamente em razão do seu caráter restritivo. De igual modo, se encontram alguns dos demais países da América do Sul²¹³.

Por fim, no viés de encerrar o presente subtópico comparativo a outros ordenamentos jurídicos, depara-se com o atual sistema do *aforamiento* da República da Colômbia, cuja configuração se apresenta de forma mais ampla, inclusive, em relação que às regras do foro por prerrogativa no Brasil. Essa amplitude é verificada no art. 235 da Constituição da Colômbia, a qual designa a Corte Suprema de Justiça como competente a julgar os mais altos funcionários do Governo, que inclui o Presidente da República e membros do Congresso Nacional. Ademais, a competência se estende a várias autoridades de órgãos auxiliares do Executivo, Judiciário, Militares e corpo diplomático, além de autoridades regionais como Governadores de Departamentos.²¹⁴

O *fuero de investigación y juzgamiento*, segundo a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, é entendido como uma prerrogativa em favor de determinados funcionários que, em virtude do poder político que ostentam, tem de serem investigados pelo Fiscal Geral da Nação, e julgados pela Sala Penal da Corte Suprema de Justiça. Esse foro especial existe não para proteção pessoal do funcionário, mas sim para garantir a autonomia e independência em suas atuações, bem como sua isenção quando estiver em juízo²¹⁵.

Ainda que possuam imunidade quanto a palavra, opiniões e votos, os congressistas serão investigados e processados na Suprema Corte por qualquer delito. Todavia, a relação do crime com o exercício do cargo possui relevância no direito colombiano, tendo em vista que essa combinação será fundamental para a definição da *perpetuatio jurisdictionis* da competência penal do Tribunal Constitucional. Isso ocorre pelo fato de que o parlamentar, ao

²¹³ Em consulta às Constituições da República do Chile, República do Peru e República do Paraguai, não se encontrou menção ao foro por prerrogativa de função como competência das Cortes Supremas.

²¹⁴ Detém foro na Corte Suprema de Justiça, nos termos do art. 275, o Presidente da República e os altos funcionários da Presidência; membros do Congresso Nacional; Fiscal Geral da Nação; o Procurador Geral; os Ministros; o Defensor do povo; os membros do Ministério Público que atuam na Corte, no Conselho de Estado e perante os Tribunais; os Diretores de Departamentos administrativos; o Controlador Geral da República; os Embaixadores e Chefes de missões diplomáticas ou consular; os Governadores; os Magistrados dos Tribunais; Generais e Almirantes das Forças Armadas. Já os art. 174 e 175 prevê a competência criminal dessa mesma Corte para julgar os próprios membros, os membros do Conselho de Estado e da Corte Constitucional, e os membros do Conselho Superior da Magistratura.

²¹⁵ GÓMES PAVAJEAU, Carlos Arturo; FARFÁN MOLINA, Francisco Javier. *El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales. Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, n. 101, julio-diciembre de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 87-132. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v36n101.04>. p. 89.

deixar o cargo, terá o foro por prerrogativa mantido quanto às condutas puníveis relacionadas ao cargo²¹⁶. A mesma regra vale para os demais aforados.

Todavia, existe no direito colombiano uma questão de grande polêmica, a qual se relaciona à ausência do duplo grau de jurisdição quando do exercício do *fuero de investigación y juzgamiento* exercido pela Corte Suprema. Ainda que o Tribunal, reiteradas vezes, tenha se manifestado no sentido de que o julgamento por instância única e última eram compatíveis com a Constituição, com Tratados Internacionais e com o princípio do devido processo legal, o ponto era constante alvo de críticas e questionamento na própria Corte²¹⁷. Para críticos em questão, os juízes, como todos os homens, são passíveis de erros, sendo que alguns deles podem afetar de maneira grave outras pessoas em sua liberdade, vida, patrimônio e outros direitos. Dessa forma, a revisão de uma decisão judicial, por outro juiz ou órgão, trata-se de uma verdadeira necessidade humana, justificadora, inclusive, da ideia e princípio da *judicial review*, remediando-se erros que porventura vierem a existir.²¹⁸

Colocando fim na polêmica, o Congresso Nacional colombiano através do *Acto Legislativo n.º 01/2018*, promoveu uma emenda aos artigos 234 e 235 da Constituição da República, instituindo um sistema que garantiria o duplo grau de jurisdição na Corte Suprema de Justiça. Para isso, foi criada a Sala Especial de Primeira Instância, onde as autoridades aforadas seriam investigadas e julgadas através das prévias acusações. Das suas decisões, cabe recurso à Sala da Cassação Penal da Corte Suprema de Justiça, passando esse órgão, então, a atuar como instância recursal, diferentemente do seu papel anterior de julgar em única e última instância os processos contra as autoridades²¹⁹.

Por fim, baseado nas comparações realizadas entre o foro por prerrogativa no Brasil, e o *fuero de investigación y juzgamiento* na Colômbia, observa-se que suas sistemáticas revelam forte influência oriunda do modelo do *aforamiento* espanhol²²⁰. Todavia, quando se comparado aos demais países, de sistemas jurídicos e localizações diversas, é possível constatar que o

²¹⁶ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. *Procesos contra aforados constitucionales – parapolítica: Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Centro Internacional de Justicia Transicional, 2010, p. 69.

²¹⁷ GOMÉZ PAVAJEAU, *op. cit.* p. 121, cita alguns precedentes da Corte Suprema de Justiça quanto à questão da constitucionalidade do julgamento em instância única: Sentencia C-040, de 2002; Sentencia C-934, de 2006; Sentencia C-142, de 1993; Sentencia C-411, de 1997.

²¹⁸ MORENO ORTIZ, Luis Javier. *Fuero e desafueros*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2011, p. 78.

²¹⁹ COLOMBIA, *Presidencia de la Republica. Acto Legislativo n.º 1 de 18 de enero de 2018, por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 335 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria*. Disponível em: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%20C2%B0%2001%20DE%2018%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>>. Acesso em: 07.out. 2020.

²²⁰ NOGUEIRA, *op. cit.* p. 54.

modelo de maior número de autoridades com foro nas Cortes Constitucionais, como é o caso brasileiro, parece não mais guardar lugar. A ocupação de um cargo público, por mais relevante que seja, não justifica tratamento desigual, como fica demonstrado essa ideia quando se observa as competências penais originárias das Cortes alienígenas. Diante desse cenário, uma reflexão do legislador nacional quanto a extensão do instituto se faz necessária.

1.9 A PEC 333 e a restrição do foro por prerrogativa no Brasil

No último item, destacou-se como os Estados internacionais tratam o foro criminal das suas principais autoridades dentro das mais variadas configurações. Contudo, dessa restrita pesquisa aos ordenamentos jurídicos estrangeiros, duas observações podem ser tomadas. A primeira é que foro por prerrogativa existe, normalmente, pelo motivo de se reconhecer a relevância do exercício de certos cargos e, portanto, designar algum órgão de maior gabarito na hierarquia do judiciário daquele Estado para processá-lo e julgá-lo²²¹. E a segunda observação é que o Brasil, ao lado da Colômbia e Espanha, são os países mais pródigos quanto ao número de autoridades que detém esse foro, e até mesmo quanto à extensão desse foro, o que no caso brasileiro, tem gerado muitos inconvenientes.

Os problemas com relação à configuração do foro por prerrogativa no Brasil não são novos na vigência da atual Carta Magna. Em 1999, o Min. Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Inquérito n.º 687-DF no STF, já alertava para o substancial crescimento do número de ações penais perante o Supremo, resultado de uma interpretação alargada e generosa da Constituição quanto ao instituto²²². Diante desse quadro, ocorreram uma série de mutações jurisprudenciais quanto à competência da Corte no julgamento de crimes praticados por autoridades, mormente no intuito de conferir um julgamento mais célere e racional a esses casos.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal realizava as devidas modificações na aplicação do instituto, o Poder Legislativo pouco agiu, e muito assistiu. A única tentativa de modificação legislativa nas regras do foro por prerrogativa deu-se através da Lei n.º 10.628/02, como resposta legislativa ao cancelamento da Súmula n.º 394 que restringiu o alcance do foro por prerrogativa a ex-ocupantes de cargos públicos. Porém, a norma foi julgada inconstitucional já

²²¹ TAVARES FILHO, *op. cit.* p. 11.

²²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n.º 687 (Q.O.)*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ: 09.11.2001.

no ano seguinte, resultado da procedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2.797-DF e 2.860-DF.

Todavia, após tantos anos de inércia, por iniciativa do parlamento, o instituto do foro por prerrogativa no Brasil pode estar próximo de substanciais modificações em suas regras quanto à extensão e alcance. Os motivos apontados são os mais diversos: (i) grande número de autoridades contempladas; (ii) falta de vocação da Corte para julgamento de ações penais originárias; (iii) desarmonia do instituto a outros países que adotam posturas mais restritivas; (iv) violação ao princípio da igualdade, (v) proteção do exercício do cargo, não da pessoa que o ocupa. O resultado seria uma modificação da Constituição com um claro objetivo de reservar “o foro por prerrogativa de função a um número mínimo de autoridades, quais sejam, os chefes dos Poderes da República”²²³.

A seguir, serão destacadas apenas as modificações que irão repercutir diretamente nas competências do Supremo Tribunal Federal, caso, de fato, sejam aprovadas ao final do processo legislativo.

De autoria do Senador Álvaro Dias, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 10/2013, que posteriormente ganhou a identificação de PEC n.º 333/2017 na Câmara dos Deputados, vem no sentido histórico-constitucional de restringir o alcance das regras do foro. Propondo nova redação ao art. 102, I, “b”, a Corte Constitucional teria, a partir da promulgação da nova disposição, competência para julgar, originariamente, em caso de crimes comuns, somente as seguintes autoridades: o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal²²⁴.

Nessa configuração, seria mantida a competência do STF quanto aos crimes de responsabilidade praticados pelos Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros de Tribunais Superiores, membros de Tribunais de Contas da União, e chefes de missão diplomática permanente. Já Deputados Federais e Senadores, além do Procurador-Geral da República, estariam definitivamente fora da alçada de competência do Supremo tendo em vista que, ainda, seria acrescido ao art. 5º da Constituição o parágrafo LIII-A, que vedaria, expressamente, “a instituição do foro especial por prerrogativa de função”.²²⁵

²²³ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial*. Rel. Dep. Efraim Filho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EFBE83210F1C83E32622EEA662EB6EFE.proposicoesWebExterno2?codteor=1701389&filename=Tramitacao-PEC+333/2017>. Acesso em: 08 out. 2020.

²²⁴ MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 36

²²⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial*. Rel. Dep. Efraim Filho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EFBE83210F1C83E32622EEA66>

Ademais, a proposta traz a inclusão do parágrafo 6º-A, no art. 37, estabelecendo que a propositura de ação penal contra autoridades públicas por crime comum, prevenirá a jurisdição do juízo competente para todas as demais ações que vierem a ser intentadas, desde que possuam mesma causa de pedir e idêntico objeto. É a previsão da prevenção do foro por prerrogativa.²²⁶

Aprovada em dois turnos pelo Senado Federal, e em um turno pela Câmara dos Deputados, a PEC n.º 333/2017 encontra-se pronta para apreciação em Plenário, segundo o sítio da Câmara dos Deputados, aguardando, desde o dia 02 de fevereiro de 2019, inclusão na pauta da ordem do dia para ser votada em segundo turno²²⁷.

2EB6EFE.proposicoesWebExterno2?codteor=1701389&filename=Tramitacao-PEC+333/2017>. Acesso em: 08 out..2020

²²⁶ MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 36.

²²⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 333/2017*. (PEC). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 08. out. 2020.

2 A EVOLUÇÃO DO FORO ESPECIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA TRAJETÓRIA JURÍDICA E POLÍTICA

No capítulo anterior, buscou-se uma definição técnico-jurídico sobre a prerrogativa de foro com base nas previsões normativas feitas na Constituição Federal, na legislação ordinária e na doutrina. Com base nessas lições, estabeleceu-se que o foro se mostra como meio de proteção que possui o ocupante de determinada função pública, objetivando proporcionar-lhe a devida liberdade de atuação, afastando eventuais perseguições advindas de ações judiciais.

Tão importante quanto a definição do instituto do foro por prerrogativa é acompanhar seu processo evolutivo, o qual em muitos momentos influencia na própria acepção do seu conceito. Aliás, interessante constatação ao se falar no conceito dessa modalidade de competência que é a existência de um núcleo essencial conceitual, que parece atravessar os anos aparentemente intacto: o de que o foro por prerrogativa é garantia que possui o ocupante de cargo público contra interferências externas ou perseguições, de caráter político ou jurídico²²⁸. Porém, a cada época ou momento, há juízos acessórios que acabam por variar, redefinindo constantemente a aplicação desse núcleo essencial, como pode-se observar através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento que envolve relativas o tema.

Entendendo ser de importância para a compreensão do foro por prerrogativa, é que far-se-á neste capítulo uma linha evolutiva, com base nos *leading cases* da Corte Constitucional brasileira. O objetivo consiste em demonstrar como ocorreu a mutação da aplicação do instituto nos anos pós-88, onde mudanças no quadro político-institucional do STF, o contexto social, o modelo de comportamento dos Ministros e do Tribunal foram decisivos para essas mudanças.

Para efeitos metodológicos, considerar-se-á como *leading case* aquelas decisões sobre o foro por prerrogativa as quais contribuíram para a definição, formação, evolução e modificação das bases de aplicação do instituto, e que orientaram outros casos enquanto se mostravam como referências²²⁹. Em outras palavras, verificaremos decisões que “tenha[m] se constituído em regra importante, em torno do qual outros gravitam.”²³⁰

²²⁸ STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n° 473*. Rel. Min. Victor Nunes Leal. j. 31.01.1962. DJ: 08.06.1962.

²²⁹ Os casos selecionados foram aqueles mais citados em obras de Direito Constitucional, Processo Penal, Dissertações, Teses e votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que se referem ao foro por prerrogativa, que inauguraram novas posições ou representaram substancial mudança de comportamento jurisprudencial da Corte.

²³⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 1. ed. RT: São Paulo, 1999, p. 40-42.

2.1 A Constituição de 1988: um novo regime constitucional sobre a prerrogativa de foro e o cancelamento da Súmula n.º 394

A luta pela redemocratização do país resultou na promulgação em 05 de outubro de 1988, da Carta Cidadã, definição dada por Ulisses Guimarães, pelas razões de devolver a democracia ao país e trazer em seu bojo um inédito rol de direitos e garantias fundamentais na condição, inclusive, de cláusulas pétreas.²³¹

No que tange ao foro por prerrogativa, pode-se afirmar que a atual Constituição Federal foi a que proporcionou a maior amplitude em termos de autoridades contempladas. Segundo a Lei Maior, são 868 autoridades que devem ser submetidas a julgamento pelo STF pela prática de crimes comuns ou de responsabilidade, conforme o cargo ocupado. Como visto no item 1.9, em poucos países no mundo o foro especial fora tão pródigo como a Constituição brasileira, o que inclusive contrariava a própria tradição constitucional pátria.²³²

Enquanto a Constituição de 1988, a exemplo das anteriores, mais se preocupou em definir o rol de autoridades, permaneceu o papel do Supremo Tribunal Federal como o de definir a extensão da aplicabilidade das normas do foro por prerrogativa. Noutras palavras, caberia ao intérprete maior da Lei Fundamental a definição em quais situações deveriam as regras de foro ser aplicadas, e de que forma seriam aplicadas.

E cumprindo essa missão, e após mais de um século de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal editou, em 1964, a Súmula n.º 394, cujo verbete assim dispunha: “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”²³³ Na prática, o Supremo estendera o foro por prerrogativa não só aos ocupantes de cargos públicos previstos na Constituição, bem como aos ex-ocupantes, desde que se tratassem de crimes praticados durante o exercício do cargo e relacionado a ele²³⁴.

A posição ventilada no Súmula n.º 394 prevaleceu nos primeiros julgamentos do Supremo sob influência da Constituição de 1988. , conforme observou-se no julgamento do

²³¹ NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 287.

²³² STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03/05.2018. DJ. 11.12.2018.

²³³ Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 394*. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício (cancelada). Aprovada em 03.04.1964. Dj: 08.05.1964 p. 1.239.

²³⁴ ROLIM, Luciano. *Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília a. 4, n. 14, p. 111-146, jan-março, 2005, p. 115.

Habeas Corpus n.º 69.156-SP²³⁵. Contudo, nesse momento, foi possível verificar que o STF adotou um comportamento passivo, deferente à vontade do legislador constitucional originário e da jurisprudência vigente, agindo com cautela diante de um novo cenário político em fase inicial. Essa postura configurava um claro passivismo judicial inicial do Supremo, o qual pouco ou nada inovava na interpretação da Constituição no novo regime constitucional.²³⁶

Todavia, esse comportamento passivo e leal à lei e à nova Constituição Federal, por mais contraditório que pudesse se apresentar, acabara por formar o cenário ideal e decisivo na primeira grande alteração feita pelo STF quando ao foro por prerrogativa. Após quase um século e meio de jurisprudência firmada, chegaria ao fim o entendimento firmado Súmula n.º 394 que, necessário se faz recordar, foi editada sob um cenário social e constitucional diverso daquele do período pós-88.

O primeiro sinal de mudança dado pelo STF ocorreu em 1999, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito n.º 427-DF²³⁷, onde o Ministro Relator Moreira Alves, acompanhado da maioria, considerou o Supremo Tribunal Federal incompetente para processar e julgar crime praticado por ex-Ministro da Justiça, ainda que o fato delituoso tivesse ocorrido durante exercício do cargo. Como o acusado, no momento do início da ação penal já estava ocupando outro cargo público, seja ele de Governador do Estado, decidiu o STF caberia ao Superior Tribunal de Justiça julgar-lhe, já que era esse Tribunal seria o foro correspondente à atual função pública nos termos da Constituição vigente²³⁸.

Mas no mesmo ano, quando do julgamento de Questão de Ordem do Inquérito 687/SP²³⁹, o Supremo Tribunal Federal instalou um novo marco quanto ao entendimento quanto do foro por prerrogativa, promovendo o cancelamento da Súmula n.º 394. Apesar do reconhecimento da sua importância ao longo dos anos, o Relator do inquérito, Min. Sydney Sanches, afirmou que era “chegada a hora da revisão sobre o tema”, adequando o instituto à

²³⁵ STF, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* n.º 69.156-SP. Relator Min. Octavio Gallotti. j. 29.04.1992. DJ: 26.06.1992.

²³⁶ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 246-247.

²³⁷ STF, Tribunal Pleno. *Inquérito 427-DF*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 12.08.1992. DJ. 15.10.1993.

²³⁸ Assim dispõe o art. 105 da Constituição de 1988: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores de Estado e do Distrito Federal (...)”

²³⁹ O enredo do caso em questão trazia Jabes Pinto Rabelo que, na condição de Deputado Federal, praticara o crime de falsidade ideológica na forma qualificada. Após processo administrativo por quebra de decoro na Câmara dos Deputados, o que inclusive acarretou na perda do mandato parlamentar, foi instaurado inquérito junto ao Supremo Tribunal Federal para apuração do crime, já que a ação delituosa ocorrera quando do exercício da função de congressista. Apesar da superveniente de perda do cargo público, processamento do caso perante o STF era uma consequência da Súmula da *perpetuatio jurisdictionis*. (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito 687-SP*. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001)

realidade da nova Constituição, operando-se a revisão de uma jurisprudência que já durava quase três décadas.

Em Sessão Plenária, o Relator, em sede de Questão de Ordem, pugnou pelo cancelamento da Súmula n.º 394, apresentando uma série de razões para defender sua posição, sugerindo que: (i) que o foro por prerrogativa deve existir para proteger o exercício de cargo ou função pública ou mandato, e não a proteger seu ocupante, inclusive quem já não mais o exerça; (ii) que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, I, “b”, atribuiu ao STF o julgamento dos congressistas em crimes comuns, não contemplando, expressamente, a competência para julgar “ex-congressistas”; (iii) o foro privilegiado deveria ser interpretado de modo restritivo, a atingir somente crimes praticados pelos ocupantes de cargos públicos, sob pena de violação ao princípio da igualdade; (iv) quando da criação da Súmula 394, os procedimentos penais com foro especial no STF eram raros, realidade que foi alterada pelas novas regras da Constituição de 1988, que ao ampliar o rol de autoridades com direito ao foro, também aumentou por consequência o número de situações investigadas, apuradas e julgadas pela Corte Constitucional, inviabilizando assim sua capacidade de trabalho, eficácia e celeridade; (v) com número elevado de inquéritos e ações penais, o STF ainda teria desvirtuando seu papel principal de interprete da Constituição, vindo a tornar-se um Tribunal de características instrutórias típicas de primeira instância²⁴⁰.

O Min. Moreira Alves, expressando concordância com o Relator em seu voto, afirmou que a Constituição não garantiria o foro por prerrogativa ao parlamentar quanto este deixasse de ocupar essa posição. E, diante desse quadro, melhor solução seria o cancelamento da Súmula n.º 394.

O aumento do número de ações também foi destacado nos votos dos Ministros Carlos Velloso²⁴¹ e Sepúlveda Pertence, os quais destacaram que a Súmula n.º 394 havia sido editada em época em que raros eram as ações que chegavam ao STF pelo foro por prerrogativa. Deputados Federais e Senadores, por exemplo, só tiveram o apanágio na Constituição do Império de 1824, e a partir da E.C. n.º1/69. Com a manutenção das regras constitucionais outorgadas de 1969 na Constituição de 1988, os Congressistas, Ministros e até Presidente da República passaram a ocupar extensa pauta na Corte Constitucional, o que desvirtuaria o papel

²⁴⁰ STF, Tribunal Pleno. *Inquérito 687-SP*. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

²⁴¹ “Registre-se, aliás, que essa interpretação ampliativa, constante da Súmula 394, foi realizada, bem salientou o sr. Ministro Relator, quando eram raros os casos de competência do Supremo por prerrogativa de função. Na época, os parlamentares, que constituem, hoje, extensa clientela do Supremo Tribunal, eram julgados pelo juiz natural dos cidadãos, o juiz criminal de 1º grau.” (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito 687-SP*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto Min. Carlos Velloso. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001)

principal de guardião da Carta Magna. Segundo o Min. Pertence, além do grande volume de ações, a maioria delas, estimando em noventa e cinco por cento, versariam sobre fatos estranhos ao exercício do mandato, destacando que até tiro em boi em fazenda estavam na pauta do STF.

No julgamento, há de se destacar a proposta do Ministro Pertence para a criação de novo enunciado²⁴² a substituir Súmula n.º 394, de modo a manter o foro por prerrogativa a ex-ocupantes de cargos públicos desde que o crime tivesse relação com o cargo. O argumento do Ministro era que o foro por prerrogativa existia somente em face dos crimes *propter officium*, sendo que a estes deveria permanecer. Ainda, citou julgados das Cortes Constitucionais da Itália, França e Espanha para demonstrar que seria a melhor solução em face do comparado, de modo a manter o entendimento e coerência da secular Súmula 394.

Findo o julgamento, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal cancelou a Súmula n.º 394, dando fim a entendimento vigente na Corte ao longo de 157 anos. A partir daquele momento, firmou-se posição de que cessando o exercício do cargo, cessaria também o foro por prerrogativa e, conseqüentemente, a competência do Supremo Tribunal Federal, devendo os autos serem remetidos à instância inicial. No entanto, a maioria dos Ministros também recusou da proposta de nova Súmula para a questão, extinguindo-se a perpetuação da jurisdição a ex-detentores do foro no STF.

O novo entendimento atestado sobre o foro por prerrogativa na Questão de Ordem no Inquérito n.º 687/SP, foi aplicado pela Corte na mesma Sessão Plenária à Ação Penal n.º 313 Q.O - DF²⁴³, Ação Penal n.º 315 Q.O. - DF²⁴⁴, Ação Penal n.º 319²⁴⁵ e Inquérito n.º 656 Q.O. - AC²⁴⁶.

2.2 A Lei 10.629/2002 e as ADI's 2.797-DF e 2.860-DF: a frustrada tentativa de ressuscitar a “*perpetuatio jurisdictionis*”

Publicado o acórdão que cancelava a Súmula n.º 394, e extinguida a *perpetuatio jurisdictionis* aos ex-exercentes de funções públicas, o legislador federal reagiu ao novo entendimento e buscou restaurar o status anterior à decisão do STF²⁴⁷.

²⁴² A proposição de nova Súmula sobre a prerrogativa de foro, pelo Min. Sepúlveda Pertence, foi a seguinte: “Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência de prerrogativa de foro por função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.”

²⁴³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 313 (Q.O.)*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

²⁴⁴ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 315 (Q.O.)*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 25.08.1999. DJ. 31.10.2001.

²⁴⁵ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 319 (Q.O.)*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 25.08.1999. DJ. 31.10.2001.

²⁴⁶ STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 565 (Q.O.)*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 25.08.1999. DJ. 31.10.2001.

²⁴⁷ AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões*, p. 333.

Em efeito *backlash* à decisão do Supremo, foi proposta em 13 de março de 2002, pelo Deputado Federal Bonifácio de Andrada, o Projeto de Lei n.º 6.295/2002²⁴⁸ que versava sobre a alteração no artigo 84 do Decreto-Lei 3.689/41 – Código de Processo Penal. O projeto, em tom de certa maneira contraditório, apontava que a mudança legislativa não teria o condão de resgatar os termos da cancelada Súmula 394, “mas apenas e tão somente recobrar seu princípio basilar, sem dúvida enraizado no constitucionalismo brasileiro”.²⁴⁹

Segundo a justificativa do projeto de lei, a mudança na lei processual penal procurava proteger aqueles que ocupassem cargos e funções de relevância para o Estado, sendo-lhes garantida a continuação o foro por prerrogativa mesmo findo o exercício do cargo público. Para o autor do projeto, o foro por prerrogativa seria um “desdobramento lógico e de bom senso em favor do cidadão que atuou na função pública e que precisa garantir-se de tudo que fez durante o exercício dela, tratado e julgado como se nela estivesse”²⁵⁰. A nova redação proposta ao art. 84 do CPP se mostrava praticamente uma cópia da proposta criação de nova Súmula, rejeitada pelo Supremo quando do julgamento da Q.O. no Inquérito n.º 687-DF.

Após tramitação no Congresso Nacional, a *perpetuatio jurisdictionis* foi reintroduzida no direito pátrio, ainda que com algumas modificações em relação à proposta original. Aprovada tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, em 26 de dezembro de 2002 foi publicada a Lei 10.628 que alterou o artigo 84²⁵¹ do CPP, acrescentando-lhe dois parágrafos: no primeiro, estendia-se o foro por prerrogativa de função àqueles que não mais ocupassem cargos públicos ou mandatos eletivos, ainda que inquérito ou ação penal fossem iniciados após a cessação, desde que o crime tivesse alguma relação com a função

²⁴⁸ O texto original do PL 6.295/02 assim propunha a seguinte redação no texto do artigo 84 do CPP:

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

Parágrafo único. Praticado o ato no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional"

²⁴⁹ BRASIL, República Federativa. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LVII, n.º 32, sexta-feira, 5 de abril de 2002. Brasília/DF. p.13.601.

²⁵⁰ BRASIL, República Federativa. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LVII, n.º 32, sexta-feira, 5 de abril de 2002. Brasília/DF. p.13.601.

²⁵¹ Assim foi a redação do art. 84 do CPP pela Lei 10.628/02: “A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

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

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

desempenhada. No segundo, institui-se a prerrogativa não só aos crimes, mas também aos atos de improbidade administrativa.

Não obstante, no dia seguinte à publicação da nova lei, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797-DF em desfavor da Lei 10.628/2002, alegando sua incompatibilidade com o texto constitucional. Mas essa não foi a única ação a pôr em xeque a compatibilidade da lei com a Constituição já que, em 28 de março de 2003, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, ajuizou a ADI n.º 2.860-DF, a qual foi anexada ao primeiro pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Segundo os requerentes, o parágrafo primeiro da Lei n.º 10.628/02 violava formalmente a Constituição Federal ao estabelecer, via legislação ordinária, competência a órgãos jurisdicionais quando essa atribuição somente seria constitucional através de emenda à Carta Magna. Não sendo o bastante, aduziu o CONAMP que as interpretações sobre as normas e princípios da Constituição Federal devem ser dadas pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo Congresso Nacional, como seria o caso da lei impugnada. Ao ressuscitar a *perpetuatio jurisdictionis*, o parlamento estaria impondo à Corte Constitucional, através de lei comum, um entendimento que ela própria eliminou, o que poderia ferir o princípio da independência dos poderes. Em outras palavras, segundo o autor da ADI, “não pode[ia] o legislador ordinário editar norma de natureza inconstitucional, como se esta tivesse o condão de compelir a Suprema Corte a voltar à interpretação, já abandonada, de uma norma da Constituição.”²⁵².

No julgamento da ação em Plenário, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence logo considerou que a Lei n.º 10.628/02 refletia clara e evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula n.º 394 do STF. Para o Min. Pertence, o ato Legislativo em editar lei ordinária que pretendia inversão de posição do Supremo sobre a *perpetuatio jurisdictionis*, configuraria usurpação da jurisdição constitucional, já que a lei não poderia impor determinada interpretação da Constituição²⁵³. Dessa forma, a lei impugnada padeceria de inconstitucionalidade formal.²⁵⁴

²⁵² STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006.

²⁵³ “Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal Federal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria a lei suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006)

²⁵⁴ “De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência à Constituição é, só por isso, formalmente inconstitucional. Tanto pior se, de sobra, contraria à jurisprudência do Supremo Tribunal; aí, é claro, haverá indício veemente de inconstitucionalidade material, salvo recuo da Corte.” (STF, Tribunal Pleno.

Mas o Min. Pertence também demonstrou que, embora sua posição pessoal fosse a da manutenção da jurisdição perpétua a ex-congressistas relativo a fatos praticados durante o exercício do cargo, a lei que reativava a regra era inconstitucional. Para o Relator, o cancelamento da Súmula n.º 394 foi baseado, única e exclusivamente, em interpretação do instituto do foro por prerrogativa em face da Constituição de 1988 e que seu texto, por sua vez, deixava poucas dúvidas de que a sua aplicação só se daria a ocupantes de cargos contemplados, e não a ex-ocupantes, seja quem fosse.

O Revisor do caso, Ministro Eros Grau, se opôs aos argumentos do voto do Relator. Invocando os ensinamentos de Hans Kelsen e Loewenstein, Grau defendeu a tese de que os Magistrados não são os únicos intérpretes autênticos da Constituição, podendo também o Poder Legislativo o fazer. Na prática, o legislador atuaria como um intérprete autêntico da Constituição e, nessa condição, seria possível admitir-se que a lei ordinária é uma forma de atuação desse legislador/intérprete, não havendo qualquer manifestação de inconstitucionalidade formal inexistindo, então, qualquer inconstitucionalidade de natureza formal na lei em questão.²⁵⁵

Adentrando ao mérito do ato legislativo impugnado, o Ministro Revisor defendeu a manutenção do foro por prerrogativa para ex-ocupantes de cargos públicos, como nos tempos da revogada Súmula n.º 394 do STF. Para Grau, ainda, o foro no Supremo impediria o que ele denomina de “politização do Judiciário”, já que as Cortes superiores seriam menos suscetíveis à interposição de ações judiciais temerárias com fim unicamente político-eleitoral. Diante do cenário, o Ministro não só defendeu a existência do foro especial nas mesmas justificativas do pai da Súmula 394, o Min. Victor Nunes Leal, mas sugeriu que essa prerrogativa deveria ser aplicada a toda ação judicial, e não só em relação à ação penal que verse sobre fato ocorrido durante o exercício do cargo, nos moldes da redação do art. 84, §1º do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 10.628/02.

Impossível não destacar nesse julgamento o extenso e profundo voto apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, que se alinhou à posição manifestada pelo Ministro Eros Grau, buscando por prismas diferentes reforçar a posição pelo Ministro Revisor.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF). Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006)

²⁵⁵ “Ora, sendo o legislador também o intérprete autêntico da Constituição, não há, no caso, inconstitucionalidade formal. Pois é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão desta Corte ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição.” (STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Eros Grau. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006)

Para Mendes, a edição de uma lei, campo de atuação típica do legislativo, nada mais seria que um ato de interpretação de uma Constituição, não se revestindo como ofensa ou desaforo à Corte Constitucional em caso de divergências em relação a determinados assuntos. Ademais, a liberdade de conformação do parlamento haveria de ser preservada ainda que diante de declaração de inconstitucionalidades de uma norma, o que significa que admitir-se-ia a edição de atos legislativos antes considerados como contrários ao ordenamento jurídico.²⁵⁶

Ademais, o Ministro apontou que não haveria como ignorar a posição ocupada pelos agentes políticos em relação aos demais agentes públicos e a sociedade, o que justificariam a existência do foro por prerrogativa. Necessitando de independência para a tomada de decisões e exercício de suas funções, esses agentes ainda, pela natureza da sua função, são mais suscetíveis a perseguições de cunho político em decorrência de sua exposição natural da função pública, justificando o tratamento isonômico. O foro por prerrogativa, nesses termos, não seria uma ofensa ao princípio republicano da igualdade, como preconizou o Min. Relator, já que a igualdade também significaria tratar os desiguais de forma desigual.

O Min. Gilmar Mendes ainda aduziu que o foro no STF não deveria ser interpretado restritivamente, apresentando o argumento de que as competências do Supremo, nem sempre, deveriam ser traduzidas em *numerus clausus*, mas também considerando o cenário trazido pela Constituição de um Estado. Para o Ministro, a interpretação teológica e sistemática da Constituição não permitiria afirmar que a natureza ou o momento em que o ato ilegal ou criminoso é praticado, pudessem ser o fator determinante para a aplicação do foro por prerrogativa. Ademais, mereceria maior relevância o momento em que o inquérito ou ação judicial são iniciados, prevalecendo-se o critério se o acusado/investigado é ou não ocupante de um cargo público, portanto sujeito ao apanágio.

Todavia, foi a tese sustentada pelo Ministro Relator que prevaleceu ao final do julgamento. Além dos argumentos apresentados em seu voto, destacam-se as posições sustentadas pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello²⁵⁷, os quais apresentaram

²⁵⁶ “Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo” deve continuar.” (STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006)

²⁵⁷ “Veja-se, portanto, a impossibilidade jurídica de ampliar-se ou modificar-se a competência do Supremo Tribunal Federal incide, diretamente, sobre o Congresso Nacional, quando no exercício de suas funções legislativas ordinárias, pois – insista-se – é de direito estritamente constitucional das hipóteses que se referem às atribuições jurisdicionais originárias dessa Corte Suprema”. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Celso de Mello. j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006)

argumentos semelhantes. Para eles, o Congresso Nacional, ao aprovar a Lei 10.628/02, criou hipóteses de competência aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Estaduais, o que só poderia se dar através de emendas à Constituição. Por não dispor a lei ordinária deste poder, a norma objeto da ação deveria ser considerada inconstitucional.

Ademais, a interpretação do instituto da prerrogativa de foro na sistemática da Carta Cidadã de 1988, já dada pela Corte quando do cancelamento da Súmula 394, claramente apontou que o foro especial abarcaria os inquéritos e ações judiciais relativos a fatos ocorridos durante a ocupação de cargos. Cessado o cargo ou função pública, cessaria conseqüentemente a competência especial, devendo então os fatos serem investigados pela instância natural.

Ao fim do julgamento, a maioria dos Ministros julgou procedente a ADI n.º 2.797-DF, e ADI n.º 2.890-DF, declarando inconstitucional a Lei 10.628/02, inadmitindo-se a jurisdição perpétua de foro especial a ex-ocupantes de funções públicas. Assim, foi mantido o entendimento estabelecido na Questão de Ordem no Inquérito n.º 687-DF que, como se sabe, cancelou a Súmula n.º 394 do STF.

2.3 Questão de Ordem no Inquérito 2.245-MG: a prerrogativa a quem não tem prerrogativa

Em março de 2006, foi instaurado no Supremo Tribunal Federal, o Inquérito n.º 2.245-MG²⁵⁸, cujos delitos investigados teriam sido praticados em complexa associação de pessoas, empresas e partidos políticos. Os crimes foram praticados através de núcleos organizados e compostos por agentes políticos como Deputados Federais, ex-ministros de Estado, dirigentes de Estatais, além de empresários, banqueiros e membros de siglas partidárias.

Resumidamente, este núcleo organizado estava envolvido em esquema de corrupção que envolveria a compra de apoio parlamentar, especialmente de membros de partidos da base governista, para respaldo de projetos do Governo Federal. Essa compra de apoio político deu-se através de pagamento de dinheiro mensal e loteamento de cargos em Estatais da União. Porém, o pagamento mensal de parlamentares foi o meio de corrupção mais destacado à época, o que levou a ação penal que apurava os ilícitos a ser conhecida popular e nacionalmente como “mensalão”.

²⁵⁸ O inquérito em questão a apurava os crimes de associação criminosa (art. 288), peculato (art. 312), corrupção passiva (art. 317) e corrupção ativa (art. 333), todos previstos no Código Penal; crime de lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei 9.613/96; além de crimes contra o sistema financeira nacional, baseado na Lei 7.492/86.

Ao todo, a Procuradoria-Geral da República apresentou denúncia em desfavor de 40 (quarenta) pessoas, das quais, apenas 6 (seis) possuíam foro por prerrogativa no Supremo. Arguida por uma das partes investigadas, apresentou-se Questão de Ordem para decidir pelo desmembramento, ou não, do inquérito, mantendo-se no STF apenas a investigação dos contemplados com o foro no Tribunal, e remetendo-se à primeira instância as investigações referentes às demais pessoas²⁵⁹.

De relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a análise jurídica do caso partiu do texto dos artigos 76, 77 e 80 do Código de Processo Penal, os quais tratam da competência face os fenômenos da conexão, continência e separação dos processos por número excessivo de acusados, além da presença de outras circunstâncias. Também, considerou o Relator o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da duração razoável do processo, o que se fazia importante em uma possível ação penal que envolveria número elevado de acusados.

O Min. Relator reconheceu, citando precedentes²⁶⁰, com destaque à Ação Penal n.º 351/SC²⁶¹, caso o qual o STF firmara posição de que diante de casos que envolvessem pluralidade de réus no mesmo fato delituoso, onde parte possui foro especial e parte não, dever-se-ia ocorrer o desmembramento do processo. A solução, então, seria promover a divisão do inquérito conforme as regras de competência estabelecidas no Código de Processo Penal, ocorrendo a remessa para ao juiz competente determinado em lei, “preservando-se com isso o princípio constitucional do juiz natural”.

A posição então ostentada pelo STF levava em conta a literalidade do art. 80 do Código de Processo Penal, onde previa-se uma discricionariedade do juízo competente para determinar, ou não, a separação das ações. Noutras palavras, caberia ao órgão julgador definir, face os critérios da oportunidade e conveniência, pelo desmembramento ou não das ações baseado nos pilares da dificuldade e complexidade do caso, e também no número de réus.

Esse critério, inclusive, restou claro quando o Ministro Joaquim Barbosa, transcreveu parte do voto do Ministro Francisco Rezek no *Habeas Corpus* n.º 73.423/RJ, onde o julgador manifestou-se favorável ao desmembramento de ação penal face a impossibilidade da sua administração, a qual possuía mais de 100 (cem) acusados. Esse argumento, então, justificaria

²⁵⁹ STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 2.245-4 (MG)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.

²⁶⁰ STF, *HC n.º 73.423/RJ*, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ. 12.11.2009; Pet. Q.O. n.º 2020/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 31.08.2001; Pet. 3100/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13.04.2001; AGRGAP n.º 336/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AGRGINQ. n.º 1871/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 01.08.2003.

²⁶¹ STF, Primeira Turma. *Ação Penal n.º 351 (SC)*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 12.08.2004. DJ: 17.09.2004

a remessa de parte ao juiz comum, e parte ao juízo especial pelo critério de competência pelo foro por prerrogativa.²⁶²

Nesse quadro, o Relator do Inquérito 2.245-MG afirmou que não justificaria a Suprema Corte tratar de um complexo caso onde, dos 40 (quarenta) denunciados, apenas 6 (seis) detinham o foro por prerrogativa no STF. Nesta coerência, valores como o princípio da prestação jurisdicional em prazo razoável e da celeridade deveriam prevalecer sob o risco de possíveis decisões conflituosas sobre o mesmo conteúdo fático, pois esta se mostrava uma opção do legislador constitucional²⁶³. Finalmente, invocando fidelidade à jurisprudência da Corte, o Min. Barbosa pugnou pelo desmembramento do inquérito, permanecendo na Corte somente as investigações e acusações feitas aos detentores do foro especial, remetendo-se as acusações às instâncias correspondentes.

Com o Relator votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, César Peluso e Marco Aurélio, os quais argumentaram sob perspectiva de que o foro por prerrogativa, como medida excepcional, haveria de ser interpretado de modo restritivo, devendo o STF, então, julgar somente os que detivesse direito à competência especial. O Min. Carlos Ayres Britto também acompanhou o Min. Barbosa, afirmando que bastaria a conveniente afirmação de elevado números de réus para que se operasse o desmembramento do feito. Ademais, o receio pela prescrição punitiva e a maior vocação da instância inicial para julgar ações penais justificariam a separação do inquérito para julgamento.

Em corrente oposta, a Min. Cármen Lúcia entendeu que a denúncia apresentada pela Procuradoria-Geral da República versava sobre fatos inegavelmente entrelaçados a ponto de não se poder dissociá-los. Ao realizar o desmembramento, poder-se-ia perder o melhor entendimento sobre a complexidade e gravidade dos crimes praticados, prejudicando a análise dos fatos em si. Não obstante, a Min. Cármen entendeu não estar presente o fundamento da relevância do motivo para desmembramento do inquérito, previsto no art. 80 do CPP, já que o Tribunal se encontrava diante de caso complexo e indestrinçável. Dessa forma, seria o órgão jurisdicional que deveria se mover para alcançar a capacidade necessária para julgamento do

²⁶² STF, Segunda Turma. *Habeas Corpus n.º 73.423 (RJ)*. Rel. Min. Francisco Rezek. j. 10.12.1996. DJ. 12.11.1999.

²⁶³ Em manifestação, afirmou o Min. Joaquim Barbosa: “A propósito, faço minhas as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: muita jurisdição é igual a nenhuma jurisdição. De nada adianta concentrar nesta Corte o julgamento de uma denúncia de tal porte se, como todos nós sabemos, um tal procedimento inviabilizaria na prática a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.” (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 2.245-4 (MG)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007)

caso, e não buscar a sua simplificação para apreciação judicial.²⁶⁴ Em razões muito semelhantes, acompanharam a divergência os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes²⁶⁵.

Acompanhando a divergência aberta, filiou-se a ela o Min. Eros Grau, o qual procurou maximizar a importância de se evitar decisões conflitantes sobre o mesmo fato, minimizando a justificativa do Relator para aplicação do art. 80 do diploma processual penal. O Min. Grau, ainda, salientou que a quantidade de trabalho que o Tribunal teria com aquele caso em especial sequer se constituiria em motivo relevante que justificasse o desmembramento, devendo prevalecer o princípio da unidade do processo, e não o contrário. Na mesma linha, votou a Presidente da Corte, Min. Ellen Gracie.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence, incomodado com o subjetivismo oportunizado ao julgador para decidir sobre a questão, e considerando a possibilidade de pessoas da mesma quadrilha receberem sentenças absolutórias e condenatórias por um mesmo fato, propôs uma proposta intermediária: manter-se-ia sob competência do STF o julgamento dos envolvidos que não possuíssem foro no Tribunal, mas que agissem em coautoria com os demais acusados que possuem tal prerrogativa. Aos demais, que não possuíssem foro e não detivessem relação quem tivesse, seus casos enviados às instâncias inferiores. A proposta tinha o escopo de objetivar o pronunciamento judicial sobre a questão, dando interpretação que reduzisse a alta discricionariedade com que a questão era tratada nos Tribunais, inclusive no STF.

Em que pese já existisse maioria para realizar o desmembramento do processo, durante os debates, a Presidente da Corte, Min. Ellen Gracie, pôs em votação a posição intermediária sugerida pelo Ministro Pertence. A tese fora considerada pela maioria da Corte, cabendo ao Ministro Relator, então, proceder o levantamento de quais réus seriam mantidos no STF, e quais teriam seus processos remetidos à instância inicial.

Após o levantamento pelo Relator, a Corte chegou a uma conclusão: seria impossível realizar tal divisão dada que representasse diminuição substancial no número de acusados perante a Corte. Segundo o Min. Barbosa, caso acolhida a tese intermediária proposta pelo Min. Pertence, somente seria possível desmembrar as respectivas acusações quanto a “um a dois

²⁶⁴ “Desmembrar esse processo, para mim, portanto, significaria impedir que todos os fatos sejam apreciados e julgados no conjunto, com a gravidade e a profundidade que se teria de dar ao caso. Daí por que me parece que a direção da instrução não poderia perder essa conectividade. Os fatos, os atos, os cometimentos foram praticados numa condição muito bem especificada na denúncia – li mais de uma vez, aliás -, como um complexo ligado na sua substância, na sua essência. Como julgá-los de forma desligada sem se romper a substância que dá o tom ou a coloração antijurídica?” (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 2.245-4 (MG)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007)

²⁶⁵ “Creio que que a exceção do ‘*simultaneus processus*’ prevista no art. 80 do Código de Processo Penal não deve ser aplicada em todo e qualquer caso em que se verifique uma elevada quantidade de acusados. Ao meu ver, o excessivo número de réus não pode ser critério único e suficiente para o desmembramento do processo.” (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 2.245-4 (MG)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.)

acusados, talvez cinco”, o que representaria ínfima redução nas atividades que o STF deveria desempenhar no julgamento do caso.

Em outros termos, o Supremo se viu no seguinte dilema: manter uma interpretação subjetiva quando à aplicação do art. 80, reduzindo substancialmente a ação do Tribunal sobre o total de denunciados, correndo então o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo fato ou; adotaria posição mais objetiva, mantendo, portanto, sua competência sobre os acusados com foro especial e aos que não possuem, desde que houvesse coautoria nos crimes, mas que na prática manteria praticamente todos os acusados pela PGR denunciados sob sua jurisdição.

Diante do impasse, os Ministros Ayres Britto e Ellen Gracie revisaram suas deliberações, e optaram por manter a integralidade dos réus sob jurisdição do STF. Dessa forma, fez-se maioria sobre a corrente intermediária que defendia o desmembramento do feito somente nas hipóteses em que não houvesse coautoria com acusados titulares com foro no Tribunal. Na prática, a Suprema Corte acabou por estender os efeitos do foro por prerrogativa de função a quem não o possuía, graças à argumentos como a complexidade do caso, a impossibilidade de segregação dos fatos em relação aos acusados e do receio de decisões contraditórias.

2.4 A Ação Penal n.º 333/PB e o fim do foro por prerrogativa pela renúncia ao cargo

Em 1993, o então Governador do Estado da Paraíba, Ronaldo José da Cunha Lima, praticou crime de tentativa de homicídio contra um ex-governador do mesmo Estado, Tarcísio de Miranda Burity, em um restaurante de João Pessoa. O caso ficou nacionalmente conhecido como “Gulliver”, nome do estabelecimento onde ocorrera o delito.²⁶⁶

O acusado, na condição de chefe do Executivo estadual, possuía foro por prerrogativa no Superior Tribunal de Justiça. Após oficiado pelo Tribunal Superior, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba informou que não autorizaria o processamento e julgamento do então Governador. Há de se ressaltar que, à época, a anuência do Poder Legislativo era condição para que o chefe do executivo fosse julgado por crimes comuns²⁶⁷. Diante da recusa, o STJ sobrestou o processo.

²⁶⁶ STF. Notícias. “*Ministro afirma que com renúncia do deputado Federal Ronaldo Cunha Lima ação penal não será julgada pelo STF*”. Dia 31 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=75737>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

²⁶⁷ Essa era a antiga redação do §3º do art. 53, da CRFB/88: “§ 3º. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.”

A partir de 1995, o investigado Ronaldo Lima passou a ocupar o cargo de Senador da República, quando, pelas regras do foro por prerrogativa, os autos passaram a tramitar no Supremo Tribunal Federal. Pelo fato de inexistir autorização do Legislativo para processamento do crime, o feito continuou sobrestado e com sua prescrição suspensa, mas no STF.

Porém, em dezembro de 2001, a Emenda Constitucional n.º 35 alterou a Constituição Federal em seu art. 53, permitindo que os crimes praticados por parlamentares não mais necessitariam de autorização do Legislativo para serem julgados e processados²⁶⁸. Dessa forma, a ação penal em desfavor de Cunha Lima passou a tramitar em 2002²⁶⁹, quando o STF aceitou a denúncia²⁷⁰ da Procuradoria-Geral da República, com anuência do próprio réu. Após o fim da instrução processual e apresentação das alegações finais da PGR e do acusado, em 26 de outubro de 2007 o julgamento foi pautado²⁷¹ pelo Supremo Tribunal Federal para o dia 05 de novembro do mesmo ano. À época, o congressista exercia mandato de Deputado Federal.

Todavia, em 31 de outubro, ou seja, 5 (cinco) dias antes da ação penal ir à julgamento em Plenário, o acusado renunciou ao mandato de Deputado Federal. Deixando o acusado de ocupar o cargo de Deputado Federal, não mais existiria o foro por prerrogativa, devendo os autos deveriam então ser remetidos do STF para a primeira instância criminal da Paraíba, local do crime. Todavia, a renúncia às vésperas do julgamento levantou o seguinte questionamento: o caso ainda deveria continuar a ser julgado pelo Supremo, ou promover-se-ia sua remessa a julgamento na Justiça Comum? ²⁷²

O Relator da ação penal, Min. Joaquim Barbosa, em 05 de novembro de 2007, considerando o episódio da renúncia do parlamentar na iminência de seu julgamento perante a Corte, propôs Questão de Ordem ao pleno da Corte para apurar suposta existência de abuso de direito. Para Barbosa, a ação do parlamentar se deu com um único e claro intuito: evitar o julgamento do caso pelo STF, ainda que o ato de abdicação do mandato parlamentar fosse uma faculdade do seu detentor. Ademais, a ação teria sido praticada com desvio de finalidade, violando valores como a boa-fé, moralidade e supremacia do interesse público sobre o privado,

²⁶⁸ Pela E.C. n.º 35/2001, o §3º do art. 53 da Constituição Federal de 1988, passou a ter a seguinte redação: “§3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

²⁶⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333-PB*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008.

²⁷⁰ A denúncia imputou os crimes previstos no art. 121, §2º, IV, cominado com o art. 14, II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificada).

²⁷¹ O julgamento foi pautado em 24.10.2007, com publicação em Diário Oficial em 26.10.2007.

²⁷² Notícias STF, dia 08 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=76923>>. Acesso em 11.abr. 2020.

na real intenção de impedir o exercício das atribuições da Corte, sob o risco de ocorrência de prescrição.²⁷³

O Ministro Cezar Peluso, então, propôs à Corte a seguinte questão: seria a renúncia no caso um direito subjetivo autêntico? Ou a renúncia, direito subjetivo que é, deveria ser tratado de forma relativizada, tendo em vista que a subjetividade encontraria limites nos fundamentos axiológicos ou intenção material que o definiria como tal? Em resposta, Peluso afirmou que o ato em questão deveria ser considerado como caso de abuso de poder, porém merecendo uma maior análise da Corte para definição da questão²⁷⁴.

Iniciou-se então um debate entre os Ministros acerca da decisão que melhor alcançasse a axiologia da norma Constitucional, já que a interpretação da norma isolada poderia levar a uma decisão em sentido oposto ao espírito da lei. Na oportunidade, os Ministros Eros Grau e Carlos Britto e Cezar Peluso, anteciparam suas posições ao acompanhar o Relator, em um primeiro momento, pugnando pelo reconhecimento de configuração de abuso de direito no ato de renúncia do réu. A Min. Cármen Lúcia mostrou-se inclinada ao reconhecimento do abuso de autoridade por parte do réu²⁷⁵, mas requereu vista dos autos que, por consequência, gerou a suspensão da sessão.

Na retomada do julgamento, que se deu em 07 de novembro de 2007, o Ministro Relator apresentou ao STF nova questão de ordem. Dessa vez tratava-se de pedido da defesa arguindo a incompetência absoluta do STF para julgá-lo diante do fim do foro por prerrogativa a qual o réu fazia *jus*. Alegou que ao acusado deveria prevalecer o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Carta Magna, ou seja, a competência do Tribunal do Júri sobre a

²⁷³ “A nossa ordem constitucional não se pode acolher tal conduta, que se constitui flagrante abuso de direito/prerrogativa, dando o evidente desvio de finalidade do ato da renúncia, no caso concreto em análise. A alteração da competência desta Corte não pode se dar, ao menos no momento em que se deu, por vontade unilateral de uma das partes. Estaríamos reféns dos réus com prerrogativa de foro se, a cada momento em que liberássemos um processo para julgamento, depois de todo esforço necessário para tanto, sobreviessem os pedidos de renúncia. Daríamos todo o aval para todo tipo de chicana processual, data vênia”. Em explicação, novamente destaca-se outra fala do Min. Relator com relação a uma possível prescrição do caso: “Na condição de Relator deste caso, tenho responsabilidade de alertar a Corte para o seguinte fato: este processo tramita há quatorze anos; a denúncia foi recebida há quase cinco anos; estamos diante de um acusado que ultrapassou os setenta anos. Portanto, já está no limiar da prescrição. Creio que a Corte tem de leva-lo em consideração.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008)

²⁷⁴ “Ora, voltando à espécie, ninguém poderia questionar que renúncia é, em princípio, ato unilateral. A questão aqui consiste em saber se, dentro das circunstâncias do caso, esse ato cumpre, no seu reflexo ou eficácia quanto à competência, o fundamento normativo que lhe dá validade e eficácia absolutas. A meu ver e com o devido respeito, parece-me que não.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333-PB*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cezar Peluso. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008)

²⁷⁵ “Eu dizia, então, que “duas ordens de cuidado devem presidir a interpretação das normas constitucionais da matéria”. A primeira de que “a Constituição garante a imunidade relativa dos parlamentares, mas proíbe a imunidade absoluta de quem quer que seja”. A segunda de que “a regra limitadora do processamento do parlamentar” e os seus consecutórios têm que garantir os direitos da sociedade, e não as facilidades de que eventualmente se entenda fazer o parlamentar.”

competência da Corte Constitucional para julgamento de crimes dolosos contra a vida. Diante de teórico conflito uma garantia individual sobre uma regra de competência, haveria preferência em favor do primeiro, fazendo-se a remessa dos autos do STF para a Vara Criminal competente, seja ela a do local do fato, João Pessoa/PB.

Neste momento, a Corte Suprema se viu diante de duas questões distintas e que poderiam levar resultados de efeitos antagônicos: a possível existência de abuso de direito, que manteria a competência do STF para julgamento do acusado; e prevalência do princípio do Tribunal do Júri sobre a prerrogativa especial, o que levaria à incompetência absoluta do STF para julgar o caso.

O Relator, conhecendo da Questão de Ordem, negou-lhe provimento no que tange à tese de possível incompetência do STF. Suscitando precedentes da Corte Constitucional sobre a questão²⁷⁶, o Min. Joaquim Barbosa alegou ser clara a regra constitucional da competência daquela Corte nos crimes comuns praticados por congressistas, não havendo antinomia entre o foro por prerrogativa e o princípio do Tribunal do Júri. Assim, haveriam duas claras regras de competência: a do júri popular nos crimes contra a vida, e a competência especial do Supremo para crimes praticados por parlamentares, sendo a primeira a norma geral, e a segunda à exceção trazida pelo próprio texto constitucional.

Quanto a esta questão de ordem, a Corte mostrou-se unânime em não reconhecer a existência de contradição na Constituição Federal entre o foro por prerrogativa e o princípio do tribunal do júri, tendo em vista que se tratavam, como dito anteriormente, de regra e exceção, respectivamente, não se falando em conflito em suas aplicações.

Contudo, nas demais questões, houve dualidade de posições entre os membros da Corte.

O Ministro Marco Aurélio inaugurou a divergência em relação ao Relator, constatando o caráter processual dúplice que o foro por prerrogativa pode apresentar: da mesma forma em que uma ação penal iniciada na Justiça Comum poderá vir a ser julgada pelo STF após a eleição do acusado como congressista, o movimento inverso também pode ocorrer com a saída do cargo. Recordando que o apanágio tem o escopo de proteger o mandato e não seu ocupante, o Ministro afirmou que a renúncia, que retiraria do acusado a condição de parlamentar, faria desaparecer o requisito fundamental para que o réu fosse julgado pela Corte Constitucional.²⁷⁷

²⁷⁶ HC 69.325, Rel. Min. Neri da Silveira; HC. 70.581, Rel. Min. Marco Aurélio; HC79.212, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 162.966, Rel. Min. Neri da Silveira; HC 73.232, Rel. Min. Maurício Corrêa;

²⁷⁷ “Ao Tribunal cumpre tão-somente, sob pena de transformar-se em órgão de exceção, constatar o fato, constatar que não há ação penal dirigida contra detentor de mandato eletivo, dirigida contra deputado, mas contra cidadão

Ao passo do voto do Revisor, o Min. Eros Grau, o caso passou a tomar rumo diametralmente oposto. Ao perceber que a questão de ordem que versava sobre a incompetência absoluta do STF foi proposta pela defesa antes da elaboração do voto do Revisor e da renúncia do acusado²⁷⁸, Grau resolveu por rever completamente sua posição. Como o pedido de mudança do foro pelo acusado deu-se em momento de razoável antecedência, e não às vésperas da renúncia, o Ministro afastou a tese do abuso de direito por parte do acusado, reconhecendo ainda a incompetência do STF para julgamento do caso, seguindo a posição do Min. Marco Aurélio.

Em confirmação de voto, o Min. César Peluso considerou a renúncia válida, porém ineficaz com relação à competência do Tribunal. Segundo ele, caso o Supremo adotasse a questão de ordem proposta pela defesa, a situação poderia ser repetida várias vezes: o Tribunal desperdiçaria forças durante anos instruindo casos que, às vésperas de seu julgamento, seria enviada para outro juízo para julgamento através de renúncias de um acusado.²⁷⁹

O Min. Carlos Ayres Brito, também em confirmação de voto, afirmou que renunciante, na verdade, não abdicou do mandato, mas do foro no Supremo Tribunal Federal, que naquele momento lhe incomodava. A renúncia, na verdade, mostrava que o acessório (prerrogativa) se tornou o principal ator, enquanto o mandato tomou caminho inverso. E assim a abdicação ao mandato passou a ser o instrumento para desfazer-se da competência do STF para ser julgado pelo Tribunal do júri, conforme atestaria a própria carta de renúncia do acusado, lida por Ayres Brito.²⁸⁰

comum.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333-PB*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008)

²⁷⁸ A petição da defesa que requereu a incompetência absoluta do STF foi protocolizada no dia 20 de setembro de 2007. O processo subiu ao Gabinete do Min. Eros Grau, Revisor do caso, para confecção do voto no dia 22 de outubro de 2007, contudo sem a presença dessa petição nos autos, sendo devolvido ao Relator no dia seguinte após um pedido de agilização, por parte do Relator, que temia pela prescrição do caso. A petição da defesa foi juntada aos autos somente em 26 de outubro. Ao tomar conhecimento da petição, o Relator, Min. Joaquim Barbosa resolveu por levar o caso diretamente ao Plenário sem comunicar previamente a petição aos seus pares, o que gerou críticas dos próprios colegas e de veículos de comunicação.

²⁷⁹ “Em outras palavras, é como se a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal ficasse na dependência da vontade da parte.” Em debate com o Ministro Marco Aurélio, Peluso defendeu sua posição: “E mais: a minha proposta não é o retorno à Súmula 394; é só que a Corte preserve sua competência para não permitir que algum Ministro, como todos nós, sujeitos às tentações do inquieto espírito humano, diante de um caso complexo como este, pense: por que vou perder meu tempo, se o réu, cuja condição funcional atual é que determina a competência da Corte e o meu trabalho, vai depois renunciar?” (STF, *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cesar Peluso. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008).

²⁸⁰ “Eu passo, então, a concitar os Senhores Ministros a fazer uma ponderação de valores. Chancelar o abuso de direito implica vilipendiar a Constituição no seu íntegro sistema de comandos, na inteireza do seu sistema de comandos. A Constituição tem mais a perder com a chancela desse tipo de comportamento abusivo do que ganhar com a transferência do Supremo para o Tribunal do Júri.” (STF, *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ayres Brito j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008).

Em linha semelhante à de Ayres Britto, a Min. Cármen Lúcia afirmou que a renúncia, na condição de prerrogativa prevista pela Constituição, portanto norma de caráter público, haveria de atender à finalidade pública, ao contrário da renúncia na seara privada. Ao promover o afastamento definitivo do mandato, o réu não pretendeu apenas desvencilhar-se do cargo, mas de impedir a atuação da Suprema Corte em julgá-lo nos termos do art. 102, I, “b”, da Carta Republicana de 1988. Para mais, na visão da Ministra, estaria o réu a escolher o foro onde seria julgado, conforme sua conveniência, o que configurava abuso de direito.²⁸¹

Mas aderindo à discordância ao Relator, o Min. Menezes Direito se filiou à tese sustentada pelo Min. Marco Aurélio, assim como a Presidente da Corte, Ellen Gracie²⁸². Também no mesmo sentido, se posicionou o Min. Ricardo Lewandowski²⁸³ e o Min. Gilmar Mendes, que afirmou não vislumbrar má-fé no ato de renúncia do acusado, tendo em vista que sua pretensão de ser julgado pela justiça comum já havia sido manifestada processualmente em momento anterior à renúncia, no momento da arguição da prevalência do Tribunal do Júri sobre a competência especial na própria ação penal.

Ao final, o Tribunal Constitucional decidiu por maioria, quanto à renúncia do parlamentar às vésperas do julgamento, pela não configuração de abuso de direito no ato, declinando-se a competência para a vara criminal do local do fato.

2.5 A Ação Penal 396/RO: o abuso de direito e a continuação do foro mediante a renúncia ao cargo

Aproximadamente três anos após decidir sobre os efeitos da renúncia de acusado parlamentar quanto ao foro por prerrogativa, que se deu na Ação Penal n.º 333, o pleno do

²⁸¹ “Note-se: no sistema constitucional democrático não é o acusado quem escolhe seu juiz. Preordena-se a competência exatamente para evitar escolhas ad hoc dos julgadores, a fim de que não se beneficiem nem prejudiquem acusados, máxime os sujeitos aos processos penais. (...) O acusado pretende ser-lhe possível promover alteração do estado de fato, ou pelo menos, do seu estado funcional, para impedir o exercício de uma competência jurisdicional constitucionalmente conferida ao Supremo Tribunal como se o desempenho desta Casa pudesse ficar a depender do exclusivo alvedrio do acusado, e não do Direito impessoalmente positivado.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008).

²⁸² “A competência desta Corte se limita ao julgamento daqueles que sejam titulares de mandato. É uma competência que não estrita que admite alargamentos. E, via de consequência, não sendo viável, não sendo possível reinstalar o acusado na condição de deputado federal, cargo do qual se apartou voluntária e irrevogavelmente, entendo que não subsiste a competência desta Casa.” (STF, *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ellen Gracie. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008).

²⁸³ “A renúncia, a não-eleição, a perda do mandato por qualquer das hipóteses previstas na Constituição faz cessar, inapelavelmente, penso eu, a prerrogativa de foro especial, taxativamente prevista na Constituição. Esse, aliás, foi o principal argumento que levou à revogação da Súmula 394. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ricardo Lewandowski. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008).

Supremo Tribunal Federal se viu diante de novo julgamento sobre a questão. E não se tratava apenas da mesma temática, mas também de circunstâncias muito semelhantes: um congressista acusado pela prática de um crime, cuja ação penal tramitou na Corte Constitucional, renuncia ao mandato em momento próximo ao julgamento, causando em teoria a remessa dos autos para a instância inferior. Era a Ação Penal n.º 396, de origem do Estado de Rondônia²⁸⁴.

Os autos, que apurava crimes cometidos entre os anos de 1995 e 1998, originalmente tramitavam na 3ª Vara Criminal de Porto Velho. Contudo, em 03 de janeiro de 2005, um dos acusados, Natan Donadon, que obtivera a primeira suplência para Deputado Federal nas eleições de 2002, assumiu mandato na Câmara Federal com a renúncia de Confúcio Moura²⁸⁵. Os autos, então, foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal no mesmo ano, onde a ação penal continuou a tramitar.

Após fase instrutória com oitivas de testemunhas e demais produção de provas, a Procuradoria-Geral da República e acusado apresentaram alegações finais. Cumpridas todas as etapas determinadas em lei, a ação foi colocada em pauta, no dia 20 de outubro de 2010, para julgamento em 28 de outubro do mesmo ano.

Todavia, em 27 de outubro, ou seja, um dia antes do julgamento, o acusado informou nos autos que, naquela data, havia renunciado ao mandato de Deputado Federal. Na petição, alegou o parlamentar/réu inexistir abuso de direito em seu ato, e que o foro por prerrogativa eliminaria o direito de ampla defesa, tendo em vista que o julgamento em instância única no STF impossibilitaria interposição de recurso a outra instância. Ademais, em menos de três meses voltaria a ser um cidadão comum, já que nas eleições de 2010, Donadon não conseguiu se reeleger ao mandato parlamentar.

Se caso presente mostrava interessante similitude ao da Ação Penal n.º 333, a formação da Corte também era praticamente igual. A única novidade era a presença de José Antônio Dias Toffoli que substituiu Carlos Alberto Menezes Direito que, no julgamento da ação anterior, mostrou-se favorável à tese vencedora na A.P. n.º 333. Mas as semelhanças entre os casos “Cunha Lima” e “Donadon” pararam por aí. O desfecho apresentou resultados diversos, conforme demonstraremos a seguir.

²⁸⁴ Segundo denúncia do Ministério Público do Estado, o caso tratava da prática de crime de peculato, formação de quadrilha em concurso material de pessoas torna de contrato de publicidade firmando entre a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia e a sociedade empresária “MPJ Ltda”. Nos termos da peça acusatória, entre os anos de 1995 e 1998, cerca de R\$ 8,2 milhões saíram dos cofres da casa legislativa para o caixa da empresa por serviços jamais prestados. Entre os beneficiados, estava Marcos Antônio Donadon, Presidente da Assembleia Legislativa, e o irmão, Natan Donadon, diretor financeiro do órgão à época.

²⁸⁵ Biografia. Site Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/deputados/133372/biografia>>. Acesso em 21.04.2020.

A Ministra Cármen Lúcia, Relatora da ação, no dia do julgamento e em ato de ofício, levantou Questão de Ordem para que o pleno do Tribunal apreciasse o ato de renúncia do réu diante das consequências processuais. Em outras palavras, a Relatora propôs a seguinte questionamento ao Plenário da Corte: a renúncia ao cargo pelo parlamentar, apresentado na véspera de seu julgamento perante o STF, cessaria a competência da Corte para o julgamento?

Mantendo o posicionamento anterior, a Relatora considerou a renúncia como ato legítimo, mas não podendo se prestar a ser “subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda (...) a impedir julgamento em tempo à absolvição ou à condenação”²⁸⁶. Ademais, classificou o caso como “fraude processual inaceitável que frustra as regras constitucionais não só de competência, mas do dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente.”

O Revisor, Min. Dias Toffoli, acompanhou a Relatora afirmando que renúncia ocorreu na intenção de esquiva de julgamento pela Suprema Corte, com claro objetivo de forçar a prescrição quanto a um dos crimes que eram imputados na denúncia, o que ocorreria em sete dias²⁸⁷. Ainda, propôs que um critério objetivo para considerar manter a competência do STF ante uma renúncia: após a ação se colocada em pauta para julgamento, não deveria surtir efeito a abnegação do parlamentar ao seu mandato. Já o Ministro Joaquim Barbosa propôs outra solução: a partir do fim da instrução, momento em que o processo segue para o Relator, caso reste apenas a elaboração do voto, prorrogada estaria a competência do STF. A posterior saída do acusado do cargo, então, não surtiria efeitos em relação à competência da Corte.

Sem aderir a qualquer tese, o Min. Ricardo Lewandowski, que na Ação Penal n.º 333 votou no sentido de que a renúncia retira a competência da Corte, agora optara pelo caminho inverso. Admitiu então o Ministro votante que no caso em julgamento, era manifesta a intenção do acusado em provocar a prescrição punitiva do Estado, diferentemente das circunstâncias do caso “Cunha Lima”. Complementando a posição do Min. Lewandowski, o Min. Ayres Britto assentou o ato como manifesto abuso de direito, ainda invocando a célebre frase atribuída a

²⁸⁶ A Min. Cármen Lúcia ainda completou: “A renúncia a cargo público, mais ainda em se cuidando de recurso adotado para dificultar ou até mesmo impedir um julgamento de ação penal, não haverá de servir a fins contrários ao dever de cada um tem de submeter-se ao seu julgamento pelos seus atos na forma constitucional ou legalmente fixada.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396 (RO)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011)

²⁸⁷ “E a Corte já vem inclusive condenando parlamentares, o que tem levado outros parlamentares, a tentar escapar, mediante a renúncia, ao foro por prerrogativa de função, buscando, assim, o julgamento por instâncias inferiores, para lá operar os vários e inúmeros recursos possíveis, e, desse modo, com a tramitação mais alongada do processo – aí, sim, haverá várias instâncias até a instância final -, tentar obter a prescrição da pena ou a prescrição punitiva da pretensão executiva da pena, caso condenado.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396 (RO)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto. Min. Dias Toffoli. J. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011)

Ulpiano, a qual afirma que “não se pode tirar proveito da própria torpeza”, tendo em vista que o maior objetivo da renúncia era provocar a prescrição do caso.

Em seu pronunciamento, o Min. Gilmar Mendes, a exemplo do Min. Ricardo Lewandowski, modificou sua posição em relação à renúncia às vésperas do julgamento por parlamentar acusado. Afirmando existir “notório abuso”, o Min. Gilmar Mendes a abdicação do mandato, no caso em tela, significaria a perda da competência do STF para julgar o caso e a prescrição do caso. Em consonância com o voto da Relatora, o Ministro votante pediu a fixação de critério que configurasse a *perpetuatio jurisdictionis* diante da possibilidade de renúncia, prática essa que estaria se tornando cada vez mais comum²⁸⁸. Na mesma linha do Min. Gilmar Mendes, votou a Min. Ellen Gracie.

Finalmente, o Presidente da Corte, Min. Cezar Peluso, classificou a renúncia como ato de fraude à lei, conceituando o ato como “valer-se o interessado de norma jurídica que lhe permitiria a prática de determinado ato, para, com sua prática, obter a não incidência de regra cogente que deveria incidir sobre o caso”. Em outros termos, a fraude no caso estaria caracterizada pelo uso da renúncia como forma de impedir o julgamento pela Corte e, conseqüentemente, causar a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Vencido o Min. Marco Aurélio²⁸⁹, e ausente o Min. Celso de Melo, o Tribunal Constitucional considerou a existência de abuso de direito no ato de renúncia ao mandato às vésperas do julgamento. Mantendo então sua competência para julgamento do acusado, os Ministros do Supremo condenaram o acusado a 13 (treze) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado.

²⁸⁸ Sobre as eleições federais que se aproximavam, e seus reflexos quanto às ações penais que tramitava no STF, afirmou o Ministro Gilmar Mendes: “Agora mesmo teremos a renovação do Congresso Nacional, e tudo indica, segundo, pelo menos os dados colhidos pelos jornais, que temos aí uma renovação de algo em torno de 50%, o que indica que, em muitos casos, teremos afetada também a competência do Supremo Tribunal Federal. Tenho a impressão de que teremos um encontro marcado com essa questão; teremos, a toda hora, de enfrentá-la.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396 (RO)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011)

²⁸⁹ Como voto dissidente, o Min. Marco Aurélio manteve a mesma posição adotada na A.P. n.º 333. Segundo o Ministro, “O móvel da prerrogativa de ser julgado pelo Supremo, o que é fato e precisa ser considerado pela Corte, já não mais existe, porque o réu dessa ação penal não integra mais o Congresso Nacional. E sabemos que a competência do Supremo é de direito estrito. É o que se contém na Carta da República e nada mais. (...) Peço vênias aos colegas, à maioria já formada, para dissentir e assentar: com a renúncia operada, com o fato de o réu ter deixado de ser membro do Congresso Nacional, cessou a competência do Tribunal e cessaria também se o julgamento estivesse em curso e não concluído.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396 (RO)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Marco Aurélio j. em 28.10.2010. DJ. 28.04.2011)

2.6 A Ação Penal 536-MG e a (re) admissão pelo fim do foro especial pela renúncia do cargo e a definição da indefinição

Em outubro de 2010, durante o julgamento da Ação Penal n.º 396-PB, também conhecido como “caso Donadon”, quando se decidia sobre a manutenção ou não competência do STF em julgar parlamentar réu em ação penal diante de sua renúncia, um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes fez um presságio:

“A cessação da investidura pode se dar de várias formas. Se se adotar um critério, por exemplo, o critério do fim da instrução ou da colocação em pauta, isso pode fazer sentido do ponto de vista de economia processual. Agora mesmo teremos a renovação do Congresso Nacional, e tudo indica, segundo, pelo menos os dados colhidos pelos jornais, que temos aí uma renovação de algo em torno de 50%, o que indica que, em muitos casos, teremos afetadas também a competência do Supremo Tribunal Federal. Tenho a impressão de que teremos um encontro marcado com essa questão; teremos, a toda hora, de enfrentá-la.”

Se profecia ou exame de futurologia, o fato é que as palavras do Min. Gilmar Mendes se consumaram pouco mais de três anos depois quando, mais uma vez, o Supremo se viu diante de ação penal onde o acusado renunciava ao cargo em data próxima ao julgamento. Mas dessa vez, a Corte Constitucional possuía quatro novos Ministros em relação ao último enfrentamento do tema: Luiz Fux, Teori Zavaski, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber²⁹⁰.

Aceita pelo STF em dezembro de 2009, a Ação Penal n.º 536²⁹¹ denunciava o então Senador da República, Eduardo Brandão de Azeredo. Precedida do Inquérito 2.280-MG, a ação penal tratava de ações criminosas do denunciado, contemporâneas ao tempo em que ocupava o cargo de Governador em Minas Gerais, cujo esquema foi apelidado de “mensalão mineiro”.²⁹²

Em 07 de fevereiro de 2014, finda a instrução processual, a Procuradoria-Geral da República apresentou suas alegações finais pedindo a condenação do acusado. Aberto o prazo para manifestação da defesa, Azeredo em 19 de fevereiro juntou aos autos a notícia de renúncia ao mandato, e em 27 de fevereiro apresentou suas alegações finais.

²⁹⁰ Substituíram, respectivamente, os Ministros Eros Roberto Grau, Cezar Peluso, Carlos Ayres Brito e Ellen Gracie.

²⁹¹ A ação penal tinha como objeto a apuração a prática dos crimes previstos no art. 312 do Código Penal (peculato) e na Lei 9.613/98 (crime de lavagem de dinheiro), em concurso material e de pessoas (art. 69 e 29, respectivamente, do CP).

²⁹² STF Notícias. *STF aceita denúncia contra o senador Eduardo Azeredo pelos crimes de peculato e lavagem de dinheiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117340>>. Acesso em: 21.abr. 2020.

Diante da situação, o Relator da ação penal, Ministro Luís Roberto Barroso, propôs Questão de Ordem ao plenário para, e pela terceira vez em sete anos, aferir a competência do STF quando da renúncia de parlamentar na reta final de uma ação penal. Inicialmente, Barroso defendeu em seu voto que o Supremo Tribunal Federal deveria ser um Tribunal de teses jurídicas, e não de julgamentos de fatos, rejeitando sua competência de órgão penal originário, que detém funções instrutórias, portanto. Para resolução do problema, propôs o que chamou de “diálogo institucional acerca do foro por prerrogativa de função”, apresentando uma série de sugestões²⁹³ endereçadas ao Congresso que moralizariam e tornariam o sistema eficiente.

Em seguida o Relator fez um apanhado dos precedentes anteriores e, na linha da manifestação do Min. Gilmar Mendes no caso “Donadon”, afirmou ter chegado a hora do STF encontrar um critério geral a regular o presente e os futuros casos de ações penais que transitassem na Corte. Dever-se-ia, então buscar a definição de um marco temporal onde as renúncias deixassem de produzir efeitos de modificação de competência. O Relator, então, sugeriu o recebimento da denúncia como o momento em que ocorreria a *perpetuatio jurisdictionis*, tendo em vista é a fase processual onde considera-se instaurada a ação penal.

Quanto ao mérito da questão, o Relator considerou que o entendimento do Supremo desde o Inquérito 687-DF era que, cessado o mandato, cessaria também a competência da Suprema Corte, devendo a posição ser aplicada ao caso em questão. Para o Min. Barroso, a exceção a esse entendimento, verificado na A.P. n.º 396, não ocorrera na situação em julgamento, visto que a renúncia ocorreu ao fim da instrução processual, e não às vésperas do julgamento, não havendo o risco, por exemplo, de uma prescrição.

A manifestação do Relator, no que tange à remessa dos autos para a primeira instância, foi acolhida por unanimidade, sendo mantida a jurisprudência Corte. Para os Ministros, a ausência de proximidade de prescrição e/ou a não intenção de evitar condenação e continuar como “ficha limpa”, afastou a ocorrência de abuso de direito na renúncia.

Decida a questão principal, restava a Corte manifestar acerca da proposta apresentada pelo Relator, o qual sugeriu considerar o momento da denúncia como o marco temporal que

²⁹³ “Minha sugestão: o foro por prerrogativa de função no STF deveria ser limitado a um número verdadeiramente reduzido de autoridades, como o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Presidentes do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República e os Ministros da própria Corte. (...) Seria criada uma Vara Especializada em Brasília, com um juiz titular para julgar ações penais e outro juiz titular para julgar ações de improbidade. A vara teria tantos juízes auxiliares quantos necessários. Essa Vara e esses juízes seriam competentes para as ações penais e de improbidade contra todos os parlamentares, ministros e autoridades federais que hoje têm foro privilegiado.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 27.03.2014. DJ. 12.08.2014)

Supremo Tribunal Federal fixaria para a perpetuação da sua jurisdição. Esse ponto, no entanto, foi objeto de intensas discussões e divergências entre os julgadores da Corte.

O Min. Teori Zavaski se juntou ao Relator quanto à fixação do recebimento da renúncia como momento de fixação da competência da Corte diante de renúncia “sem justificativa razoável”. Todavia, o Min. Teori defendeu a não se aplicação da regra a afastamentos definitivos de Congressistas para assunção de outros cargos públicos, como chefia do Executivo Estadual ou Municipal, por exemplo. Também com o Relator, na íntegra votou o Min. Luiz Fux.

Já a Ministra Rosa Weber, por sua vez, inaugurou divergência quanto ao momento da fixação da competência do STF em casos de renúncia maliciosa do parlamentar, defendendo que o momento ideal seria ao fim da instrução, e não recebimento da denúncia. Por sua vez, a preocupação com o volume de trabalho dispendido por um Ministro em uma ação penal deu o tom do voto do Min. Dias Toffoli. Para o magistrado, seria inconcebível o desperdício de trabalho causado pela renúncia de um parlamentar acusado, após o Relator se debruçar por enorme tempo para analisar processos e produzir um relatório que não seria aproveitado²⁹⁴. Dessa forma, o momento seguro para definição definitiva da competência da Corte seria o momento da liberação do processo ao Revisor, o que se dá após a análise dos autos pelo Relator.

Os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio não manifestaram com relação ao momento da definição da jurisdição perpétua do STF, proposta do Relator. Já o derradeiro a votar, o então Presidente do STF, Min. Joaquim Barbosa, manteve o posicionamento quanto à questão externado nas ações penais n.º 333 (caso “Cunha Lima”) e n.º 396 (caso “Donadon”): embora a renúncia não seja ato legítimo, não poderia ser usado para alterar deliberadamente a competência da Corte quanto ao julgamento. Assim, pugnou pela manutenção do processo no Supremo, sendo o voto vencido da questão²⁹⁵.

²⁹⁴ “Então, eu penso que a sinalização da liberação para o Revisor demonstra que o Relator já fez o seu trabalho, e que, portanto, o processo já está pronto para ir a julgamento, assim que o Revisor o liberar para o Plenário. E já há um colega, um juiz, um de nós que se debruçou sobre dez, vinte, cinquenta volumes - não sei quantos volumes eram na ação penal; eram 270 volumes ou coisa que o valha; essa aqui são cinquenta volumes. Pois bem, então, não pode ficar um trabalho desse desperdiçado para se começar do zero com um juiz na Primeira Instância.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto. Min. Dias Toffoli. j. 27.03.2014. DJ: 12.08.2014)

²⁹⁵ “Por todo o exposto, concluo que o exercício da prerrogativa de renúncia do parlamentar, neste momento processual, teve a finalidade ilegítima de obstar o exercício da competência desta Corte e a própria prestação jurisdicional, razão pela qual acompanho parcialmente o Relator, aplicando a solução proposta não só para o futuro, mas também para o caso presente, pois entendo que a solução preconizada para o futuro traduziria uma solução casuística tendo em vista os casos recentemente julgados pelo Tribunal (Donadon e Valdivino).” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto. Min. Joaquim Barbosa. j. 27.03.2014. DJ: 12.08.2014)

Apesar do inevitável reencontro com o tema, o Supremo acabou por não definir um critério que definisse o marco temporal para fixação da competência face a renúncia do parlamentar acusado. Dividido entre o momento recebimento da denúncia (Rel. Min. Roberto Barroso), fim da instrução (Min. Rosa Weber) e envio do processo a revisor (Min. Dias Toffoli), não houve considerável adesão a nenhum critério, caminhou então o Tribunal para a única saída que parte dos Ministros temiam: não haver critério algum.

2.7 A falta de marco temporal e o quadro de insegurança jurídica do STF

A Emenda Regimental n.º 49/2014²⁹⁶ fez importante modificação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: determinou o deslocamento do Plenário para as Turmas do Tribunal o julgamento de ações penais e inquéritos penais em desfavor de autoridades com direito a foro por prerrogativa. O objetivo da medida era “dar maior celeridade ao julgamento desses tipos de ação, sob o entendimento de que, além de se tratar de causas que envolvem normalmente apenas interesses subjetivos (individuais), seriam processados mais rapidamente”.²⁹⁷

Com o aumento do número de ações penais em desfavor dos parlamentares federais, fenômeno inclusive reconhecidos pelos Ministros da Corte²⁹⁸, os casos que envolviam renúncias em datas anteriores ao julgamento e que poderiam gerar modificações de competência, continuavam a acontecer. Mas diante da ausência de previsão legal e de uniformidade de entendimento da Corte, o STF passou a apresentar um quadro de insegurança sobre o tema, tendo em vista que as Turmas não adotavam os mesmos critérios quanto à perpetuação da competência no foro por prerrogativa.

²⁹⁶ Eis o teor do texto do RISTF:

“Art. 9º. Além do disposto no art. 8º, compete às Turmas:

I – processar e julgar originariamente: (...)

j) nos crimes comuns, os Deputados e Senadores, ressalvada a competência do Plenário, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta; k) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade da conduta.”

²⁹⁷ Notícias STF. *Retrospectiva: emenda regimental que mudou atribuição das Turmas marcou o mês de junho de 2014.* 26 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284123>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

²⁹⁸ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, existiram 202 parlamentares figurando na condição de réus, o que segundo o Min. Roberto Barroso, significariam cerca de 400 ações penais tramitando no Supremo Tribunal Federal, nos respectivos votos na Ação Penal n.º 536/MG.

A Primeira Turma do STF, por exemplo, mostrou-se partidária à tese do fim da instrução como marco temporal para fixação de competência do Supremo. Um exemplo foi a Questão de Ordem na Ação Penal n.º 606/MG²⁹⁹, julgada em agosto de 2014, onde o então Senador Clésio Soares Andrade, renunciou ao cargo finda a instrução processual. O Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, mantendo igual posição apresentada no caso “Donadon”, pugnou pela criação de critério para estabelecer definitivamente a competência da Corte, ao menos no âmbito da turma, ante a renúncia do parlamentar³⁰⁰.

De início, o Ministro Relator sugeriu o recebimento da denúncia como o melhor momento. Entretanto, buscando um consenso junto aos demais membros da Turma, o Min. Barroso sugeriu uma posição intermediária, seja a manifestada pela Min. Rosa Weber quando do julgamento da A.P. n.º 536-MG, fixando o fim da instrução como marco da perpetuação da competência da Corte. O objetivo seria fixar uma tese para aplicação em futuros casos que fossem a julgamento, mas não aplicável ao presente. Dessa forma, no julgamento do caso questão, entendeu-se que a renúncia, ocorrida antes do fim da instrução, não se revestia de características de fraude processual, devendo então ser remetido à primeira instância.

A Ministra Weber, em que pese questionar a possibilidade de a Primeira Turma do STF estabelecer um critério, enquanto a Segunda Turma poderia adotar outro, prevendo quadro de insegurança jurídica³⁰¹, abraçou a tese lançada pelo Relator. O Min. Luiz Fux também seguiu a proposta do Relator.³⁰²

Já o Presidente da Turma, Ministro Marco Aurélio, apresentou voto pela declinação da competência dos autos para a Primeira Instância, mas abdicou da afirmação de um critério para competência proposto pelo Relator. Para o Presidente, a adoção de um critério nos moldes do Relator significaria abandonar os parâmetros normativos, principalmente os constitucionais, para decidir-se a partir de um subjetivismo não delegado ao Supremo.³⁰³

²⁹⁹ O acusado era o Senador Clésio Soares Andrade, denunciado pelo Ministério Público/MG pelos crimes de peculato e lavagem de dinheiro em concurso material e de pessoas.

³⁰⁰ “Em conclusão: proponho, assim, a superação dos precedentes pelos quais a renúncia do parlamentar, em qualquer tempo, implica o declínio da competência do STF para outro juízo. Em lugar disso, fica estabelecido que, a partir do recebimento da denúncia, o fato de o parlamentar vir a renunciar é ineficaz no que se refere à competência criminal originária do STF.” (STF, Primeira Turma. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014)

³⁰¹ Em resposta ao questionamento da Min. Weber, o Min. Barroso afirmou: “Se eles não seguirem o nosso critério, preferirem outro, aí será o caso de levar a Plenário. Mas nós estamos decidindo primeiro, estamos fixando um critério.”

³⁰² “Por outro lado, se esse ato abdicativo ocorrer após a instrução, então eu entendo que esse critério, de alguma maneira, gera uma presunção de que não está havendo um ato abusivo.” (STF, Primeira Turma. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Luis Fux. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014)

³⁰³ “Um momento objetivo dentro de uma subjetividade que deve ser definida pelos representantes do povo brasileiro: deputados e senadores. Nós, juízes, não podemos adentrar a essa seara. Temos que simplesmente constatar a regência da matéria e atuar a partir dessa regência. Por isso, receio muito e penso que grassa a

Mas ao fim, por maioria dos votos, foi firmado entendimento de que a renúncia parlamentar, após o final da instrução, não acarretaria na perda da competência do Supremo Tribunal Federal, com aplicação aos casos que tramitassem na Primeira Turma do STF. Como exemplo, em fevereiro de 2015, a Primeira Turma aplicou o entendimento no julgamento do Inquérito 3.734/SP.

Enquanto isso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal mostrava-se deferente ao entendimento firmado pelo Pleno. Em outras linhas, nas decisões sobre o assunto, não havia preocupação com definição de marco temporal da competência do STF ante a renúncia do investigado de seu cargo. Aliás, nenhum caso nessa condição foi decidido pela Turma.

Os casos que mais se aproximaram dessa situação foram o Ag.Reg. na Petição 5.563-DF³⁰⁴, onde houve deslocamento de competência do STF para Justiça Comum quando o acusado deixou o exercício de Ministro de Estado; a Petição 6.197-DF³⁰⁵, que deslocou do STF à Justiça Federal inquérito de acusado que também foi exonerado do cargo de Ministro de Estado; a Petição 6.308-DF³⁰⁶, que alterou a competência do STF ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região de um acusado que, durante a marcha processual da ação penal, teve seu mandato cassado pela Câmara dos Deputados.

Dessa forma, perdurou no Supremo Tribunal Federal um quadro de indefinição, onde cada uma das Turmas aplicava critério diverso na hipótese de ação penal onde o acusado deixasse o cargo durante inquérito ou ação penal. O cenário perduraria até maio de 2017, quando o julgamento em uma Questão de Ordem provocou então a maior mudança na aplicação da prerrogativa de foro desde o cancelamento da Súmula n.º 394.

insegurança quando se abandonam os parâmetros normativos, principalmente constitucionais, para decidir-se a partir de um subjetivismo maior.” (STF, Primeira Turma. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Marco Aurélio. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014)

³⁰⁴ De Relatoria do Ministro Celso de Mello, foi deslocada a competência do Supremo Tribunal Federal do Inquérito 862/DF para a Justiça Comum do Estado do Ceará, local do fato, após exoneração do acusado do cargo de Ministro de Estado. O caso consistia na investigação de Cid Ferreira Gomes por suposta prática de crime quanto à honra (art. 144, do Código Penal).

³⁰⁵ Após exoneração do cargo de Ministro, houve deslocamento do Inquérito 4.117-DF do STF para a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, que investigava conduta de Edson Antônio Edinho da Silva por suposta prática do crime de corrupção passiva no processo conhecido como “Operação lava-jato”.

³⁰⁶ Tratava-se de pedido de manutenção de competência junto ao STF formulado pelo ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Consentino da Cunha, que pleiteava a manutenção da ação penal no STF enquanto tramitasse embargos declaratórios em seu processo administrativo de cassação na Câmara.

2.8 A Ação Penal n.º 937/RJ e a restrição ao foro por prerrogativa

A E.C. n.º 35/2001, ao abolir a autorização da casa legislativa para processamento de seus membros, fez com que um número expressivo de processos criminais, tendo parlamentares federais como acusados, ocupasse a pauta do Supremo Tribunal Federal. Esse aumento de congressistas na condição de réu havia se tornado tão comum ao ponto de o Ministro Luís Roberto Barroso apontar que “a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do Tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais”³⁰⁷.

Mas a partir de 2014, uma sucessão de investigações e operações policiais acabaria por fazer explodir o número de ações contra políticos especialmente em âmbito federal. Apelidada de “Operação Lava-jato”, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, com ajuda de outros órgãos de controle, investigaram e descobriram o que seria um complexo esquema de fraudes e corrupção em contratos envolvendo a Petróleo do Brasil S.A. – PETROBRÁS, empreiteiras e agentes políticos diversos. Os efeitos dessa operação não tardaram chegar ao Supremo: somente no ano de 2015, a Procuradoria-Geral da República pediu a abertura de 28 (vinte e oito) inquéritos, envolvendo 49 (quarenta e nove) autoridades que possuíam foro por prerrogativa no Tribunal³⁰⁸. Em 2017, a PGR denunciou mais 83 (oitenta e três) parlamentares na Corte.

O aumento no número de processos, aliados ao volume que já existia no Supremo levantou um antigo debate sobre o foro por prerrogativa. A Corte Constitucional, cuja essência era a interpretação e aplicação da Lei Fundamental, assumia cada vez mais o papel de vara criminal, em virtude do elevado número de investigações e ações penais envolvendo Deputados Federais e Senadores. Para Miguel Reale Jr., a falta de vocação para desempenhar o papel de primeira instância criminal se tornou grande problema, que causara “resultado altamente negativo, com excessiva demora e decurso da prescrição, ou seja, a impunidade, causadora de justa grita popular.”³⁰⁹

³⁰⁷ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

³⁰⁸ Site do Ministério Público Federal. Entenda o caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 25.abr. 2020.

³⁰⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Foro privilegiado?* O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>. Acesso em: 15. jul. 2019.

Foi nesse contexto que em maio de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou aquele que seria um julgamento paradigmático no que tange o foro por prerrogativa: a Questão de Ordem na Ação Penal n.º 937-RJ³¹⁰. Suscitada de ofício pelo Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, a proposta teve suas razões divididas em três pilares: descrição sobre o foro por prerrogativa; necessidade de reinterpretação restritiva e alcance do foro por prerrogativa.

Inicialmente, o Relator fez uma reflexão sobre o foro por prerrogativa, apontando que o instituto apresentaria quadro de “múltipla disfuncionalidade”³¹¹. A razão estaria nas 37 (trinta e sete) mil³¹² autoridades com direito a foro por prerrogativa no Brasil sendo que, desse total, cerca de 800 estariam sob a jurisdição do STF. Esse número excessivo de autoridades não seria sequer compatível com a tradição Constitucional brasileira, já que o número de autoridades com direito a foro no Supremo era restrito, até sua extensão através da Emenda Constitucional n.º 1/69, cujas regras foram repetidas na Carta Cidadã de 1988.

Em relação a outros países, o sistema brasileiro se mostraria exagerado quanto ao número de autoridades com esse apanágio, segundo o Min. Barroso. Enquanto alguns Estados

³¹⁰ O caso girava em torno acusação por crime de captação ilícita de sufrágio em desfavor de Marcos da Rocha Mendes, quando foi eleito prefeito de Cabo Frio-RJ, nas eleições municipais de 2008. A peça acusatória, no entanto, foi proposta perante o Tribunal Regional Eleitoral, sendo a renúncia recebida em 2013 pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Em 2014, ao verificar que o acusado não mais detinha mandato no executivo municipal, o TRE remeteu aos autos à 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento do réu. Após o devido trâmite processual, a instrução foi finalizada na primeira instância, em dezembro de 2014, com apresentação das alegações finais de acusação e defesa.

Contudo, nesse mesmo ano de 2014, o denunciado disputou as eleições federais, ocupando a primeira suplência do seu partido para o cargo de Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro. Em fevereiro de 2015, tendo em vista afastamento do titular do mandato, o acusado assumiu o posto de Deputado na Câmara Federal. O fato fez com que o Juiz Eleitoral da primeira instância remetesse aos autos ao Supremo Tribunal Federal, lá sendo autuada como Ação Penal n.º 937, tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Em 14 de abril de 2016 o acusado deixou o cargo com o retorno de seu titular, o que faria que os autos devessem voltar à instância inicial. Mas antes sequer da remessa ser efetuada, já em 19 de abril, retornou ao posto com novo afastamento do titular. Em setembro do mesmo ano, o querelado assumiu definitivamente o mandato com a cassação do Deputado Eduardo Constantino Cunha.

Mas em janeiro de 2017, o denunciado renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a chefia do Executivo de Cabo Frio pela vitória nas eleições municipais de 2016. Com a mudança de cargo, os autos que se encontravam no Supremo deveriam então ser remetidos para a Zona Eleitoral do Rio de Janeiro.

O sobe-e-desce do caso descrito levou o Relator do caso a classificar as ocorrências como “disfuncionalidades práticas do foro por prerrogativa função evidenciadas no caso [aqui] relatado”, levando-o a suscitar uma Questão de Ordem na ação penal. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹¹ “A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹² Segundo estudo do Senado Federal, o número correto seria de 58.700 autoridades com direito a foro por prerrogativa de função do Brasil, conforme exposto no item 1.5 do presente escrito.

internacionais sequer preveem³¹³ o instituto, os que assumiram o foro por prerrogativa o concederam a poucas autoridades³¹⁴. Concluiu, então, que nenhum país adotou o modelo brasileiro quanto ao número de beneficiados com o apanágio.

Porém, mais que o número excessivo de autoridades sob sua jurisdição, o grande problema do foro por prerrogativa no STF consistia no elevado de procedimentos penais, fazendo com que a Corte que não exercesse sua vocação maior de guardião da Constituição. O excesso de atuação como órgão penal instrutório, cuja missão lhe faltaria vocação e estrutura, tinha como reflexo uma demora nos julgamentos, geradora de elevado número de prescrições e, conseqüentemente, de impunidade, levando desprestígio ao Tribunal Constitucional³¹⁵.

Citando o estudo o “V Relatório o Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo”³¹⁶, produzido pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Barroso deu destaque às análises da pesquisa que procurou retratar o foro por prerrogativa no Brasil. Afirmando existir mais de 500 (quinhentas) ações penais no STF, o Tribunal vinha se mostrando excessivamente lento na realização dos atos processuais em comparação com a jurisdição comum, como tempo de recebimento de denúncia, tempo da atuação até o trânsito em julgado. Como consequência, segundo o relatório da FGV, dois terços das ações que ingressavam no Supremo não tinham o mérito julgado, seja por ocorrência de prescrição, remissão pela instância inferior, ocupando espaço de tempo da Corte sem que houvesse resolução.

A solucionar esse problema, o Min. Barroso entendeu estar presente o cenário para uma mutação constitucional, onde o art. 102, I, “b” Carta de 1988 seria interpretado de forma restritiva. Justificando uma redução interpretativa teleológica da norma³¹⁷, o Relator invocou

³¹³ “Boa parte das democracias sequer tem foro privilegiado; Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá sequer preveem essa possibilidade.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹⁴ “E em outros países, como França, Portugal, o foro é limitado constitucionalmente ao Presidente da República, ao chefe de governo e, em alguns casos, ao gabinete de ministros.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹⁵ “A primeira razão da disfuncionalidade é que atrapalha o funcionamento do Supremo naquilo que lhe é essencial. Mas há uma segunda razão, e é até mais grave. O Supremo Tribunal Federal, por não ser vocacionado para esse papel, não o desempenha de maneira desejavelmente satisfatória. Por quê? Exatamente pelo volume de processos e pelo tipo de formação que as pessoas aqui investidas têm. Esse não é um papel típico que os Ministros consigam desempenhar da maneira mais desejável, além do que o procedimento perante o Supremo Tribunal Federal é muito mais complexo do que perante o primeiro grau. (...) A consequência, como nós bem sabemos, é a frequência com que ocorrem prescrições aqui no Supremo Tribunal Federal, nem sempre por culpa do Supremo, mas por culpa de um sistema que faz com que o processo suba, desça, suba, desça...” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹⁶ FALCÃO, Joaquim. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

³¹⁷ “Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada “redução teleológica” ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da “dissociação”, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela

precedentes³¹⁸ propondo então que a regra do foro por prerrogativa alcançasse apenas os crimes praticados durante o exercício do cargo e em razão do seu ofício. Assim, as ações criminosas que não tivessem relação temporal e material com a função pública exercida seriam, a partir daquele momento, seriam julgados nos órgãos da Judiciário definidas pela Constituição e as leis processuais, e não mais pela Corte Constitucional.

A última parte da manifestação do Relator, propôs-se a fixação do marco temporal para que o STF continuasse a exercer sua competência nas ações penais para “impedir a manipulação da jurisdição”³¹⁹ unilateralmente pelos acusados. Em que pese admitir que no caso em julgamento não existia esta manipulação, o Relator reacendeu a temática que foi discutida, porém não resolvida, quando do julgamento da Ação Penal n.º 536, com a seguinte solução: a competência do Supremo seria prorrogada definitivamente ao fim da instrução processual, quando as partes fossem intimadas para apresentar alegações finais. “Se o indivíduo deixar de ser eleito, deixar o cargo, renunciar ao cargo, assumir outro cargo, a jurisdição está(ria) previamente definida, e ali será(ia) julgado”³²⁰, defendeu o Min. Barroso.

Favorável à proposta do Relator votou a Ministra Rosa Weber, a qual confessou ter pouca simpatia pelo foro por prerrogativa. Para a Min. Rosa, o instituto só teria sentido estar presente na Constituição Federal caso viesse a proteger a dignidade do cargo, e não seu ocupante, de modo que só deveria ser aplicado durante o exercício e em razão da função pública. Assim, o cenário fático atual recomendaria a redução do foro como a melhor saída para o combate à corrupção e ao desprestígio do Judiciário, justificando uma reinterpretação da aplicação do foro especial por mutação constitucional³²¹.

segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de “cláusulas de exceção” implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹⁸ O Relator trouxe os seguintes exemplos: (i) decisão no Inquérito 687/DF, que gerou o cancelamento da Súmula 394 do STF eliminando assim a perpetuatio jurisdictionis da Corte quando o processado deixasse o cargo que fundamentasse a prerrogativa de foro; (ii) a ADC n.º 2 que decidiu pela declaração de (in)constitucionalidade de leis criadas somente pós Constituição de 1988, enquanto as anteriores seriam consideradas recepcionadas ou não, restrição essa não expressa no art. 102, caput da Carta de 1988. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³¹⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

³²⁰ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

³²¹ “Reputo presentes as hipóteses reveladoras de mutação constitucional, seja pela mudança da realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário, na esteira do voto do Relator. A disfuncionalidade do sistema vigorante é manifesta. Já manifestei, em sessão da 1ª Turma, mais de uma vez, minha compreensão de que o instituto do foro especial, pelo qual não tenho a menor simpatia, mas que se encontra

A Presidente da Corte, Cármen Lúcia também se pronunciou favorável à proposta de restrição ao foro no STF, afirmando que a prerrogativa poria em conflito o princípio republicano e o da igualdade, devendo-se ponderá-los para melhor conciliação. Se a igualdade é regra e a prerrogativa é exceção, dever-se-ia então, nas palavras da Ministra, “acatar interpretação mais restritiva, porque é ela que melhor se conforma ao princípio da igualdade e à excepcionalidade, por certo, da distinção formulada”³²². Quanto ao momento da perpetuação da jurisdição do STF, a Ministra também adotou a posição do Relator, seja ela o fim da instrução processual.

O Min. Marco Aurélio, antecipando seu voto, discordou do Relator quanto à definição do fim da instrução como o momento da fixação da perpetuação da competência do STF, ainda que o acusado deixe o cargo justificador do foro³²³. Todavia, entendeu o Ministro votante que a “a fixação da competência está necessariamente ligada ao cargo ocupado no momento do cometimento da prática delituosa”, condicionando a aplicação do foro por prerrogativa ao cargo exercício do cargo. Assim, ao deixar o múnus público, também cessaria a competência do Tribunal.³²⁴

Após pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, o julgamento foi retomado seis meses depois, em novembro de 2017. Em sua manifestação, o Ministro, classificou a extensão da aplicação das regras do foro, no STF, como “generosa”, dado o excessivo número de autoridades que gozavam da prerrogativa, reconhecendo ainda uma disfuncionalidade no

albergado na Constituição, só encontra razão de ser na proteção à dignidade do cargo, e não à pessoa que o ocupa, o que evidencia a pertinência.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Rosa Weber. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²² Ainda, segundo a Ministra, “Portanto, a interpretação constitucional mais consentânea com os princípios constitucionais quanto à extensão do foro por prerrogativa de função afirma-se quanto à sua adoção relativamente e tão somente quanto às infrações penais que respeitem à função pública e tenham sido praticados os atos questionados no seu exercício. Por exemplo, suspeita de prevaricação de servidor deve ser submetida ao foro por prerrogativa de função. Entretanto, inexistente razão jurídica que fundamente a prevalência daquele foro quando o delito tenha sido praticado sem relação como o mister público, ainda que investido o autor da prática em cargo ou função pública, o que ocorre, por hipótese, no caso de lesão corporal praticada por um parlamentar.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²³ “Apenas dirirjo no que Sua Excelência mitiga o que decidido na questão de ordem, em 1999, e acaba por contemplar a projeção da prerrogativa de foro conforme o estágio em que esteja o processo-crime, assentando *que*, se o processo-crime estiver na fase de alegações finais, com instrução já encerrada, portanto – ou, pelo menos em tese, encerrada –, tem-se que o órgão continua com essa mesma competência, como se pudesse – e não pode, pelo sistema processual, que é um grande todo – ser prorrogada, ao contrário da competência territorial e em razão do valor.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Marco Aurélio. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²⁴ “Fixada a competência por prerrogativa de foro, considerado o liame entre a prática delituosa e o mandato, deixando o detentor da prerrogativa o cargo, passa a ter o tratamento reservado aos cidadãos comuns, pouco importando que, amanhã ou depois – sob pena de afastar-se a premissa, que é a ligação do crime ao cargo ocupado, gerador da prerrogativa –, haja eleição posterior para um novo cargo.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Marco Aurélio. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

sistema. Porém, acabou por levantar hipóteses que colocariam as razões que fundamentavam a posição do Relator em xeque.

A primeira delas foi a ausência de estatísticas anteriores à Emenda Constitucional n.º 1/69, e no período ante e pós Constituição de 1988, que serviria para confirmar, ou não, o grau de efetividade da Suprema Corte quanto ao julgamento das ações penais das autoridades. Para o Ministro, seria notório que a inefetividade da justiça penal, presente no país mesmo antes de 1988, não possuía relação com o foro por prerrogativa³²⁵.

Em seguida, o Min. Alexandre de Moraes defendeu que a regra do foro por prerrogativa deveria ser interpretada de forma expressa e taxativa, a incluir todas as espécies de crimes, excetuados os de responsabilidade, que não seriam “fatos típicos penais, mas infrações político-administrativas”. Citando o art. 102, I, “b” e “c”, o Moraes não vislumbraria na Carta Republicana vigente distinção entre infrações penais relacionadas à função ou infrações penais comuns, devendo o Supremo a figurar como o juiz natural para o julgamento desses crimes, independentemente da sua relação ou não com o cargo.³²⁶

Ainda quanto à proposta, o Min. Alexandre criticou o uso da Questão de Ordem para discussão de tese complexa e ampla, quando, na realidade, a suscitação do incidente seria voltada a questões procedimentais prejudiciais ao conhecimento do mérito. Todavia, não era o que acontecia no caso, devendo, qualquer decisão tomada, ser aplicada, somente, na ação penal em julgamento³²⁷.

³²⁵ “Mas não é possível, seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sociológico, ou mesmo jurídico, estabelecer uma conexão entre impunidade no Brasil e ampliação do foro privilegiado pela Constituição de 1988. Da mesma maneira, entendo não ser possível estabelecer como consequência do aumento da corrupção no Brasil um eventual desprestígio deste Supremo Tribunal Federal. (...) A ausência de efetividade da justiça penal anteriormente à Constituição de 1988, como é fato notório, era quase absoluta, tanto que vários ditados populares foram criados, tais como ‘rouba mas faz’, para agentes políticos, e a ‘justiça criminal só funciona para os 3 Os’, em relação à impunidade das elites política e econômica, que sempre existiu no Brasil e se ampliou com a chegada da família real no Rio de Janeiro, em 1808.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²⁶ “O texto editado pelo legislador constituinte originário é muito claro quanto ao Juízo Natural para o processo e julgamento dos congressistas e Ministros de Estado nas infrações penais comuns: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Em relação a essas autoridades, a Constituição não fez a radical distinção entre infrações penais praticadas no exercício das funções e as infrações penais sem relação ao exercício das funções – e que, durante o mandato, não permitem responsabilização penal –, realizada no artigo 86, § 4º, da Constituição Federal no tocante ao Presidente da República. (...) Dessa maneira, entendo que somente por Emenda Constitucional será possível estabelecer essa diferenciação de competência jurisdicional penal em relação aos parlamentares, inexistente hoje na Constituição Federal desde sua edição pelo Poder Constituinte originário e, portanto, nesse ponto, divirjo do voto do ilustre Ministro relator, entendendo que o foro por prerrogativa de função aplica-se a todas as infrações penais comuns praticadas por detentores de mandatos eletivos, a partir da diplomação, e Ministros de Estado, a partir da posse com a equivalência prevista nas Constituições estaduais.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²⁷ “Tal definição em sede de QO em AP implicaria transcender o caso julgado para a edição de um precedente normativo com eficácia sobre ações em trâmite em todo o Poder Judiciário, em hipóteses absolutamente diversas das tratadas neste momento. A opção por uma tese excessivamente ampla, a alcançar situações de fato não tratadas no julgamento, poderá ter um efeito caótico sobre a aplicação das regras de competência em matéria penal em todo

Finalmente, no que tange à fixação do momento da perpetuação da competência do STF para julgamento das ações penais, o Min. Alexandre de Moraes filiou-se à proposta do Relator.

Após fazer um histórico do foro por prerrogativa no Brasil, o Ministro Edson Fachin adotou a funcionalidade como critério para interpretação do instituto. Citando a Súmula n.º 394, Fachin afirmou que o momento da criação do verbete, o STF manteve o foro para ex-detentores de cargo público com base na maior categoria que os Tribunais possuíam, além da capacidade de resistir a eventuais influências externas.

Contudo, para o Min. Fachin, o tempo se encarregou de promover modificações fáticas que justificariam uma mutação constitucional quanto à aplicação do foro por prerrogativa. E um dos motivos a justificar esta mutação seria a preocupação que o Ministro demonstrou quanto ao cumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição, decorrente do princípio do *due process of law*, previstos no art. 5º, LV, da CRFB/88, e Pacto de San José da Costa Rica³²⁸. Segundo o Revisor, como o foro por prerrogativa faz com que o julgamento seja iniciado já nas Cortes Supremas, a atual interpretação “cria grandes entraves para a plena realização ao direito do duplo grau de jurisdição”, tendo em vista a inexistência de órgão que possa revisar os fatos e fundamentos de eventual condenação ou absolvição.

A garantir a funcionalidade, Fachin propôs uma interpretação do foro que lesasse em menor grau possível o princípio da dupla jurisdição e da igualdade: somente os atos relacionados à atividade do cargo público seriam contemplados com o foro por prerrogativa. Igual critério poderia ser encontrado na jurisprudência do Supremo, como o caso da imunidade material dos parlamentares, que só possui respaldo da Constituição caso guardem “nexo de causalidade com o desempenho das funções o mandato parlamentar”.³²⁹ Concluindo que não se poderia admitir interpretação que amplie as hipóteses de incidências, o Min. Edson Fachin acompanhou o voto do Relator, inclusive quando ao fim da instrução como momento de perpetuação da competência da Corte.

o território nacional, pois permitirá que qualquer órgão jurisdicional atribua à decisão deste Plenário os efeitos que entender pertinentes.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³²⁸BRASIL. Decreto n.º 687 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11.mai.2020.

³²⁹ “Assim, a competência desta Corte para julgar originariamente membros do Congresso Nacional só pode ocorrer nos casos em que o ato atinge potencialmente o que a prerrogativa visa proteger: não a pessoa, nem o cargo, mas o livre funcionamento dos poderes. Daí que apenas quem, a época do fato, era membro do Congresso Nacional e que teria aptidão para potencialmente vulnerar a proteção conferida pelo foro. Portanto, não há razão para que a incidência do princípio do juiz natural seja distinta para esses casos.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Edson Fachin. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

O Min. Luiz Fux, por sua vez reconheceu que a Constituição Federal, em sua literalidade, não exigiria correlação temporal e temática entre o crime praticado e a função exercida pelo agente para fizesse jus ao foro por prerrogativa no STF. Dessa forma, a amplitude da aplicação do foro no Supremo estaria condicionada a um exercício de hermenêutica, passível de mutação constitucional adequando-o às “concepções axiológicas reputadas como prevalentes à época”.

Essas concepções momentâneas, segundo Fux, se baseariam em um “clamor social de combate à corrupção e a impunidade”, que não se mostravam compatíveis com a atual interpretação ampliativa do foro por prerrogativa, mormente apontado como fonte de impunidade e de prescrição³³⁰. Ademais, as dificuldades com o grande volume de ações penais em trâmite na Corte, fazendo com que o exercício de outras importantes competências, como a revisão judicial e controle de constitucionalidade fossem prejudicados, também justificaria uma nova aplicação restritiva da competência.

Dessa forma, o Min. Luiz Fux adotou na íntegra a proposta do Relator, tanto na interpretação restritiva de aplicação do foro, quanto ao momento da perpetuação da jurisdição do STF nas ações penais firmadas ao fim da instrução. E com o voto de Fux, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para modificação da aplicação do foro por prerrogativa.

A maioria foi ampliada com o voto do Min. Celso de Mello, que logo na apresentação de seu voto³³¹, reconheceu existir um excesso de autoridades com foro por prerrogativa no Brasil. Diante da situação, o então Ministro Decano reafirmou a necessidade de uma interpretação mais restritiva do foro no STF, devendo exigir-se relação entre os crimes praticados e a atividade pública desempenhada, bem como ocorrer o delito enquanto a autoridade ocupar esse cargo. Do contrário, estar-se-ia a transformar o foro por prerrogativa em, de fato, em foro privilegiado, visto que os congressistas, em que pese sua condição e importância, não devem ser tratados como “súditos da lei”, assim como qualquer do povo.

³³⁰ “Não se trata, convém destacar, de expressar concordância à visão do senso comum de que as autoridades receberiam tratamento especial privilegiado quando julgadas por Tribunais de maior hierarquia. Trata-se, diferentemente, de reconhecer concordância à visão, também partilhada pelo senso comum, de que o foro especial por prerrogativa de função, quando indevidamente generalizado, acaba se constituindo como fonte de impunidade, mormente pelas dificuldades processuais e estruturais de evitar o advento da prescrição da pretensão punitiva.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Luiz Fux. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³³¹ “A vigente Constituição do Brasil – ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incluiu verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática, e seletiva de poder, cometeu censurável distorção a formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe (‘ex parte principis’) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade”. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Edson Fachin. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

Asseverando que o foro por prerrogativa traduzir-se-ia como de direito estrito, deveria então merecer interpretação restritiva da Corte, de modo que uma interpretação contrária, ou seja, ampliativa, transgrediria o princípio republicano da igualdade. Ressaltando a importância da Suprema Corte em atuar como intérprete final Constituição Federal, o Min. Celso de Mello afirmou que a decisão, no caso, traduziria “reação do Supremo Tribunal Federal a um modelo que efetivamente tem comprometimento com a funcionalidade e a regularidade do exercício jurisdicional penal da Corte.”

Ainda que formada maioria do Plenário para acolher ambas proposições formuladas pelo Relator, a tese vencedora enfrentou divergências e críticas nos últimos votos apresentados pelos Ministros que se mostrariam vencidos.

Ainda na sessão de novembro, através de um aparte, o Min. Dias Toffoli defendeu a Suprema Corte das acusações de ineficiência. Fazendo uma prestação de contas de toda sua jurisdição como membro da Corte, e usando números de seu gabinete como exemplo, afirmou que somente 1/6 das ações penais, sob sua competência, estavam com alguma pendência de decisão ou julgamento. A proporção para inquéritos com aguardo de decisão, por sua vez, era de apenas 3% (três por cento), o que mostraria inexistir a lentidão geradora de críticas sobre a atuação da Corte no julgamento das ações penais³³².

Mas foi somente em maio de 2018, na retomada no julgamento após um pedido de vista do próprio Dias Toffoli, que o Ministro adentrou ao mérito da questão ao votar. Após fazer uma retrospectiva da evolução do instituto do foro por prerrogativa no Constitucionalismo nacional, aduziu existir no direito brasileiro um movimento que denominou de “pendular”. E nem o foro por prerrogativa escaparia a esse pêndulo, já que hora se presenciavam decisões a seu favor, hora se notavam decisões contra³³³.

³³² Sobre o argumento de que haveria ineficiência ou lentidão no STF, o Min. Dias Toffoli, após prestar contas das ações penais e inquéritos em seu gabinete, assim se manifestou: “Faço esse registro, Senhora Presidente, porque, em relação a meu gabinete, desde que aqui estou, não há que se falar em ação penal que prescreveu, e há várias com condenação, aliás, mais condenação do que absolvição. (...) É importante registrar - tal qual minha jurisdição é a jurisdição de Vossa Excelência - que estamos aqui a julgar constantemente os processos. Não há que se falar em impunidade ou incapacidade de processamento de ações, com a devida vênia. Eu não estou aqui adiantando como vou votar no caso do foro, mas aqui o que eu estou demonstrando é que dizer que esta Corte não delibera, não investiga e não julga é uma tremenda mentira!” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³³³ “Esse é o pêndulo sobre o qual oscila a Nação brasileira. O debate permanece vivo e a acomodação dessas tendências centrífugas e centrípetas de nosso federalismo também se faz presente no debate a respeito dos contornos das regras constitucionais do foro por prerrogativa de função.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018). O “pêndulo” do foro por prerrogativa arguido pelo Ministro Dias Toffoli guarda justificativa nas variações de entendimento sobre o tema. Se a decisão na Reclamação n.º 473, que deu origem à Súmula n.º 394, ampliou o foro para ex-ocupantes de cargos públicos, o cancelamento do verbete no Inquérito 687-DF o reduziu; se na Ação Penal n.º 470-DF o foro especial alcançou acusados que sequer o possuíam, o caso em julgamento o pretendia restringir como nunca antes em sua existência.

À exemplo do que havia feito no ano anterior, o Ministro Toffoli voltou a defender a eficiência do Supremo Tribunal Federal no trâmite das ações penais, utilizando os seguintes argumentos como: (i) alterações na forma de atuação da Corte (uso das Turmas ao invés do Plenário para o julgamento de inquéritos e ações penais); (ii) modificações no ordenamento jurídico³³⁴; (iii) experiências anteriores, como o marcante julgamento da A.P. n° 470. Baseado nessa conjuntura, o STF teria aperfeiçoado sua capacidade de processar e julgar questões criminais ao longo dos anos, cumprindo seu papel a desmistificar a injusta fama de causador de impunidade pela ineficiência.

Ainda quanto ao mérito da proposta do Relator, à seu ver, Dias Toffoli considerou que não haveria margem de interpretação restritiva da competência especial por opção do constituinte, tanto do originário, quanto do derivado. Para o Ministro, na redação do art. 53, tanto antes quanto após a E.C. n.º 53/01, “a Constituição não distinguiu os crimes anteriores ao mandato daqueles praticados no seu exercício parlamentar federal, e fez explícita opção por atribuir o julgamento deles, indistintamente, ao Supremo Tribunal Federal.”³³⁵ Dessa forma, o Min. Toffoli se alinhou à proposta intermediária apresentada pelo Min. Alexandre de Moraes, seja ela a de que a interpretação do foro de prerrogativa tivesse como marco temporal inicial a data da diplomação, devendo o STF julgar todo e qualquer crime praticado por quem possua a prerrogativa especial, independentemente da relação com o cargo.

No que se refere à fixação da competência definitiva pela Corte, pugnou o Ministro pela aplicação do art. 10 da Lei 8.038/90, o que significaria afirmar que em sua visão, o momento ideal seria a conclusão da fase de produção de provas. Porém, a solução não se mostrou avessa à proposta do Relator, tendo em vista que a finalização da fase de produção de provas marca também o fim da instrução, ao ponto que o passo seguinte é a intimação das partes para alegações finais, justamente o critério sugerido por Barroso.

Penúltimo Ministro a votar, Ricardo Lewandowski filiou-se à tese levantada pelo Min. Dias Toffoli para demonstrar que a Corte não apresentava sinais de ineficiência no tratamento

³³⁴ Foram destacadas pelo Min. Dias Toffoli a Emenda Constitucional n.º 35, as Leis 9.613/98 (Lei de crime de lavagem de dinheiro, alterada pela Lei 12.683/12), Lei 12.850/2012 (Lei da organização criminosa), Lei 12.846/12 (Lei anticorrupção), Lei 12.527/12 (Lei de Acesso à informação).

³³⁵ “Como os Poderes Constituintes Originário e Derivado, que poderiam ter optado, em sua liberdade de conformação, por restringir a competência do Supremo Tribunal Federal aos crimes praticados no exercício do mandato parlamentar e em razão do cargo, não o fizeram, não poderá o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, fazê-lo. A Constituição estabelece a prerrogativa de foro em razão da função, e não do tempo em que cometido o crime pelo parlamentar. Em suma, os fatores de determinação da competência do Supremo Tribunal Federal são a diplomação e o subsequente exercício do mandato parlamentar, e não o momento da prática do crime, ou dos crimes, concernente, estritamente, ao desempenho do cargo parlamentar.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

de questões penais, como inquéritos e ações. Para isso, se utilizou de dados da Assessoria de Gestão Estratégica – AGE, do próprio STF para contestar os números apresentados pela Fundação Getúlio Vargas, citados pelo Relator em seu voto. Diante de números internos, o Ministro afirmou que ter chegado a conclusões “diametralmente opostas” às da FGV, fazendo duras críticas às acusações de morosidade e desídia sobre ações e inquérito criminais sob jurisdição da Corte Constitucional.³³⁶

Continuando, afirmou que a competência da Corte no que tange o foro por prerrogativa, como medida excepcional, deve ser interpretada da mesma forma, seguindo-se as balizas impostas pela Constituição Federal. Deste modo, a hermenêutica feita pelo Relator também deveria ser limitada pelos termos do art. 102, I, “b” da Carta Cidadã de 1988, não se admitindo alteração de competência da Corte por interpretação, inclusive através de Questão de Ordem. Qualquer autocontenção de competência do STF seria de competência do Legislador, através de emenda à Constituição. Ao término do voto, o Min. Ricardo Lewandowski adotou a proposta do Relator quanto à questão da perpetuação da competência.

Gilmar Mendes, último membro do Tribunal a votar o caso, sinalizou concordância em relação à adoção do fim da instrução como momento em que a Corte continuaria competente a julgar ação penal, ainda que a autoridade deixasse o cargo. Contudo, seu voto mostrou-se como o mais denso dentre os Ministros vencidos em relação à proposta de restrição do foro por prerrogativa.

Para o Min. Gilmar iniciou o voto afirmando que a proposta apresentada pelo Relator se mostrava “incompatível com a Constituição e não traz a almejada perspectiva de uma melhora na persecução penal”. O Ministro destacou que o foro por prerrogativa foi criado com garantia tanto ao acusado, quanto ao acusador, buscando-se a ocorrência de um julgamento mais justo e livre de pressões externas, que por sua vez seria melhor executado por Tribunais de maior alçada. Contudo, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 35 de 2001, somada à já generosa amplitude do foro por prerrogativa quanto ao número de autoridades, o aumento de ações penais na Suprema Corte tornou-se situação indefensável. O exemplo foi o

³³⁶ “Convém repelir, portanto, com veemência, as acusações assacadas contra o Supremo Tribunal Federal na linha de que este é moroso ou até mesmo desidioso na administração dos feitos criminais sob sua jurisdição. Se há um limitador para o ritmo da tramitação das ações penais nesta Suprema Corte, não há dúvida de que ele é inequivocamente ditado por razões de natureza processual e não de ordem material ou pessoal atribuível a qualquer de seus membros e, muito menos, ao foro especial por prerrogativa de função. Nesse passo, a indagação que não quer calar é a seguinte: ‘Por que o Supremo não faz nada a respeito?’ A resposta que emerge é de uma extrema singeleza: ‘É porque a Corte não tem iniciativa legislativa em matéria processual, da qual deveria ser indubitavelmente dotada.’” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Ricardo Lewandowski. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

caso “Mensalão”, onde foram dedicadas 69 (sessenta e nove) Sessões Plenárias para seu julgamento.³³⁷

Mas, para o Min. Gilmar Mendes, a insustentabilidade da competência privilegiada não autorizaria o STF a reinterpretá-lo, já que é do Legislativo o poder de “rever as más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais”. Mas para o Ministro, no caso em tela o “STF não está verdadeiramente interpretando a Constituição Federal, mas a reescrevendo. Para disfarçar o exercício do poder constituinte, tenta dar-lhe verniz da interpretação das normas constitucionais”³³⁸.

O Ministro ainda defendeu que o foro por prerrogativa, presente em todos os textos Constitucionais, mostrava algo em comum: sempre a Suprema Corte considerou que a competência especial abarcaria todo e qualquer crime, independentemente da relação com o cargo público do acusado, ou do tempo da prática criminosa. Esse entendimento era tão solidificado que, especialmente após a edição da Súmula n.º 394, resultado de uma jurisprudência sesquicentenária do STF, seu teor foi tacitamente adotado nos textos Constitucionais seguintes à sua edição, incluso a Carta Cidadã de 1988. Aplicar o entendimento proposto pelo Relator seria não só um afastamento do texto constitucional, mas de uma interpretação construída ao longo da história.

Questionando o critério da redução teleológica³³⁹ utilizada pelo Relator, o Min. Gilmar Mendes apontou ser necessária a existência de uma lacuna, ainda que oculta, para que se justificasse o uso dessa técnica. E para o Ministro, essa lacuna não existiria, tendo em vista que o texto normativo do foro por prerrogativa seria claro no sentido de abarcar todo e qualquer crime a qualquer tempo. Não haveria, então, espaço a reduzir seu campo de aplicação em determinadas situações ou em determinado tempo, em nome do princípio da igualdade, por exemplo.

Em outro ponto, o Ministro questionou, a exemplo do que colega Dias Toffoli, o relatório produzido pela FGV que embasava parte da argumentação apresentada pelo Ministro Relator. Classificando as informações do Relatório como “distorcidas”, e citando artigo de

³³⁷ Sobre o julgamento do caso “mensalão”, o Min. Gilmar Mendes afirmou: “O Tribunal fez o que pôde para adaptar-se à nova realidade, movendo julgamentos para as Turmas e convocando magistrados instrutores. Ainda assim, está claro que a prerrogativa de foro, com a amplitude dada pela Constituição Federal, tornou-se insustentável.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³³⁸ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

³³⁹ Técnica interpretativa pela qual procura diminuir o campo de atuação ou aplicação de uma norma, a uma ou poucas situações a partir de sua interpretação literal para dar-lhe a devida finalidade.

autoria de Lênio Streck³⁴⁰, Mendes aduziu uma série de erros de metodologia e análise de dados que comprometeriam a credibilidade do relatório.

Em relação ao Relatório da FGV, em momento de debate com os demais Ministros, Mendes repudiou, por exemplo, o argumento de que dois terços das ações penais sequer eram julgadas pelo Supremo. Se o número parecesse verdadeiro, ele não seria, pois o estudo não considerou vários motivos do não julgamento das ações, como transações penais, pedidos de arquivamento da PGR, falecimento, demora na investigação/denúncia, todos fatores alheios à atuação da Suprema Corte. Desse modo, segundo o Min. Gilmar, a análise de Streck sobre o estudo estaria correta, pois revelaria “distorção de estatísticas apenas para embasar o conceito prévio e errado dos autores da pesquisa”.

O Ministro votante ainda defendeu que a condenação da opinião pública da atuação do Tribunal Constitucional como lento e como instrumento de impunidade, não possuiria comprovação. Para isso, ainda com base no texto de Streck, o Min. Gilmar Mendes aduziu que caso a pesquisa levasse em conta os dados públicos de trabalho fornecidos pelo próprio STF, comprovar-se-ia que um papel extremamente operante da Corte na sua missão de julgar ações penais decorrentes do foro especial³⁴¹.

Finalizando seu voto, o Ministro defendeu que retirar do STF a competência de julgar ações penais e transferi-las para a instância inicial, como impunha a proposta vencedora, não necessariamente contribuiria para a impunidade, como se imaginaria. Apresentando números de estudos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça, Mendes aduziu que menos de 10% (dez por cento) dos homicídios no Brasil, por exemplo, são desvendados e julgados. Já ações que envolvem casos de corrupção envolvendo agentes políticos tem tramitação mais lenta que comparados, por exemplo, ao caso “Mensalão”, julgado pelo STF. Dessa forma, a ideia que a primeira instância seria mais efetiva não se confirmaria na realidade³⁴².

³⁴⁰ STRECK, Lênio Luis. *Foro privilegiado: Supremo em números não pode ser “Números Supremos”*. Conjur: São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/lenio-streck-supremo-numeros-nao-numeros-supremos>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

³⁴¹ “O STF vem sendo atacado por suposta lentidão e inoperância em seus julgamentos criminais. Mas o fato é que a Corte se aparelhou para enfrentar também essa frente de trabalho. Por outro lado, se buscarmos os números dos casos sob a jurisdição ordinária, veremos que a resposta penal, como um todo, não tem sido eficaz. (...) Por tudo, quero ressaltar que o STF, a despeito de todas as dificuldades, vem enfrentando os feitos criminais de sua competência originária, sem pender para nenhuma das partes, ou servir de porta para a impunidade. Os feitos aqui chegam e são julgados, em tempo que, para os padrões da justiça brasileira, não foge aos limites do razoável.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³⁴² “A velocidade de julgamentos do STF costuma ser criticada, com base em comparações com Varas judiciárias que estão muito longe de ser a norma. É o caso da 13ª Vara Federal de Curitiba, a qual, além da especialização de matéria, recebe da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da Quarta Região o apoio necessário ao desenvolvimento dos trabalhos, com suspensão da distribuição de outros feitos, quando necessário. Também a força policial e o Ministério Público atuam nos feitos afetos àquele Juízo com prioridade”. A demonstrar que

Apesar das críticas dos Ministros vencidos, o final do julgamento da questão ordem, que se deu em 03 de maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal firmou as seguintes teses: (i) o foro por prerrogativa só se aplica em crimes que possuam relação com o cargo e praticados ao tempo do exercício do cargo; (ii) finda a instrução processual, com publicação da intimação para alegações finais ao órgão acusador, a competência do STF para julgar a ação penal não será afetada pelo agente acusador vir a ocupar outro cargo público ou deixar de ocupá-lo, independentemente do motivo, devendo a regra ser aplicada imediatamente. Como consequência, os autos da Ação Penal n.º 937, foram remetidos à 256ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que o caso se amoldava ao então novo entendimento da Corte Constitucional.

2.9 A (in)competência da primeira instância a julgar parlamentares: o Supremo como tutor de instrução

Um dos principais pontos da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n.º 937 foi promover a reinterpretação, em tom restritivo, à sua competência penal originária. Como se viu no item anterior, a Corte seria competente para o julgamento dos parlamentares, apenas, se o suposto delito praticado fosse cometido durante o exercício do cargo, e possuísse relação com ele. Nas demais situações, os autos seriam remetidos às instâncias iniciais³⁴³.

Contudo, os efeitos dessa decisão tem sido motivo de alguma insegurança quanto aos limites da competência do magistrado em primeira instância para investigar, processar e julgar parlamentares e demais autoridades. Em um primeiro momento, entendia-se pela plenitude de sua competência, estando apto a proceder todos os atos previstos em lei para uma eficiente boa instrução processual, visando um justo julgamento ao acusado. Mas a prática revelou outro cenário.

Quando do julgamento da AP n.º 937, o Min. Dias Toffoli, em seu voto, questionou sobre a possibilidade de o parlamentar estar sujeito a determinadas medidas, como afastamento

realidade não era a Vara Criminal responsável pela “Operação lava-jato”, o Ministro então aduziu: “De acordo com dados do processômetro do CNJ, relativos à Meta de Persecução Penal de Ações Penais em Tramitação de 2015, 70,9% (setenta vírgula nove por cento) das ações penais por crimes dolosos contra a vida pendentes em 1º de agosto de 2013 seguem em tramitação. Ou seja, em quase cinco anos, nem 30% (trinta por cento) das ações penais foram resolvidas. O número desce para 79,7% (setenta e nove vírgula sete por cento), se consideradas as ações pendentes na virada de 2014 para 2015, e para 84% (oitenta e quatro por cento), se adotado como marco 1º.11.2016.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³⁴³ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 67.

do cargo e busca e apreensões ordenadas por juiz de instância inferior. Não bastando, o Ministro ainda externou sua preocupação quanto à falta de definição acerca de um determinado fato delituoso ser, ou não, considerado conexo ao mandato do investigado.³⁴⁴

O questionamento do Min. Toffoli foi enfrentado pelo Plenário do STF em junho de 2019, quando da apreciação da Reclamação n.º 25.537-DF. O caso, em linhas gerais, girava em torno da situação onde agentes públicos do Senado Federal teriam atuado, entre os anos de 2014 e 2016, a pedido dos Senadores Lobão Filho, Fernando Collor e Gleisi Hoffmann, em seus locais de trabalho visando impedir que possíveis procedimentos investigatórios os atingissem. O objetivo era realizar varreduras em casas e escritórios dos parlamentares, a evitar interceptações telefônicas ou escutas de diligências derivadas da “Operação lava-jato”.

As ações dos agentes do Senado, potencialmente ilícitas, passaram a ser investigadas pela Polícia Federal, sob competência da 10ª Vara Federal de Brasília. Como parte do procedimento investigatório, o magistrado responsável autorizou buscas e apreensões nas dependências do Senado para levantamento de provas quando, um dos investigados, provocou o STF para que declarasse as provas como ilícitas.

Para o Relator, Min. Edson Fachin, no caso em julgamento, houve usurpação da competência do Supremo, tendo em vista que “a confirmação das hipóteses investigatórias poderia levar a identificação de parlamentares que, em tese, teriam comandado os atos objeto de apuração.” Considerando a possibilidade que a conduta dos agentes tenham sido praticadas a pedido dos Congressistas envolvidos, a Corte Constitucional se mostraria, dessa forma, como o foro competente para investigação do caso, inclusive para ordenar buscas e apreensões no parlamento³⁴⁵. Por conseguinte, eventuais provas em desfavor dos Senadores deveriam ser consideradas ilícitas pela configuração de usurpação de competência da Corte.³⁴⁶

³⁴⁴ Assim se pronunciou o Ministro Dias Toffoli: “Como discernir, no cumprimento de uma ordem de busca e apreensão no gabinete do Presidente do Congresso, elementos probatórios que possam se referir ao atual exercício do mandato parlamentar daqueles relacionados a crimes pretéritos?” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto. Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018)

³⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal manifestou sua competência autorizar para buscas e apreensões no parlamento derivadas da Justiça em primeira instância não em razão do local da realização da diligência, mas em razão da condição de parlamentar que possui o investigado, arrastando assim a competência prevista no art. 102, I, “b” da Constituição Federal.

³⁴⁶ “No caso concreto, como assentou o Ministro Luiz Edson Fachin, há indícios de que a atuação da Polícia Legislativa do Senado tenha ocorrido por determinação, ou pelo menos por requerimento, de Senador da República. Portanto, foram atos praticados aparentemente por determinação, ou por delegação, ou por ordem de alguém que tinha esse poder. Penso que o juiz natural da supervisão dessa investigação deveria ter sido um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, escolhido por sorteio, como é a praxe. Assim, não teria dúvida em acolher a reclamação na parte em que se entendeu que houve usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (...)”. (STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. Voto Min. Luís Roberto Barroso. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020)

A posição do Relator, no que se refere à usurpação de competências, foi acompanhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber e Dias Toffoli. Todavia, foram nos votos divergentes, especialmente os proferidos pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Melo que levantaram importantes lacunas sobre o foro por prerrogativa que, novamente, não foram respondidos.

Em um aparte, o Min. Celso de Mello lembrou a Corte de que, de acordo com entendimento firmado no julgamento da A.P. n.º 937, ainda que alguém ostentasse a condição de membro do Congresso Nacional, a competência penal originária do Supremo só se daria caso o fato tivesse relação e praticado no exercício do cargo. Desse modo, questionou o decano se uma busca e apreensão ordenada por juízo de primeira instância, relativo a fatos que não guardem conexão com o cargo público, seriam completamente legítimas³⁴⁷.

Em respostas, o Min. Luís Roberto Barroso, autor da proposta vitoriosa na AP n.º 937, afirmou o ato seria legítimo, cabendo ao STF, posteriormente, validar ou não a ação do Juiz de Direito. Na mesma linha, o Min. Toffoli afirmou que a decisão se um delito tem ou não vinculação com o mandato pode ser decidido, em um primeiro momento, pelo juízo de primeiro grau ou pelas instâncias ordinárias. Todavia a decisão se a diligência teria ou não relação com o foro, que determinaria a própria competência da primeira instância, seria do Supremo Tribunal Federal³⁴⁸. No mesmo sentido e apresentando concordância à posição, manifestou-se a Ministra Rosa Weber.³⁴⁹

Mas, em agosto de 2020, em decisão proferida na Reclamação n.º 42.334, monocraticamente, o mesmo Min. Dias Toffoli decidiu pela necessidade de autorização do STF para procedimentos de investigação a parlamentares, mesmo o fato não aguardando conexão com o exercício do cargo. No caso em questão, o Senador José Serra, investigado por suposta prática de crimes eleitorais, e alvo de ordem de busca e apreensão em seu gabinete, alegou que a medida violaria “prerrogativas constitucionais do Poder Legislativo e a hierarquia do Poder Judiciário, pois compete ao STF determinar medidas cautelares que importem em restrição ao exercício do mandato parlamentar.”

³⁴⁷ STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

³⁴⁸ STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020

³⁴⁹ Para Rosa Weber, “caberá ao Supremo Tribunal Federal a supervisão da investigação quando tenha ela potencialidade para produzir, ainda que indiretamente, efeitos sobre a esfera jurídica de parlamentares detentores de foro por prerrogativa de função, competindo-lhe, com exclusividade, eventual cisão de investigações que envolvam, conjuntamente, investigados detentores e não detentores de foro por prerrogativa de função (RCL 7.913 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 8.9.2011).” (STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. Voto Min. Rosa Weber. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020)

Em sua decisão no caso, o Min. Toffoli afirmou que a ordem de busca e apreensão, naquela oportunidade, seria demasiadamente ampla por abranger itens como documentos, computadores e outros meios de armazenamento de dados. O problema, no entanto, é que esses objetos poderiam incluir informações “diretamente ligados ao desempenho do mandato do senador, o que poderia invadir a competência constitucional do STF para analisar a medida.”³⁵⁰

Contudo, outras decisões sobre o tema, em sentido contrário ao decidido pelo Min. Dias Toffoli, foram proferidas pelo STF, tais como: (i) a autorização de mandado de busca e apreensão ao gabinete da Deputada Rejane Dias por parte da Min. Rosa Weber, em investigação por suposto desvios de recursos da educação no Estado do Piauí³⁵¹; (ii) indeferimento do pedido de anulação de diligência de busca e apreensão, pelo Min. Marco Aurélio, no gabinete do Deputado Federal Paulo Pereira da Silva, por não existir identidade material entre a decisão do STF apontada como desrespeitada e a diligência questionada, na Reclamação, proferida pela da Justiça Eleitoral.³⁵²

As decisões no período pós-AP 937 têm mostrado conteúdo antagônico em relação à jurisprudência do próprio Tribunal, e por vezes, disparates entre Ministros, e entre estes e o Plenário do Tribunal, principalmente sobre a legitimidade de diligências em gabinetes de parlamentares investigados. Ao que tudo indica, a Corte que ao mesmo tempo entende ser de competência de primeira instância a investigação e o processamento de ações sem relação com o cargo, entende ser necessário a afirmação de seu aval para que diligências instrutórias possam ser realizadas.

Se o objetivo da interpretação restritiva do STF quanto ao foro era reduzir o volume de trabalho do Tribunal, a realidade mostra que o Tribunal trouxe para si o papel de “tutor” de investigações de Juízes de Direito, ou de “avalista” em diligências. O resultado pode tornar inócua a meta de desafogo de processos, pois inquéritos e ações continuarão a frequentar os gabinetes dos Ministros da Suprema Corte.

³⁵⁰ STF. *Suspensas busca e apreensão com acesso irrestrito a informações no gabinete de José Serra*. Notícias STF, Imprensa. Brasília, 21.jul. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447952&ori=1>>. Acesso em: 07. Jun. 2021.

³⁵¹ *Rosa Weber autoriza operação da PF na Câmara*. Migalhas, Quentes, 27. Jul. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/331261/rosa-weber-autoriza-operacao-da-pf-na-camara>>. Acesso em: 08. Jun. 2021.

³⁵² STF, Decisão Monocrática. *Reclamação n.º 42.446-SP*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 29.07.2020. DJ. 31.07.2020.

2.10 O futuro do foro por prerrogativa: a ciranda continuará a rodar?

Findo o julgamento que representou a maior virada jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa, realizado no julgamento da Q.O. na Ação Penal n.º 937/RJ, aguardava-se um cenário onde o Supremo Tribunal Federal cada vez menos se veria diante de inquéritos e ações penais originárias. Em decorrência, as modificações de entendimento sobre o instituto, bem como a designação de regras para aplicação ocupariam em menor medida a pauta do STF. Contudo, as expectativas não se cumpriram totalmente, tendo em vista que questões importantes sobre o foro no STF ainda aguardavam respostas, fazendo a ciranda jurisprudencial sobre o assunto continuar a rodar.

No julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ, em um primeiro momento, verificou-se que seus efeitos objetivavam ser aplicados, tão somente, aos membros do Congresso Nacional. Em esclarecimento, o Relator, Min. Luís Roberto Barroso afirmou, durante o julgamento, que as teses apresentadas pretendiam “restringir o sentido e alcance do foro privilegiado para parlamentares federais”, não se falando em outras autoridades que detinham foro no STF.³⁵³

Todavia, em decisão da Primeira Turma do STF no Inquérito n.º 4.703-DF, o Relator Min. Luiz Fux estendeu os efeitos do novo entendimento a todas as autoridades com foro no Supremo Tribunal Federal. Para Fux, em que pese a decisão na A.P. n.º 937 ter se referido a parlamentares, não faria sentido algum restringir os efeitos da decisão somente aos Congressistas, diferenciando-os de outras autoridades que possuiriam a mesma prerrogativa. No caso em questão, o acusado Blairo Borges Maggi, Senador da República, e que então ocupava o cargo de Ministro de Estado, era investigado por crime praticado quando o exercia o posto de Governador do Estado de Mato Grosso. Como o crime praticado não havia sido praticado durante o exercício do cargo do qual lhe garantiria foro no STF, os autos foram remetidos à primeira instância.³⁵⁴

Não obstante, o próximo debate sobre o foro por prerrogativa que deverá tomar a discussão no STF, capaz de propiciar um novo entendimento ao instituto, será a manutenção, ou não, dessa prerrogativa quando o detentor do apanágio mudar de cargo. Essa questão será apreciada pelo 2º Turma do STF quando do julgamento de Reclamação Constitucional n.º 41.910, interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

³⁵³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto. Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

³⁵⁴ STF, Primeira Turma. *Inquérito 4.703-MT (Q.O.)*. Rel. Min. Luiz Fux. j. 12.06.2018. DJ. 01.10.2018.

Em suma, os fatos se dão em torno de suposto esquema de corrupção, denominado “rachadinha”, ocorrido na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. À época, um dos acusados, o atual Senador da República, Flávio Nantes Bolsonaro, ocupando o cargo de Deputado Estadual, obrigaria os funcionários de seu gabinete a devolver-lhe parte dos vencimentos, em operação notadamente ilegal.

Com base nesses fatos, em 2019 o acusado passou a ser processado perante a 27ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Para o juiz do caso e o Ministério Público, por não mais ocupar o cargo de Deputado Estadual, e o crime não possuir relação com o atual mandato de Senador, a primeira instância seria o juízo competente para apuração e julgamento do suposto crime. Todavia, em junho de 2020, quando do julgamento de um *habeas corpus*, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro alterou a competência do caso da instância inicial para o Órgão Especial do próprio TJ-RJ.

Segundo a Relatora do caso, a Des. Mônica Tolledo de Oliveira, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ, não tratou do foro por prerrogativa quanto à hipótese onde um acusado encerra um mandato e, sem interregno, inicia outro. Considerando não existir hiato temporal entre o exercício do cargo no legislativo estadual e o cargo no Senado Federal do acusado, persistiria então a necessidade de proteção do cargo do legislativo estadual, e dos atos praticados em seu exercício. Dessa forma, por não deixar a condição de ocupante de mandato no legislativo, persistiria também o foro por prerrogativa ao acusado, justificando-se o deslocamento de competência da primeira para o órgão de segundo grau³⁵⁵.

Todavia, para o MP/RJ, com base na decisão da AP n.º 937, considera-se que o acusado deverá ser julgado pela primeira instância por não mais exercer o cargo de parlamentar estadual, cujo o crime imputado ocorrera em seu exercício. Para o órgão Ministerial, não estariam presentes as condições que o STF exige para aplicação das regras do foro por prerrogativa, sejam elas o exercício de um cargo, e a relação de um fato criminoso e o exercício desse

³⁵⁵ “Na hipótese em que o paciente, ao fim do seu mandato de Deputado Estadual, não fosse eleito para outro mandato eletivo, a resposta seria simples: a competência para processar e julgar os fatos deveria ser declinada para a 1ª instância, uma vez que, findo o mandato eletivo estadual, não haveria mais razão para o resguardo da função pública. Caso o paciente tivesse sido reeleito para mais um mandato na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a resposta seria igualmente simples, pois, diante da continuidade no exercício da função pública estadual, seria mantido inalterado o foro por prerrogativa de função de Deputado Estadual perante o O.E. deste Tribunal. Contudo, afastando-se dessas duas hipóteses que são claramente respondidas, em outro cenário como é o caso concreto ora analisado, a aplicação das regras do foro por prerrogativa de função exige maior exercício interpretativo, sob pena de fulminar com a regra do foro especial que não deixou de existir”. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas corpus n.º 0011759-58.2020.8.19.0000. Impetrante: Luciana Barbosa Pires. Impetrado: Juízo da 27ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Flávio Nantes Bolsonaro. Rel. Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Rio de Janeiro, RJ, j. 25.06.2020. DJ. 01.07.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/07/rcl-41910-24-acordao-flavio-bolsonaro.pdf>>. Acesso em: 28.07.2021.

cargo.³⁵⁶ Discordando então da decisão do Tribunal de Justiça local, o órgão Ministerial promoveu a Reclamação em questão.

Manifestando-se na questão, a Procuradoria-Geral da República defendeu não existir no Supremo uma definição das regras quanto ao foro por prerrogativa quanto aos “mandatos cruzados”, situação essa onde o ocupante de um determinado mandato legislativo passa a ocupar outro. Dessa forma, existiriam dúvidas se persistiria, ou não, o foro por prerrogativa quanto aos atos praticados no mandato anterior no Tribunal competente anterior, situação sem resposta na lei e na jurisprudência. Ademais, para a PGR, a Reclamação Constitucional não seria o instrumento adequado para a definição de nova tese jurisprudencial.³⁵⁷

No momento, a Reclamação encontra-se liberada para julgamento pelo Relator do caso, aguardando decisão do Presidente da Turma para inclusão na pauta de julgamentos.

A atual jurisprudência do STF para situações similares ao “caso Flávio Bolsonaro”, é de que “o foro privilegiado não prevalece após o agente deixar o cargo, mesmo em relação a delitos relacionados ao cargo”³⁵⁸. Esse entendimento foi estabelecido há mais de duas décadas, quando do julgamento de questão de ordem no Inquérito n.º 687-SP, tratado no item 2.3 deste capítulo.

Entretanto, considerando o histórico com que o foro por prerrogativa tem seu balizamento alterado pelo Tribunal Constitucional, e suas inúmeras arestas a ser aparadas e lacunas a serem preenchidas, é possível que a ciranda jurisprudencial do instituto ainda seja movida pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁵⁶ GOMES, Marcelo. *Gilmar Mendes libera recurso sobre foro de Flávio Bolsonaro para 2ª Turma do STF julgar*. G1, 28. Mai. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/28/gilmar-mendes-libera-recurso-sobre-foro-de-flavio-bolsonaro-para-julgamento-da-2a-turma-do-stf.ghtml>>. Acesso em: 08. Jul. 2021.

³⁵⁷ STF. Reclamação n.º 41.910-RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁵⁸ MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 71.

3 DAS DECISÕES SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA: O QUE MOVE A CIRANDA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Considere o foro por prerrogativa como um instituto de natureza política, voltado à proteção de altos cargos políticos, cuja competência processual é ditada por um Tribunal Constitucional que atua para além do jurídico, em razão da existência de um texto Constitucional supérfluo no que tange ao foro. Junte a estes elementos, um Parlamento omissivo quanto à elaboração de normas específicas sobre o assunto. Por fim, acresça um contexto institucional e político que possibilita a elevação do número de casos que envolvem investigados e acusados com o foro penal originário, na Corte Constitucional.

Assim, estaria concluído o enredo capaz de justificar a ciranda jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal?

Se no Capítulo 1 do presente escrito se realizou uma teorização geral sobre o foro por prerrogativa, enquanto no Capítulo 2 realizou-se o levantamento dos paradigmáticos casos que envolvem o foro por prerrogativa na mais alta Corte do Judiciário brasileiro, o presente capítulo possui como objetivo dar respostas à pergunta acima formulada, de modo a analisar os elementos motivadores dessas decisões que há anos, balizam as definições e aplicações do instituto em debate.

Entender como o Supremo formula suas decisões diante de fatores jurídicos e não jurídicos é essencial para a devida compreensão da ciranda jurisprudencial. Frente a um cenário de inexistência de regras específicas sobre o instituto, é válido investigar se as decisões, os critérios estabelecidos, as viradas jurisprudenciais, as contradições do Colegiado e dos seus membros estão, de fato, em consonância com a Constituição de 1988.

Para atingir esse objetivo, pretender-se-á nos itens a seguir, apontar alguns dos fatores propulsores da constante mutabilidade quanto à interpretação das regras do foro por prerrogativa, bem como promover a análise desses elementos quanto às motivações das decisões da Corte.

3.1 A política e o Supremo Tribunal Federal

O termo “política”, ou “sociedade política”, foi cunhado, inicialmente e com maior notabilidade, por Aristóteles há cerca de dois mil e trezentos anos, o qual veio a defini-la como

as ações de todos os homens praticadas dentro da *pólis*³⁵⁹ visando seu bem estar, seja ele individual ou coletivo. Esse bem geral deveria ser garantido por um Governo, que exerceria o poder supremo do Estado, guiado por uma Constituição deliberada em assembleia geral pelos cidadãos, e cuja função estaria na distribuição dos poderes, na definição da forma de Governo e garantia do fim maior da sociedade civil.³⁶⁰

Já na era moderna, o termo política teve seu significado original alterado, passando a representar a atividade que tem como referência a “*pólis*” (ou simplesmente o Estado), sendo nominada como “doutrina do Estado”, “ciência política ou “filosofia política”³⁶¹. Conquanto, apesar da nomenclatura utilizada, ao atual estudo interessa a discussão sobre o primado da Constituição e sua relação com a política e o Estado, a qual desenvolveu-se com maior intensidade ao fim do século XVIII³⁶². Nesse cenário, destacam-se importantes teorizações

³⁵⁹ A palavra “*pólis*”, na obra de Aristóteles, também pode ser interpretada como República, Estado, sociedade política, seja uma cidade ou capital que constitua um Estado completo, seja grande ou pequeno. Para o autor, inclusive, Estado é definido como o “sujeito constante da política e do Governo” e a “universalidade dos cidadãos”.

³⁶⁰ Aristóteles. Política. *Coleção a obra-prima de cada autor*. vol. 61. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 27.

³⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 954.

³⁶² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova [online]. 2004, n.61, pp.5-24. ISSN 1807-0175. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>>. Acesso em: 13. abr. 2021, p. 5.

feitas por estudiosos em relação ao tema, com destaque para autores como Hegel³⁶³, Lassalle³⁶⁴, Jellinek³⁶⁵, Schmitt³⁶⁶, Kelsen³⁶⁷, Hesse³⁶⁸ e Bobbio³⁶⁹.

³⁶³ A concepção da Constituição como a lei da vida política do Estado promovida por Georg Wilhen Friedrich Hegel acabou por influenciar, em certa medida, as definições da política na primeira metade do século XX. Para Hegel, a Constituição possui um sentido político ao prever regras da própria organização do Estado e seu processo de vida orgânica, distribuindo internamente as atividades aos poderes independentes (formados pelos órgãos), conforme a definição e natureza de cada um. Ainda, o caráter fundamental desse Estado político é a promoção de unidade dos indivíduos que se dissolvem e se manifestam através dos poderes e de suas respectivas funções. (*Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 243-252)

³⁶⁴ As lições de Hegel também são identificadas em teóricos como Ferdinand Lassalle, o qual afirma a Constituição é, em sua essência, a “soma dos fatores reais do poder que regem um país”, regulando em cada sociedade, de forma ativa e eficaz, todas as demais leis e instituições jurídicas internas. Em outras palavras, Lassalle afirma que a Constituição é formada pela junção dos mais diversos interesses políticos em uma comunidade, que escritos em uma folha de papel, deixam de ser fatores reais de poder e se tornam fatores jurídicos. (*O que é uma Constituição?* Leme: Edijur. 2016. p. 18)

³⁶⁵ Dono do clássico conceito de Constituição da segunda metade do século XIX, Georg Jellinek afirma que qualquer tipo de união, vide o conceito de sociedade política proferido por Aristóteles, necessita de uma forma de organização, constituída e executada conforme a vontade dos integrantes, regulamentando seu funcionamento e a situação de seus membros. Essa organização dar-se-ia através de uma Constituição, se apresentando como o ordenamento jurídico que caracteriza os órgãos supremos do Estado, sua forma de criação, modo de atuação e relação entre si, e a posição do indivíduo mediante o poder Estatal. Embora considere que o Estado fosse precedido por uma Constituição, é importante destacar que Jellinek não reconhece o poder político dentro de seu funcionamento. Dessa forma, o filósofo alemão até admite a existência de poderes ético-histórico e, principalmente, do poder jurídico, por sua vez fundamental para a organização do Estado na relação entre os órgãos superiores. (*Allgemeine Staatslehre*. Springer, Berlin, Heidelberg, 1929. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-50936-0_15>. Acesso em: 12. abr. 2020. p. 505).

³⁶⁶ A partir do século XX, outros estudiosos se destacaram ao se debruçarem sobre a relação entre Constituição, Estado e a política, como o alemão Carl Schmitt. Pensador político e notável teórico constitucional, Schmitt afirmava que a Constituição surgiria de um poder constituinte, refletindo os interesses e vontades de uma unidade política anterior de titularidade do povo. A Constituição, então, se apoia em uma decisão política surgida de um ser político, não se baseando em critérios como a justiça, mas na própria vontade e em uma decisão consciente da unidade política, adotada e dada para si mesma. (*Teoria de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Alianza Editorial: Madrid, 1996. p. 45-46; 94)

³⁶⁷ Hans Kelsen, não desprezando a característica de unidade sociológica, também reconhece o Estado como “sociedade politicamente organizada”, ou simplesmente, como uma “organização política”, cujo fator político resulta da força que o próprio Estado possui na coerção da aplicação seu ordenamento jurídico. Para Kelsen, esse Estado é o poder que se encontra atrás do Direito que impõe o próprio Direito, implicando em uma relação de autoridade e de um superior (Estado) ao inferior (indivíduo). E esse Direito terá a Constituição como norma fundamental, cujo conteúdo não derivará da imaginação jurídica arbitrária, mas da interpretação de fatos mediante uma conformação dos atos dos indivíduos, determinando a organização do Estado e a produção de futuras normas. (*Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998)

³⁶⁸ O ex-membro do Tribunal Constitucional Alemão, Konrad Hesse, aponta que a Constituição exerce tarefas fundamentais, como a de integração de uma sociedade pluralista através de processo político que atue na justaposição e contenta de numerosos grupos, por vezes conciliando interesses antagônicos entre eles. Não obstante, o ordenamento constitucional também trataria da organização do Estado, como a criação de órgãos e as respectivas competências, bem com o modo de seu exercício. Mas Hesse também afirma que a Constituição representa não só uma ordem jurídica fundamental de um Estado, se apresentando como o “*pressuposto da função constitucional como ordem jurídica fundamental da comunidade*”. (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: Müller Verlag, 1999. p. 10-11)

³⁶⁹ O professor italiano Norberto Bobbio, que remontando à definição Aristotélica, porém admitindo uma transposição de seu conceito, aduz que a política consiste na atividade humana estritamente ligada ao poder³⁶⁹. Por essa razão, Bobbio preferiu utilizar a expressão poder político, a definindo como “a categoria do poder do homem sobre outro”, podendo ainda ser representada na “relação entre governantes e governados, entre soberano e súditos, entre Estado e cidadãos, entre autoridade e obediência, etc.” (Dicionário de Política. 11. ed. vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 954-955)

As lições trazidas pelos teóricos mostram uma profunda ligação entre as definições de “política”, “Constituição” e “Estado”, cujos conceitos até podem ser individualizados, mas a concretização se dá, praticamente, de forma conjunta³⁷⁰. Nesse sentido, a “Constituição” se apresenta como a materialização da escolha “política” de seus membros, definidora da estrutura do “Estado” e seus órgãos, além de trazer os direitos fundamentais dos cidadãos e demais questões relevantes. Por essa razão, não se consagra recomendável entender a Constituição somente dentro de um contexto jurídico, mas também sobre o prisma político, haja vista o entrelace existente entre ambas esferas.³⁷¹

Uma Constituição, como qualquer outra, invoca um poder constituinte como possibilidade de conformação de uma realidade social, sendo que a Carta Constitucional se mostra política por natureza ao representar, de forma cristalina, o “exercício reflexivo do poder através do poder”. Dessa forma, a Constituição se mostra como uma ordem fundamental de uma sociedade que irradiará efeitos sobre ela própria, e também nas searas política, legislativa, bem como na aplicação e concretização das normas³⁷².

Sob a perspectiva brasileira, a Constituição da República Federativa de 1988, não se eximiu das lições retro mencionadas, procurando centralizar os conceitos básicos de “poder” e “política”. Objetivando romper definitivamente com o passado ditatorial, período marcado pela supressão de vários direitos fundamentais, a Carta Cidadã demonstrou a escolha política por um regime democrático, comprometido com construção de uma sociedade mais inclusiva, e fundado na dignidade da pessoa humana. Para isso, estabeleceu um inédito e amplo rol de direitos e garantias fundamentais, com grau de detalhamento incomum a uma Constituição, abrangendo e beneficiando vários dos grupos sociais representados na Assembleia Constituinte. Por isso, trata-se de uma Lei Fundamental que não se mostra apenas como um “Estatuto jurídico do político”³⁷³, mas também um documento da sociedade brasileira.

³⁷⁰ Para BARROSO (Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 454), deve-se considerar a separação entre direito e política como essencial dentro do Estado constitucional democrático, onde no direito vigora o primado da lei, enquanto na política deve prevalecer a vontade da maioria. Nesses termos, apesar de entender que no campo da criação o direito e política não se separaram (já que o direito é fruto do processo constituinte e legislativo onde prevalece a vontade da maioria), seria desejável e possível que houvesse alguma separação entre eles através de mecanismos que visam evitar a intromissão do poder político sobre a atuação judicial como, por exemplo, na impossibilidade de o legislador editar lei retroativa visando regular situações concretas.

³⁷¹ BERCOVICI, *op. cit.* p. 24.

³⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 176.

³⁷³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 148-149. (e-book)

Inegavelmente, além do seu amplo e inédito rol de direitos e garantias fundamentais, os quais receberam roupagem normativa, a Constituição de 1988 tem como marca a expansão e o fortalecimento da jurisdição Constitucional através do Supremo Tribunal Federal. Importante ressaltar que o fomento à jurisdição constitucional também se mostra como elemento essencial frente a qualquer regime totalitário ou autoritário³⁷⁴, passado o qual procurou o constituinte afastar por completo. Este novo cenário provocou uma espécie de renascimento do Direito Constitucional no Brasil³⁷⁵, tendo em vista uma extraordinária mudança das relações entre o Estado, os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo³⁷⁶.

No campo prático, houve reforço na autonomia administrativa e financeira da Corte Constitucional, bem como o fortalecimento e ampliação da sua importância política³⁷⁷. Ainda, no intuito de preservá-la de eventuais ataques, como os ocorridos no período da ditadura pós-Golpe de 64, a nova Carta Magna conferiu ao STF amplo poder de imprimir a última palavra sobre temas constitucionais no sistema político. Ademais, o Supremo foi denominado expressamente como guardião da Constituição Federal³⁷⁸, e também designado como foro judicial especializado e Tribunal de última instância recursal³⁷⁹.

As consequências do fortalecimento do Judiciário nos últimos anos do século XX e início do século XXI, resultaram em uma alteração quantitativa e qualitativa do STF no cenário político-social brasileiro, marcado por sua ascensão institucional³⁸⁰. A amplitude do texto constitucional fez com que praticamente todas as matérias políticas fossem inseridas em seu escrito, reduzindo assim o campo de liberdade do corpo político, tendo em vista que qualquer movimento mais brusco de administradores e legisladores, poderia levantar dúvidas sobre sua constitucionalidade e, portanto, levar o STF a se pronunciar³⁸¹.

³⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 208-230, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>>. Acesso em: 02 Set. 2020, p. 215.

³⁷⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 284.

³⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Direitos fundamentais e jurisdição Constitucional. p. 219-269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230-231.

³⁷⁷ SARMENTO, *op. cit.*, p. 151. (e-book)

³⁷⁸ Peter Häberle afirma que a jurisdição constitucional, firmada pelas Cortes Constitucionais, não são guardiãs da Constituição por si só, ou somente as únicas. Para o professor alemão, em uma democracia pluralista, todos os cidadãos são ‘guardiões da Constituição’, do cidadão comum até o Presidente do Estado. Essa ideia constitui-se no que ele mesmo denomina de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. (*op. cit.*, p. 222-223)

³⁷⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, n. 8, jul.-dez. 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 29.09.2020, p. 447.

³⁸⁰ AZEVEDO CAMPOS, *op. cit.*, p. 219.

³⁸¹ VIEIRA, *op. cit.*, p. 447.

Diante dessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal não poderia escapar à influência política em sua atuação jurisdicional. Ressalte-se que o efetivo exercício da jurisdição, o qual se dá no aplicar dos modelos normativos aos casos concretos, deve ser considerada como uma atividade política por excelência³⁸². Essa condição não significa, necessariamente, uma característica ruim. Todavia, necessário se faz entender que o STF não julga os casos que lhe são submetidos apenas com base nos textos normativos, devendo ser compreendido que fatores diversos, incluso os políticos, podem vir a influenciar diretamente e substancialmente o conteúdo das decisões³⁸³.

Não obstante, relacionado ao supra apresentado, a natureza política da jurisdição do Supremo Tribunal pode ser explicada por outros fatores, como o desenho institucional da Corte, pela ambição constitucional e pela postura dos membros do Colegiado.

O primeiro fator, seja ele o desenho institucional da Corte, resulta de uma escolha do constituinte de 1988, o qual não só manteve as tradicionais competências como o controle de constitucionalidade e o de última instância recursal, mas ampliou significativamente as competências originárias do STF³⁸⁴. Entre as novas atribuições, destacam-se o controle de omissão constitucional, o foro penal originário de um elevado número de autoridades, além do poder de julgamento de reclamações constitucionais³⁸⁵.

O segundo fator se localiza na ambição do constituinte, que pretendendo sobre tudo legislar³⁸⁶, acabou por criar um texto considerado como analítico ou prolixo³⁸⁷. Essa prolixidade da Carta Magna ainda foi potencializada pela elevada amplitude de matérias no texto, apresentadas através de cláusulas abertas e por vezes vagas, de significados amplos baseados em princípios e referenciais jurídicos incompletos³⁸⁸. O efeito colateral dessas cláusulas gerais propicia uma abertura para a subjetividade na interpretação pelo julgador, permitindo

³⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 30-31.

³⁸³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. “*A vida como ela é: componente estratégico nas cortes*”. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, ago., 2018. p. 690.

³⁸⁴ Some-se a esses fatores a ampliação de competência o aumento do número de legitimados a provocar a Corte, que antes da atual Carta Magna se resumia a Procuradoria-Geral da República, passando agora a outros atores políticos, como autoridades, órgãos de outros poderes, partidos políticos e entidades da sociedade civil, e até mesmo por qualquer cidadão. (LUNARDI, *op. cit.*, p. 106-109)

³⁸⁵ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1.091.

³⁸⁶ VIEIRA, *op. cit.*, p. 446.

³⁸⁷ Segundo Felipe Recondo e Luiz Weber, com 250 artigos e mais 114 artigos nas disposições transitórias, contém a Constituição Federal de 1988 cerca de 80 mil palavras. É a terceira mais prolixa Constituição do mundo entre 190 analisadas pelo *Comparative Constitutions Project*, grupo ligado às Universidades de Chicago e do Texas. Somente em relação à direitos, o instituto mapeou 79 garantias na Carta Magna brasileira, colocando-a entre as 10 mais generosas Constituições do mundo. (*Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 79)

³⁸⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 356. O autor usa a expressão “conceito jurídico indeterminado” como uma espécie de cláusula aberta, a definindo como a técnica de legislação com o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma conforme o caso concreto.

pronunciamentos judiciais com base em valores morais, éticos, religiosos e preceitos científicos, colocando em xeque a certeza de decisões padronizadas e a autonomia da ordem jurídica em relação às demais ordens normativas³⁸⁹.

Finalmente, à respeito da postura dos membros do Colegiado necessário se faz uma disposição em participar da vida política do país. O poder de interpretação da Constituição pode envolver desde uma postura mais contida por parte de um Tribunal Constitucional, reduzindo seus poderes e competências³⁹⁰, a até mesmo uma proatividade por parte dos magistrados em expandir o alcance e o sentido da Constituição³⁹¹. Fatores endógenos, como a formação ideológica e de carreira dos Ministros, e fatores exógenos como a conjuntura político e social, podem determinar esse intento do Tribunal em atuar na vida da *pólis*.

Face as lições apresentadas, não se pode, portanto, entender a Constituição fora da política, a interpretá-la unicamente com um olhar e mentalidade jurídica. Como afirma Bercovici, “a Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”.³⁹² Neste sentido, o Supremo Tribunal também se utiliza da política em consideração no exercício da jurisdição, inclusive nas demandas relativas ao foro por prerrogativa, cujo forma e intensidade os próximos itens tentarão esclarecer, tomando por base os votos escritos dos Ministros nos casos selecionados.

A relação entre Constituição e política, bem como a essência política da atividade jurisdicional no STF são vitais para o devido entendimentos dos próximos tópicos.

3.1.1 Um peso, duas medidas: o foro por prerrogativa como defesa de (alguns) atores

Ainda que haja alguma controvérsia, admite-se que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal político por participar cada vez mais da gestão do país³⁹³, nos moldes do conceito aristotélico de política como o de “administração da *pólis*”. A atuação da Corte nessa gestão do Estado se daria de algumas formas, sendo que no presente item, a discussão se dará em torno da sua missão apriorística de julgar os conflitos que lhe são levados, especialmente quanto à qualidade e importância do ator envolvido.

³⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 179-180.

³⁹⁰ ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Universitas Jus, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2885/2308>>. Acesso em: 26. mai. 2021, p. 27

³⁹¹ BARROSO, *Curso de*, p. 449.

³⁹² BERCOVICI, *op. cit.*, p. 24.”

³⁹³ FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 92.

No desempenho da atividade jurisdicional que envolve situações comuns, o Supremo julga os casos de acordo com disposto no texto constitucional, com possibilidade de auxílio das leis ordinárias e da jurisprudência. Contudo, em situações onde há o envolvimento de altas autoridades públicas, ou relevantes atores políticos, o Tribunal tem sua independência e autoridade testadas³⁹⁴. Esses testes podem se dar tanto na possibilidade de proferir decisões contrárias a grandes interesses, como na coerência dessas decisões quando houver pluralidade de casos a julgar.

Nesse contexto, há decisões sobre o foro por prerrogativa que chamam a atenção pela similaridade de circunstâncias fáticas, mas que receberam do Tribunal Constitucional tratamentos diversos, sem que houvesse justificativa expressa para isso. Para exemplificar o raciocínio, realizar-se-á a análise do conteúdo das decisões na ADI n.º 3.289-DF, e ADI 2.797-DF.

Julgada em 05.05.2005, a ADI n.º 3.289-DF tinha como objeto de análise uma possível inconstitucionalidade da Lei 11.036/04, que conferia ao Presidente do Banco Central o Brasil a equiparação como Ministro de Estado³⁹⁵. Como consequência, o cargo conferiria ao seu ocupante as prerrogativas inerentes à função, como o foro penal originário no Supremo Tribunal Federal. O apanágio, todavia, por força do art. 2º, parágrafo único da lei ora contestada, se estenderia, também, aos ex-ocupantes do cargo, desde que se referisse a fatos praticados no exercício da função. Em outras palavras, haveria a *perpetuatio jurisdictionis* no STF ao cargo em questão.

À época do julgamento, predominava na jurisprudência da Corte o seguimento em que o foro por prerrogativa não seria aplicável aos ex-ocupantes de cargo ou mandato público, por força do cancelamento da Súmula n.º 394, realizado no julgamento do Inquérito n.º 687-SP. Dessa forma, não seria imperfeito considerar que o STF, no julgamento da ADI n.º 3.289-DF, aplicaria o entendimento anterior. Essa conclusão decorre da ideia de que “depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado.”³⁹⁶

³⁹⁴ LUNARDI, *op. cit.*, p. 125.

³⁹⁵ “Ora, estamos falando do Presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional. Todos sabemos que a escolha ou destituição de um Presidente do Banco Central possui, via de regra, uma repercussão maior que uma mudança na chefia de vários Ministérios.” (STF, Tribunal Pleno. ADI n.º 3.289-DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 318)

³⁹⁶ MARINONI, Luis Guilherme. *A ética dos precedentes*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (e-book)

Todavia, o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria dos Ministros, a constitucionalidade da Lei n.º 11.036/04, garantindo que o foro por prerrogativa ao Presidente do Banco Central, inclusive aos ex-ocupantes do cargo. Quanto a este ponto, o Relator do caso, Min. Gilmar Mendes invocou a tese vencida no julgamento do Inquérito n.º 687-DF para defender a *perpetuatio jurisdictionis* aos ex-Presidentes do BC³⁹⁷. Tanto nos votos vencedores, quanto nos votos vencidos, apenas o Ministro Sepúlveda Pertence, contestou a não obediência do precedente anterior, afirmando que a extensão do foro, como no caso em julgamento, configuraria “privilégio inadmissível”, padecendo a norma de inconstitucionalidade chapada.³⁹⁸

O julgamento da ADI n.º 3.289-DF, no entanto, não representava uma nova orientação sobre o foro por prerrogativa, ou um resgate de uma jurisprudência da Corte, mas apenas mais um capítulo da ciranda jurisprudencial do instituto. Essa constatação deriva do fato de que, apenas quatro meses depois, novamente estava o Supremo Tribunal a julgar a temática da *perpetuatio jurisdictionis*, também instituída por lei ordinária, e também a ex-exercentes de funções públicas referentes a atos praticados em seu exercício. Mas o final, mais uma vez, não primou pela coerência ou segurança jurídica.

O caso em questão tratou-se da ADI n.º 2.797-DF, julgada em 15.09.2005, em conjunto com a ADI n.º 2.860-DF, onde ambas versavam sobre possível inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, a qual reestabelecia a competência penal originária do STF aos ex-congressistas por atos praticados em razão do mandato. Essa competência, como dito no item 2.4, havia sido extinta juntamente com a Súmula n.º 394, por representar privilégios indevidos e ofensa a princípios republicanos, como a igualdade.

E mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal deixou de seguir o precedente firmado meses atrás, julgando a lei que reestabelecia a perpetuação da competência da Corte a ex-detentores de cargos públicos, como inconstitucional. O fundamento consistia ao fato que o legislador infraconstitucional não poderia impor interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária, por representar usurpação da competência do STF de interpretar a Constituição. No caso, o cancelamento da Súmula n.º 394 se mostrava como interpretação direta e exclusiva da Lei Fundamental.

³⁹⁷ “Se um dos objetivos básicos da disciplina constitucional da prerrogativa de foro é o conferir a tranquilidade necessária ao exercício de determinados cargos públicos, não faz sentido algum admitir um cenário em que um atual Ministro de Estado tome decisões, em razão do exercício do cargo, que possam vir a ser contestadas no foro ordinário. Parece intuitivo, conforme bem expõe Pertence, que “mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro.” (STF, Tribunal Pleno. ADI n.º 3.289-DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 336-337)

³⁹⁸ STF, Tribunal Pleno. ADI n.º 3.289-DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto. Min. Sepúlveda Pertence, p. 395.

Em nenhum voto, seja na ADI n.º 3.289-DF, quanto na ADI n.º 2.797-DF, houve qualquer justificativa, seja ela fática ou legal, para o não cumprimento de precedente anterior, ainda que os casos fossem semelhantes³⁹⁹. Desta forma, porque a interpretação sobre idêntica ou semelhante questão mudaram substancialmente?⁴⁰⁰ Se não há razões jurídicas que expliquem a disparidade de decisões, para a quebra de isonomia, dar-se-á o nome de uso seletivo da subsunção, a qual configura-se quando casos que carregam profunda semelhança e possuem proximidade temporal são decididos de formas distintas⁴⁰¹.

A ausência de coerência no caso em questão representa em um primeiro momento, a violação aos precedentes, cujo respeito se mostra como “uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário”⁴⁰², podendo assim, “determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal”⁴⁰³. Ademais, a quebra de coerência nas decisões acaba por gerar forte impacto político, além de um possível uso político do Tribunal⁴⁰⁴.

Todavia, a ausência de coerência por parte do Tribunal também pode significar hipótese de um constitucionalismo seletivo, onde a interpretação constitucional e sua decisão é modificada conforme interesses ou importância do(s) ator(es) envolvido(s). A situação se mostra perigosa na medida em que a tradução da Carta Magna, através da jurisprudência, seja feita não com base em processo mental de elucidar um caso concreto, mas sim a dar roupagem constitucional à decisões políticas tomadas por bases e razões não jurídicas.⁴⁰⁵ Não bastando,

³⁹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 470f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014, p. 296.

⁴⁰⁰ Patrícia Perrone Campos Mello (*Nos bastidores*, p. 296) apresenta a seguinte versão: “Ocorre que, na ocasião, o então Presidente do Banco Central vinha sendo alvo de uma série de denúncias, cujas motivações poderia ser a divergência ou tentativa de impedir a efetivação de determinados ajustes na economia. E a atribuição de foro especial ao ocupante de tal cargo foi muito defendida pelo Executivo, sob o fundamento de que o ajuizamento de ações contra tal autoridade poderia se tornar um instrumento de pressão contra adoção de medidas econômicas consideradas essenciais ao governo. Assim, uma explicação possível para a incongruência gritante entre os julgados era, mais uma vez, o propósito de atender às expectativas de governabilidade do Executivo e viabilizar medidas econômicas. Ignorava-se precedente do próprio Supremo Tribunal Federal, sem qualquer justificativa, de modo a favorecer a obtenção dos resultados pretendidos pelo governo”. Essa versão pode, sutilmente, ser percebida no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do caso, sendo devidamente citada no item 1.5 deste escrito.

⁴⁰¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Cadernos Adenauer XVIII, Rio de Janeiro, n.º 1, p. 173-192, jul. 2017, p. 183.

⁴⁰² MARINONI, Luis Guilherme. *A ética dos precedentes*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (e-book)

⁴⁰³ MARINONI, *op. cit.* (e-book)

⁴⁰⁴ BENVINDO, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁰⁵ LUNARDI, *op. cit.*, p. 131.

poder-se-ia estar diante de prática de um constitucionalismo abusivo⁴⁰⁶ pela falta de isonomia em casos que carregam profunda semelhança e proximidade temporal. A falta de coerência em decisões acaba por causar, além de grande impacto político, um desconforto quanto à falta de segurança jurídica e potencial uso político da Corte.⁴⁰⁷

Porém, é necessário registrar que não se pode concluir que a ausência ou presença de coerência, bem como uso ou não de precedentes nas decisões do foro por prerrogativa, por parte do STF, possuem relação com a importância do cargo ou interesses políticos que possam estar em julgamento. Todavia, relevante se faz mostrar que, nos casos apresentados, não houve por parte da Corte uniformidade de tratamento á questões praticamente idênticas, cujas razões para a diferenciação não foram encontradas, ao menos expressamente, nos votos.

3.1.2 O poder de pauta como atuação política

Tema de intensos debates na doutrina, os motivos que influenciam as decisões dos magistrados são, cada vez mais, objetos de estudos empíricos. A noção de que as Cortes decidem seus votos, unicamente, em motivações de cunho jurídico, precisam ser superadas, haja vista à crescente concepção que outros fatores interferem substancialmente nas decisões judiciais⁴⁰⁸.

Nesse sentido, pesquisas estrangeiras que investigam como fatores não jurídicos explicam as decisões de um Colegiado afirmam que, existem basicamente, três modelos de comportamento judicial⁴⁰⁹: (i) o legalista ou jurídico⁴¹⁰; (ii) o atitudinal ou ideológico⁴¹¹; (iii) e o estratégico. Esses modelos foram desenvolvidos, principalmente, pela doutrina norte-americana⁴¹², visando estabelecer variáveis e premissas que podem decifrar as motivações

⁴⁰⁶ Segundo David Landau (*Abusive Constitutionalism*. U.C. Davis Law Review, University Of California, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013, p. 195-196), constitucionalismo abusivo é definido como “o uso de mecanismos de mudança constitucional a fim de tornar um estado significativamente menos democrático do que era anteriormente”.

⁴⁰⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Cadernos Adenauer, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017, p. 183.

⁴⁰⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. “*A vida como ela é*”: comportamento estratégico nas cortes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, p.688-718, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 690.

⁴⁰⁹ MELLO, “*A vida como ela é*”, p. 690-691.

⁴¹⁰ Em suma, o modelo legalista é aquele onde os juízes se comportam de acordo com o modelo jurídico tradicional, simplesmente seguindo o que a lei e a jurisprudência apontam (LUNARDI, *op. cit.*, p. 112).

⁴¹¹ Resumidamente, nesse modelo os juízes decidem conforme sua ideologia e preferências pessoais, na presença de elementos ou estímulos exteriores. (LUNARDI, *op. cit.*, p. 112).

⁴¹² MOLHANO, Leandro Ribeiro; ARGUELHES, Diego Werneck. *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro / Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case*. Direito e Práxis, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 85-121, dez. 2013. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>>. Acesso em: 15 out. 2020, p. 86.87

decisória de Tribunais Constitucionais, como o brasileiro. Dos modelos de comportamento, haverá destaque para o estratégico, o qual objetiva compreender como o STF, ainda que involuntariamente, se utiliza ou emprega o referido modelo em alguns de seus pronunciamentos sobre o foro por prerrogativa, não se ignorando que os demais modelos também possam ser observáveis

Isto posto, o modelo estratégico é aquele em que “juízes têm preferências sobre determinados resultados de políticas, mas reconhecem a necessidade de fazer suas decisões palatáveis para outros atores, incluindo congressos e presidentes, outros juízes e/ou o público⁴¹³. Assim, o fato da decisão pretendida por um juiz vir a depender do comportamento de outros agentes para prevalecer, se mostra como elemento que pode influenciar aquele que irá tomar a decisão, inclusive quanto ao seu conteúdo⁴¹⁴. Segundo estudos, o modelo estratégico é aquele que mais possui influência nas tomadas de decisões pelas Cortes da América Latina, se comparado aos demais modelos.⁴¹⁵

Dos comportamentos estratégicos existentes, o mais perceptível é o momento em que o Tribunal julga os conflitos que são levados a seu juízo. A liberação de uma ação para julgamento pelo julgador responsável, ou inclusão de um processo na pauta de julgamento pelo Presidente da Corte, pode envolver um cálculo sobre as perspectivas de um desfecho convergente com as suas convicções, ou sobre a melhor decisão a ser tomada⁴¹⁶, normalmente em situações onde “o tempo não havia chegado”. A escolha desse momento, denominado de “poder de pauta”, constitui uma discricionariedade que detém o Presidente da Corte na definição da própria agenda, ou seja, na escolha e valoração dos casos e temas, os quais serão ou não, levados a julgamento.

Ocorre que essa seleção não ocorre por critérios objetivos, o que além de criar uma sensação de seletividade não passível de controle público⁴¹⁷, pode não necessariamente ir ao

⁴¹³ HELME, Gretchen; FIGUEROA, Julio Rios. *Introduction: Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283018009_Introduction_Courts_in_Latin_America>. Acesso em: 30. Mai. 2021, p. 14.

⁴¹⁴ MELLO, *A vida*, p. 699.

⁴¹⁵ As pressões políticas que os juízes latino-americanos notoriamente enfrentam, especialmente do Poder Executivo, segundo a pesquisa, é o fator que irá dizer se uma Corte desse continente adotará, ou não, o modelo estratégico como comportamento judicial. Para Gretchen Helmke (*op. cit.*, p. 14-15), “supondo que sancionar o tribunal dependa de mais de um ator institucional, a lição geral é que aumentar a distância política entre esses atores expande a capacidade do tribunal de governar com sinceridade. Então o tribunal é incapaz de decretar suas preferências políticas sem correr o risco de punição. Assim, a hipótese empírica central que emerge é que o governo dividido tende a apoiar a independência judicial, ao passo que o governo unificado a enfraquece.”

⁴¹⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 707.

⁴¹⁷ VIEIRA, *op. cit.*, p. 450.

encontro dos interesses do país, mas sim ao de um único Ministro, por critérios pouco aferíveis.⁴¹⁸

Destarte, o poder de pauta, pode afetar o resultado da decisão de três formas: (i) alteração do contexto político da decisão, modulando-se a reação das partes quanto ao resultado do julgamento, inclusive uma retaliação da parte derrotada; (ii) interagindo com o processo de formação do Tribunal, aguardando-se modificação em sua composição para tomada de decisão, ou antecipando-a antes de eventual alteração dos seus membros⁴¹⁹; (iii) através da inércia, provoca-se ou se permite que fatos venham se consumir, cuja decisão futura tenha alto custo em alterar sua consolidação⁴²⁰. À vista disto, o poder de pauta sobre determinado caso pode revelar um comportamento estratégico de seu operador, seja na busca por um resultado convergente às convicções pretendidas pelo Presidente da Corte ou Relator, ou seja, recebendo a melhor solução no caso em circunstâncias concretas, considerando que o *timing* do processo pode exercer influência no resultado do julgamento de um caso.⁴²¹

No caso das decisões do foro por prerrogativa, o comportamento estratégico quanto ao poder de pauta pode ser bem observado no julgamento da Ação Penal n.º 937-RJ. A proposta do Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, consistiu em uma reinterpretção do foro no STF, restringindo a competência da Corte a casos relacionados à exercício da função pública e praticados em razão dela. O objetivo da medida era uma drástica redução de inquéritos e ações penais no Supremo, tendo em vista que a maioria dos casos não versavam sobre fatos relacionados ao mandato, especialmente de parlamentares.

⁴¹⁸ MELLO, *op. cit.*, p. 708.

⁴¹⁹ Um exemplo foi o pedido do então Min. Celso de Mello, Relator do Inquérito n.º 4.831-DF (que investiga suposta interferência política do Presidente da República na Polícia Federal), para que pautasse o julgamento do procedimento e assim pudesse apresentar o Relatório e voto no Plenário do STF antes de sua aposentadoria, a qual se aproximava em questão de dias. O pedido do decano foi atendido pelo Presidente do Supremo, Min. Luiz Fux, ficando a sessão marcada como a despedida de Celso Mello do Tribunal onde atuou por 31 anos. (LEITÃO, Matheus. *Celso de Mello faz seu último pedido de pauta no STF*. Veja, São Paulo, 05. out. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/celso-de-mello-faz-seu-ultimo-pedido-de-pauta-no-stf/>>. Acesso em: 01. Mai. 2021.)

⁴²⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocacia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 out. 2020, p. 18. A exemplificar como a inércia mostra o poder que o STF detém de afetar a política atuando politicamente, o autor cita o caso em que o Ministro Gilmar Mendes teria controlado, por vários meses o andamento, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), um processo que pedia a cassação da chapa Dilma/Temer, vencedora nas eleições Presidenciais de 2014, enquanto novos fatos oriundos da “Operação Lava-jato” tornavam mais crítica a situação da então Presidente junto ao Congresso Nacional, o que culminou, em agosto de 2016, no *impeachment* da chefe do Executivo Federal.

⁴²¹ MELLO, *A vida*, p. 707-708. A autora cita como exemplo o julgamento da ADPF n.º 54, que tratou do aborto de fetos anencefálicos, que teve a liminar rejeitada quando da sua chegada à Corte, em um momento em que o mérito tinha pouca receptividade junto aos Ministros. Porém, sete anos mais tarde, quando o Tribunal Constitucional experimentava nova composição, a situação se mostrou diversa, já que a ação foi pautada e o mérito foi deferido.

Contudo, o histórico não favorecia a proposta do Relator, tendo em vista que o foro por prerrogativa foi costumeiramente relacionado a fatores como impunidade dos acusados, especialmente dos congressistas.

Seja pelo volume de processos, seja pela pouca vocação da Corte para atuar como órgão de instrução criminal⁴²², não foram poucos os casos onde membros do parlamento usaram de manobras processuais para promover demora na prestação jurisdicional, até mesmo evadir-se de quaisquer penais pela ocorrência da prescrição punitiva do crime. Por isso, o fato dessa prerrogativa se mostrar, por vezes, como um aliado da maior clientela do STF, a tomada de decisão a restringir sua aplicação poderia gerar reações do Poder Legislativo.

Imperioso lembrar que, quando o Supremo decidiu superar o teor da Súmula n.º 394 e eliminar a *perpetuatio jurisdictionis*, houve descontentamento parlamentar com a decisão, levando o Congresso Nacional a promover uma reação legislativa. Então, foi aprovada a Lei 10.628/02 que reestabelecia a jurisdição perpétua aos ex-exercentes de cargos públicos na Suprema Corte, desde que houvesse conexão do ato com a função pública exercida. Posteriormente, como se sabe, a lei foi declarada inconstitucional pelo STF.

Não obstante, quando decisões de uma Corte Constitucional atingem interesses políticos, como os de congressistas, forma-se um ambiente difícil onde esses grupos atingidos podem buscar descumpri-las⁴²³, contorná-las⁴²⁴ ou até mesmo retaliar o Tribunal⁴²⁵. Nesse caso, ou o Tribunal recorre ao apoio de outros atores institucionais, como os outros poderes e a opinião pública, ou utiliza de seu capital político para buscar efetividade em suas decisões.⁴²⁶

A proposta de restrição ao foro por prerrogativa quanto ao número de autoridades não era uma novidade, tendo sido manifestada publicamente por membros do Tribunal, como Celso

⁴²² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017, p. 409.

⁴²³ Cita-se o caso da Mesa do Senado Federal que em 2018, quando do julgamento da ADPF n.º 402, recusou o cumprimento de decisão monocrática do Min. Marco Aurélio que determinava o afastamento do Presidente da casa, Senador Renan Calheiros. Posteriormente, após conversas de parlamentares e a Presidente da Corte, Min. Cármen Lúcia, houve o rápido julgamento pelo Pleno do STF, o qual recuou da decisão, impedindo Renan Calheiros apenas de figurar na linha de substituição do Presidente da República em caso de afastamento do titular.

⁴²⁴ Cita-se como exemplo a Lei 10.628/02, que tentou reestabelecer a *perpetuatio jurisdictionis*, então cancelada pelo STF quando da extinção da Súmula n.º 394, e a Emenda Constitucional n.º 96, que permitiu a prática da “vaquejada” após o Supremo, na ADI n.º 4.893 considerar a prática como inconstitucional por configurar crueldade manifesta a animais.

⁴²⁵ Em 2016 o então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, instalou comissão para investigar os chamados “supersalários do Judiciário, conforme exemplifica LUNARDI (*op. cit.*, p. 66-67).

⁴²⁶ LUNARDI, *op. cit.*, p. 69.

de Mello⁴²⁷ e Luís Roberto Barroso⁴²⁸ em anos anteriores. Porém, talvez aguardando o melhor momento para propor tamanha mudança, a Ação Penal n.º 937-RJ foi à pauta no dia 31.05.2018, quando finalmente o Min. Barroso fez sua proposição.

Coincidentemente, na mesma data, a PEC n.º 10/2013, que restringe o foro por prerrogativa ao Presidente da República e seu Vice, e aos demais chefes de Poderes, era aprovada no Senado Federal em segundo turno, seguindo então para apreciação da matéria na Câmara dos Deputados.

Não há como negar que, diante da disposição do legislativo em promover a restrição do foro por prerrogativa, a chance de eventual reação do Congresso em relação à reinterpretação restritiva do instituto, se tornou mínima. Não bastando, a proposta do STF recebeu amplo apoio da sociedade civil (item 1.7), mostrando que a opinião pública também avalizava a nova jurisprudência da Corte.

Importante se faz salientar que ainda que seja difícil a comprovação empírica do comportamento estratégico, nada impede que percepções à sua ocorrência possam ser detectadas nos comportamentos judiciais das Cortes. Acredita-se que esse modelo pode ser um bom explicativo para demonstrar como a interação dos magistrados podem explicar o modo de funcionando de algumas decisões do STT⁴²⁹, inclusive aquelas que tratam do foro por prerrogativa.

3.2 A opinião pública como fator de decisão na extensão do foro por prerrogativa

Não se olvida que umas das mais importantes funções da jurisdição constitucional é a interpretação da Constituição, capaz de estabelecer padrões decisórios sobre seu conteúdo, de

⁴²⁷ “A minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. (...) Mas acho que o STF talvez devesse, enquanto a Constituição mantiver essas inúmeras hipóteses de prerrogativa de foro, interpretar a regra constitucional nos seguintes termos: enquanto não for alterada a Constituição, a prerrogativa de foro seria cabível apenas para os delitos cometidos em razão do ofício”. VALENTE, *Rubens. Ministro do Supremo defende fim do foro privilegiado*. Folha de S. Paulo, Política, 26.02.2012. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/poder/2012/02/1053245-ministro-do-supremo-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml>>. Acesso em: 11.jun. 2021.

⁴²⁸ “Foro por prerrogativa de função é um desastre para o país, a minha posição é extremamente contra. É péssimo o modelo brasileiro e estimula fraude de jurisdição, na qual, quando nós julgamos, o sujeito renuncia, ou quando o processo avança, ele se candidata e muda a jurisdição. O sistema é feito para não funcionar.” (PONTES, Felipe. *Barroso diz que foro privilegiado é desastre para o país*. Agência Brasil, Política, 31 mar. 2016, Brasília. Disponível em: <<https://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2016-03/foro-privilegiado-e-desastre-para-o-pais-diz-luiz-roberto-barroso>>. Acesso em: 11. Jun. 2021).

⁴²⁹ MELLO, *A vida*, p. 701.

modo a gerar segurança, previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas, econômicas e sociais. Porém, como leciona Konrad Hesse, não se trata de tarefa simples, tendo em vista que o caráter aberto e amplo comum aos textos das Constituições, acabam por gerar problemas de interpretação, devendo o juiz intérprete primar para que as sentenças do Tribunal expressem o conteúdo da Lei Fundamental⁴³⁰.

Hesse afirma também que a interpretação ainda enfrenta o desafio de manter o texto Constitucional atualizado, tendo em vista as possibilidades de eventuais mudanças sociais, políticas e econômicas, devendo-se buscar uma interpretação da Constituição que possa adaptar-se às novas condicionantes.⁴³¹ Nesse mesmo sentido, leciona Peter Häberle que “a jurisdição constitucional é variável, flexível, no tempo e no espaço”, podendo “se converter em autoridade confirmadora da Constituição segundo a fase de desenvolvimento do concreto Estado constitucional que ela contribui a garantir”⁴³².

Em que pese o reconhecimento de que os Tribunais Constitucionais estão vinculados às suas próprias decisões, nada impede que estes órgãos, como o Supremo Tribunal Federal, alterem sua posição sobre determinada temática ao longo dos anos. Dessa forma, admite-se que a interpretação de algum instituto pode ser modificado ou até mesmo afastado, face a ocorrência de mutações jurídicas ou alteração fáticas justificadoras de uma alteração⁴³³.

No caso das normas sobre o foro por prerrogativa, nota-se que desde a promulgação da Carta Republicana de 1988, não houve qualquer alteração quanto à sua previsão no texto Constitucional. Já na legislação ordinária, onde a previsão sobre o foro praticamente se limita ao art. 84 do Código de Processo Penal, as suas definições se mantem intactas desde a entrada em vigor do diploma formal. Ressalte-se que a única modificação promovida pelo legislativo foi declarada inconstitucional pelo STF, quando do julgamento da ADI n.º 2.797-DF, e ADI n.º 2.860-DF, assunto que foi tratado no item 2.2 do presente trabalho.

Face a inércia do legislativo, coube ao Supremo Tribunal Federal a promoção das mudanças de aplicação das regras do foro por prerrogativa, criando-se através da jurisprudência, critérios de aplicação, de expansão ou retração de sua competência. Nesse quadro, então, pretende-se discutir acerca da suposta influência de um elemento específico nesse processo,

⁴³⁰ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-103.

⁴³¹ HESSE, *Temas*, p. 134.

⁴³² HÄBERLE, *op. cit.*, p. 214.

⁴³³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 523-524.

investigando sua capacidade de condução do Tribunal Constitucional a uma modificação em sua jurisprudência. Este elemento é a opinião pública.

A opinião pública, é entendida como um processo derivado de uma livre interação conversacional entre cidadãos no intuito de estabelecer um entendimento ou consenso sobre um tema. Todavia, para essas opiniões, de fato, se tornem públicas, é necessário um espaço para que ela se torne visível e possa se expandir, espaço este que, atualmente, é encontrado na mídia, em especial pelo jornalismo⁴³⁴ em seus vários meios como televisão, rádio, impressos, internet e redes sociais. Não obstante, a opinião pública, também chamada de vontade popular ou clamor público, também pode ser considerado um objeto produzido pelas pessoas, meios de comunicação, autoridades públicas, movimentos sociais e a organizações da sociedade civil.⁴³⁵

Tema de expressiva complexidade, a capacidade persuasiva da opinião pública junto ao Judiciário é uma realidade, dentro de alguma medida. Luís Roberto Barroso, por exemplo, aduz que o poder de juízes e Tribunais se constituem como um poder político de um Estado democrático, exercido em nome do povo. Logo, a legitimidade no ato de interpretação da Constituição, em especial, deve estar associada e corresponder a um sentimento social, despertando assim a confiança do cidadão no Judiciário como consequência. Todavia, ao mesmo tempo, deve cuidar o julgador para que as decisões não prescindam, necessariamente, da adesão e aceitação da sociedade como fundamento para a tomada de determinada decisão⁴³⁶.

A vontade popular, inclusive, é apontada como um dos fatores da própria ascensão do Supremo Tribunal Federal dentro do contexto sociopolítico nacional, especialmente quando a Corte passou a impor deveres ao Estado ou afirmou direitos aos cidadãos, atendendo anseios sociais antigos através “cruciais decisões judiciais”⁴³⁷. Citando o Supremo como exemplo, Häberle afirma que a Corte brasileira adotou a “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” como fundamento do “*amicus curiae*”, servindo como garantia do pluralismo e participação nas decisões do Tribunal.⁴³⁸

Entretanto, nem sempre a opinião pública se manifestará, formal, interna e diretamente ao STF como nos casos de admissão do “*amicus curiae*” em ações de controle de

⁴³⁴ MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; SÁ MARTINO, Luis Mauro. *O conceito de opinião pública na teoria da comunicação: genealogias e modos de abordagem*. Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas - Departamento de Relações públicas, Propaganda e Turismo, Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo. v. 1, n. 1. São Paulo: ECA-USP/Gestcorp, 2004, p. 72.

⁴³⁵ CAMPOS MELLO, *Nos bastidores*, p. 361.

⁴³⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 478-479. O autor cita como exemplo as decisões sobre “nepotismo”, “fidelidade partidária”, “reconhecimento de união homoafetiva”, “aborto de fetos anencefálicos” como decisões de resposta do STF a demandas que detinham apoio popular.

⁴³⁷ AZEVEDO CAMPOS, *op. cit.*, p. 263.

⁴³⁸ *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.25, p.189-205, jan./fev. 2009. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/123456789/583>>. Acesso em: 02 set. 2020, p. 197.

constitucionalidade. O cenário mais comum traz a demonstração do sentimento social através de atores externos, porquanto veículos de comunicação, pesquisas de opinião, manifestações virtuais através de redes sociais ou mesmo presenciais. Assim, resta compreender de que forma essa exteriorização da opinião pública influenciou os julgamentos da mais alta Corte do Judiciário nacional, especialmente naqueles casos que envolvem o foro por prerrogativa.

Para a análise que comprovaria, ou não, a influência da opinião pública junto ao STF nos julgamentos que envolvem o foro por prerrogativa⁴³⁹, selecionou-se o conteúdo decisório da Questão de Ordem no Inquérito n.º 2.245-DF, julgado em 2006, que mais tarde deu origem a um dos emblemáticos casos já julgado pelo Supremo Tribunal Federal: a Ação Penal n.º 470-DF, popularmente conhecida como “mensalão”.

Em suma, o caso tratado no item 2.5, versava acerca de Inquérito que investigava esquema de corrupção que envolvia a compra de apoio político, em especial parlamentares da base governista, para respaldo dos projetos e planos do Governo Federal. Um dos meios de corrupção apurado era o pagamento mensal e em dinheiro a esses parlamentares, levando o caso a ser conhecido popularmente como “mensalão”.

A medida em que as investigações avançavam, grandes nomes da política se viam relacionados ao esquema de corrupção, a opinião pública e a mídia aumentavam a visibilidade sobre o caso. Somente o principal telejornal do país citou o termo “mensalão” por quinhentas e trinta e oito vezes durante o julgamento, enquanto a principal revista impressa brasileira destinou vinte e uma capas destacando o caso. Indo para além das fronteiras, o episódio ainda ganhou manchetes em importantes veículos de mídia na América Latina, Estados Unidos e Europa, dando a exata dimensão da grande repercussão alcançada.⁴⁴⁰

439 Para Patrícia Perrone Campos de Mello, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 2.797-DF, que declarou a Lei 10.628/02 como inconstitucional, também seria um exemplo de como o Tribunal julgou um caso a atender as demandas sociais no que se refere ao foro por prerrogativa. Essa decisão, como verifica no item 2.4 desse trabalho, em sua essência, ratifica a posição da Corte tomada no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito n.º 687-SP, no qual restringiu a competência penal originária do STF, tão somente, aos ocupantes de cargos e mandatos com a prerrogativa processual, e não mais a ex-mandatários. Para Mello, à época da decisão, cerca de 80% da população, segundo pesquisas, se mostravam contrárias ao foro por prerrogativa no Supremo, o que fez com que a Corte, de certa maneira, atendessem às expectativas da população naquele momento.

Porém, por razão puramente metodológica, o trabalho não classificará o julgamento da ADI n.º 2.797-DF como “opinião pública como fator de decisão na restrição do foro por prerrogativa” não ser possível identificar, expressamente nos votos dos Ministros, argumentos que remetessem à conclusão da influência social na decisão da Corte. Todavia, não se pode desprezar que o fator opinião pública pode, de fato, ter influência na tomada de decisão dos Ministros que participaram do julgamento, conforme apontou a autora. (*Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 402-423)

⁴⁴⁰ ARAUJO, Mateus Moraes. *Comportamento estratégico do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 106 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 76.

Não sendo o bastante, houve ainda forte pressão da imprensa nacional pela celeridade do julgamento, além da exigência da condenação dos acusados, colocando-se em xeque a reputação dos Ministros caso a tradição de impunidade que vigeria no país fosse mantida⁴⁴¹. Já a sociedade em geral deixava clara sua posição de condenação dos acusados, tendo em vista que segundo pesquisa realizada pelo “Instituto Datafolha”, 83% dos entrevistados conheciam o caso, sendo que 74% dos entrevistados exigiam a prisão imediata dos acusados/condenados.⁴⁴²

Ao fim das investigações, a Procuradoria-Geral da República, acabou por denunciar 40 (quarenta) pessoas das quais, apenas 6, possuíam foro por prerrogativa perante o STF. Assim, se dentre os acusados haviam autoridades da República que detinham a prerrogativa de serem julgados no Supremo, outros acusados não possuíam esse apanágio. Ainda segundo a denúncia da PGR, todos os acusados possuíam papel específico, divididos e estruturados através de núcleos, responsáveis na divisão das atividades do esquema corruptivo, porém intrincados em uma complexa cadeia de fatos⁴⁴³.

Até o início do caso “mensalão”, o entendimento firmado pelo Supremo era o de que deveriam ser processados e julgados no Tribunal apenas os detentores do foro por prerrogativa, devendo os demais acusados serem demandados nas instâncias inferiores. Esse procedimento, conhecido como “desmembramento”, detém previsão no art. 80 do Código de Processo Penal, podendo ocorrer por decisão discricionária do juiz da causa quando houver excesso de acusados. Essa, inclusive, era a opinião do Min. Joaquim Barbosa, Relator do Inquérito, o qual argumentou que o julgamento de elevado número de acusados prejudicaria o julgamento do feito, mantendo-se sob jurisdição do STF apenas os acusados com foro naquele Tribunal.⁴⁴⁴

Não obstante, havia pressão da opinião pública para que o STF julgasse a totalidade dos acusados, já que havia a crença de que a transferência de competência de julgamento dos envolvidos sem foro por prerrogativa à primeira instância, aumentaria de inocentá-los, deixando de ser feito justiça⁴⁴⁵. Sobre o fato, destacou o Min. Alexandre de Moraes que a sociedade brasileira clamava ao Supremo que não desmembrasse o processo, sob pena de ocorrência de impunidade, mostrando uma confiança popular na capacidade da Suprema corte de combate à

⁴⁴¹ ARAÚJO, *idem*. p. 77.

⁴⁴² *Maioria quer réus do mensalão presos, mas prevê absolvição*. Datafolha: Instituto de pesquisa. São Paulo, 08. ago. 2012, Opinião Pública. Disponível em: <<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>. Acesso em: 12. Mai. 2021.

⁴⁴³ STRECK, Lênio. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 217. (e-book)

⁴⁴⁴ STF. Inquérito 2.245-DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. p. 1.309.

⁴⁴⁵ *Afronta ao Supremo e ao estado de direito*. In: O Globo. Opinião. Rio de Janeiro, 04.out. 2012. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/consulta-ao-acervo/?navegacaoPorData=201020121004>>. Acesso em: 19. Mai, 2021, p. 18.

corrupção⁴⁴⁶. A mesma versão foi endossada pelo Min. Dias Toffoli, para o qual, à época, havia a sensação que o caso jamais seria julgado senão pela atuação do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴⁷

Ainda que o art. 80 do Código de Processo Penal permitisse a prática do desmembramento dos autos por excesso de acusados, parte dos Ministros do Supremo concluiu que essa manobra traria prejuízos para o entendimento do caso. Nesse sentido, o voto apresentado pela Min. Cármen Lúcia apontava que a separação dos autos importaria dificuldades no julgamento, tendo em vista que os fatos investigados consistiriam em uma rede de ações de impossível desvinculação um do outro. Ademais, com o desmembramento, o mesmo caso seria julgado por vários juízos diferentes, o que poderia gerar uma série de decisões contraditórias para um mesmo fato,⁴⁴⁸ gerando insegurança jurídica e um risco de descrédito do Judiciário. Ao final, a maioria da Corte, apoiada nesses e em outros argumentos⁴⁴⁹, decidiu pela competência do STF para julgamento de todos os acusados, possuindo o acusado foro por prerrogativa ou não, em nome de uma eficiente prestação jurisdicional.

Dessa forma, o que explicaria essa mudança de entendimento por parte do STF? O que teria levado a Corte a superar seus precedentes para impor nova posição a julgar acusados com e sem foro perante o Tribunal, expandindo a aplicação do instituto? Em análise inicial, sugere-se a opinião pública como fator explicativo dessa reviravolta jurisprudencial.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ STF, *Ação Penal n.º 937*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 67.

⁴⁴⁷ “De outro modo, como não lembrar, mais recentemente, o julgamento da Ação Penal nº 470/DF, popularmente conhecida como “Mensalão, quando muito se comentava que, se a referida ação não tivesse sido processada pelo STF, talvez nunca tivesse sido julgada, tendo em vista que outros casos referentes ao mesmo episódio ou a episódios correlatos que foram para a primeira instância só começaram a ser julgados depois da decisão da Suprema Corte. Contraditoriamente, nesse mesmo período, muitos clamavam para que não houvesse o desmembramento para a primeira instância, sob risco de impunidade”. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli. j. 03;05.2018. DJ. 11.12.2018)

⁴⁴⁸ Sobre o fato, anota leciona Eugênio Pacelli que “desde logo que em fevereiro de 2014 o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Plenário, determinou que o órgão superior na hierarquia judicial deve, em regra, desmembrar a ação a fim de que os detentores de foro privilegiado sejam julgados pelos respectivos tribunais, e aqueles que não possuem essa prerrogativa sejam processados na primeira instância. Contudo, a decisão não invalida o raciocínio exposto supra, na medida em que a decisão acerca do desmembramento de fato competirá àquele órgão que ocupar posição mais elevada na hierarquia judicial. Isso porque haverá casos – principalmente os que envolvem o instituto da continência, como veremos mais adiante – em que a separação dos réus não será medida adequada, considerando a possibilidade de julgamentos diversos para fatos idênticos e também a dificuldade de processamento quando houver um número expressivo de corréus. Aliás, a própria tese esposada pelo Supremo Tribunal Federal declara expressamente essa ressalva.” (*Curso de Processo Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 194) (e-book)

⁴⁴⁹ Dos votos dos Ministros foram extraídas expressões argumentativas como “conexão”, “fatos complexos substancialmente ligados”, “risco de decisões conflitantes”, “relevância do caso”, “risco à administração da justiça”, “eficácia da prestação jurisdicional” e “quadro de inextrincabilidade” para justificar a tese vencedora.

⁴⁵⁰ Segundo pesquisa do Instituto Datafolha realizada em 2012, às vésperas do julgamento pelo Supremo do caso “mensalão”, a maioria dos entrevistados desejava a punição dos envolvidos (73% dos entrevistados). Porém, somente uma minoria de pessoas acreditava que, de fato, os culpados seriam presos (11% dos entrevistados). Já o STF gozava de relativa confiança: 16% confiavam muito na Instituição, 51% confiavam pouco, e 32% não confiavam. Esses índices de confiabilidade eram maiores que os do Congresso Nacional e partidos políticos, mas inferiores aos da Presidência da República e aos da imprensa nacional. Os dados estão disponíveis no endereço:

Atender à opinião pública, no caso, pode trazer ao Tribunal um ganho de poder político. Caso o desmembramento do processo viesse a acontecer, ter-se-ia o quadro de grande deslocamento de processos que estavam sob a jurisdição do STF para outras instâncias judiciais. Na prática, esse movimento implicaria na renúncia ao poder de resolver um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história da República. Ao manter o foro dos acusados sob sua jurisdição, o Supremo assumiu o protagonismo do caso, procurando aumentar e impor sua liderança institucional perante todo o Judiciário ao se mostrar capaz de impor decisões.⁴⁵¹

Ademais, segundo Gretchen Helmke, o poder judicial também aumenta quando juízes são capazes de entender um contexto formado pelo que denomina de “humor público”, coincidindo suas decisões a esse cenário. À medida que um Tribunal consegue obter o apoio público em suas manifestações, cresce também seu poder político capaz de resistir a eventuais ataques à sua autoridade e função jurisdicional⁴⁵². Desta maneira, a opinião pública se mostra como importante instrumento a aumentar a capacidade da Corte no combate à corrupção, realizar melhoras nas condições democráticas do país, podendo resistir a potenciais ameaças de represálias ou de não cumprimento de suas decisões⁴⁵³.

Considerando tais circunstâncias, uma preocupação com os anseios sociais é percebida no teor dos votos os Ministros favoráveis à tese do não desmembramento do Inquérito e, conseqüentemente, pela extensão do foro por prerrogativa aos acusados que não a detém. Destacam-se, como exemplos, o voto da Min. Cármen Lúcia, o qual afirmou que a sociedade esperava uma resposta jurídica conveniente, acertada e célere, e somente uma jurisdição diferenciada por parte do STF seria capaz de dar a devida resolução ao caso⁴⁵⁴, cuja opinião também foi adotada pelo Min. Celso de Mello. O Min. Eros Grau, por sua vez, afirmou que o caso “mensalão” seria citado em anos posteriores quando se tratasse da história do próprio Tribunal e, portanto, a Corte deveria aceitar o desafio e o excesso de trabalho e julgar todo o grupo de pessoas acusadas⁴⁵⁵. A Presidente do STF, Min. Ellen Gracie, por sua vez, afirmou que a Corte estava capacitada e apta para julgar qualquer causa⁴⁵⁶, enquanto o Min. Gilmar

<<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>.

⁴⁵¹ ARANTES, Rogério. *Mensalão: um crime sem autor*. in: Justiça no Brasil: às margens da democracia. Org. Marjorie Corrêa Marina e Andrés Del Río. p. 338-389. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 343-344.

⁴⁵² HELMKE, Gretchen. *Public Support and Judicial Crises in Latin America*. In: Journal of Constitution Law. v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol13/iss2/7>>. Acesso em: 17. Mai. 2021, p. 397.

⁴⁵³ LUNARDI, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁵⁴ STF. *Inquérito 2.245-DF*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cármen Lúcia, p. 1.321-1322.

⁴⁵⁵ STF. *Inquérito 2.245-DF*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Eros Grau, p. 1.330.

⁴⁵⁶ STF. *Inquérito 2.245-DF*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ellen Gracie, p. 1.380.

Mendes, deixou claro que o caso “mensalão” só estava chegando ao seu final por ter permanecido e concentrado sob a jurisdição do STF⁴⁵⁷.

De certo modo, o clamor social deu ao Supremo Tribunal Federal um confortável cenário para realizar a mudança de entendimento, atendendo a opinião pública e decidindo pela sua competência de julgamentos de todos os envolvidos no caso “mensalão”. Mais que isso, o STF pode maximizar seu capital político com a mudança de sua jurisprudência, melhorando assim sua concepção perante o público pela sua atuação no caso e demonstrando mais força e segurança no exercício de suas atribuições. O empenho dos Ministros, em especial do Relator Joaquim Barbosa em “fazer do foro privilegiado um Tribunal efetivo no julgamento das altas autoridades”, gerou um novo marco nas relações do Judiciário e o mundo político quanto ao combate à corrupção⁴⁵⁸.

Uma das importantes heranças deixadas pela decisão, ainda que circunstancialmente, foi a concepção de que o foro por prerrogativa deixava de ser percebido como um “privilégio” para se mostrar como a “prerrogativa” que de fato é. Essa conclusão comprovou-se pelo número de réus que passaram a pleitear junto à Corte a mudança de competência para instâncias inferiores, buscando fugir do STF e da pressão social pela condenação dos culpados. Era o sinal que as instituições de justiça estavam preenchendo o espaço vazio da representação e atuar como agente político da lei.⁴⁵⁹

A decisão do STF sobre o desmembramento do caso “mensalão” pode mostrar como a opinião pública, potencialmente, influencia a Corte na tomada de decisão. Para André Rufino do Vale, se mostra plausível a afirmação de que em casos mais polêmicos, o Supremo Tribunal Federal se mostra como uma “caixa de ressonância da opinião pública expressada por diversos canais legítimos”⁴⁶⁰. De tal modo, é possível que a pressão da sociedade pela punição dos envolvidos no caso “mensalão” pode ter contribuído decisivamente para que o STF monopolizasse seu julgamento, garantindo, ainda que por alto custo⁴⁶¹, que os acusados de fato seriam julgados.

⁴⁵⁷ ARANTES, *op. cit.*, p. 355.

⁴⁵⁸ ARANTES, *op. cit.*, p. 383.

⁴⁵⁹ ARANTES, *op. cit.*, p. 343.

⁴⁶⁰ DO VALE, André Rufino. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015, 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidade do Alicante; Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>>. Acesso em: 19. out. 2020, p. 326-327

⁴⁶¹ Fala-se no alto custo pelo fato de que o caso “mensalão” exigiu enorme esforço da Corte Constitucional para ser julgado. Apreciado através da Ação Penal n.º 470, o caso é considerado o maior julgamento da história do STF. A ação acabou julgando, durante quatro meses e meio, trinta e oito réus, em um processo com mais de setenta e duas mil páginas. Foram destinadas cinquenta e três sessões plenárias para o julgamento da ação penal, sendo que o número é elevado para sessenta e nove sessões se consideradas as sessões que apuraram questões referentes ao

Porém, é necessário ressaltar que deve existir alguma prudência ao se considerar a opinião pública como ferramenta de apoio no combate à corrupção, cujo devido manuseio deve se dar com os devidos cuidados, não a supervalorizando, evitando-se eventuais riscos e efeitos de seu uso indevido, sob pena, por exemplo, de recair-se em um constitucionalismo popular⁴⁶². Ademais, também é importante considerar que o ajuste de decisões judiciais à vontade popular pode ser considerado, positivamente, como um ajuste da sua legitimidade de atuação, desde que órgão julgador não perca sua fundamental independência⁴⁶³.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma reviravolta jurisprudencial, ao estender sua competência originária criminal para além do rol de autoridades previstas na Constituição Federal de 1988. Por razões de natureza jurídica, como conexão dos fatos e uma complexa implicação entre as condutas de acusados com e sem foro no Tribunal, o STF decidiu por julgar todos os 40 (quarenta) envolvidos, garantindo-se assim um melhor entendimento dos fatos e o devido julgamento dos acusados. Contudo, do ponto de vista não jurídico, considera-se que a opinião pública foi um dos elementos propulsores daquela decisão, principalmente pelo clamor social pela investigação e punição aos supostos corruptos envolvidos.

3.3 A opinião pública como fator de decisão na restrição do foro por prerrogativa

Como visto no item anterior, o julgamento do Inquérito n.º 2.245-MG fez com que o foro por prerrogativa, ora destinado somente às autoridades elencadas na Constituição, fosse estendido a pessoas comuns, cujo julgamento ocorrer-se-ia, em normais circunstâncias, no juízo de primeira instância. Não obstante, a força da opinião pública, a confiabilidade na capacidade do Supremo em realizar o julgamento e fazer justiça ao caso deram a devida segurança para modificar sua jurisprudência e comandar um julgamento histórico para o Tribunal, lhe rendendo capital político e prestígio junto à sociedade.

Inquérito n.º 2.245-DF, que antecedeu a ação penal principal, nas quais, por exemplo, julgou-se o desmembramento do caso. O acórdão possui mais de oito mil páginas. (*130 anos de história: Plenário do STF foi cenário de grandes julgamentos*. In: *Portal STF*, Imprensa, Brasília, 26. Mar. 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463088&ori=1>. Acesso em: 19. Mai. 2021.

⁴⁶² Segundo o professor Flávio Martins, o Constitucionalismo popular (também chamado de populismo constitucional) é um movimento contrário ao *judicial review* e principalmente ao ativismo judicial das Cortes Constitucionais, defendendo a retirada substancial da interpretação da Constituição dos Tribunais, e devolvendo-a ao povo. Assim, configurar-se-ia como um movimento que reivindica uma maior participação dos cidadãos na missão de determinar o significado das normas constitucionais, hostil à ideia que colocam as Cortes Constitucionais como única legitimada a interpretar e aplicar a Constituição. (*Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 102-103).

⁴⁶³ LUNARDI, *op. cit.*, p. 249-250.

Se a opinião pública, em certa medida, influenciou o STF a promover a expansão das regras do foro por prerrogativa, ela também pode, quase uma década depois, promover uma diametral modificação no modelo decisório da Corte sobre o foro por prerrogativa. Essa alteração jurisprudencial ocorreu, também em sede de Questão de Ordem, quando do julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ entre os anos de 2017 e 2018.

Esse caso, tratado no item 2.10 do Capítulo antecessor, versava sobre acusação de suposto crime eleitoral, praticado por um candidato a prefeito, nas eleições municipais de 2008. O fato de o réu ter assumido o cargo de Deputado Federal em 2016, fez com que os autos fossem remetidos da instância inicial ao Supremo, em consequência das regras do foro por prerrogativa estabelecidas pela jurisprudência da Corte. Ressalte-se que, antes de chegar ao STF, a ação penal em questão tramitou por vários órgãos jurisdicionais de instâncias diversas, fato explicado por conta de o acusado também ter ocupado cargos públicos diversos, o que constantemente modificava, também, a competência de julgamento do delito a ele imputado.

Em Questão de Ordem levantada por iniciativa do Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, foi proposta uma reinterpretação do art. 102, I, “b”, da Carta Magna de 1988, que consistia em uma restrição da aplicação das regras do foro por prerrogativa. Pela nova orientação proposta, o Supremo Tribunal Federal seria competente a julgar os crimes praticados por parlamentares, tão somente, naqueles relacionados ao cargo e em razão do cargo. Os demais delitos, como o caso tratado na Ação Penal n.º 937, que não possuísem relação com o cargo em exercício, deveriam ser julgados pelas instâncias iniciais⁴⁶⁴.

Nesse sentido, nota-se que a proposição do Relator caminhava, em certa medida, em sentido inverso ao caso “mensalão”, que naquela oportunidade seguiu rumo a uma extensão do foro por prerrogativa a acusados que não detinham esse apanágio junto à Corte. Porém, a sugestão para novo entendimento sobre o foro consistira em afastar a competência da Corte a julgar mesmo aqueles acusados com a prerrogativa de ser investigado ou julgado no STF. O exercício dessa vantagem, então, ficaria condicionado à relação do crime com o exercício do cargo.

Para entender os motivos que levaram o STF a rever sua posição e caminhar em sentido contrário ao anterior, se faz necessário entender o contexto político e social que o país atravessava naquele momento, tendo em vista um potencial influência no processo decisório do presente caso.

⁴⁶⁴ STF, Ação Penal n.º 937/RJ. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 1.

Desde o ano de 2014, uma sucessão de investigações e operações policiais acabaria por fazer explodir o número de ações contra políticos de todas as esferas e cargos na Administração Pública. A denominada “Operação Lava-jato” consistiu em ações conjuntas que envolveram a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, diversos órgãos de controle em uma investigação que descobriu um complexo esquema de fraudes. Os crimes teriam ocorrido em contratos envolvendo empreiteiras, empresários e agentes políticos em licitações e contratos administrativos realizados junto à Empresa Estatal Petróleo do Brasil S.A. – PETROBRÁS.

As ações penais em desfavor das pessoas comuns transcorreram na 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, de titularidade do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, cujo trabalho ficou marcado pela celeridade processual. Segundo matéria jornalística da época, nos quatro primeiros anos de operação, o Magistrado citado proferiu 188 (cento e oitenta e oito condenações) em 40 (quarenta) processos, cujo tempo médio de tramitação foi de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias⁴⁶⁵. Ainda que a Vara fosse especializada na matéria, e contasse com o apoio da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para o desenvolvimento dos trabalhos⁴⁶⁶, a celeridade na prestação jurisdicional foi tamanha que elevou o juiz do caso, à época, ao status de herói nacional, ao ponto de receber prêmios como o de “Personalidade do Ano de 2014”.⁴⁶⁷

Enquanto isso, efeitos da citada operação batiam às portas do Supremo Tribunal Federal, resultando em considerável número de abertura de inquéritos e ações penais em desfavor de autoridades que possuíam foro penal na Corte.⁴⁶⁸ Todavia, ainda que se contabilizasse um considerável número de 11 (onze) mil decisões proferidas no caso, diferentemente da instância inicial, os trabalhos no Supremo não demonstraram a mesma agilidade quando ao julgamento de mérito se comparados à primeira instância. Segundo o STF, em balanço publicado em setembro de 2020, a Corte que já teve em seu acervo 125 (cento e vinte e cinco) ações penais referentes à “lava-jato”, contava atualmente com 71 (setenta e um) inquéritos e 21 (vinte e uma) ações penais. Quando às decisões de mérito, apenas 5 (cinco)

⁴⁶⁵ PAVANELI, Aline. *Lava jato completa quatro anos com 40 sentenças de Sérgio Moro; tempo médio de tramite das ações é de 9 meses*. G1 PR. 17 mar. 2018, Curitiba, Paraná. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/lava-jato-completa-quatro-anos-com-40-sentencas-de-sergio-moro-tempo-medio-de-tramite-das-acoas-foi-de-nove-meses.ghtml>>. Acesso em: 19. Mai. 2021.

⁴⁶⁶ STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 387-388.

⁴⁶⁷ NETTO, Vladimir. *Lava jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, p. 125. (e-book)

⁴⁶⁸ Site do Ministério Público Federal. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 25.abr. 2020.

ações foram julgadas, com uma condenação em execução, uma absolvição e 3 (três) condenações em fases recursais⁴⁶⁹.

A complementar o cenário em questão, durante o julgamento da Ação Penal n.º 937, foi divulgada pesquisa de opinião a qual revelou uma repulsa social ao foro por prerrogativa. Dos entrevistados, 78% afirmaram que essa prerrogativa deveria acabar, enquanto 77% apontaram que o fim do instituto auxiliaria no combate à corrupção. Finalmente, quanto ao nível de confiança no Supremo Tribunal Federal, 36% dos entrevistados disseram que ele aumentaria caso a Corte decidisse pela “extinção” do foro, enquanto 45% afirmaram que o índice seria mantido caso ocorresse a hipótese levantada.⁴⁷⁰

Finalmente, como último elemento externo a integrar o contexto, diz respeito ao dia 31.10.2017, data em que a Questão de Ordem, com a proposta de reinterpretação restritiva do foro por prerrogativa foi pautada e levada a julgamento no Plenário do STF. Coincidentemente, nessa mesma data, o Senado Federal, em segundo turno de votação, aprovava o teor da Proposta de Emenda à Constituição n.º 10/2013, a modificar, entre outros dispositivos, o art. 102, I, “b” da Constituição, que trata do foro no STF. Essa PEC versava justamente sobre uma proposta que restringiria o foro por prerrogativa na Corte Constitucional, limitando-o ao Presidente da República e seu Vice, ao Presidente da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Senado Federal e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal na prática de crimes comuns⁴⁷¹.

Considerando o Legislativo como a arena em que o povo, ainda que indiretamente através de seus representantes eleitos pelo voto popular, também podem manifestar sua vontade, a aprovação da PEC que restringia o foro por prerrogativa era mais um sinal de um mau-humor social em relação ao instituto. Esse elemento, somado aos demais citados anteriormente, acabou por formar todo o cenário no qual a mais alta Corte do Judiciário nacional foi “provocada” a se manifestar sobre o foro por prerrogativa, apontado, naquele momento, como um vilão na luta contra corruptores.

Saber se, em que medida, esses elementos influenciaram os votos dos Ministros que resultaram na restrição do foro por prerrogativa é o que se passa a verificar.

⁴⁶⁹ *Lava jato: Relator já proferiu mais de 11 mil decisões e despachos no curso da operação*. Supremo Tribunal Federal, Imprensa, 11. Set. 2020, Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451566&ori=1>>. Acesso em: 19. Mai. 2021.

⁴⁷⁰ *Pesquisa IBOPE aponta que 78% dos entrevistados defendem o fim do foro privilegiado*. G1, Política, 02. Mai. 2018, Brasília. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pesquisa-ibope-aponta-que-78-dos-entrevistados-defendem-o-fim-do-foro-privilegiado.ghtml>>. Acesso em: 20. Mai. 2021.

⁴⁷¹ Senado Federal. *Atividade Legislativa. Proposta de Emenda à Constituição n.º 10, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. Acesso em: 21. Mai. 2021.

Retornando então ao julgamento da paradigmática Ação Penal n.º 937, o Relator, Min. Luís Roberto Barroso, justifica em sua proposta o que denominou de disfuncionalidade do sistema penal. Se a experiência e a disfuncionalidade do foro por prerrogativa no STF era causa de indignação à sociedade e de desprestígio ao Tribunal, o Min. Barroso defendeu que o dispositivo Constitucional que trata da matéria devesse ser interpretado restritivamente, sob os princípios da igualdade e da República. Dessa maneira, o foro deveria abarcar somente os crimes referentes ao exercício do cargo, protegendo tão somente a praxis pública, e não todo e qualquer praticado pelo seu ocupante. Finalmente, o Relator defendeu sua proposta ao afirmar que “sempre que é possível interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for compatível, e sobretudo se esta for a interpretação mais adequada da Constituição, não há por que hesitar em escolher esse caminho”.⁴⁷²

A consideração da opinião pública quanto ao foro por prerrogativa, manifestada pelo Relator, também foi acompanhada pelos outros Ministros que seguiram a proposta de reinterpretação do instituto. A Min. Rosa Weber afirmou estarem presentes hipóteses de mutação constitucional por uma “mudança de realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário”⁴⁷³. Em outras palavras, se antes o foro no STF seria sinônimo de garantia de um julgamento e punição aos culpados, a nova percepção social talvez apontasse para outra direção.

Ainda mais enfático, o Min. Luiz Fux afirmou ser “latente o sentimento social que relaciona, com razão, a interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento da competência especial por prerrogativa de função à impunidade”. Ademais, o Magistrado defendeu em seu voto que “o clamor popular que associa a ampliação injustificada da prerrogativa de foro à impunidade [...] também assegurar[ia] efetividade aos princípios constitucionais republicano e da proporcionalidade”⁴⁷⁴. Finalmente, o então decano, Min. Celso de Mello, assistindo razão à proposta trazida pelo Relator, afirmou que a reinterpretação restritiva do foro traduziria uma reação do STF “a um modelo que efetivamente tem comprometido a funcionalidade e a regularidade do exercício da jurisdição penal por esta Corte”⁴⁷⁵.

Já o Ministro Alexandre de Moraes explicitou a rápida mudança da concepção social do foro por prerrogativa em seu voto, lembrando que em 2006, “a sociedade clamava ao

⁴⁷² STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 23.

⁴⁷³ STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Rosa Weber, p. 95.

⁴⁷⁴ STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Luiz Fux, p. 210-211.

⁴⁷⁵ STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Celso de Mello, p. 251.

Supremo Tribunal Federal que não desmembrasse a AP 470 (“Mensalão”) para a primeira instância, sob pena de impunidade”. Diante do fato, questionou o Ministro se seria possível utilizar os mesmos argumentos do caso “mensalão”, mas em sentido contrário. Adiante, novamente perguntou se “pleitear a extinção ou drástica redução do “foro privilegiado”, com remessa imediata de todas as investigações para a primeira instância, que seria mais eficiente e eficaz do que o Supremo Tribunal Federal?”⁴⁷⁶

Então, concluiu o Ministro ser

“Paradoxal analisar que, sem nenhuma alteração constitucional no tema em questão, e com menos de 4 anos e meio a separar os maiores e mais lamentáveis escândalos de corrupção da vida política brasileira, duas interpretações diametralmente opostas são pretendidas, baseadas na mesma motivação, qual seja, evitar a impunidade. Afirma-se que a primeira instância de ontem geraria impunidade e, portanto, que seria vital ao Supremo Tribunal Federal concentrar todo o processo e julgamento do “mensalão”. Porém, hoje, alguns afirmam que a impunidade está consagrada se o “petrolão” permanecer no Supremo Tribunal Federal, pois somente a primeira instância é capaz de medidas eficazes e rápidas contra a corrupção.”

No entanto, a maioria do Tribunal, por sete votos a quatro, acolheu a tese proposta pelo Ministro Relator para reinterpretar o foro por prerrogativa de forma mais restritiva, limitando-se a competência do STF para julgar crimes praticados em razão da função e durante seu exercício. Desses votos, a preocupação com a opinião pública foi percebida, explicitamente, nos votos de cinco dos sete Ministros da proposta vencedora, se apresentando como um dos elementos formadores da convicção jurídica dos membros da Corte.

Todavia, se por um lado a decisão tomada pelo Supremo satisfaz a opinião pública, por outro lado não se pode tê-la como correta em sentido absoluto. A visão que se forma da atividade dos Ministros, normalmente, é baseada em casos de maior repercussão e sob enfoque dos resultados gerados pelo julgamento, e não fundamentos da decisão⁴⁷⁷. Por isso, reinterpretar e restringir as normas do foro por prerrogativa, tomadas no julgamento da Ação Penal n.º 937, merecem a devida menção que há alguma falibilidade em sua essência, as quais podem ser verificados no item 2.10, e item 3.6 do presente trabalho.

⁴⁷⁶ A resposta do Ministro Alexandre de Moraes à própria pergunta foi a seguinte: “Erros e exageros, ontem e hoje. 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, para todos, e não somente para os casos que terminam com “ão”: “Mensalão”, “Petrolão”. (STF, *Ação Penal n.º 937/RJ*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 65-67)

⁴⁷⁷ LUNARDI, *op. cit.*, p. 249.

3.4 O temor pela prescrição como fundamento decisório

Há um elemento de caráter jurídico, mas de reflexos direto na opinião pública, que se vem se mostrando como um fator decisório nas posições adotadas pelo Supremo quanto ao foro por prerrogativa, seja no estabelecimento de parâmetros interpretativos, seja a fundamentar viradas jurisprudenciais. Esse elemento é a prescrição, se apresentando como um “fantasma” que assombra o STF quando o assunto é sua competência penal originária. A associação da prescrição à demora da prestação jurisdicional, geradora de impunidade de altas autoridades, é capaz de minar a reputação, causar grita e gerar descontentamento popular em relação a um Tribunal Constitucional⁴⁷⁸.

A ocorrência da prescrição no Supremo Tribunal Federal não se mostra exatamente um acaso, mas um fenômeno recorrente demonstrado por números. Segundo estudo publicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, denominado “Juízes contra a corrupção”, demonstrou-se que entre o ano 2000 até 2007, foram extintas no STF um total de 13 (treze) ações em razão da prescrição. Esse número corresponde a 10% (dez por cento) do total de ações penais que tramitaram no Tribunal nesse período⁴⁷⁹. Já um levantamento feito pelo jornal “Folha de São Paulo”, aponta que entre 2007 e 2016, um terço das ações penais em desfavor de parlamentares foram extintas em decorrência da prescrição⁴⁸⁰. E em voto na Ação Penal n.º 937-RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso expôs dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Tribunal, os quais apontavam que cerca de 200 ações prescreveram desde que a Corte passou a atuar nessa matéria. Por essa razão o Ministro, sobre o foro STF, concluiu: “o sistema é ruim; o sistema funciona mau; o sistema traz desprestígio para o Supremo; o sistema traz impunidade”.⁴⁸¹

A ocorrência de casos isolados de prescrição não traria maiores prejuízos ou a sensações de impunidade, mormente causadora de elevada repulsa social. Contudo, sua frequente ocorrência, reveladora da ausência de resposta estatal a um número considerável de casos, acaba por gerar um sentimento social de descrédito e perda de legitimidade do Judiciário

⁴⁷⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Foro privilegiado?* O Estado de São Paulo, Opinião, 07. Jan. 2017. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>>. Acesso em: 15. jul. 2019.

⁴⁷⁹ Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). *Juízes contra a corrupção: o fim do foro privilegiado*. Estudo. Brasília: AMB, 2007, 44 p. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf>. Acesso em: 30. Set. 2020.

⁴⁸⁰ *Um terço das ações contra políticos no STF prescreve*. Congresso em foco. Brasília, 14. Nov. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/um-terco-das-aco-es-contra-politicos-no-stf-prescreve/>>. Acesso em: 14 mai. 2021.

⁴⁸¹ STF, Ação Penal n.º 937/RJ. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 10-11.

enquanto poder.⁴⁸² E essa perda de legitimidade social implica, diretamente, na diminuição de capital político da Corte, elemento este essencial para a tomada de decisões contrárias aos interesses de elites políticas⁴⁸³, como no julgamento de parlamentares com foro por prerrogativa. Perceptível então mostra-se porque a prescrição é um fenômeno tão indesejado pelo Supremo, tendo em vista que sua efetividade pode até mesmo ser comprometida em julgamentos que afetem interesses ou elites políticas⁴⁸⁴.

Por esses motivos apresentados, a prescrição tornou-se o fator a explicar o porquê o Tribunal proferiu decisões diferentes em casos de circunstâncias muito semelhantes, e que envolviam o foro por prerrogativa: trata-se do julgamento, em 2007, da Questão de Ordem na Ação Penal n.º 333/PB, conhecido como caso “Gulliver” ou “Cunha Lima”; e em 2010, de Questão de Ordem na Ação Penal n.º 396/RO, popularmente chamado de caso “Donadon”.

Quando do julgamento da Q.O. na Ação Penal n.º 333-PB, o Supremo Tribunal Federal era formado por Ellen Gracie (Presidente), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

No caso em tela, um parlamentar acusado de tentativa de homicídio, renunciou ao cargo de Deputado Federal às vésperas do seu julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da manobra seria uma modificação do foro competente para o julgamento, onde os autos deixariam a Corte Constitucional para serem remetidos ao juízo competente do local do fato, seja ele a primeira instância de João Pessoa, na Paraíba. Em outras palavras, a renúncia ao cargo faria o acusado deixar de ser parlamentar federal, não mais gozando do foro por prerrogativa no STF, se tornando pessoa comum e, portanto, sendo julgado pela instância inicial.

Sob relatoria do Min. Joaquim Barbosa, a Corte se deparou com Questão de Ordem em dois aspectos, sendo que o principal deles⁴⁸⁵ versava sobre a legalidade da renúncia às vésperas do julgamento. De um lado, o Min. Relator pugnou pela tese de abuso de direito na renúncia do parlamentar, quando o caso já estava pautado para julgamento. A abnegação ao

⁴⁸² VAZ, Paulo Afonso Brum. *O fim da farra da prescrição penal: Lei n.º 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei n.º 12.234, de 05 de maio de 2010*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.36, jun. 2010. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/paulo_afonso.html>. Acesso em: 22 mai. 2021.

⁴⁸³ LUNARDI, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁸⁴ LUNARDI, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁸⁵ O outro tema debatido pelos Ministros versava sobre a prevalência do foro por prerrogativa sobre o princípio do Tribunal do Júri. Por unanimidade, os Ministros firmaram a tese que o art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal de 1988, cederia frente ao foro previsto no art. 102, I, “b” da Carta Magna, sob justificativa do princípio da especialidade. Ademais, no conceito de crime comum estariam os crimes dolosos contra a vida, autorizando a competência do Supremo para julgar delitos comuns praticados pelos parlamentares.

mandato, ainda que se mostrasse um legítimo direito do parlamentar, foi denominada de “chicana processual” pelo Relator, apresentando-se como um atentado a princípios como boa-fé, moralidade e supremacia do interesse público sobre o particular. Ainda, alegou o Ministro que a renúncia no teria o mero propósito de modificar unilateralmente uma competência estabelecida na Constituição, impedindo a Corte de exercer sua jurisdição, devendo a renúncia ser invalidada para fins de alteração do órgão julgador, mantendo-se a competência do STF⁴⁸⁶.

Ainda que a avaliação do caso girasse, juridicamente, em torno da avaliação da renúncia como direito subjetivo ou abuso de direito, o tema da prescrição acabou se mostrando como fator presente na tomada de decisão de alguns Ministros. Segundo o Relator, o caso já tramitava há quatorze anos, tendo a denúncia sido recebida há pelo menos cinco anos, e com um acusado que já possuía mais setenta anos de idade. Dessa forma, o aproximar da prescrição era uma realidade que não deveria ser desprezada pelos Ministros, na opinião de Barbosa.⁴⁸⁷

Sobre esse ponto, o Min. Cezar Peluso argumentou que toda a fase instrutória do processo ocorreu, durante dez anos, sob competência do Supremo Tribunal Federal, resultando em autos com mais de cem volumes. A remessa de um processo de tamanho proporcional à sua complexidade ao juízo de primeiro grau traria duplo prejuízo: ao STF, que teria demandado esforços em vão ao instruir os autos para posteriormente não julgá-lo; e o iminente risco de prescrição, tendo em vista que o tempo que juízo de primeira instância levaria para estudar e se situar diante das circunstâncias dos autos seria o suficiente para que cessasse o *ius puniedi* estatal⁴⁸⁸.

Na mesma esteira de Peluso, a Min. Cármen Lúcia afirmou que a prática da renúncia às vésperas do julgamento pelo STF poderia significar uma premeditada impunidade, tendo em vista “a escolha alternativa de um ou outro caminho para, com o tempo gasto no processamento em cada qual os órgãos, burlarem-se as leis do processo penal e obter-se a não conclusão da ação pela extinção da punibilidade, a que chega com a superveniência da prescrição”. Nessa prática, não haveria constitucionalidade, tampouco legalidade no proceder. Assim, a renúncia não impediria o prosseguimento da ação no Supremo pela configuração de abuso de direito em manobra dolosa de alteração unilateral do foro competente.

Todavia, essa não foi a tese vencedora, mas sim a divergência apresentada pelo Min. Marco Aurélio, o qual considerou a renúncia do congressista como ato legítimo e não passível de questionamento, capaz de transformar um parlamentar acusado em um cidadão comum. A

⁴⁸⁶ STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Joaquim Barbosa, p. 21-25.

⁴⁸⁷ STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Explicação Min. Joaquim Barbosa, p. 66.

⁴⁸⁸ STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cezar Peluso, p. 102.

consequência natural era a cessação da competência penal do Supremo sobre o caso, devendo-se declinar os autos ao juízo de primeira instância⁴⁸⁹. As razões foram acompanhadas pelos Ministros Eros Grau, Menezes Direito⁴⁹⁰, Gilmar Mendes⁴⁹¹, Celso de Mello⁴⁹² e Elen Gracie⁴⁹³, que não citaram a prescrição como fundamento de seus votos. O Min. Ricardo Lewandowski, ainda que tenha acompanhado a tese vencedora⁴⁹⁴, externou preocupação com uma possível prescrição do caso causada por conta de manobras protelatórias. No entanto, o Ministro considerou que a melhor solução para o caso não estaria ao alcance da Corte através de uma interpretação constitucional, mas sim de mudança de regras por parte do Poder Legislativo.

Isto posto, por sete votos a quatro, a renúncia do parlamentar foi considerada ato legal e, diante da cessação da atividade parlamentar, cessava também a condição para o que o Supremo Tribunal Federal exercesse sua competência penal originária. Logo, foi determinada a remessa dos autos da Ação Penal n.º 333 à instância inicial.

Todavia, três anos após a conclusão do caso “Gulliver”, novamente o Supremo se viu diante de situação praticamente idêntica, quando do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n.º 396-RO, no ano de 2010, conhecido como caso “Donadon”. Já a formação da Corte sofrera duas modificações: no fim de 2009, com a morte do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, houve a indicação⁴⁹⁵ do ex-Advogado Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, para

⁴⁸⁹ STF. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Marco Aurélio, p. 78-79

⁴⁹⁰ Sobre a permanência da competência do STF para julgar o parlamentar que renunciou ao cargo, afirmou o Ministro: “Entendo que essa orientação, se adotada no momento, significaria o reestabelecimento da própria Súmula n.º 394, na medida em que esta Súmula, afastada em setembro e agosto de 1999, no Inquérito n.º 687, previa exatamente a *perpetuatio jurisdictionis*, e o Supremo Tribunal Federal entendeu, considerando as circunstâncias de cada caso, que ela deveria ser revogada.” (STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Menezes Direito, p. 105)

⁴⁹¹ “Senhora Presidente, diante daquela descrição dos fatos feita inicialmente por mim, não consigo vislumbrar abuso de direito aqui enfatizado”. (STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 162)

⁴⁹² “Celso de Mello defendeu o respeito do princípio do juiz natural previsto na Constituição, afirmando que ele é, por um lado, garantia processual para qualquer pessoa em ação penal e, por outro lado, uma limitação jurídica sobre os órgãos com poder para processar e julgar. Nesse sentido, segundo o Ministro, o STF é juiz natural para processar e julgar os membros do Congresso Nacional, quaisquer que sejam as razões penais, segundo prevê a Constituição Federal. Portanto, não sendo mais deputado, Cunha Lima não deveria ser julgado pelo Supremo. (Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Imprensa. 05. Dez. 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79146&ori=1>>. Acesso em: 25. Mai. 2021.

⁴⁹³ “É um ato unilateral puro. Por outro lado, a competência dessa Corte se limita ao julgamento daqueles que sejam titulares de mandato. É uma competência que não admite alargamentos. E, via de consequência, não sendo viável, não sendo possível reinstalar o acusado na condição de deputado federal, cargo do qual se apartou voluntaria e, irrevogavelmente, entendo que não subsiste a competência desta Casa.” (STF. *Ação Penal n.º 333 (PB)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Elen Gracie, p. 164).

⁴⁹⁴ “A renúncia, a não reeleição, a perda do mandato por qualquer das hipóteses previstas na Constituição faz cessar, inapelavelmente, penso eu, a prerrogativa do foro especial, taxativamente previsto na Constituição.” (STF. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 139)

⁴⁹⁵ A morte precoce do ministro Carlos Alberto Menezes Direito antecipou a indicação que era dada como certa, talvez a mais previsível de todas as escolhas do presidente Lula. Em conversas reservadas com seus assessores e

integrar o Tribunal; e agosto de 2010, Eros Grau deixou a Corte por aposentadoria, cuja vaga só foi ocupada no ano seguinte com nomeação de Luiz Fux⁴⁹⁶.

Conforme apontado anteriormente, o caso “Donadon” guardava muitas semelhanças com o caso “Gulliver” já que, em ambas situações, um parlamentar renunciava ao cargo às vésperas do julgamento pelo Plenário da Corte. Todavia, se no caso “Gulliver” o elemento prescrição fez-se presente, porém não decisivo no resultado do juízo da Corte, no caso “Donadon” ele se apresentou como condição preponderante para o resultado do julgamento, sem desprezo de outros argumentos técnicos jurídicos citados pelos Ministros.

A Relatora do caso, Min. Cármen Lúcia, destacou que o crime a ser julgado foi praticado em 1999, cuja ação penal tramitou em vários órgãos do Judiciário até chegar ao STF, o que aconteceu quando o acusado foi eleito Deputado Federal. Após a Corte Constitucional promover uma longa instrução processual, no dia anterior à data do julgamento em Plenário, o acusado renunciou ao mandato o que, em tese, causaria o deslocamento dos autos para a instância inicial, à exemplo da decisão na Ação Penal n.º 333-PB. Todavia, a Relatora destacou que o crime em questão prescreveria, exatamente, em oito dias, contados daquela Sessão do STF. Assim, destacou que, caso houvesse o deslocamento dos autos para a instância inicial, a pretensão punitiva do Estado seria alcançada pela prescrição.⁴⁹⁷

Na fundamentação do voto, em suma, a Relatora manteve os mesmos fundamentos da decisão no caso “Gulliver”, considerando que, em que pese legítima fosse a renúncia do mandato, o ato “não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, muito menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo (...)”. Continuando, a Ministra afirmou que “subtrair-se ao julgamento é uma forma de fraude inaceitável” e que frustra o próprio “dever do Estado de julgar, próprio do Estado de Direito, e do dever do denunciado de submeter-se ao direito segundo o sistema vigente”. Ao final, a Ministra votou pela condenação do parlamentar.

Em sequência, o Min. Dias Toffoli afirmou que o acusado renunciara ao cargo para, exclusivamente, se furtar à ação penal. Não obstante, ainda defendeu a Suprema Corte diante de acusação de suposta ineficiência quanto ao foro por prerrogativa, lembrando que vários congressistas vêm renunciando aos cargos, forçando a remessa para as instâncias iniciais. O

demais ministros, o presidente falava abertamente, mais de um ano antes da sua indicação – que ocorreu em 2009 –, que faria Toffoli ministro do Supremo: “Esse vai ser o meu menino no Supremo”. (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 152.)

⁴⁹⁶ RECONDO, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁹⁷ STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Cármen Lúcia, p. 15-16.

objetivo seria, a partir daí, efetuar o maior manejo de recursos possíveis a alongar a marcha processual para, ao final, buscar a prescrição da pena ou da sua execução.⁴⁹⁸

Em comparação ao caso “Gulliver”, os Ministros Carlos Ayres Britto⁴⁹⁹, Cezar Peluso⁵⁰⁰ mantiveram suas posições, votando pela manutenção da competência do STF para julgar os congressistas renunciantes, seja pela caracterização de intenção de provocar fraude à lei, bem como evitar-se a prescrição do caso. Já os Ministros Ricardo Lewandowski⁵⁰¹, Gilmar Mendes⁵⁰², Ellen Gracie⁵⁰³, revisaram suas posições em relação à Ação Penal n.º 333, filiando-se à tese proposta pela Ministra Relatora a evitar que a manobra realizada pelo acusado causasse a prescrição punitiva dos crimes praticados. O único voto divergente foi proferido pelo Min. Marco Aurélio, que também mantendo posicionamento anterior, não vislumbrando a renúncia como abuso de direito, afirmou que a saída do cargo cessaria o foro por prerrogativa no STF⁵⁰⁴.

Por fim, por oito votos a um, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a renúncia do parlamentar ao mandato, às vésperas de seu julgamento pelo Plenário da Corte, visando alteração do foro e, conseqüentemente, a procrastinação do julgamento e seus efeitos, como a prescrição, constituir-se-ia abuso de direito. Com efeito, a renúncia não serviria como meio a

⁴⁹⁸ STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Dias Toffoli, p. 79-80.

⁴⁹⁹ “Senhor Presidente, acompanho a Relatora para resolver a questão de ordem, dando pela competência do Supremo. (...) Um abuso de direito que redundará na fraude à lei, como disse sua Excelência, porque o objetivo maior do renunciante é obter a prescrição punitiva do Estado”. (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Ayres Britto, p. 83)

⁵⁰⁰ “Porque, valendo-se da categoria permitida da prática de renúncia – porque a norma jurídica permite a renúncia -, o que se pretende, na verdade, não é obter efeito típico da renúncia, mas é evitar a incidência da norma cogente de caráter penal, que incidirá em caso condenação, mediante ocorrência de prescrição”. (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Cezar Peluso, p. 91)

⁵⁰¹ “Senhor Presidente, no caso “Cunha Lima”, manifestei-me contrariamente a essa tese por entender que a competência do Supremo Tribunal Federal, fixada na Constituição, tem caráter absoluto. (...) Neste caso específico, considerando as peculiaridades que ele encerra e verificando que o acusado pretende furtar-se à aplicação da lei penal para obter o benefício que a lei processual prescreve pelo decurso de prazo, que é exatamente a prescrição, entendo que renúncia se opera em fraude à lei, claramente”. (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 82)

⁵⁰² “Parece notório o abuso, a tentativa de frustração. No caso, a Relatora demonstrou que, inclusive verificada a renúncia e a perda da competência, restará implementada a prescrição. O que realmente leva à frustração completa da jurisdição criminal da Justiça Criminal.” (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 85)

⁵⁰³ “Presidente, também acompanho a proposta da Ministra Relatora, levando em consideração que o Tribunal não pode admitir essa manipulação de instâncias para obter efeito de prescrição de pelo menos um dos delitos que está sendo imputado. Portanto, o uso, nestas circunstâncias, do direito que tem o parlamentar de renunciar configura, na verdade, um abuso desse direito.” (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Ellen Gracie, p. 87)

⁵⁰⁴ “A competência do Tribunal há de ser apreciada em primeiro lugar. (...) O móvel da prerrogativa de ser julgado pelo Supremo, o que é fato e precisa ser considerado pela Corte já não existe, porque o réu desta ação penal integra mais o Congresso Nacional. E sabemos que a competência do Supremo é direito estrito. É o que se contém na Carta da República, e nada mais. (...) Peço vênias aos colegas, à maioria já formada, para dissentir e assentar: com a renúncia operada, com o fato do réu ter deixado de ser membro do Congresso Nacional, cessou a competência do Tribunal e cessaria também se o julgamento estivesse em curso e não concluído.” (STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Marco Aurélio, p. 88-89)

impedir do julgamento pela Corte, “o que ensejou a perpetuação da jurisdição da Suprema Corte. Decisão absolutamente correta, e que, de resto, prestigia o regular exercício do voto popular”⁵⁰⁵. Assim, o caso “Donadon” acabou por ter desfecho diferente em relação ao caso “Cunha Lima”⁵⁰⁶, se mostrando como mais uma regra processual a fazer parte da ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa.

A prescrição, como causa de afastamento de licitude de um ato como a renúncia, possui base teórica em Hans Kelsen, para quem a definição de um ato jurídico, como lícito ou ilícito, não passaria pela sua facticidade, mas sim pelo “o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui”. Então, aponta-se que “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”⁵⁰⁷. E para Kelsen, a norma que emprestaria essa significação jurídica, é a norma fundamental pressuposta, ou seja, “a Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes.”⁵⁰⁸

No caso em questão, o ato jurídico renúncia mostrava-se incompatível com regras constitucionais de competência, capaz de frustrar a ação jurisdicional do Estado e princípios como moralidade e igualdade⁵⁰⁹. Considerando as lições kelsenianas, ainda que a abdicação do mandato fosse válida, seus efeitos não se tornam eficazes por faltar-lhe significação jurídica com outra norma, no caso a Constituição⁵¹⁰. Assim, considerando que a eficácia é condição de validade de norma ou ato, o Supremo Tribunal Federal, no caso “Donadon”, entendeu a renúncia do parlamentar como direito subjetivo, porém retirando-lhe a eficácia de promover modificação a competência criminal da Corte para primeira instância.

⁵⁰⁵ PACCELI, *op. cit.*, p. 191-192. (e-book)

⁵⁰⁶ Também é possível afirmar que, no caso, o Supremo realizou manobra denominada de *distinguishing*, o qual “expressa a distinção entre os casos para o efeito de subornar, ou não, o caso sob julgamento a precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019). Na prática, para realizar o *distinguishing*, necessário é a delimitação da *ratio decidendi* da decisão do primeiro caso, considerando seus fatos materiais relevantes à tomada de decisão para, posteriormente, verificar se o entendimento firmado se aplica ao caso em julgamento, considerando, também, suas circunstâncias próprias. Aplicando o raciocínio no caso em questão, as circunstâncias que permitiram ao STF considerar a renúncia do acusado, às vésperas de seu julgamento na A.P. n.º 333-PB, não estavam presentes na A.P. n.º 396-RO, ainda que as circunstâncias fáticas fossem extremamente parecidas. Desse modo, o fato da renúncia no caso “Donadon” visar a prescrição punitiva fez com a Corte Constitucional pudesse não ser denominada de incoerente ao não aplicar o precedente anterior, ocorrendo então o *restrictive distinguishing*. (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação (Mestrado). 426.p. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito: Florianópolis, 2016, p. 169)

⁵⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

⁵⁰⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, p. 148

⁵⁰⁹ STF. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Cármen Lúcia, p. 20-21.

⁵¹⁰ KELSEN, *ibidem*.

Continuando a comparação das decisões na Ação Penal n.º 333-PB e Ação Penal n.º 396-RO, vislumbra-se que o elemento prescrição se mostrou como fundamental para a configuração da renúncia do mandato pelo congressista como fraude à lei ou abuso de direito. Mas para essa configuração, a renúncia teria de ocorrer às vésperas de seu julgamento, no intuito de provocar a mudança de foro do STF para instância inferior, e gerar algum prejuízo, como a prescrição. Dessa forma, considerando a prescrição como fim indesejável à persecução penal, os Ministros do Supremo não só estabeleceram parâmetros para definição da abdicação do mandato parlamentar como fraude ou não, bem como garantiram a própria efetividade da jurisdição criminal no STF, bem como de toda Justiça Criminal.

Insta destacar que o receio da prescrição, e do consequente desgaste que a Suprema Corte pode herdar com sua ocorrência, também pode ser verificado em outros julgamentos do Tribunal, como é o caso do Inquérito n.º 2.245-DF, tratado no item anterior. Naquele caso, a discussão sobre o desmembramento dos autos ou não, passou por debates como possibilidade de decisões contraditórias, capacidade da Corte em efetuar o julgamento e a o receio da prescrição. Dos onze Ministros, oito⁵¹¹ externaram receio com a possibilidade de prescrição do caso, o que ao final levou o Tribunal não só a manter o caso sob sua competência, bem como proceder os devidos esforços para o julgamento do caso em tempo hábil a apresentação de uma resposta à sociedade.

3.5 Um tribunal de fases: o STF autorrestritivo, expansivo, reverso e seu monopólio de interpretação

⁵¹¹ Os Ministros que levantaram a possibilidade de prescrição em seus votos ou manifestações como parte do fundamento para o não desmembramento do processo e sua remessa à primeira instância foram Cármen Lúcia (“A sociedade espera, quer e todos nós precisamos é dar uma resposta jurídica, conveniente, acertada, e fazermos com que este caso ande, na medida do possível, com a celeridade necessária.” p. 1.322), Ricardo Lewandowski (“E o fato relevante (para desmembramento do processo) é a possibilidade de prescrição, que é concreta”. p. 1.352), Ellen Gracie (“Entendo que eventual risco de prescrição é muito maior se formos seguir todas as instâncias ordinárias. (...) O Tribunal tem condições objetivas para fazê-lo, para cumprir o processamento deste ou de qualquer outro processo”. 1.362-1.380), Gilmar Mendes (“A prescrição poderá ser evitada com o julgamento, com o recebimento da denúncia.”, p. 1.362) e Sepúlveda Pertence (“quando for o caso, o que não prescrever no processo originário, prescreverá mais seguramente no recurso extraordinário.” p. 1.362).

Já os Ministros Joaquim Barbosa (“Ministro, o risco é maior é deste processo não chegar a lugar algum. É prescrição na certa”, p. 1.363), Carlos Ayres Britto (“Temo que o processo se arraste no tempo e sobrevenha a extinção da punibilidade pela prescrição. Penso que as instâncias ordinárias estão mais bem afeiçoadas ao processo de julgamento do feitos penais e tem condição de dar uma resposta sentencial e a própria sociedade com mais celeridade, para um caso que reconheço de emblematicidade única.”, p. 1.332) e Cezar Peluso (“Ministro, nós não vamos terminar esse processo antes que se consuma prescrição.”, p. 1.356) também citaram a prescrição como uma preocupação, mas caso o Supremo se considerasse competente para o julgamento dos réus, tendo em vista sua inaptidão para instrução processual criminal comum de instâncias inferiores

Tida como “símbolo maior de uma história de sucesso”, a Constituição de 1988 representou a transição de um Estado autoritário para um Estado democrático e de direito, assegurando ao país três décadas de instabilidade institucional, resistindo a diversas conjunturas adversas. Nesse período de normalidade institucional, Luís Roberto Barroso afirma que as crises políticas enfrentadas “têm sido resolvidas com base nos instrumentos previstos pela própria Constituição”⁵¹², mostrando um amadurecimento institucional brasileiro, passível de celebração.⁵¹³

Nos mais de trinta anos de vigência da Carta Cidadã, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhado seu papel contramajoritário, ao declarar a (in)constitucionalidade de leis e atos normativos, e também um papel representativo, atendendo as demandas sociais e anseios políticos não atendidos pelo Congresso Nacional⁵¹⁴. Neste contexto, o STF tem sido um considerável protagonista, sendo chamado a se manifestar em questões de temas controvertidos, assegurando direitos sociais, participando de dois *impeachments* de Presidentes e julgando altas autoridades envolvidas em corrupção via foro por prerrogativa⁵¹⁵.

É importante destacar que trajetória do Tribunal nos mais de trinta anos de atuação como guardião da Constituição e Tribunal penal originário de altas autoridades não têm sido linear, com variação de seu entendimento em vários temas de grande importância⁵¹⁶. Dentre essas alternâncias de posições do STF, está a aplicação das regras do foro por prerrogativa que por vezes foi modificada, com direito a decisões de conteúdo antagônico, em processo que aqui denominar-se-á de ciranda jurisprudencial. Entender a trajetória do Tribunal nessas três décadas do atual regime constitucional, em alguma medida, explica a ciranda de soluções diversas que a sua jurisprudência tem se mostrado quando ao foro no STF.

Observando-se a trajetória da Corte no atual regime constitucional, é possível observar e dividir seu comportamento jurisdicional evolutivo em três fases distintas: (i) fase autorrestritiva, de 1988 a 2000; (ii) fase expansiva, de 2000 a 2014; e (iii) fase reversa, de 2014 até o atual momento⁵¹⁷. Estabelecidos os principais períodos de atuação da Corte, passa-se à análise de como o foro por prerrogativa foi tratado nessas fases.

⁵¹² SARMENTO, *op. cit.*, p. 157.

⁵¹³ BARROSO, *op. cit.*, p. 500.

⁵¹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 483.

⁵¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trinta anos, Uma Constituição e Três Supremos: Autorrestrrição, Expansão e Ambivaência*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2., set./dez. 2018, p. 1-2.

⁵¹⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 2.

⁵¹⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 2.

É normal que logo da promulgação de uma nova Constituição, em que haja uma ampliação do acesso à jurisdição constitucional e da própria jurisdição constitucional, que questões políticas e sociais, rotineiramente, passem a ser questionadas no Tribunal Constitucional⁵¹⁸. Todavia, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter saído da Assembleia Nacional Constituinte⁵¹⁹ com amplos poderes para participar da vida política, esses poderes, deliberadamente, foram desativados ou adormecidos pelos Ministros nas primeiras decisões importantes do Tribunal. Em outras palavras, o STF procurou reconfigurar o novo desenho institucional trazido pela Constituição de 1988, restringindo sua atuação na esfera política.⁵²⁰

A postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, denomina-se como fase autorrestritiva. Em termos práticos, a Corte firmou o que se chama de “dogma do legislador negativo”⁵²¹, o que na prática significaria que ao interpretar a Constituição, o Tribunal se limitaria a, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, suprimindo sua aplicação. Dessa forma, estava afastada qualquer ação que trouxesse algum acréscimo de conteúdo constitucional⁵²², já que a função de criador de normas seria guardada ao Legislativo e ao Executivo, controlados pela jurisdição constitucional de um Tribunal.⁵²³

Essa postura de passivismo judicial do STF também foi aplicada quanto às próprias competências. Um exemplo é o julgamento do primeiro paradigmático caso sobre o foro por prerrogativa na vigência da Constituição de 1988, seja ele a Q.O. no Inquérito n.º 687-SP, cuja decisão veio a revogar a Súmula n.º 394. Essa decisão, em suma, restringiu a competência do Supremo para julgamento dos crimes praticados pelos parlamentares tendo em vista que, ao cessar o mandato, também cessaria também a jurisdição da corte. Anteriormente, praticado o

⁵¹⁸ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 240.

⁵¹⁹ Sobre o tratamento dado pela na recém Constituição de 1988 ao Poder Judiciário, afirma Daniel Sarmiento: “Por outro lado, ela consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política. Pelo arranjo adotado, que combina uma Constituição extensa e invasiva, com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade, tornou-se difícil que alguma decisão política mais relevante deixe de ser submetida ao Judiciário, que muitas vezes decide contra a vontade dos demais poderes do Estado.” (*op. cit.*, p. 151)

⁵²⁰ ARGUELHES, *Poder*, p. 27.

⁵²¹ A teoria do legislador negativo guarda base na obra de Hans Kelsen, que assim a apresenta: “A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional.” (*Jurisdição Constitucional*. p. 153)

⁵²² MELLO, *Trinta anos*, p. 7.

⁵²³ KELSEN, *Jurisdição*, p. 153.

crime durante o exercício funcional, prevaleceria o foro no STF, mesmo que o inquérito ou ação penal fossem iniciados findo o mandato⁵²⁴.

Para o Ministro Relator, Sydney Sanches, o teor da Súmula n.º 394 não se repetiu, ao menos expressamente, na Carta Cidadã, tendo em vista que o art. 102, I, “b” afirmava ser o STF competente para julgar crimes praticados pelos membros do Congresso Nacional. Ao sobrevir a saída do cargo, seja qual o motivo, eventual acusado já não mais ostentaria essa condição, não existindo motivos para que o inquérito ou ação penal continuasse a ser julgado pelo Tribunal Constitucional. Ademais, confirmando a tendência restritiva do STF à época, para o Relator, “as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, os exercentes de tais cargos ou mandatos.”⁵²⁵

Em outro momento, o Relator reafirmou a necessidade de interpretação restrita quanto ao foro por prerrogativa, mas por razões de operacionalidade da Corte. Segundo o Ministro Sanches, quando editada a Súmula n.º 394, raros eram os casos onde parlamentares eram julgados pelo Tribunal. Todavia, a realidade se mostrava diversa, já que a atualidade apresentava grande volume de inquéritos e ações penais em desfavor de ex-congressistas, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente, inviabilizando assim as demais atribuições constitucionais. Enquanto não sobreviesse interesse ao Legislativo em promover reformas no Judiciário para resolução desses problemas, a solução seria uma interpretação restrita ao foro no STF pelo próprio Supremo⁵²⁶.

O *overruling*⁵²⁷ proposto pelo Relator de superação da Súmula do *perpetuatio jurisdictionis* foi seguida pela unanimidade dos Ministros. Todavia, entendendo ser necessária que as ações relacionadas ao cargo e praticadas durante o exercício dele devessem ser

⁵²⁴ Essa frase representa praticamente a integralidade do teor da cancelada Súmula n.º 394, que assim dispunha: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

⁵²⁵ STF – Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 687 – Questão de Ordem*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto: Min. Sydney Sanches. p. 251.

⁵²⁶ STF – Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 687 – Questão de Ordem*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto: Min. Sydney Sanches. p. 252.

⁵²⁷ O *overruling* é entendido como “técnica pela qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*), revogado expressamente por outro precedente. O *overruling*, em regra, deve ser praticado pelo mesmo tribunal, pois aquele que fixou o precedente é que deve ter o poder de abandoná-lo. A superação do precedente pode ocorrer por qualquer motivo, sendo os mais frequentes os seguintes: (a) quando o precedente está obsoleto ou desfigurado; (b) quando é absolutamente injusto, incorreto ou equivocado; (c) quando se revela inexecutável na prática; (d) quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou passa a negar proposições morais, políticas e de experiência; e (e) quando não tem consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com outras decisões ou com novos dispositivos legais.” (REDONDO, Bruno Garcia. *Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação*. Revista de Processo, v. 217, p. 401-418, mar. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 408)

protegidos, o Min. Sepúlveda Pertence propôs edição de uma nova Súmula⁵²⁸ que contemplasse a situação. Todavia, a proposta não recebeu a maioria de apoio dos membros da Corte.

Sugere-se que vários fatores são capazes de explicar essa postura passivista do STF em seus primeiros anos pós-Constituição de 1988, sendo que dois deles poderiam justificar a decisão tomada na Q.O. do Inquérito n.º 687-SP e interessam ao presente estudo. O primeiro está relacionado à formação da Corte, cuja composição apontava para uma maioria de Ministros nomeados durante a ditadura Militar, ou por Presidente que apoiava o regime militar⁵²⁹. Ainda que a Constituição fosse nova, os Ministros pertenciam a um contexto diferente, cujas carreiras transcorreram em um ambiente mais limitado de jurisdição constitucional e pouca participação na política, incluindo-se, também, aqueles nomeados já no período democrático.

O segundo fator se encontra no fator continuísmo, naturalmente manifestado em um STF que apresentou, nos primeiros anos, uma autorrestrição prudencial⁵³⁰, observável através dos cautelosos entendimentos adotados no novo cenário político que se apresentava. O histórico enfrentado pela Corte durante os Atos Institucionais n.º 5 e n.º 6, de certa forma, moldaram o Supremo como um órgão domesticado, atrofiado e politicamente inexistente pelo Executivo militar⁵³¹. Percebe-se, então que a Corte adotou um ritmo lento e graduação para sua atuação no processo de redemocratização, sendo possível afirmar que “crenças sinceras de Ministros sobre a função judicial - concepções tradicionais sobre o STF, ainda presentes na composição herdada do regime militar” explicariam as decisões tomadas nos primeiros anos da Constituição de 1988.⁵³²

Já durante a fase expansiva, mas ainda adotando uma postura autorrestritiva, o Supremo ainda reagiu à uma tentativa de maximização de suas competências, que se deu através da aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 10.628/02, que objetivava ressuscitar o teor da

⁵²⁸ O verbete proposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence teria a seguinte redação: “Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”.

⁵²⁹ Dos membros do STF nomeados durante o Regime Militar e que compunham Tribunal quando do julgamento da Q.O. no Inquérito n.º 687, estavam os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Sydney Sanches. O Presidente José Sarney, que participava do grupo político que apoiava a ditadura, nomeou os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Já o Presidente Fernando Collor nomeou os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. O Presidente Itamar Franco fez uma única indicação, seja ela a o Ministro Maurício Corrêa. Finalmente, o Presidente Fernando Henrique Cardoso indicou o nome de Nelson Jobim. (STF. Composição. Linha sucessória. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria>>. Acesso em: 27. Mai. 2021.

⁵³⁰ Carlos Alexandre de Azevedo Campos define a autorrestrição prudencial como o modelo de comportamento de uma Corte, mormente restritivo, causado por dois motivos: temor por possíveis reações adversas de outros órgãos políticos às suas decisões, ou defesa da própria funcionalidade. (*Dimensões*, p. 181)

⁵³¹ AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões*, p. 246.

⁵³² ARGUELHES, *Querer não é poder*, p. 36.

Súmula n.º 394. A lei que introduzia o parágrafo primeiro ao artigo 84 Código de Processo Penal, era o resultado de um descontentamento dos parlamentares com a decisão do STF no julgamento do Inquérito n.º 687, que colocou fim à *perpetuatio jurisdictionis*. Com a nova redação, reestabelecida estaria a o foro por prerrogativa, em relação aos atos administrativos dos agentes, ainda que o inquérito ou ação penal fossem iniciados após o fim do mandato.

O movimento realizado pelo Congresso como uma resposta legislativa a uma revisão judicial é denominado pela literatura jurídico-política norte-americana de *override*, configurando-se quando o Legislativo “substitui a interpretação constitucional pela do Tribunal”, configurando-se como “paradigma de restrições da política judicial”⁵³³. Porém, nada impede que as tentativas de contornar decisões judiciais possam ser acompanhadas de respostas do Poder Judiciário⁵³⁴, o que no caso em questão se deu no julgamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n.º 2.797 e n.º 2.860) propostas em desfavor da Lei 10.628/02.

Em relação ao julgamento que cancelou a Súmula n.º 394, o Tribunal havia sensivelmente mudado sua composição, tendo como novidades os Ministros nomeados pelos Presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, sejam eles: Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau⁵³⁵. Em que pese ter ocorrido a alteração de praticamente metade dos membros da Corte, a linha restritiva ainda persistia no Tribunal.

Em suma, ao julgar as ADI’s, o Supremo Tribunal Federal considerou que o ato legislativo ordinário impugnado usurpava sua competência de intérprete da Constituição, violando o texto Constitucional. Sobre isso, o Tribunal afirmou que “admitir que pudesse lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeito ao referendo do legislador”⁵³⁶.

Na oportunidade, a Corte mostrou não aceitar o desafio que lhe fora imposto pelo Legislativo, considerando que a postura do legislador na situação como um “desconcerto institucional”, termo usado pelo Ministro Relator, Sepúlveda Pertence. Ainda para o Relator, caberia ao STF repelir a tentativa de retirar do Tribunal seu papel institucional de guardião da Constituição. Mais do que colocar o Supremo na condição de órgão que profere a palavra final

⁵³³ MILLIGAN, Luke. *Modeling the Congressional End-Run Constraint*. University of Richmond Law Review, Vol. 45, n. 3, March 2011, University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2012-10, p. 863-901. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2099758>>. Acesso em: 28. Mai. 2021, p. 865.

⁵³⁴ LUNARDI, *op. cit.*, p. 71.

⁵³⁵ STF. Composição. Linha sucessória. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria>>. Acesso em: 27. Mai. 2021.

⁵³⁶ STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797-DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005. DJ: 19.12.2006, p. 251.

sobre a interpretação da Constituição, a decisão deu a si mesmo o posto de único intérprete da Constituição⁵³⁷.

A posição do Relator é referendada por autores portugueses como Joaquim José Gomes Canotilho⁵³⁸, o qual leciona que “uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário deve-se excluir do âmbito constitucional”, e Jorge Miranda⁵³⁹, para o qual “uma interpretação autêntica só pode ser feita ‘por lei com força constitucional – ou seja, em uma Constituição rígida por lei decretada pelo poder de revisão, e não de lei ordinária’.” Assim, o professor português admite que a legislação ordinária poderia atuar regulamentando, reduzindo o alcance ou dando exequibilidade às normas constitucionais, mas jamais interpretando-as, como seria o caso da Lei n.º 10.628/02 em relação ao julgado no Inquérito n.º 687-DF.

Fundamentalmente por essa razão, o STF declarou a Lei 10.628/02 como inconstitucional. Por conclusão, o julgamento da ADI n.º 2.797-DF ainda mostrou um Supremo Tribunal Federal ainda cauteloso, e de posição restritiva no que se referia à negatória de ampliação da própria competência para julgar ex-detentores de cargos públicos. Em contrapartida, percebeu-se uma Corte que não fugiu ao embate político com o Legislativo na disputa da condição de intérprete da Constituição. Embora o comportamento na fase autorrestritiva do Tribunal no período pós Constituição de 1988 pudesse ser resumido no lema “poder não é querer”⁵⁴⁰, no caso específico do julgamento em questão, o Supremo pode ter começado uma nova fase, cujo comportamento teria base no “querer é poder”.

Todavia, a decisão tomada não escapa a algumas críticas, como a de ser classificada como ativismo judicial antialógico. Ao negar a possibilidade de lei ordinária realizar interpretação direta de dispositivo da Constituição contrária à sua interpretação anterior, o Supremo adotou postura autoritária ao se denominar único intérprete da Lei Fundamental. Todavia, essa tarefa não pode ser encarada como uma atribuição exclusiva, tendo a Corte

⁵³⁷ AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões*, p. 333-334. A afirmação do autor reside no fato de a decisão do Supremo, no caso, considerar que é do Tribunal a última palavra de como a Constituição deve ser interpretada, faltando autoridade política ao legislativo infraconstitucional para definir como a Carta Magna deveria ser interpretada. Obviamente, a decisão gerou críticas por parte dos Ministros vencidos, especialmente Eros Grau e Gilmar Mendes. Para Grau, todo ato legislativo, como uma lei ordinária, envolve procedimento de interpretação por parte de quem legisla, não podendo o STF ser o único a dar a palavra final sobre o significado das normas Constitucionais. Ademais, o Ministro afirmou que o legislador não fica vinculado por um dever de não legislar em razão do Supremo ter conferido determinada interpretação da Constituição.

Já Gilmar Mendes defendeu a liberdade de conformação do legislador, afirmando que o exercício dessa liberdade não poderia ser considerado como um “desaforo” ou “desarranjo institucional” como definira o Ministro Sepúlveda Pertence. Para Mendes, na mesma linha de Eros Grau, reafirmou o papel de intérprete da Constituição como uma função do legislador no exercício de sua atividade, decorrendo a possibilidade de, eventualmente, o existir o pronunciamento do Tribunal Constitucional caso essa atividade contrarie a Lei Fundamental. (*op cit.*, p. 334-335)

⁵³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Almedina: Coimbra, 1991, p. 239.

⁵³⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. vol. II. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 231.

⁵⁴⁰ ARGUELHES, *Poder*, p. 61.

Constitucional a última, mas não a única palavra sobre um determinado caso, já que o respeito ao espaço de outros poderes no esclarecimento da Carta Magna tornaria a atuação da Corte Constitucional, inclusive, mais legítima.⁵⁴¹

A segunda fase de atuação do Supremo sob a Constituição de 1988 foi marcada por uma mudança de comportamento quanto às suas competências e seu papel institucional. As decisões, nesse período, têm como características o acréscimo de conteúdo à norma constitucional, através de sua jurisprudência, criando-se regras como se normas positivadas fossem. Cita-se como exemplos a decisão que estabeleceu um cálculo aritmético para estabelecimento de vereadores conforme a população do Município⁵⁴² e a regra da fidelidade partidária⁵⁴³.

Para estudiosos, a nova fase do Tribunal que se iniciava com o novo milênio é chamada de era do ativismo judicial do Supremo Tribunal⁵⁴⁴. A explicação estaria no abandono da fase autorestritiva e a adoção de uma postura onde o Tribunal passa a extrair o máximo das potencialidades do texto Constitucional, construindo regras específicas a partir de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e enunciados vagos⁵⁴⁵.

Nesse período, observa-se uma mudança de postura do STF quando ao foro por prerrogativa de função. Enquanto no julgamento do Inquérito n.º 687-DF o Colegiado caminhou por uma restrição da sua competência ao cancelar a Súmula n.º 394, na fase expansiva mostrou um Tribunal disposto a atuar na condição de criador de regras, ou de interpretá-las visando a expansão de seu poder⁵⁴⁶.

Em 2005, no Inquérito n.º 2.245-MG, que antecedeu a Ação Penal n.º 470 (caso “mensalão”), o Tribunal alterou sua jurisprudência para julgar esquema de corrupção onde a grande maioria dos acusados não detinha o foro por prerrogativa no STF. Mais que garantir a efetiva prestação e se tornar um marco no combate à corrupção no Brasil, a decisão ampliou o alcance do foro do Supremo e seu protagonismo político ao atender a demanda por moralização da política e a submissão de todos à lei⁵⁴⁷. Todavia, a posição também ampliou de certa maneira a sua competência ao julgar pessoas comuns pelo foro por prerrogativa, o que gera alguma

⁵⁴¹ AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões*, p. 332-334.

⁵⁴² STF, Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n.º 197.917-SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 06.06.2002. DJ. 07.05.2004.

⁵⁴³ STF, Tribunal Pleno. *Mandado de Segurança n.º 26.602-DF*. Rel. Min. Eros Grau. j. 04.10.2007. DJ. 17.10.2008.

⁵⁴⁴ AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões*, p. 247.

⁵⁴⁵ BARROSO, *Curso*, p. 449.

⁵⁴⁶ VIEIRA, *Supremocracia*, p. 446.

⁵⁴⁷ MELLO, *Tinta anos*, p. 15.

dúvida quanto à sua compatibilidade com a lei maior, principalmente se for considerado a regra de que “não há competência para além do texto constitucional”.⁵⁴⁸

A punição aplicada aos parlamentares no caso “mensalão” se tornou um pesadelo para a classe, que viu o foro no Tribunal deixar o status de “privilegiado”, para um cenário de provável punição. A consequência, então, foi uma mudança de comportamento por parte de alguns acusados: na iminência temporal de ser julgado pela Corte, o congressista renunciava ao caso, fazendo com que os autos fossem deslocados do Supremo à instância inicial, buscando a impunidade seja no adiamento do julgamento, que em alguns casos era alcançada pela prescrição.⁵⁴⁹

Diante do problema, nos anos de 2007 e 2010, o Tribunal se deparou com dois casos onde o congressista renunciava ao cargo, na véspera do julgamento, visando, ainda que indiretamente, o afastamento da jurisdição do Supremo Tribunal. Nas ocasiões, onde houve o estabelecimento de parâmetros para a definição da legitimidade ou não do ato de renúncia: caso o parlamentar renunciasse às vésperas do julgamento na iminência ou com intuito de provocar a prescrição, o ato seria considerado como abuso de direito e, para fins de mudança de competência, seria considerado inválido. Porém, em hipótese de não ocorrência de prescrição, a renúncia seria ato legal⁵⁵⁰. Trata-se de critério não previsto em qualquer legislação processual, mas que foi estabelecido pela Corte diante da necessidade de promover a moralização e a efetividade dos seus trabalhos.

As decisões acima citadas mostram a mudança de comportamento do Tribunal, mostrando que a Corte não se furtou à missão de enfrentar o julgamento de altas autoridades e estabelecer parâmetros dar cumprimento a essa missão. E essa mudança de comportamento pode ser explicada por dois fatores.

O primeiro deles reside na composição do Tribunal. Considerando o quadro de Ministros quando da promulgação da Carta de 1988 até o ano de 2002, houve a alteração de 88% dos membros do Colegiado, chegando a 100% em 2006⁵⁵¹. Assim, deixaram o Tribunal “Ministros cujas carreiras transcorreram em um horizonte muito diferente e muito mais limitado

⁵⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 366 (livro eletrônico)

⁵⁴⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396-RO*. Rel. Min. Cármen Lúcia, Voto Min. Dias Toffoli. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011, p. 80.

⁵⁵⁰ “É que não há risco de prescrição da pena em abstrato. O processo já está instruído e pronto para ser julgado. Vale dizer: se ficar aqui, já estou em condições de elaborar o meu voto; e, se baixar, o juiz de primeiro grau já estará em condições de sentenciar.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 21.03.2014. DJ. 12.08.2014.)

⁵⁵¹ MELLO, *Trinta anos*, p. 16.

de jurisdição constitucional e de participação judicial na política.”⁵⁵² Os lugares foram ocupados por novos integrantes dispostos a dar a máxima efetividade do texto constitucional.

O segundo fator se encontra no assentamento do regime democrático brasileiro. Quando julgamento dos casos que serviram de exemplo, já haviam se passado mais de duas décadas no regime constitucional, onde garantias da magistratura já se mostravam consolidadas. Outrossim, o Supremo já gozava de relevância no cenário político e seus membros decidiam os casos minimizando o formalismo, e aumentando a criatividade através de novos métodos hermenêuticos e dialogando com a sociedade, grupos sociais e imprensa.⁵⁵³

Finalmente, a terceira e atual fase do Supremo Tribunal Federal, chamada de reversa, é caracterizada por uma mudança em seu papel institucional não por alterações em suas competências, mas por contextos políticos no cenário externo. Esse cenário coincide com o início da deflagração da “operação lava-jato”, cujos efeitos, a partir do ano de 2015, chegaram ao STF com a instauração de inquéritos e ações penais em desfavor de autoridades com foro na Corte. Os desdobramentos da operação policial afetaram profundamente o ambiente político e a própria Corte, responsável por julgar altas autoridades envolvidas.⁵⁵⁴

Nos anos seguintes, houve substancial aumento de inquéritos e ações penais oriundos da operação, o que passou a afetar a operacionalidade da Corte, e gerar críticas da opinião pública e dos próprios Ministros da Corte. Acusada pelos próprios membros de não possuir vocação para instância criminal e desempenhar mal o papel de órgão instrutor, a demora no julgamento dos casos gerava indesejado temor de prescrições e críticas ao Tribunal⁵⁵⁵.

A conter e resolver o problema, o Relator do caso propôs, com aceite do Tribunal, uma reinterpretção do foro por prerrogativa, condicionando o trâmite de inquéritos e ações penais ao tempo e relação do crime com o exercício do cargo, conforme decisão na Ação Penal n.º 937-RJ. Com o objetivo de diminuição do volume de processos na Corte, poderia o STF exercer sua missão maior de último intérprete da Constituição e de Tribunal de teses, e não de fatos. Todavia, o fato é que o Supremo, em certa medida, reduziu a própria competência,

Não se pode, todavia, afirmar que o Tribunal iniciou um novo ciclo ou fase que culminará na redução de suas competências ou poder político. Contudo, na atual fase, o Tribunal se depara com um elevado número de ações que versam sobre um esquema de corrupção sistêmico que envolve grandes autoridades. Nesse sentido, a produção de decisões

⁵⁵² ARGUELHES, *Poder não*, p. 36.

⁵⁵³ MELLO, *Trinta anos*, p. 17.

⁵⁵⁴ MELLO, *Trinta anos*, p. 20.

⁵⁵⁵ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto. Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018, p. 9.

que favoreçam a persecução penal rompe o estado atual das coisas, o que pode gerar reações dos outros Poderes, cujos membros perdem posição e poder, mas que deles depende o Tribunal para sua formação e orçamento. Por outro norte, as decisões vão contra a apuração de crimes que mantêm o *status quo*, e geram reação da opinião pública e reforçam a imagem, não necessariamente verídica, de impunidade⁵⁵⁶.

Outro sintoma dessa nova fase é o choque de posições antagônicas, com maior atuação individual e de divergências entre os Ministros, o que pode ser observado nos votos proferidos em ações que julgavam questões relativas ao foro por prerrogativa. Sem que houvesse debates a um termo comum, na Ação Penal n.º 937-RJ houve uma clara divisão entre os Ministros que entendem o Tribunal como incapaz e sem vocação para cumprir a missão de foro penal originário, e aqueles que entender que o Tribunal realiza a missão com eficiência. Pela leitura dos votos, chega-se à conclusão que existiram dois “Supremos”, tamanha divergência de opiniões entre os membros da Corte.

Ademais, as contradições tem se mostrado nos pronunciamentos individuais e coletivos sobre o foro por prerrogativa tema no período pós Ação Penal n.º 937-RJ, bem como aos próprios precedentes da Corte. Se no julgamento da ação penal a competência de crimes não relacionados ao cargo foi remetida à primeira instância, o Tribunal tem interferindo e atuando como “tutor” naquelas ações. Um exemplo foi a decisão na Reclamação n.º 25.537-DF, onde o Supremo entendeu como “usurpação de suas funções” procedimento de busca e apreensão feita em gabinete de parlamentar investigado, ainda que por fatos não relacionados ao exercício do cargo. Entendeu o Tribunal a validade do procedimento deveria ter o aval do STF quanto à relação do fato com o cargo, endossando não o procedimento de investigação⁵⁵⁷. Nesse ponto, clara é a contradição em relação ao decidido na A.P. n.º 937-RJ, e medida que restringe não só o poder de investigação da primeira instância, como traz para o Tribunal competências que ele mesmo afastou.

A postura do Tribunal nessa fase pode ter um alto custo, principalmente quanto à discrepância de suas manifestações. Ao reagir de forma “volátil”, o próprio STF “ridiculariza aquele autorretrato heroico, frustra as mais modestas expectativas e corrói sua pretensão de legitimidade.”⁵⁵⁸ A forma como o Supremo Tribunal Federal irá administrar expectativas e

⁵⁵⁶ MELLO, *Trinta anos*, p. 28-29.

⁵⁵⁷ STF, Tribunal Pleno. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

⁵⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP*. Folha de São Paulo. Ilustríssima. São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espisal-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 15.jun. 2021.

pressões de lados opostos diante de um cenário politicamente tão conturbado é o grande desafio para o Corte para os próximos anos.

3.6 A (in) coerência do STF no foro por prerrogativa: uma ciranda de razões jurídicas

Em nível federal, as regras do foro por prerrogativa, na condição de uma competência expressa do Supremo Tribunal Federal, são fixadas exclusivamente pela Constituição Federal de 1988, ou a leis ordinárias que poventura a Carta Magna possa remeter⁵⁵⁹. Contudo, o texto constitucional limitou-se a apontar o rol de autoridades que possuem foro penal originário na Corte Constitucional, sem estabelecer outros critérios para sua aplicação. Assim, coube ao Supremo, através de sua jurisprudência, a definir parâmetros quanto ao alcance, aplicação, definição, função e destinação do foro por prerrogativa. Em situações como essa, e mostrando concordância com modo de operação do STF, afirma Häberle que “um Tribunal Constitucional pode, e deve, criar seu próprio Direito processual, se não exista no direito positivo, segundo princípios gerais”⁵⁶⁰.

Mas na prática, o processo decisório do Suprema quanto foro por prerrogativa tornou-se uma verdadeira ciranda jurisprudencial, conforme se demonstrou através da apresentação dos casos paradigmáticos selecionados no Capítulo 2. Se até o cancelamento da Súmula n.º 394, observava-se um entendimento sesquicentário⁵⁶¹ sobre o foro penal originário do STF, os pouco mais de vinte anos seguintes mostraram uma variedade de conteúdo decisório sobre o instituto, do qual não se encontra precedente. A cada caso de corrupção envolvendo altas autoridades, momento em que o guardião da Constituição atua sob as regras do foro por prerrogativa, existe considerável probabilidade que um novo entendimento seja formulado ou modificado pela Corte, nem sempre em um movimento coerente e evolutivo.

Se nos itens anteriores foram apresentados elementos que justificariam tamanha mudança de entendimento, chega-se aos ultimos fatores explicativos de como e porque a ciranda jurisprudencial quanto ao foro por prerrogativa gira, sejam eles os métodos de deliberação e comportamento do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵⁹ TAVARES FILHO, Newton. *Foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Câmara dos Deputados. Brasília: Consultoria Legislativa, 2015, p. 7.

⁵⁶⁰ HÄBERLE, *El Tribunal Constitucional*, p. 122.

⁵⁶¹ STF, Tribunal Pleno. Inquérito n.º 687-SP (Q.O.). Rel. Min. Sydney Sanches. Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 3-4.

A deliberação, instituto considerado como um poder dentro da *pólis* aristotélica⁵⁶², pode ser entendido como um procedimento que visa analisar, criticamente, e talvez considerar, os objetivos e preferências de alguém, onde pessoas passam a reconhecer e adotar razões para ações as quais elas não entenderam anteriormente⁵⁶³. Dentro de um Tribunal, órgão de natureza colegiada, as deliberações são atividades essenciais à sua natureza, cujo objetivo é “decidir o que pode ou deve ser feito em cenários concretos, permite[indo] que os juízes que discordem sobre os princípios fundamentais cheguem a um acordo sobre níveis mais concretos”⁵⁶⁴.

Quanto às deliberações do Supremo Tribunal Federal, existem uma série de diferenças da sua atividade deliberativa em relação a outras Cortes Constitucionais estrangeiras. As diferenças que serão apontadas a seguir não tem o objetivo de qualificar ou desqualificar o Supremo em relação aos demais Tribunais, mas apenas entender como sua forma de atuar pode influenciar, ou não, nos resultados de suas decisões.

Uma marcante característica das deliberações em um Tribunal é a realização de tratativas prévias entre os membros votantes, momento em que se pode acertar de definir os principais pontos da questão que será debatida e decidida, bem como a definição do próprio caso que será levado à sessão plena. Na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por exemplo, os contatos e negociações preliminares formam a base da prática deliberativa, onde os *Justices* compartilham ideias, propostas de decisão e textos que terminam em uma reunião plenária⁵⁶⁵.

Já o Supremo Tribunal Federal, ao final da fase instrutória do processo, etapa que antecede a votação plenária, a atuação dos Ministros é considerada solitária, tendo em vista não ser comum reuniões para debate e trocas dialéticas sobre os casos. O Ministro Relator, responsável pela produção de um texto descritivo dos fatos processuais e fáticos do caso levado a julgamento, o distribui aos demais membros do colegiado⁵⁶⁶, não havendo qualquer outra forma de partilha quanto ao caso. A partir daí, cada Ministro elaborará, individualmente, sua decisão jurídica sobre o caso, expondo-o aos demais na Sessão Plenária⁵⁶⁷.

Sobre essas diferenças, afirma Virgílio Afonso da Silva que “é plausível supor que, em quase todas as situações de decisão, quanto melhor uma pessoa for informada, maior será a

⁵⁶² ARISTÓTELES, *A política*, p. 76. (e-book)

⁵⁶³ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Toward an Institutional Theory of Constitutional Justice*. Constitutional Justice, East and West. p. 21-36. Great Britain: Kluwer Law International, 2002, p. 22-23.

⁵⁶⁴ FERREJOHN, *Constitutional*, p. 22.

⁵⁶⁵ DO VALE, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2020, p. 38-39.

⁵⁶⁷ DO VALE, *op. cit.*, p. 240.

probabilidade de ela tomar uma decisão mais sábia”. Continuando, o autor sustenta que mesmo fosse verdade que “quanto maior a quantidade de informações, mais complexo o processo de tomada de decisão pode se tornar, também é verdade que ignorar informações cruciais pode levar, para dizer o mínimo, a decisões abaixo do ideal.”⁵⁶⁸

No julgamento da Ação Penal n.º 937-RJ, é possível notar um descompasso sobre ideias e, principalmente, sobre fatos, os quais os Ministros se amparavam na fundamentação de seus votos. De um lado, parte dos Ministros se ancoravam em um cenário disfuncionalidade do foro por prerrogativa no STF, tendo como fundamentos o excesso de autoridades com esse apanágio, lentidão nos julgamentos os processos, falta de estrutura da Corte para atuar como órgão instrutório, elevado número de prescrições de caso, o que acarretaria perda de prestígio pelo Tribunal. Do outro lado, por sua vez, parte dos Ministros caminham em sentido diametralmente oposto, sustentando a capacidade do Tribunal em atuar com eficiência nos procedimentos penais, inexistência de dados sobre suposta má conduta da Corte a atestar quadro de disfuncionalidade e alto número de prescrições.

A embasar sua tese de disfuncionalidade do sistema, e ineficiência na Corte para atuar como órgão instrutório criminal, o Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso exibiu dados de órgãos como a Assessoria de Gestão Estratégica – AGE, do próprio STF, e no estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, denominado de “V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo”. Os números, apontados no item 2.10 do presente escrito, traziam, em resumo, um quadro de demora na prestação jurisdicional e um possível aumento da demanda em virtude da “Operação lava-jato. Desta forma, concluía o Relator que “o Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa”.⁵⁶⁹

A busca por uma solução, então, estava em uma interpretação restritiva do foro no STF limitando sua atuação a crimes ligados ao exercício do cargo e praticado durante seu exercício, remetendo-se às instâncias iniciais os demais casos. Para o Min. Barroso, “o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, n. 3, jul 2013, p. 557–584. New York: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mot019>>. Acesso em: 31. Mai. 2021, p. 561.

⁵⁶⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. p. 29.

⁵⁷⁰ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. p. 30.

Se a tese do Relator recebeu o apoio da maioria simples dos membros da Corte⁵⁷¹. Todavia, os dados apresentados pelo Ministro Relator foram devidamente contestados pelos Ministros que se opuseram à tese de interpretação restritiva do foro por prerrogativa no STF. O Min. Alexandre de Moraes, por exemplo, afirmou não existir nenhuma estatística a comprovar a efetividade da primeira instância em relação ao STF, seja no julgamento de altas autoridades (o que acontecia antes da E.C. n.º 1/69), seja no julgamento de demandas comuns⁵⁷². Assim, afirmou Moraes que não haveria “fundamento técnico-científico para a afirmação de que uma instância jurisdicional é melhor ou pior no combate à corrupção que as demais.”⁵⁷³

Já o Ministro Dias Toffoli fez um balanço da gestão de seu gabinete, realizando um inventário da situação das ações penais e inquéritos que estava sob sua relatoria ou revisão⁵⁷⁴, que em resumo apontavam para um número baixo de ações diante e eficiência da sua jurisdição. Adiante, apontou que existia casos de prescrição em seu gabinete, procurando demonstrar que a versão de uma “Corte [que] não delibera, não investiga e não julga é uma tremenda mentira”. Afinal, apontou que o número de nove ações que estava sob conclusão de seu gabinete, algumas já decididas, não impediriam o devido funcionamento da Corte, que na opinião do Ministro “sempre funciona e funciona muito bem e vem diminuindo historicamente seu acervo, ano após ano”.⁵⁷⁵

Finalmente, o Min. Gilmar Mendes, que realizou o maior contraponto à proposta do Relator ao afirmar que a discussão sobre o foro “se tornou um tipo de panaceia, um tipo de populismo constitucional. Fala-se do foro como se fosse responsável pelas mazelas

⁵⁷¹ Votaram com o Relator os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

⁵⁷² O Ministro Alexandre de Moraes, a demonstrar eficiência do gabinete, afirmou em um aparte: “Um dado que eu queria complementar, porque sai muito na imprensa que a alteração do foro acabaria com 90% dos casos no Supremo, dos meus 23 inquéritos e 11 ações, acaba com uma ação e dois inquéritos. Todos os demais são relacionados à função. Então, também, em relação ao meu gabinete, eu não sei de onde a imprensa retirou esses números”, se referindo a suposto número excessivo de procedimentos penais sem relação à função dos investigados e denunciados que tramitavam no Tribunal. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 217)

⁵⁷³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937 (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 63. O Ministro ainda afirmou em seu voto: “A ausência de efetividade da justiça penal anteriormente à Constituição de 1988, como é fato notório, era quase absoluta, tanto que vários ditados populares foram criados, tais como ‘rouba mas faz’, para agentes políticos, e a ‘justiça criminal só funciona para os 3 Os’, em relação à impunidade das elites política e econômica, que sempre existiu no Brasil e se ampliou com a chegada da família real no Rio de Janeiro, em 1808.”

⁵⁷⁴ “Tomei posse aqui no dia 23 de outubro de 2009. Completei há pouco oito anos neste Colegiado. Nesse período, passaram, pelo meu gabinete, trinta e cinco ações penais, vinte e seis foram solucionadas, apenas nove estão constando ainda de meu acervo. Sem citar o nome dos réus, mencionarei uma por uma e qual é a fase em que está”. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli, p. 215)

⁵⁷⁵ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli, p. 224.

nacionais”.⁵⁷⁶ Para Mendes, se houvesse alguma ineficiência no processo penal, ela estaria localizada em maior proporção nas instâncias iniciais que nas superiores. Para isso, apontou números que apontavam para um baixo índice de casos de homicídios desvendados⁵⁷⁷, lentidão na tramitação dos processos nas instâncias iniciais⁵⁷⁸, e generalização da Justiça em primeira instância com base nos trabalhos da “Operação Lava-jato”⁵⁷⁹. Defendendo a atuação da Supremo no tange ao julgamento de altas autoridades, Mendes afirmou que o Tribunal, apesar das críticas de suposta lentidão e inoperância, se aparelhou para enfrentar essas espécies de ação⁵⁸⁰, em procedimentos como convocação de juízes de outras instâncias para realizar processos instrutórios. Em outro sentido estaria as instâncias iniciais, que não apresentavam o quadro de eficiência, como defendia o Ministro Relator.

Sem adentrar ao mérito de qual posição está correta, verifica-se que a argumentação do caso não se originava somente em teses jurídicas de alta subjetividade ou valores de carga valorativa imprecisa, mas em números e seus significados. No caso da A.P. n.º 937-RJ, cada tese oposta continha dados numéricos a seu favor. Nesse cenário, há de perguntar: qual dos dados estavam de fato, corretamente dispostos ou interpretados de forma ideal?

A ideia da deliberação residiria justamente na vantagem dentro de um órgão colegiado, como o STF, de proporcionar aos Ministros, antes de proferir o seu voto, de conhecer os dados e informações em poder do outro, de modo a considerar ou reconsiderar os dados que possui e, então, produzir o seu voto. No caso demonstrado, a colegialidade⁵⁸¹ poderia proporcionar a

⁵⁷⁶ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 75.

⁵⁷⁷ “Do contrário, é voz vazia, porque não estamos tocando no tema central da impunidade, que grassa de maneira clara quando se fala que só 8% dos homicídios são desvendados. E, se entrarmos nos dados, quantos foram perseguidos, foi instaurada ação e levada a júri? Certamente, nós vamos ter aí um número ainda mais expressivo em termos negativos”. (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*). Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 158)

⁵⁷⁸ “O Justiça em Números, do CNJ, em sua última edição, fez algumas tentativas de avaliar o tempo de tramitação de processos de conhecimento. Não houve separação entre demandas cíveis e criminais, mas se chegou a números como 3 anos e 2 meses de pendência em primeira instância e 1 no e 10 meses em Tribunais de Justiça. Ou seja, algo em torno de 5 anos de tempo médio de tramitação, só nas duas primeiras instâncias. No Superior Tribunal de Justiça, o tempo seria de mais 1 ano e meio. Uma causa criminal, com recurso especial manejado, demoraria algo como 6 anos e 6 meses. Isso sem contar com o possível recurso extraordinário.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*). Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 388-398)

⁵⁷⁹ “A velocidade de julgamentos do STF costuma ser criticada, com base em comparações com Varas judiciárias que estão muito longe de ser a norma. É o caso da 13ª Vara Federal de Curitiba, a qual, além da especialização de matéria, recebe da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da Quarta Região o apoio necessário ao desenvolvimento dos trabalhos, com suspensão da distribuição de outros feitos, quando necessário.” (STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*). Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 387-388)

⁵⁸⁰ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 378

⁵⁸¹ Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (*Deciding without deliberating*, p. 562, 563) “a colegialidade implica, entre outras coisas: (i) a disposição para trabalhar em equipe; (ii) a ausência de hierarquia entre os juízes (pelo menos no sentido de que os argumentos de todos e quaisquer juízes têm o mesmo valor); (iii) a vontade de ouvir

discussão dos números que cada grupo de Ministros possuía, desvendando seu o real significado, a proporcionar à conclusões que o caso exigia, confirmando ou não hipóteses primárias de cada julgador.

Nesse sentido, a *ex-justice* da Suprema Corte norte-americana, Ruth Ginsburg, afirmava que “não há nada melhor do que uma boa dissidência para forçar alguém a aguçar sua apresentação ao Tribunal”. Para ela, os demais juízes da SCOTUS também se beneficiavam da opinião dos demais colegas e juízes de instâncias inferiores para preencher lacunas e remediar decisões⁵⁸². Nesse ponto, observa-se que a divergência pode ter efeito positivo na tomada de decisão, pois ao desafiar a opinião da maioria, ela pode mudar ou aperfeiçoar ainda mais sua posição e ainda demonstrar que os argumentos contrários não procedem de alguma forma.⁵⁸³

Contudo, “se uma decisão bem informada tende a ser melhor do que uma decisão tomada no escuro”⁵⁸⁴, essa não parece ser o modelo adotado pelo Supremo, onde prevalece prevalecendo a individualidade sobre a colegialidade. Segundo André Rufino do Vale, que em seu trabalho de doutorado entrevistou alguns dos atuais e ex-membros do Supremo, constatou que os Ministros “não costuma[m] trocar ideias com seus pares no momento em que está se preparando para tomar decisões importantes”, sendo que “apenas alguns poucos defendem a realização desse tipo de contato, o que se deve mais a seu estilo próprio de atuar do que à influência de alguma prática existente na Corte.”⁵⁸⁵

Se fatores anteriormente expostos não justificam, por si só, a ciranda de entendimentos sobre o foro por prerrogativa, a atuação individualista tende a se mostrar como fator considerável a justificar a disparidade de posições dos Ministros. É de ressaltar, noutro sentido, que não se pode atribuir à ausência de deliberação anterior à decisão de um caso a ocorrência de múltiplos e, por vezes, contraditórios entendimentos sobre determinada questão, mas também pelo modelo em que a deliberação é contabilizada.

Em uma Sessão Plenária do STF, o julgamento de um caso se inicia com a leitura do Relatório por parte do Ministro responsável pelo caso, seguido das sustentações orais das partes envolvidas no caso através de seus advogados, bem como da Procuradoria-Geral da República. Após, inicia-se a leitura dos votos de cada Ministro, começando pelo Relator e seguindo-se por

os argumentos apresentados por outros juízes (ou seja, estar aberto para ser convencido por bons argumentos de outros juízes); (iv) cooperação no processo de tomada de decisão; (v) respeito mútuo entre os juízes; (vi) a disposição para falar, sempre que possível, não como uma soma de indivíduos, mas como uma instituição (busca de consenso para deliberação).”

⁵⁸² GINSBURG, Ruth Bader. *Communicating and Commenting on the Court's Work*. Georgetown Law Journal, vol. 83, n. 6, Jul. 1995, p. 2119-2130. HeinOnline, p. 2.126.

⁵⁸³ SILVA, *op. cit.* p. 583.

⁵⁸⁴ SILVA, *Deciding*, p. 561.

⁵⁸⁵ DO VALE, *op. cit.*, p. 241.

ordem de antiguidade crescente, em uma fase do julgamento chamada de “debate”, ou “discussão”. O nome desta fase, no entanto, não reflete exatamente a existência de uma oportunidade de deliberação entre os Ministros. Este momento é utilizado para apartes, observações, questionamentos, pedidos de esclarecimento e contrapontos⁵⁸⁶, e não efetivamente para promover interações argumentativas a se buscar um voto médio ou pontuar controvérsias.

A medida em que o julgamento avança, os votos dos Ministros são computados pelo sistema de decisão chamado de “*seriatim*”, consistente em um agregado de posições individuais em um colegiado, onde os votos são expostos em série, formando um texto dividido pelo autor do voto, ou pelas razões da decisão. O modelo *seriatim* é comum aos Tribunais de sessões públicas, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, permitindo a cada magistrado expor suas razões, aumentando assim a publicidade e transparência do seu trabalho junto ao público.⁵⁸⁷ Nesse sistema, vencedora será a tese que obtiver a maioria da adesão dos Ministros.

Mas na prática, o que ocorre no Supremo Tribunal Federal é uma sequência de discursos onde cada Ministro vem a apresentar unilateralmente as razões de seu voto, em vez de provocar um debate construtivo sobre o tema. Tal prática acaba por reduzir, inclusive, a possibilidade de um convencimento mútuo entre os Ministros já que, estando todos com seus votos prontos, poucas seriam as chances de modificação do teor diante da argumentação de um colega⁵⁸⁸. Ademais, o que se percebe é um processo de leitura de votos, onde Ministros aderem a uma determinada tese, porém nem sempre por fundamentos e justificativas iguais.

A somatória da falta de deliberação anterior à sessão plenária, da produção de voto individuais e não do Tribunal, e um cenário prático de pouco debate em Sessão Plenária, gera, assim, duas consequências indesejadas: a exclusão dos magistrados partidários da tese derrotada na discussão da decisão final, e a dificuldade de identificação da *ratio decidendi* devido à ausência do “julgado do Tribunal”.⁵⁸⁹

No modelo *seriatim* adotado pelo STF, o cômputo dos votos é feito por agregação, cujo procedimento consiste na reunião dos votos individuais e verificação do conteúdo de cada, formando-se um placar cuja tese vencedora será aquela que obtiver a maioria simples.⁵⁹⁰ E será

⁵⁸⁶ DO VALE, *op. cit.*, p. 263.

⁵⁸⁷ DO VALE, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁸⁸ Segundo André Rufino do Vale (*op. cit.*, p. 269-271), a maioria dos Ministros do STF já admitiu, porém, estar disposto a modificar seu voto mediante a exposição de outro membro do Tribunal. Destaca o autor, em contrapartida que o cenário da Corte e “a prática deliberativa atual, especialmente em razão do crescente costume de preparação de textos prévios e exposição monológica dos votos, parece ser cada vez menos favorável ao debate e às trocas argumentativas”. Concluiu o autor, então, que “os câmbios de voto ocorrem apesar dos obstáculos impostos pela prática deliberativa”.

⁵⁸⁹ SILVA, *Deciding*, p. 575.

⁵⁹⁰ DO VALE, *op. cit.*, p. 265. Ainda para o autor, (*op. cit.* 264-265), o modelo decisório adotado pelo Supremo, em algumas situações, pode desfavorecer ainda mais os votos que compõe a tese vencida. Supõe o pesquisador

da tese vencedora o conteúdo da decisão do Tribunal, ficando os argumentos e fundamentos da tese vencedora marginalizados e ignorados, por mais valiosas e consistente que sejam, não mantendo o debate vivo, que seria o seu melhor efeito no momento pós-decisão⁵⁹¹.

Finalmente, há dificuldade em saber, ao final de cada julgamento, qual é a razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, não sendo incomum a pergunta por que a Corte decidiu o caso em determinada direção. Nesse momento, os atores que interagem com o Tribunal, como os jurisdicionados em geral, Administração Pública e estudiosos tem de se debruçar sobre os acórdãos a identificação a tese jurídica adotada pela maioria⁵⁹². Em muitos casos, há tamanho número de argumentos que compõe a tese vencedora sem que tais razões conversem entre si, o que levou à criação da expressão “onze ilhas” a criticar o modelo decisório do STF em determinados casos⁵⁹³.

Conforme o Inventários de Razões presentes no Anexo do trabalho, esse descompasso de posições torna-se visível quando observados os casos selecionados no Capítulo 2. No julgamento do Inquérito n.º 687-SP, por exemplo, é possível identificar, ao menos, cinco teses ou razões fortes que fundamentam a posição vencedora, as quais, não necessariamente, coadunam entre si. Essa constatação pode ser observada na “Tese/razão n.º 4”, a qual argumenta que o alcance do foro por prerrogativa, no Brasil não encontra parâmetro em outros países, devendo o foro por prerrogativa no Brasil também ser interpretado restritivamente. Se não fosse pelo detalhe que as Constituições de outros países, provavelmente, trazem regras mais específicas, essa informação talvez fosse útil ao legislador constitucional para eventual mudança pelo parlamento, e não para que o Tribunal o usasse como argumento de interpretação da Carta Magna nacional.

Especialmente nos “*hard cases*”, a preocupação dos Ministros, muitas das vezes, é a invocação do maior número de autoridades possíveis para justificar uma posição individual sobre a questão, e não procurando ser uma das vozes de uma instituição colegiada. Daí, os julgados dos Tribunais acabam se transformando em um conjunto de opiniões registradas

que “pode acontecer nos casos em que os seis primeiros votos adotem um mesmo posicionamento e, portanto, formem a maioria em um sentido ou outro de decisão. Nessas hipóteses, a menos que haja alguma modificação posterior de voto – o que não é favorecido pelas práticas de preparação prévia individual, como será analisado no tópico seguinte, e desencorajado pela ampla publicidade das sessões –, os outros cinco Ministros na sequência de votação, que deveriam proferir os votos definitivos, ficam sem poder efetivo de decisão, visto que a maioria já estará formada com os seis primeiros votos, originados dos Ministros mais modernos.”

⁵⁹¹ SILVA, *op. cit.*, p. 583.

⁵⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 2014. 470f. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 248.

⁵⁹³ MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de S. Paulo, 01. Fev. 2010, Opinião. São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 05.jun. 2021.

cronologicamente, “e não um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha por objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, tendo em vista seu papel na criação da jurisprudência e na legitimação racional do direito.”⁵⁹⁴ A consequência, então, seria que a jurisdição brasileira, no geral, constituir-se-ia em uma justiça opinativa, cujo julgamento “não tem como objetivo um texto, que é um mero efeito colateral dele”.⁵⁹⁵

Em alguns casos referentes ao foro por prerrogativa, é possível perceber com alguma facilidade alguns dos argumentos decisórios predominantes, e que de fato refletiram a posição da Corte pela considerável adesão e confluência dos votos dos Ministros. Baseado no Inventário de razões no Anexo, cita-se como exemplos a “Tese/Razão” n.º 6 e n.º 13 no Inquérito n.º 687-SP; a “Tese/Razão” n.º 3 e n.º 5 na Ação Penal n.º 333-PB; a “Tese/Razão” n.º 1 na Ação Penal n.º 536; e a “Tese/Razão” n.º 4 na Ação Penal n.º 937. Em comum a eles, apresentam situações fáticas muito bem delineadas, onde a percepção de um *easy case* não exigiria da Corte maiores esforços no que tange à argumentação e fundamentação decisional, existindo, inclusive, uma convergência quanto ao teor dos julgados por receber, ao menos sete adesões de Ministros.

Contudo, em casos como o Inquérito n.º 687-SP, a ADI n.º 2.797-DF, o Inquérito n.º 2.245-MG, Ação Penal n.º 333-PB, e Ação Penal n.º 937-RJ, a multiplicidade de argumentos e fundamentos da tese vencedora, não necessariamente convergentes entre si, tornam difícil a missão a identificação do motivo fático e legal dominante do Tribunal na decisão. Os processos citados foram apreciados e decididos em julgamento de votações acirradas, onde argumentos da tese divergente mostraram potencial a colocar em dúvida a certeza que a tese vencedora seria a melhor, ou que fosse a mais compatível com a Constituição Federal. Alguns dos votos nesses casos podem ser inclusos na crítica pela qual os votos de Magistrados se apresentariam como opiniões pessoais sobre o problema⁵⁹⁶, que propriamente uma solução analítica e racional que o caso demandaria. Apresenta-se, então, um cenário onde cada membro do Tribunal parece

⁵⁹⁴ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 62-63.

⁵⁹⁵ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 62-63.

⁵⁹⁶ Como exemplos, citamos alguns trechos de votos nesse sentido, como o da Ministra Rosa Weber na Ação Penal n.º 937-RJ, a qual afirma: “Já manifestei, em sessão da 1ª Turma, mais de uma vez, minha compreensão de que o instituto do foro especial, pelo qual não tenho a menor simpatia, mas que se encontra albergado na Constituição, só encontra razão de ser na proteção à dignidade do cargo, e não à pessoa que o ocupa, o que evidencia a pertinência, a meu juízo, no mínimo de interpretação restrita que o vincule aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão do cargo, como proposto pelo Relator.”

mais se preocupar com a esfera pública⁵⁹⁷ e sua reação quanto à posição individual manifestada, que eventualmente a busca por uma decisão coerente e que reflita o voto oficial da corte.⁵⁹⁸

Noutros casos, ainda mais graves, há argumentos que compõe a Ementa que sequer foram adotados, ao menos expressamente, pela maioria absoluta dos Ministros, requisito essencial para ser considerada como uma tese vencedora e representativa da opinião do Tribunal. Como exemplos, baseados no Inventário de razões presentes no Anexo, cita-se a “Tese/Razão” n.º 3 no julgamento da ADI n.º 2.797-DF,; a “Tese/Razão” n.º 10 no Inquérito n.º 2.245-MG; e “Tese/Razão” n.º 2 na Ação Penal n.º 937-RJ, onde todos esses casos receberam apenas cinco adesões ou defesas dos Ministros.

Por conclusão, a quase total ausência de troca de argumentos prévios entre os Ministros, a inexistência de unidade institucional e decisória, e uma carência de decisões, claras e objetivas que demonstrem e veiculem a opinião dos Ministros do STF⁵⁹⁹, são elementos que também explicam e movem a ciranda jurisprudencial quanto à prerrogativa de foro na Corte. A cada fase que o Tribunal atravessa, ou que fatos relevantes ocorrem, faz com que as regras do instituto sejam alteradas pelos Ministros, sem o devido debate de causas e consequências da decisão, constituindo-se em um cenário em que a cada conjuntura, um foro por prerrogativa diferente. Um mesmo motivo, como combate à corrupção, por exemplo, pode levar tanto à uma decisão de cunho ampliativo (Q.O. na Inquérito n.º 687-DF) ou restritivo do foro no Tribunal (AP n.º 937-RJ), mostrando que o Tribunal não possui coerência em suas decisões, até mesmo por inexistir uma decisão verdadeiramente do Tribunal.

A prática individualista no Supremo na formação do processo decisório, como consequência, pode aprofundar a percepção de que no Tribunal, cada Ministro faz sua própria política, baseando em interpretações próprias do que seja a lei e a Constituição, o que pode, em alguma medida, minar a legitimidade de toda instituição⁶⁰⁰. Dessa forma, não somente prescrições, disfuncionalidades de um sistema penal, lentidão processual, imoralidade e ausência combate à corrupção, supostamente trazidos pelas regras do foro por prerrogativa no STF, se mostram como os seus problemas. Um olhar crítico para dentro da própria Corte, principalmente em relação à tradição do individualismo dos Ministros, seria um bom caminho

⁵⁹⁷ No mesmo sentido de José Rodrigo Rodriguez, Virgílio Afonso da Silva (Deciding, p. 580), aponta a que “a ‘abordagem do público’ parece explicar muito do comportamento individualista dos juízes brasileiros. Parece plausível supor que visam um público externo quando insistem em ler publicamente seus longos votos e em publicar opiniões separadas, mesmo quando isso não acrescenta muito à opinião do relator (ou outro).”

⁵⁹⁸ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 1 jan. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 04. jun. 2021. p. 217

⁶⁰⁰ RECONDO, *op. cit.*, p. 293.

a se trilhar. Afinal de contas, não há bom caminho a trilhar sem um Supremo Tribunal com autoridade, legitimidade e força para exercer sua missão⁶⁰¹.

3.7 Das mudanças processuais nas decisões sobre o foro: ativismo judicial ou busca de eficiência do texto constitucional?

As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa vêm gerando, em alguma medida, reflexos em questões processuais que vão além da definição ou não da competência da Corte como órgão penal originário. Temas como a *perpetuatio jurisdictionis* e o duvidoso uso da Questão de Ordem também constituem veículos que fazem a ciranda jurisprudencial sobre o tema.

Dos temas acima suscitados, é possível afirmar que a *perpetuatio jurisdictionis* se mostra como a melhor representação de como é mutável o foro por prerrogativa na jurisprudência do STF. Até o julgamento do Inquérito n.º 687-SP, em 1999, um secular entendimento, representado pela Súmula n.º 394, apontava para a perpetuação da jurisdição do Supremo aos crimes praticados durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou ação penal fosse iniciado após a cessação daquele exercício.⁶⁰² Criada sob a égide da Constituição de 1946, a Súmula foi tacitamente mantida na Constituição de 1988, tendo em vista que seu texto não representava redação capaz de justificar sua não compatibilidade.⁶⁰³

Todavia, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito n.º 687-SP, alegando razões como elevado número de processos, necessidade de interpretação restritiva e adequação ao princípio da igualdade, a Súmula n.º 394 foi cancelada. Na prática, o fim do verbete representou o fim da perpetuação da competência do STF a julgar ex-ocupantes de cargos e mandatos públicos na Corte, limitando-se a Corte a julgar as autoridades sob sua jurisdição enquanto, apenas, estivessem no exercício do cargo.

Mas em 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei 10.628/02, que modificando o art. 84 do CPP, reestabelecia a perpetuação da competência penal originária do STF aos atos administrativos do agente, ainda que o inquérito ou ação fossem iniciados após o fim do exercício da função pública. Noutras linhas, o Supremo teria sua competência ampliada aos

⁶⁰¹ RECONDO, *op. cit.*, p. 337.

⁶⁰² MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁰³ Sobre a questão, o Min. Sepúlveda Pertence assim se manifestou: “no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súmula 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição é que reclamaria texto expresso na Constituição; não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu.” (STF, Tribunal Pleno. *Inquérito n.º 687-SP (Q.O)*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto Min. Sepúlveda Pertence. j. 25.08.1999, p. 262)

antigos detentores de cargos ou mandatos públicos, mesmo que cessada a função, desde que o suposto crime possuísse relação com o exercício do cargo.

Por ser considerada como “evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394”⁶⁰⁴, a Lei 10.628/02 foi julgada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, quando do julgamento da ADI n.º 2.797-DF e ADI n.º 2.890-DF. Para a Corte, lei ordinária não poderia modificar interpretação da Suprema Corte sobre determinada questão ou dispositivo Constitucional. Portanto, a *perpetuatio jurisdictionis* quanto aos crimes não julgados estaria eliminada caso o acusado deixasse o cargo que lhe garantisse a prerrogativa, mantendo-se, apenas, aos casos já julgados pelo STF.⁶⁰⁵ Como efeito, a jurisdição perpétua no STF cessaria mais uma vez.

Todavia, a ciranda jurisprudencial quanto ao foro no STF não cessou, especialmente porque diante do fracasso da Lei 10.628/02, os parlamentares passaram a renunciar aos mandatos em períodos próximos ao julgamento. O objetivo era usar o fim da *perpetuatio jurisdictionis* a seu favor, já que a abdicação do mandato gerava o fim da competência do Supremo para julgá-los. O resultado da remessa dos autos à primeira instância era um aumento da marcha processual, um adiamento de eventual condenação e, alguns casos, ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Diante dos fatos, o STF se moveu e, no julgamento da Ação Penal n.º 333-PB (item 2.4) em 2007, definiu-se que a renúncia do parlamentar ao mandato às vésperas do julgamento seria considerada, em regra, como ato legal. Todavia, na Ação Penal n.º 396-RO (item 2.5), julgada em 2010, a mesma renúncia ante a véspera do julgamento, evidenciaria má-fé caso viesse a mostrar como “expediente para impedir o julgamento”, constituindo-se, então, como abuso de direito, o que ensejaria a perpetuação da jurisdição da Suprema Corte”.⁶⁰⁶ No caso em tela, vale lembrar, o acusado renunciou ao mandato para provocar a prescrição do caso, que ocorreria dias após a data de julgamento no STF.

Mas durante o julgamento da A.P. n.º 396-RO, destacou-se o voto do Min. Gilmar Mendes que afirmou que a Corte teria um encontro marcado com a definição de um critério objetivo para delimitar a perpetuação da competência da Corte, afastando-se julgamentos por critérios subjetivos⁶⁰⁷ como a definição ou não da renúncia como abuso de direito. O Min.

⁶⁰⁴ STF, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797-DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005.

⁶⁰⁵ MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁰⁶ PACELLI, *op. cit.*, p. 191-192 (e-book)

⁶⁰⁷ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 87. No caso da AP n.º 396, o critério usado para definição da perpetuação jurisdicional da Corte foi a ocorrência, ou não, do

Joaquim Barbosa, em seu voto, sugeriu que a conclusão do processo para elaboração do voto seria o momento mais adequado a fixação da competência da Corte, enquanto o Min. Dias Toffoli sugeriu a inclusão em pauta como momento em que a renúncia não surtirá efeitos.⁶⁰⁸ Porém, ao final do julgamento, não houve maioria a solucionar para a questão.

Em caso subsequente, no julgamento da Ação Penal n.º 536, julgado em 2012, novamente um parlamentar renunciava ao mandato gerando alteração de competência. Na oportunidade, o Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, afirmou ter chegado a hora da fixação de um momento para definição da *perpetuatio jurisdictionis* do STF. Propôs o Relator, então, o momento do recebimento da denúncia como o marco para tornar ineficaz a renúncia parlamentar, e fixar a competência penal da Corte quanto ao acusado⁶⁰⁹.

Uma das preocupações com a definição do critério estava na economia e na eficiência da Corte. Para o Ministro Dias Toffoli, o critério a ser definido deveria levar em conta as semanas ou até meses que os Ministros dispendem para ler os numerosos autos e elaborarem seus votos. Assim, a fixação de competência deveria ocorrer no momento anterior “para não jogar na lata de lixo” o trabalho dos julgadores⁶¹⁰, que fariam todo esse trabalho para, após a renúncia do parlamentar, ver os autos seguirem para a instância inferior. Todavia, mais uma vez, o Plenário do STF não endossou a proposta do Relator, e o regime da *perpetuatio jurisdictionis* continuou sem um critério objetivo.

Posteriormente, no julgamento da Ação Penal n. 606, em questão de ordem, a Primeira Turma do STF definiu o encerramento da instrução como marco processual como fixação de competência da Corte em caso de renúncia do investigado⁶¹¹. Já a Segunda Turma da Corte não estabeleceu critério algum.

Finalmente, na Ação Penal n.º 937-RJ, novamente o Min. Luís Roberto Barroso, na condição de Relator, propôs questão de ordem a considerar o fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, como o momento em que “a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – 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”. Para o Min. Barroso, a jurisprudência da

abuso de direito no ato da renúncia, de difícil verificação, dando azo a posição do Ministro em buscar um critério de maior objetividade, além de gerar economia processual.

⁶⁰⁸ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 396*. Rel. Min. Cármen Lúcia. p. 81.

⁶⁰⁹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

⁶¹⁰ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli, p. 43.

⁶¹¹ MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 72.

Corte admitiria “a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional”.

As razões para a posição, em suma seriam três: (i) marco tempo objetivo; (ii) valorização do princípio da identidade física do juiz, onde o trabalho do relator não seria desperdiçado em virtude de eventual renúncia; e (iii) o critério já seria usado na Primeira Turma do STF. Na oportunidade, vencido o Min. Marco Aurélio, os Ministros do Supremo acolheram a proposta do Relator. A medida tende a dar fim no deslocamento de processos entre instâncias que tantos transtornos trazem à prestação jurisdicional, principalmente a evitar o aumento de tempo de tramitação, e o desperdício de tempo e trabalho do órgão julgador que prepara a ação, mas não a julga.

Em comum a todos estes entendimentos acerca das mudanças quanto a perpetuação da competência do STF está a falta de previsão legal no embasamento dos votos e na decisão.⁶¹² Praticamente todas as manifestações possuem fundamentos performáticos⁶¹³ como boa-fé, abuso de direito, princípio da igualdade, economia processual, bem como problemas cotidianos de gabinetes, como desperdício de trabalho⁶¹⁴, grande volume de processos⁶¹⁵, dentre outros. Na falta de norma posta pelo legislador, vem exercendo a Corte Constitucional o papel de criador e reformador das regras de perpetuação de sua competência, o que poderia configurar, em teoria, em exercício de ativismo judicial⁶¹⁶.

⁶¹² MARCHIONATTI, *op. cit.*, p. 73

⁶¹³ Conceito criado por John Austin, os enunciados performáticos são aqueles conceitos vagos e semanticamente indeterminados usados com o pretexto de uso de para legitimar determinado argumento ao qual não se pode provar. Trazendo a ideia ao contexto do trabalho, o termo performático é usado por adeptos do ativismo judicial a justificar decisões judiciais a se impor diante de regras legais e constitucionais em sentido oposto. São conceitos indiscutíveis, não provam algo, e não podem ser considerados como verdadeiros ou falsos. Há tamanho vazio semântico nesses termos, que podem ser usados em qualquer decisão judicial a fundamentá-la, mesmo oposto a normas vigentes. São exemplos “interesse público”, “falta de efetividade do sistema”, “burocrático”, “razoabilidade e proporcionalidade”, dentre outros.

⁶¹⁴ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli, p. 54.

⁶¹⁵ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, p. 38.

⁶¹⁶ A origem da expressão se remonta ao direito norte-americano, onde em artigo publicado em 1947, na revista *Fortune*, o jurista Arthur M. Schlesinger Jr. relatou a divisão que existia entre os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo o referido autor, haviam quatro juízes os quais denominou como “ativistas judiciais” (*judicial activists*), e outros três como “campeões da auto-restrição” (*champions of self-restraint*). Schlesinger, no entanto, não se preocupou em definir com abrangência os termos usados, apenas demonstrando as diferenças pessoais que existiam entre os integrantes da Suprema Corte. (GREEN, Craig. *Anintellectual history of judicial activism*. Emory Law Journey, vol. 58, 2009, p. 1.201-1.202). Como conceito, apresenta-se a visão reprovadora do fenômeno de Elival Silva Ramos (*Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.129), que define ativismo judicial como o “exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe”, e a visão neutra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (*Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 222) que vê o ativismo judicial como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”.

Para Barroso, o ativismo judicial se mostra como um modo proativo de interpretar a Constituição que expande seu sentido e alcance, se instala em situações, por exemplo, de retração do Poder Legislativo⁶¹⁷. Com a necessidade do estabelecimento de regras em nome de um eficiente desempenho da prestação jurisdicional, a evitar a concretização de manobras parlamentares que visam fins diversos da lei, em certa medida, o Supremo vem “criando” e modificando parâmetros decisórios quanto à *perpetuatio jurisdictionis*. Na prática, tem-se criado padrões decisórios sem justificção nos padrões dogmáticos tradicionais, já que a sistematização e a fundamentação têm sido feitas a partir dos casos, e não das leis⁶¹⁸, que no caso tem tela, sequer existem.

Mas nem sempre a ausência de normas faz o Supremo inovar na interpretação das regras processuais quanto ao foro por prerrogativa. Em determinadas situações, mesmo diante de textos fechados, os magistrados tem encontrado espaço a criar interpretações com base em fundamentos e justificativas que ultrapassam uma interpretação literal dos escritos⁶¹⁹. Aqui, podemos observar o uso do instituto da “questão de ordem” para a promoção de inovações jurisprudenciais sobre o foro, quando não é esta a sua função.

Considerada como uma das atribuições do Relator, e prevista no art. 21, III, do Regimento Interno do STF, a questão de ordem tem como objetivo submeter evento relevante ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes para o bom andamento dos processos⁶²⁰. Para Ricardo Lewandowski, as questões de ordem “constituem incidentes processuais cujo escopo é solucionar incidentes de natureza eminentemente procedimental, que têm o potencial de influir na marcha regular de um feito.” Para mais, Lewandowski completa que esse incidente “não se presta, todavia, como parece curial, resolver aspectos de direito material que constituem o próprio objeto da controvérsia”.⁶²¹

É na definição da questão de ordem, e na amplitude e seu uso que reside a problemática de seu uso nos casos que envolvem a interpretação das normas do foro por prerrogativa. Dos casos selecionados e discutidos no trabalho, em sete deles⁶²² houve a alteração ou criação de critérios de cunho jurisprudencial quanto à aplicação foro por prerrogativa, quando, na realidade, a função da questão de ordem estaria limitada a solucionar incidente de natureza

⁶¹⁷ BARROSO, *Curso*, p. 448-449.

⁶¹⁸ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 76.

⁶¹⁹ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 202.

⁶²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2020, p. 38.

⁶²¹ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 319.

⁶²² São eles: Inquérito n.º 687-SP, Inquérito n.º 2.245-DF, Ação Penal n.º 333-PB, Ação Penal n.º 396-RO, Ação Penal n.º 536-MG, Ação Penal n.º 606-MG e Ação Penal n.º 937-RJ.

procedimental. E mais: em somente um caso, a questão de ordem foi suscitada por alguma parte, sendo todas as demais de iniciativa do Relator do caso.

No Inquérito n.º 687-SP, a Q.O. levantada pelo Relator, Min. Sydney Sanches serviu para cancelamento de uma Súmula do Tribunal. No Inquérito n.º 2.245-DF, houve o único caso onde o incidente foi provocado pelas partes, visando o desmembramento do inquérito quanto aos investigados e acusados que não detinham foro originário no Supremo Tribunal Federal. Esse caso é o ímpar exemplo, daqueles casos trazidos aqui à discussão, que de fato cumpriu a essência de decisão procedimental a potencialmente influir na marcha processual.

No julgamento da A.P. n.º 333, A.P. n.º 396, A.P. n.º 536 e A.P. n.º 606, a questão de ordem buscou discutir se a renúncia do acusado configuraria abuso de direito e, portanto, se a competência da Corte seria mantida. Nos três últimos casos citados, ainda buscou-se determinar em qual momento se daria a perpetuação da competência do Supremo nos casos de abdicação do cargo por parte do Congressista, servindo, portanto, para o estabelecimento de teses jurisprudenciais.

Finalmente, na discussão da questão da ordem na A.P. n.º 937, a questão de ordem foi o instrumento utilizado pelo Relator para propor uma reinterpretação restritiva da competência do STF sobre o foro por prerrogativa, além de estabelecer um novo marco da *perpetuatio jurisdictionis* na Corte. Para o Min. Lewandowski, no caso em tela, a questão de ordem não se prestaria a fixar interpretações de cunho restritivo às normas que estabelecem o foro no Supremo, seja quanto ao exercício de determinadas funções públicas, seja pela sua amplitude.⁶²³ Para o Ministro, a Q.O. não teria o condão de discussão de teses jurídicas de grande impacto que, no caso tem julgamento, alterariam substancialmente as regras do foro por prerrogativa.

A mesma opinião foi conjugada pelo Min. Alexandre de Moraes durante o julgamento da A.P. n.º 937, para o qual a questão de ordem não permite discussão de tese jurídica tão ampla, e apta a proferir entendimento a todos os casos de foro por prerrogativa. Para Moraes, a Q.O. teria cabimento em hipóteses de questão procedimental, mormente relacionadas à instrução e encaminhamento do caso, que venham a ser prejudiciais ao conhecimento do mérito da ação. Dessa forma, a questão de ordem, no caso em pauta, deveria ser adstrita a assuntos referentes ao seu julgamento, não podendo se dar amplitude a ser formulada tese a ser aplicada em todo e qualquer caso relacionado ao foro⁶²⁴.

⁶²³ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 321.

⁶²⁴ STF, Tribunal Pleno. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes, p. 137-140.

A consequência do costume do uso da questão de ordem para fixação de teses jurídicas, além de contrária a própria natureza, acaba por criar insegurança jurídica, já que suas repetidas e repentinas aparições fazem com que haja pouco debate público sobre seu teor, apesar da importância da questão. E mais uma vez, a falta de ação do legislador constituinte reformador faz com que o Supremo, diante de suas dificuldades e limitações, tenha de argumentar, até mesmo contra a natureza de texto legal, para moralizar e tornar eficiente sua prestação jurisdicional.

Sem a atuação do legislador, e com casos continuando a chegar no Supremo Tribunal Federal, a tendência é que novas situações ocorram, em cenários políticos e sociais que podem mudar conforme uma infinidade de variáveis impossíveis de serem previstas. E nesse cenário, a ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa tende a continuar a rodar.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, o presente trabalho pretendeu em sua essência, analisar o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal sob três ângulos de observação: entendimento do instituto, sua evolução na jurisprudência da Corte, e exame empírico das razões decisórias. As constantes alterações na jurisprudência sobre o tema, seja por modificações quanto à sua acepção, seja na criação ou revisão de parâmetros de aplicação, constituem parte do objeto da pesquisa. Mas não só isso. Em um cenário de escassez de novas positivadas sobre o tema, entender como o STF promove essas modificações em seus precedentes, investigando quais fatores endógenos e exógenos foi o objetivo da dissertação.

Alvo de acalorados debates na doutrina, na imprensa, e mesmo em redes sociais, o foro por prerrogativa, ou “foro privilegiado” na nomenclatura pejorativa, é costumeiramente, apontado como fato de impunidade aos crimes praticados por altas autoridades da República. A cada novo escândalo de corrupção que envolve membros da elite do Executivo e Legislativo Federal, as críticas ao instituto, e até mesmo ao Supremo, se multiplicam. O resultado são queixas populares contra o Tribunal, que causa perda de prestígio e conseqüentemente, de capital político, reduzindo seu potencial nos embates onde é necessária sua maior exposição.

Mesclando histórias de sucesso como o caso “mensalão”, mas vivendo com o fracasso da ocorrência de prescrições punitivas em razão da demora de julgamento dos casos, a verdade é que o Tribunal tem tentado cumprir a missão constitucional de instância penal originária. Porém, diante do vácuo legislativo da matéria, o Supremo tem sido obrigado a manipular, em anormal frequência, as regras do foro por prerrogativa através de decisões judiciais, cuja teor e fundamentos tentou-se explicar ao longo do texto.

A pesquisa, no Capítulo 1, buscou compreender o foro por prerrogativa despido de qualquer prejulgamento frente ao alcance de sua aplicabilidade dentro da jurisdição constitucional, bem como as bases teóricas que o embasa. Por intermédio do exposto, compreendeu-se, que o foro por prerrogativa tem como grande objetivo a proteção às decisões políticas do cargo, proporcionando ao seu ocupante a devida liberdade e segurança de que não será alvo de perseguições políticas. A ideia “privilegiativista” quanto ao foro mais se amolda aos efeitos da sua indevida configuração no direito brasileiro, que propriamente à essência do instituto.

Nesse sentido, ao verificar como o instituto é previsto em outros países, tornou-se possível localizar em que estágio se encontra o direito brasileiro diante de culturas jurídicas diversas. Especificamente no que tange a extensão, se mostrou que o foro por prerrogativa no

Brasil praticamente não encontra parâmetro no direito constitucional de outros países, inclusive na história do próprio constitucionalismo nacional, cujas Constituições não dispunham de tamanho rol de autoridades, como é o caso da Carta de 1988.

Enquanto na maioria dos ordenamentos pesquisados a prerrogativa é concedida a poucas autoridades da Lei Fundamental, no Brasil há um extenso rol de possibilidades de agentes a quais são beneficiados em razão de tal previsão. Não fosse o bastante, o número de autoridades pode variar por critérios estabelecidos por legislação ordinária, que acaba por equipar certos cargos públicos aos que possuem foro no STF por previsão constitucional. Se duvidosa é a constitucionalidade de lei comum dispendo sobre o assunto, dubitável também é a situação ter guarida do próprio guardião da Carta Magna, situação apontado na pesquisa.

Nesse sentido, se a ideia de privilégio existe na acepção crítica contrária ao foro, de modo a observar o instituto como aristocrático e antirrepublicano, certamente os motivos não se encontram na alma do foro por prerrogativa, mas sim nas falhas de sua aplicação e extensão, como já mencionado. O Supremo, nesse ponto, ocupa o papel de vítima juntamente com a sociedade ao arcar com os indesejados efeitos colaterais de sua disfuncionalidade, representadas pelo excesso de inquéritos e ações penais sob sua competência, comprometendo o exercício de outras competências.

Não obstante, no segundo capítulo, o intuito da pesquisa foi demonstrar como a Corte Constitucional realizou as mudanças de paradigmas do foro por prerrogativa ao longo dos anos. Consonante ao intuito, selecionou-se os *leading cases* sobre o tema, entendidos como aqueles casos que mostraram uma alteração de entendimento, ou a criação de nova regra sobre o tema. Insta salientar que alguns casos julgados pela Corte, de teor não paradigmático, também foram citados e usados como referenciais, não porque representavam necessariamente uma mudança de comportamento jurisprudencial, mas por indicar ausência de coerência de critérios decisórios por parte do Tribunal. Em outros termos, apontou-se como situações idênticas foram tratadas de forma diversa nas decisões, cujas diferenças foram demonstradas e devidamente analisadas.

No que tange especificamente às razões das mudanças jurisprudenciais, notou-se no teor dos votos a dificuldade dos Ministros em justificar as decisões que estabeleciam e abalizavam o foro por prerrogativa, dificuldade gerada pela falta de normatização sobre o tema. Usando-se de conceitos indefinidos, de princípios jurídicos e valores abstratos, o Supremo buscou dar efetividade e celeridade em seus julgamentos penais, além de combater as tentativas de acusados a impedir sua atividade jurisdicional, ainda que para isso se utilizasse de uma ginástica hermenêutica.

Os fatores levantados, somado ao fato da grande demanda de processos que tramitavam na Corte, e a necessidade de resposta à sociedade, também fez com que o Supremo adotasse uma postura proativa na definição de regras processuais do foro por prerrogativa.

Essa postura proativa, por vezes incoerente e contraditória, ao menos, tentou tornar real a competência da Corte de efetivamente julgar as autoridades sob sua competência. Os casos “mensalão” e A.P. n.º 937, e seus reflexos na “lava-jato” representaram exemplos dos desafios do Supremo no combate à corrupção que envolvia o alto escalão da política nacional. No entanto, para dar concretude a esse ideal, a Corte deu resoluções diversas a esses casos, ora expandindo sua competência a julgar acusados sem foro, ora a restringido a julgar acusados com foro somente em crimes conexos ao cargo. Esses casos evidenciam como o cenário político, a opinião pública e a própria Carta Constitucional, na exigência de ações que tornassem efetiva sua missão, faz o Tribunal movimentar sua jurisprudência.

Concomitantemente o fato político, foi apontado no Capítulo 3 como um dos, senão o maior elemento, a explicar a variação da jurisprudência do Supremo sobre o foro por prerrogativa, movimento este denominado no texto de “ciranda jurisprudencial”. E frente ao exposto tornou-se evidente que não faltam motivos para que a política se mostrasse como fundamental na atuação da Corte quanto ao foro. Considerando, ainda, o vácuo legislativo sobre a matéria, o STF usou da liberdade proporcionada e do poder concedido pela Carta Magna de 1988, além do capital político acumulado para promover a regramento das ações penais sob sua tutela.

É importante ressaltar que a atuação do Tribunal na condição de influente ator no contexto político, usando de sua força para promover mudanças nas regras de interpretação do foro por prerrogativa, não deve ser considerada, necessariamente, como ativismo judicial. A Corte, diante da inércia do legislativo, exerceu em muitas oportunidades seu papel de intérprete da Constituição, retirando ao máximo, do texto Constitucional, princípios e conceitos que autorizassem uma determinada interpretação. Não se exclui, contudo, que tenham ocorrido excessos e contradições na prática interpretativa, como apontou-se na pesquisa, o que não necessariamente implica em ativismo judicial.

Entretanto, como demonstrado, além da política, outros elementos motivaram o Supremo Tribunal para implementar modificações ou inclusões na sistemática do foro, tais como a prescrição, fases institucionais, opinião pública e o modelo decisório. De todos esses elementos, a opinião pública e o modelo decisório mereceram maior reflexão no texto da pesquisa, não se afirmando, que os demais elementos tenham verdadeira importância.

No que tange a opinião pública, ainda que veladamente, mostra-se como forte elemento decisório dentro do Tribunal, tendo em vista que não foram raros os votos onde Ministros admitiram que o clamor social se encontrava dentro das razões da tomada de decisão. Nesse sentido, ressalta-se que Tribunal tem manejado com competência esse fator de influência externa, atendendo na correta medida os reclames populares sem ao mesmo tempo, se deixar comandar por comoções.

Contudo, a volatilidade com que as opiniões sociais mudam servem de alerta ao Tribunal, pois a opinião pública deve, necessariamente, estar adequada ao que dispõe a Constituição Federal, e não ser causadora de insegurança jurídica e desrespeito a precedentes.

Já o modelo decisório da Corte, combinado em alguma medida com a fase institucional que a Corte atravessa, parece ser o fator de maior alterabilidade e insegurança sobre as regras do foro. O sistema de contagem dos votos por agregação, e o comportamento individualista dos Ministros impede que haja desde deliberações anteriores, bem com debates acerca do tema, onde poder-se-ia resultar em um voto do Tribunal, ou voto médio em outras palavras. Mas no STF, parece prevalecer a lenda das “onze ilhas”⁶²⁵ sobre a disposição de cada membro frente ao caso à tela, resultando em um acórdão(?) cheio de teses, não exatamente coerentes entre si, dificultando a obtenção da *ratio* do julgamento.

O resultado deste problemático modelo decisório quanto ao foro por prerrogativa pode ser verificado em vários momentos, como (i) na instabilidade e na indefinição da *perpetuatio jurisdictionis* ao longo dos anos; (ii) votações apertadas e de antagônicas razões entre tese vencedora e vencida; (iii) divergências decisórias entre Ministros (como na legalidade de buscas e apreensões no Congresso); (iv) divergências entre o próprio Colegiado (necessidade de consentimento do STF em procedimentos investigatório de autoridades em crimes não relacionados ao cargo, onde o Tribunal anteriormente se manifestou incompetente). Assim, o Supremo Tribunal, torna-se um agente que atua contra a própria previsibilidade das suas decisões e de seus precedentes.

Todavia, algumas das decisões do Colegiado tem se mostrado, ao menos em teoria, acertadas. Na Ação Penal n.º 937-RJ, por exemplo, uma das razões para que houvesse a reinterpretção do foro por prerrogativa seria o alto número de ações penais e inquéritos relativos a fatos não relacionados ao exercício do cargo. O objetivo era uma redução do volume de procedimentos penais e, conseqüentemente, agilizar a prestação jurisdicional da Corte.

⁶²⁵ O termo “onze ilhas” foi utilizado para criticar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. KLAFKE, Guilherme Forma. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direitos. Vol 1, n. 1, jan. p.89-104. 2013

Se qualitativamente ainda não há uma resposta acerca da prestação jurisdicional da Corte, ao menos quantitativamente já é possível observar uma significativa redução de inquéritos e ações penais no acervo do STF pós-decisão na A.P. n.º 937, se comparados com números do período anterior. Segundo dados obtidos no Portal Transparência do STF, organizado pela Secretaria de Atuação Estratégica – SAE, nos quatro anos anteriores à decisão, ou seja, entre 2014 e 2017, o Tribunal recebeu 737 Inquéritos e 157 Ações Penais. Porém, nos quatro anos seguintes à decisão, ou seja, entre os anos de 2018 a 2021, o Supremo recebeu apenas 78 Inquéritos e 20 Ações Penais⁶²⁶.

Os números apresentados significam uma redução aproximada de 90% no recebimento de novos Inquéritos e de 88% no número de novas Ações Penais, mostrando que, de fato, o STF se dedicava a julgar crimes em sua grande maioria relacionados a fatos estranhos ao mandato dos parlamentares. Nesse ponto, portanto, o STF mostrou-se correto quanto aos objetivos de suas decisões. Resta ver se qualitativamente o resultado será o mesmo.

Quanto ao seu futuro, conforme descrito no item 2.13, o foro por prerrogativa deverá sofrer sua maior restrição caso confirmada a aprovação da PEC n.º 333/2017, restringindo o apanágio somente aos Presidentes da República e Vice, Presidente do Senado Federal e Câmara dos Deputados, além do Presidente do Supremo Tribunal Federal. A medida praticamente eliminará o foro na mais alta instância do judiciário, visto o pequeno rol de autoridades a ser previsto na Constituição Federal. Nesse momento, talvez, a ciranda jurisprudencial do foro no STF, finalmente, poderá parar.

No novo formato, a maioria dos inquéritos e ações penais referentes ao foro passarão a tramitar em primeira instância. Diante de um Judiciário com déficit de estrutura, e uma legislação processual que prevê um elevado número de recursos, dúvidas podem ser levantadas quanto à efetividade dos juízos criminais, principalmente quanto à demora no julgamento e condenação dos culpados até o trânsito em julgado da sentença.

A pesquisa, então, permite concluir que o foro por prerrogativa não é a causa das mazelas do país, como afirmou o Min. Gilmar Mendes em um debate na Corte durante o julgamento da A.P. n.º 937. Instrumento de grande importância na proteção à liberdade no exercício das altas funções da República, o foro por muitos anos evitou que demandas frívolas

⁶²⁶ Se considerado for os Inquéritos e Ações Penais que tramitavam no Supremo, e baixados à instância inicial após a decisão na A.P. n.º 937/RJ, por versarem sobre crimes não relacionados ao cargo e não praticados durante o seu exercício, a redução do acervo de processos criminais no acervo da Corte foi reduzido em 452,6% em relação aos Inquéritos, e em 345% em relação às Ações Penais. (in. *Supremo Tribunal Federal*. Estatística. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=b282ea92-29ef-4ceb-9676-2b9615ddfabd&sheet=ef87c134-e282-47ac-8f8f-813754f74e76>. Acesso em: 22. Mai. 2021).

fossem propostas como meio de perseguições políticas, utilizando-se do Poder Judiciário como instrumento a este fim.

Contudo, nos atuais tempos, considerando a publicidade dos atos e a facilidade de acesso às informações estatais, é possível se fazer um controle maior dos atos das autoridades por parte da sociedade civil. Desta forma, a “perseguição política” aos atos das autoridades ocorrem cada vez mais através de redes sociais, protestos, eleições, e judicialmente através de remédios constitucionais, como a ação popular e ação civil pública, e cada vez menos através de procedimentos criminais.

Desta forma, a necessidade proteção ao cargo através do foro em Tribunais de demandas pueris reduz-se a cada dia, graças a direitos fundamentais que garantem aos acusados o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e o devido processo legal. Acresça-se também as garantias proporcionadas aos Magistrados, bem como a independência do Ministério Público, que visam garantir investigações sérias e julgamento isentos aos acusados em qualquer instância. Dessa forma, a necessidade do foro por prerrogativa, especialmente no Supremo Tribunal Federal, tem se mostrado cada vez menor, especialmente com relação ao número de autoridades, bem como ao exercício do cargo.

Diante desse cenário, o Supremo buscou, entre erros e acertos, aprimorar seu papel como órgão instrutório penal, a garantia um efetivo julgamento às autoridades sob sua jurisdição. A limitação em realizar mudanças e criar de balizas, diante de uma ausência de regras, representou um desafio à Corte a buscar um processo racional, e até mesmo moral, a garantir a eficiência de sua atuação e atender demanda social de combate à corrupção. E, de alguma maneira, o girar da ciranda jurisprudencial representou a busca do Tribunal, ainda que lentamente, por um foro por prerrogativa condizente com a maturidade de um país recém democratizado, evoluindo de uma herança aristocrática rumo ao republicanismo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARANTES, Rogério. *Mensalão: um crime sem autor*. in: *Justiça no Brasil: às margens da democracia*. Org. Marjorie Corrêa Marina e Andrés Del Río. p. 338-389. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

ARAUJO, Mateus Morais. *Comportamento estratégico do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 106 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2885/2308>>. Acesso em: 26. mai. 2021.

_____; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocacia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro / Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case*. *Direito e Práxis*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 85-121, dez. 2013. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/7503>>. Acesso em: 15 out. 2020.

ARISTÓTELES. *Política. Coleção a obra-prima de cada autor*. vol. 61. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). *Juízes contra a corrupção: o fim do foro privilegiado*. Estudo. Brasília: AMB, 2007, 44 p. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf>. Acesso em: 30. Set. 2020.

AUSTRIA, *Constituição da República da Áustria*. Biblioteca jurídica virtual BuscaLegis da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Disponível em: ><http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitui%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1ustria>>. Acesso em: 05 out. 2020.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal (livro eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo Penal (livro eletrônico)*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BARBOSA, Alexandre Izubara Mainete. *O foro por prerrogativa de função nos processos sob domínio do Supremo Tribunal Federal movidos contra parlamentares federais e a crise judiciária*. Curitiba: CRV, 2018.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BELÉM, Orlando Carlos Neves. Do foro privilegiado à prerrogativa de função. *Dissertação (Mestrado)*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito. 2008.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Cadernos Adenauer, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova [online]. 2004, n.61, pp.5-24. ISSN 1807-0175. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>>. Acesso em: 13. abr. 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial*. Rel. Dep. Efrain Filho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EFBE83210F1C83E32622EEA662EB6EFE.proposicoesWebExterno2?codteor=1701389&filename=Tramitacao-PEC+333/2017>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 333/2017*. (PEC). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 08. out. 2020.

_____. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Vademecum acadêmico de Direito. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Decreto n.º 687 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11.mai.2020.

_____. *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 02 out. 2020.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 02 out. 2020

_____. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LVII, n.º 32, sexta-feira, 5 de abril de 2002. Brasília/DF. p.13.601.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisa e Gestão da Informação, 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 473*, Estado da Guanabara. Tribunal Pleno. Rel. Min. Victor Nunes Leal. DJ. 19.11.1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n.º 800*. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados - CJCD. Brasília, 21 a 25 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo800.htm>>. Acesso em: 16. set. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Direitos fundamentais e jurisdição Constitucional. p. 219-269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARRIÓ, Genaro Rubén. *Sobre la competencia de la Suprema Corte Argentina y su necesaria y urgente modificación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n. 5. Enero-marzo. 1990.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. & LIMA, Frederico Retes. *Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 27 abr. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di Diritto Processuale Civile*. vol. II. sez. I. Napoli: Casa, 1934.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. *Procesos contra aforados constitucionales – parapolítica: Compilación de autos y sentencias de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Centro Internacional de Justicia Transicional, 2010.

COLOMBIA, Presidencia de la Republica. Acto Legislativo n.º 1 de 18 de enero de 2018, por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 335 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la dobre instancia y a impugnar la primera sentença condenatoria. Disponível em: <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%20B0%2001%20DE%2018%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>>. Acesso em: 07.out. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Celso de Mello defende fim da prerrogativa de função*. Revista Consultor Jurídico – Conjur. 26 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-fev-26/celso-mello-defende-fim-foro-prerrogativa-funcao>>. Acesso em: 22. set. 2020.

_____. *Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado a chefe de Poderes*. Revista Consultor Jurídico – Conjur, de 23 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade>>. Acesso em: 22 set. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPP. a. 30. n. 30. Curitiba, 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

DAL PIVA, Juliana. *Gilmar Mendes libera para julgamento recurso sobre foro de Flávio Bolsonaro*. Notícias UOL. Coluna Juliana Dal Piva. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/juliana-dal-piva/2021/05/28/gilmar-mendes-flavio-bolsonaro-foro-especial-rachadinha.htm>>. Acesso em: 08. Jul. 2021.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DATAFOLHA. *Maioria quer réus do mensalão presos, mas prevê absolvição*. Datafolha: Instituto de pesquisa. São Paulo, 08. ago. 2012, Opinião Pública. Disponível em: <<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>. Acesso em: 12. Mai. 2021.

DO VALE, André Rufino. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015, 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidade do Alicante; Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>>. Acesso em: 19. out. 2020

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal (livro eletrônico)* 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional de Espanha. *Sentencia 22/1997*, de 11 de febrero. La Sala Primera del Tribunal Constitucional. BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3287#complete_resolucion&completa>. Acesso em: 03.10.2020.

_____, *Constitución Española*. Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Ratificada por Reférendum Popular el 6 de diciembre de 1978. Sancionada por su Majestade el Rey Don Juan Carlos I ante las Cortes Generales el 27 diciembre de 1978. Junta de Castilla y León.

FALCÃO, Joaquim. *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

_____. *O Supremo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Toward an Institutional Theory of Constitutional Justice*. Constitutional Justice, East and West. p. 21-36. Great Britain: Kluwer Law International, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Passado y futuro del estado de derecho*. Revista Internacional de Filosofía e Política. n. 17. Madrid. 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trota, 2007.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. *Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribuna Federal*. Revista do TRE. Jan-jul de 2019. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. Ilustríssima. São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espinal-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 15.jun. 2021.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação (Mestrado). 426.p. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito: Florianópolis, 2016.

GINSBURG, Ruth Bader. *Communicating and Commenting on the Court's Work*. Georgetown Law Journal, vol. 83, n. 6, Jul. 1995.

GOMES, Marcelo. *Gilmar Mendes libera recurso sobre foro de Flávio Bolsonaro para 2ª Turma do STF julgar*. G1, 28. Mai. 2021. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/28/gilmar-mendes-libera-recurso->

sobre-foro-de-flavio-bolsonaro-para-julgamento-da-2a-turma-do-stf.html>. Acesso em: 08. Jul. 2021.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento. *Teoría y Realidad Constitucional*, [S.l.], n. 38, p. 239-275, jul. 2016. ISSN 2174-8950. Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/18603>>. Fecha de acceso: 04 oct. 2020.

GÓMES PAVAJEAU, Carlos Arturo; FARFÁN MOLINA, Francisco Javier. *El fuero de investigación y juzgamiento penal de altos funcionarios del Estado. Problemas procesales. Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, n. 101, julio-diciembre de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 87-132. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483>.

GREEN, Craig. *Anintellectual history of judicial activism*. Emory Law Journey, vol. 58, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HÄBERLE, Peter. *A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 208-230, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>>. Acesso em: 02 Set. 2020.

_____. *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n.25, p.189-205, jan./fev. 2009.

_____. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 9. Madrid. 2005.

_____. *A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 244, p. 208-230, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>>. Acesso em: 02 Set. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*, 1787 – 1788: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HELME, Gretchen; FIGUEROA, Julio Ríos. *Introduction: Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283018009_Introduction_Courts_in_Latin_America>. Acesso em: 30. Mai. 2021.

HELMKE, Gretchen. *Public Support and Judicial Crises in Latin America*. In: Journal of Constitution Law. v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol13/iss2/7>>. Acesso em: 17. Mai. 2021.

HESSE, Konrad. *El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 9. p. 141-151, Madrid, 2005.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: Müller Verlag, 1999.

_____. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. Imunidades Parlamentares. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], n. 7, p. 64-108, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/942/880>>. p. 70. Acesso em: 06 ago. 2020.

IBOPE. *Pesquisa IBOPE aponta que 78% dos entrevistados defendem o fim do foro privilegiado*. G1, Política, 02. Mai. 2018, Brasília. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pesquisa-ibope-aponta-que-78-dos-entrevistados-defendem-o-fim-do-foro-privilegiado.ghtml>>. Acesso em: 20. Mai. 2021.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JELLINEK, Georg. *ALLGEMEINE Staatslehre*. Springer, Berlin, Heidelberg. 1929. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-50936-0_15>. Acesso em: 12. abr. 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal- parte geral*. 18.ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1994.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. U.C. Davis Law Review, University Of California, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LEITÃO, Matheus. *Celso de Mello faz seu último pedido de pauta no STF*. Veja, São Paulo, 05. out. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/celso-de-mello-faz-seu-ultimo-pedido-de-pauta-no-stf/>>. Acesso em: 01. Mai. 2021.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7.ed. Milano: Giuffrè, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIVIANU, Roberto. *O que está em jogo na discussão do foro privilegiado*. Instituto Não Aceito Corrupção. 02. Mai. 2018. Disponível em: <<https://naoaceitocorruptao.org.br/o-que-esta-em-jogo-na-discussao-do-foro-privilegiado-roberto-livianu/>>. Acesso em: 12.09.2020.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed. vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCATO, Antônio Carlos. *Breves considerações sobre a jurisdição e competência*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, vol. 2, a.1992.

MARCHIONATTI, Daniel. *Processo Penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; SÁ MARTINO, Luis Mauro. *O conceito de opinião pública na teoria da comunicação: genealogias e modos de abordagem*. Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas - Departamento de Relações públicas, Propaganda e Turismo, Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo. v. 1, n. 1. São Paulo: ECA-USP/Gestcorp, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. *A ética dos precedentes*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal – parte geral (1º a 120)*. 13.ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “*A vida como ela é:*” componente estratégico nas cortes. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 8, n. 2.p. 688-718, ago., 2018.

_____. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. 470f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014.

_____. *Trinta anos, Uma Constituição e Três Supremos: Autorrestrrição, Expansão e Ambivaência*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2., set./dez. 2018.

_____. *Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 1, p. 402-423, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de S. Paulo, 01. Fev. 2010, Opinião. São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/fz0102201008.htm>>. Acesso em: 05.jun. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed, São Paulo: Saraiva, 2019.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Borges de. *O foro por prerrogativa na Espanha*. Custus Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. ano IV, 2012. Disponível em: <<https://revistacustuslegis.wordpress.com/2016/05/23/o-foro-por-prerrogativa-de-funcao-na-espanha/>>. Acesso em: 03 out. 2020.

MIGALHAS. *Rosa Weber autoriza operação da PF na Câmara*. Migalhas, Quentes, 27. Jul. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/331261/rosa-weber-autoriza-operacao-da-pf-na-camara>>. Acesso em: 08. Jun. 2021.

MILLIGAN, Luke. *Modeling the Congressional End-Run Constraint*. University of Richmond Law Review, Vol. 45, n. 3, March 2011, University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2012-10, p. 863-901. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2099758>>. Acesso em: 28. Mai. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Site do Ministério Público Federal. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 25.abr. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa anotada*. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. vol. II. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORENO ORTIZ, Luis Javier. *Fuero e desafueros*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento (livro eletrônico)*. 1.ed. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Código de Processo Civil Comentado (livro eletrônico)*.5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

NETTO, Vladimir. *Lava jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Foro por prerrogativa de função no processo penal: investigação, processo e duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 24.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

PAVANELI, Aline. *Lava jato completa quatro anos com 40 sentenças de Sérgio Moro; tempo médio de tramite das ações é de 9 meses*. G1 PR. 17 mar. 2018, Curitiba, Paraná. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/lava-jato-completa-quatro-anos-com-40-sentencas-de-sergio-moro-tempo-medio-de-tramite-das-acoes-foi-de-nove-meses.ghtml>>. Acesso em: 19. Mai. 2021.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Brasileiro – parte geral e parte especial*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTES, Felipe. *Barroso diz que foro privilegiado é desastre para o país*. Agência Brasil, Política, 31 mar. 2016, Brasília. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/foro-privilegiado-e-desastre-para-o-pais-diz-luiz-roberto-barroso>>. Acesso em: 11. Jun. 2021.

RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Foro privilegiado?*” O Estado de São Paulo. São Paulo, 07 de jan. 2017. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>>. Acesso em: 12. de jan. 2019.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. *Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação*. Revista de Processo, v. 217, p. 401-418, mar. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROLIM, Luciano. *Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília a. 4, n. 14, p. 111-146, jan-março, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e Sociedade*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-4-02112014>>. Acesso em: 30. set. 2020.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. *El sistema constitucional español*. 2.ed. Madrid: Dykinson, 1992.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, n. 3, jul 2013, p. 557–584. New York: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mot019>>. Acesso em: 31. Mai. 2021.

_____. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 1 jan. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 04. jun. 2021.

SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA. *Common law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Ana Cecília Nascimento e. *O gênero crônica em sala de aula: análise dos mecanismos enunciativos da promoção de uma competência textual-discursiva*. 131 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Sergipe, Programa de pós-graduação em Letras Profissional em rede, 2016.

STF, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.587-GO. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 01.12.2004. DJ. 06.11.2006.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. DJ. 19.12.2006.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Celso de Mello. j. 15.09.2005. DJ. 19.12.2006.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Eros Grau. j. 15.09.2005. DJ. 19.12.2006.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797 (DF)*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 15.09.2005. DJ. 19.12.2006.

_____. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.289 (DF)*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 05.05.2005. DJ. 24.02.2006.

_____. *Ação Penal n.º 241 Relator*. Min. Soares Muñoz. J. 24.09.1980. DJ. 24.10.1980.

_____. *Ação Penal n.º 313 (Questão de Ordem)*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 09.11.2001.

_____. *Ação Penal n.º 315 (Questão de Ordem)*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 31.10.2001.

_____. *Ação Penal n.º 319 (Questão de Ordem)*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 31.10.2001.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cezar Peluso. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cezar Peluso. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ellen Gracie. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Joaquim Barbosa. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Marco Aurélio. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Menezes Direito. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

_____. *Ação Penal n.º 333-PB (Q.O.)* Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ricardo Lewandowski. j. 05.12.2007. DJ: 11.04.2008

_____. *Ação Penal n.º 351-SC (Q.O.)*. Rel. Min. Marco Aurélio. j: 12.08.2004. DJ: 17.09.2004.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Ayres Britto. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Cezar Peluso, j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Dias Toffoli. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Ellen Gracie. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Marco Aurélio. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 396-RO (Q.O.)*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Voto Min. Marco Aurélio j. em 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

_____. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 27.03.2014. DJ. 12.08.2014.

_____. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto. Min. Dias Toffoli. j. 27.03.2014. DJ. 12.08.2014

_____. *Ação Penal n.º 536-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto. Min. Joaquim Barbosa. j. 27.03.2014. DJ. 12.08.2014

_____. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014.

_____. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Luis Fux. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014.

_____. *Ação Penal n.º 606-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Voto Min. Marco Aurélio. j. 12.08.2014. DJ: 18.09.2014.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ: 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Alexandre de Moraes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937/RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Celso de Mello. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Dias Toffoli. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Edson Fachin. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Marco Aurélio. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Gilmar Mendes. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Luiz Fux. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Ricardo Lewandowski. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Ação Penal n.º 937-RJ (Q.O.)*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Voto Min. Rosa Weber. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

_____. *Habeas Corpus n.º 69.156-SP*. Relator Min. Octavio Gallotti. j. 29.04.1992. RTJ 140/932.

_____. *Habeas Corpus n.º 73.423-RJ*. Rel. Min. Francisco Rezek. j. 10.12.1996. DJ. 12.11.1999.

_____. *Inquérito n.º 427-DF*. Rel. Min. Moreira Alves. j. 12.08.1992. DJ. 15.10.1993.

_____. *Inquérito n.º 565 (Q.O.)*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 31.10.2001.

_____. *Inquérito n.º 687-SP (Q.O.)*. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

_____. *Inquérito n.º 687-SP (Q.O.)*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto Min. Carlos Velloso. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

_____. *Inquérito n.º 687-SP (Q.O.)*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto Min. Sepúlveda Pertence. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

_____. *Inquérito n.º 687(Q.O.)*. Rel. Min. Sydney Sanches. Voto: Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

_____. *Inquérito n.º 2.245-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.

_____. *Inquérito n.º 2.245-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Cármen Lúcia. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.

_____. *Inquérito n.º 2.245-MG (Q.O.)*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Ellen Gracie. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.

_____. *Inquérito n.º 2.245-DF*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Voto Min. Eros Grau. j. 28.08.2007. DJ: 09.11.2007.

_____. *Inquérito 4.703-MT (Q.O.)*. Rel. Min. Luiz Fux. j. 12.06.2018. DJ. 01.10.2018.

_____. *Mandado de Segurança n.º 26.602-DF*. Rel. Min. Eros Grau. j. 04.10.2007. DJ. 17.10.2008.

_____. *Reclamação n.º 473*. Rel. Min. Victor Nunes Leal. j. 31.01.1962. DJ. 08.06.1962.

_____. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

_____. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. Voto Min. Rosa Weber. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

_____. *Reclamação n.º 25.537-DF*. Rel. Min. Edson Fachin. Voto Min. Luís Roberto Barroso. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

_____. *Reclamação n.º 41.910-RJ*. Rel. Min. Gilmar Mendes.

_____. *Reclamação n.º 42.446-SP*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 29.07.2020. DJ. 31.07.2020.

_____. *Recurso Extraordinário n.º 197.917-SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 06.06.2002. DJ. 07.05.2004.

_____. *Notícias STF*. Imprensa. 05. Dez. 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79146&ori=1>>. Acesso em: 25. Mai. 2021.

STF. Composição. Linha sucessória. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhasucessoria>>. Acesso em: 27. Mai. 2021.

_____. *Notícias STF*. “Ministro afirma que com renúncia do deputado Federal Ronaldo Cunha Lima ação penal não será julgada pelo STF”. Dia 31 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=75737>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

_____. *Notícias STF*. Dia 08 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=76923>>. Acesso em 11.abr. 2020.

_____. *Notícias STF*. STF aceita denúncia contra o senador Eduardo Azeredo pelos crimes de peculato e lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117340>>. Acesso em: 21.abr. 2020.

_____. *Notícias STF*. Retrospectiva: emenda regimental que mudou atribuição das Turmas marcou o mês de junho de 2014. 26 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284123>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Notícias STF*. Suspensas busca e apreensão com acesso irrestrito a informações no gabinete de José Serra. Notícias STF, Imprensa. Brasília, 21.jul. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447952&ori=1>>. Acesso em: 07. Jun. 2021.

_____. *Notícias STF*. Atividade Legislativa. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 10, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. Acesso em: 21. Mai. 2021.

_____. Estatística. Disponível em: ><https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=b282ea92-29ef-4eeb-9676-2b9615ddfabd&sheet=ef87c134-e282-47ac-8f8f-813754f74e76>>. Acesso em: 22. Mai. 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 1. ed. RT: São Paulo, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Foro privilegiado: Supremo em números não pode ser “Números Supremos”*. Conjur: São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/lenio-streck-supremo-numeros-nao-numeros-supremos>>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

_____. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES FILHO, Newton. *Foro por prerrogativa de função no direito comparado. Consultoria Legislativa*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2015.

THEA, Federico Gastón. *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema – Parte general*. Edunpaz: Buenos Aires, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Da competência pela prerrogativa de função*. Coleção Doutrinas essenciais: Direito Penal. ano. 1. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas corpus n.º 0011759-58.2020.8.19.0000*. Impetrante: Luciana Barbosa Pires. Impetrado: Juízo da 27ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Flávio Nantes Bolsonaro. Rel. Des. Mônica Tolledo de Oliveira. Rio de Janeiro, RJ, j. 25.06.2020. DJ. 01.07.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/07/rcl-41910-24-acordao-flavio-bolsonaro.pdf>>. Acesso em: 28.07.2021.

TUCCI, Rogério Lauría. *Processo e procedimentos penais*. Doutrinas essenciais: Processo penal. Org. Guilherme de Souza Nucci. ano. I. vol. I. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O fim da farrá da prescrição penal: Lei n.º 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei n.º 12.234, de 05 de maio de 2010*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.36, jun. 2010. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/paulo_afonso.html>. Acesso em: 22 mai. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, n. 8, jul.-dez. 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 29. set. 2020.

ANEXO I – INVENTÁRIO DE “TESES/RAZÕES” DOS CASOS PARADIGMÁTICOS SELECIONADOS NO CAPÍTULO 2.

Item 2.1. Inquérito n.º 687-SP (Questão de Ordem) – Julgado em 25.08.1999													
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Min. Sydney Sanches (Relator)	Verde	Verde	Verde	Vermelho	Verde	Verde							Verde
Min. Sepúlveda Pertence			Verde		Verde	Verde	Vermelho	Vermelho	Vermelho	Vermelho	Vermelho		Verde
Min. Moreira Alves	Verde	Verde				Verde						Vermelho	Verde
Min. Nelson Jobim						Verde	Vermelho	Vermelho	Vermelho	Vermelho	Vermelho		Verde
Min. Carlos Velloso	Verde	Verde	Verde			Verde							Verde
Min. Maurício Corrêa	Verde	Verde	Verde	Vermelho	Verde	Verde							Verde
Min. Marco Aurélio	Verde	Verde	Verde	Vermelho	Verde	Verde							Verde
Min. Octávio Gallotti	Verde	Verde	Verde	Vermelho	Verde	Verde							Verde
Min. Néri da Silveira	Verde	Verde	Verde	Vermelho	Verde	Verde				Vermelho			Verde
Min. Ilmar Galvão						Verde				Vermelho			Verde
Min. Celso de Mello						Verde							Verde

*verde: teses vencedoras * vermelho: teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. A Constituição de 1988 não atribuiu ao STF a competência de julgar ex-ocupantes de cargos e mandatos,
2. O foro por prerrogativa deve ser interpretado restritivamente, em respeito ao princípio republicano da igualdade
3. Grande número de ações penais inviabiliza as funções do STF
4. Relatores atuam não como Ministros, mas como juízes de 1º grau
5. A amplitude do Foro por prerrogativa no Brasil não existe em outros países
6. Cancelamento da Súmula n.º 394 pela sua não adoção expressa pela Constituição de 1988.
7. Ordenamento jurídico nacional pródigo quanto ao foro por prerrogativa
8. Não cabe ao STF restringir o alcance do foro
9. O foro protege o dignitário do ostracismo futuro
10. Proposição de criação de Súmula com o seguinte texto: “Cometido o crime no exercício do cargo, ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.”
11. A maioria dos casos não envolve crimes praticados em relação ao cargo exercido ou mandato
12. Quando autoridade deixa o cargo, cessa a pressão, não sendo o foro necessária ao ex-ocupante.
13. Atos praticados no Tribunal são válidos.

Item 2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797-DF e ADI n.º 2.860-DF - Julgados em 15.09.2005															
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
Min. Sepúlveda Pertence (Relator)															
Min. Eros Grau															
Min. Gilmar Mendes															
Min. Joaquim Barbosa															
Min. Carlos Velloso															
Min. Elen Gracie															
Min. Marco Aurélio															
Min. César Peluso															
Min. Carlos Ayres Britto															
Min. Celso de Mello															
Min. Nelson Jobim (ausente)															

*teses vencedoras

*teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. Reação legislativa ao cancelamento da Súmula n.º 394
2. Lei ordinária não é instrumento normativo apto a alterar, impor ou modificar interpretação do Supremo sobre dispositivo constitucional, por faltar competência ao Congresso.
3. Há vício formal em lei ordinária que opõe a interpretação da Constituição pelo Supremo, representando usurpação das funções do STF
4. A lei traduz o objetivo do foro por prerrogativa que é a proteção do exercício do cargo, o que deve ser feito inclusive quando o agente não mais o ocupa.
5. É inconstitucional lei ordinária que acresça competência ao STF.
6. O foro, como prerrogativa, deve ser interpretado restritivamente.
7. O legislador ordinário também é intérprete da Constituição e, portanto, não fica vinculado a não legislar em sentido contrário à interpretação realizada pelo STF
8. Não há vício formal no ato legislativo de criar norma contrária à interpretação realizada pelo STF, face não vinculação ao teor decisório
9. Juízes, em primeira instância, não são mais independentes que aqueles que oficiam perante Tribunais
10. O foro por prerrogativa não deve ser confundido com foro privilegiado.
11. O legislador tem liberdade de conformação, inclusive para editar lei antes declarada inconstitucional.
12. Agentes políticos é categoria que merece especial proteção ao exercício do cargo.
13. As competências do STF podem ser interpretadas de forma extensiva.
14. O foro protege o dignitário do ostracismo futuro
15. O foro deveria ser estendido além do exercício das funções relativos a atos praticados durante seu exercício.

Item 2.3. Inquérito n.º 2.245-MG (Questão de Ordem) – Julgado em 06.12.2006										
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Min. Joaquim Barbosa (Relator)										
Min. Cármen Lúcia										
Min. Eros Grau										
Min. Ricardo Lewandowski										
Min. Gilmar Mendes										
Min. Carlos Ayres Britto										
Min. Cezar Peluso										
Min. Min. Sepúlveda Pertence										
Min. Ellen Gracie										
Min. Min. Marco Aurélio										
Min. Celso de Mello										

*teses vencedoras *teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. Promoção do desmembramento do processo, nos termos do art. 80 do CPP quando houver pluralidade de acusados, sob discricionariedade do juízo competente.
2. É competente o STF para julgar somente aqueles que dispõe de foro criminal na Corte
3. O desmembramento promoveria a celeridade na prestação jurisdicional
4. Tendo em vista a inextrincável relação dos fatos delituosos, o desmembramento poderia gerar decisões contraditórias e conflitantes
5. O desmembramento promoveria a efetividade na prestação jurisdicional
6. Promover a apuração e julgamento do caso como resposta à sociedade
7. Desmembramento dos autos pelo temor pela prescrição e maior capacidade das instâncias originárias para julgamento de processos que o STF
8. A unidade do processo é a regra, sendo o desmembramento medida excepcional
9. O desmembramento do processo favorece a prescrição nas instâncias inferiores
10. Adoção de critério objetivo realizando-se o desmembramento dos autos somente quanto aos acusados de crimes não conexos aos acusados com foro no STF

Item 2.4. Ação Penal n.º 333-PB (Questão de Ordem) – Julgado em 05.12.2007						
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6
Min. Joaquim Barbosa (Relator)	Red	Red	Green			
Min. Cármen Lúcia	Red	Red	Green			
Min. Eros Grau			Green		Green	
Min. Ricardo Lewandowski			Green		Green	Red
Min. Gilmar Mendes			Green		Green	Red
Min. Carlos Ayres Britto	Red		Green			
Min. Cezar Peluso	Red		Green	Red		
Min. Menezes Direito			Green		Green	
Min. Ellen Gracie			Green		Green	Red
Min. Min. Marco Aurélio			Green		Green	
Min. Celso de Mello			Green		Green	

*teses vencedoras

*teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. A renúncia do acusado às vésperas do julgamento, configura abuso de direito, apto a tornar o ato ineficaz quanto à modificação de competência por desvio de finalidade do ato e ser contrário à Constituição
2. A renúncia se mostra como fator de impedimento do exercício da Corte, o que contraria o texto constitucional
3. O foro por prerrogativa, como competência especial, se sobrepõe sobre a competência geral do Tribunal do Júri, definida no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal.
4. A renúncia do mandato, ato unilateral, deve obedecer aos critérios e fundamentos normativos que justificam a existência e validade do ato, tendo apenas aparência de direito subjetivo
5. Cessando o mandato, cessa também a jurisdição do STF sobre o acusado, devendo os autos serem remetidos ao juízo competente, independentemente do momento da renúncia
6. Não se pode presumir a renúncia como ato de má-fé ou abuso de direito do acusado quando parlamentar por tratar-se de ato unilateral puro.

Item 2.5. Ação Penal n.º 396-PB (Questão de Ordem) – Julgado em 28.10.2010						
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6
Min. Cármen Lúcia (Relatora)						
Min. Joaquim Barbosa						
Min. Dias Toffoli						
Min. Ricardo Lewandowski						
Min. Gilmar Mendes						
Min. Carlos Ayres Britto						
Min. Cezar Peluso						
Min. Ellen Gracie						
Min. Min. Marco Aurélio						
Min. Celso de Mello (ausente)						

*teses vencedoras

*teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. A renúncia do parlamentar às vésperas do julgamento é ato unilateral e legítimo, mas não se presta a ser subterfúgio a deslocar competências definidas na Constituição e impedir do julgamento pelo STF, mantendo-se a competência do Tribunal
2. A renúncia do cargo público às vésperas do julgamento para dificultá-lo ou impedi-lo configura fraude processual e abuso de direito
3. A renúncia se presta a provocar a prescrição não deve ser admitida pelo STF
4. A renúncia ao mandato após o processo colocado em pauta, finda a instrução, para julgamento, não surtirá efeitos
5. A renúncia deixa de ter efeito para efeito de modificação de competência quando o processo for concluso ao Relator para elaboração do voto, após o fim da instrução
6. Cessando o mandato, cessa também a jurisdição do STF sobre o acusado, devendo os autos serem remetidos ao juízo competente, independentemente do momento da renúncia.

Item 2.6. Ação Penal n.º 536-MG (Questão de Ordem) – Julgado em 27.03.2014							
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6	7
Min. Luís Roberto Barroso							
Min. Joaquim Barbosa							
Min. Dias Toffoli							
Min. Rosa Weber							
Min. Gilmar Mendes							
Min. Luiz Fux							
Min. Teori Zavascki							
Min. Min. Marco Aurélio							
Min. Celso de Mello							
Min. Ricardo Lewandowski (ausente)							
Min. Cármen Lúcia (ausente)							

*teses vencedoras

*teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. Cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional
2. Proposta de estabelecer o momento do recebimento da denúncia como o da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente
3. A ausência de risco de prescrição em abstrato afasta a má-fé por parte da renúncia do acusado
4. Proposta de estabelecer o momento do encerramento da instrução como o da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente
5. Proposta de estabelecer o momento do visto do Relator, com o voto finalizado e liberado ao Revisor como o da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente
6. A renúncia do acusado antes do julgamento, configura abuso de direito, apto a tornar o ato ineficaz quanto à modificação de competência por desvio de finalidade do ato e ser contrário à Constituição
7. Proposta de estabelecer caso a caso o momento da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente

Item 2.8. Ação Penal n.º 937/RJ (Questão de Ordem) – julgada em 03.05.2018																
Ministros / Razões-Teses	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Min. Luís Roberto Barroso (Rel.)	Red	Green	Red	Green	Green	Red										
Min. Cármen Lúcia			Red	Green		Red										
Min. Rosa Weber	Red	Green		Green		Red										
Min. Luiz Fux	Red	Green		Green	Green	Red										
Min. Edson Fachin	Red	Green	Red	Green	Green	Red						Red				
Min. Alexandre de Moraes		Green			Green		Red	Red	Red	Red			Red		Red	
Min. Marco Aurélio				Green							Red					
Min. Ricardo Lewandowski							Red		Red	Red			Red			
Min. Dias Toffoli										Red			Red	Red	Red	Red
Min. Celso de Mello	Red		Red	Green	Green											
Min. Gilmar Mendes					Green		Red	Red		Red			Red	Red		Red

*teses vencedoras

*teses vencidas

Razões-teses fortes extraídas do julgamento:
1. Há acessivo número de autoridades com foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal, impedindo a Corte de desenvolver sua missão de guardião da Constituição
2. Há disfuncionalidade do juízo criminal instrutório do STF por falta de vocação, provocando elevado número de ocorrência de prescrições de ações penais e inquéritos, ocasionando desprestígio à Corte e gerando impunidade
3. A primeira instância é melhor condicionada ao papel de juiz instrutório, devidamente protegida pelas garantias constitucionais dos magistrados
4. Promover uma interpretação restritiva do foro por prerrogativa no STF, limitando-o a crimes praticados durante o exercício do cargo e relacionados ao seu exercício, cumprindo o princípio republicano da igualdade
5. Proposta de estabelecer o momento do encerramento da instrução e publicação do despacho para apresentação das alegações finais como o da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente
6. Atendimento aos anseios da sociedade que se mostra favorável à redução da aplicação do foro por prerrogativa dada a existência de uma mutação constitucional sobre o tema, adequando-o à nova realidade social
7. Não há estatísticas que comprovem a ineficiência do foro por prerrogativa no STF, nem da eficiência da primeira instância no julgamento de autoridades
8. O foro por prerrogativa não é causa de impunidade aos crimes de corrupção no Brasil, sendo injustas quaisquer críticas ao Tribunal por essa razão
9. A Questão de Ordem não é instrumento adequado a discutir teses de grande amplitude, como no caso em julgamento, devendo ser aplicado somente a resolução de incidentes procedimentais
10. Somente emenda Constitucional poderia limitar o foro por prerrogativa do STF ao julgamento de crimes relacionados ao cargo, tendo em vista que o texto constitucional abarcou todas as hipóteses de crime praticados a quem faz jus ao apanágio, não podendo o Tribunal subtrair competência determinada pela Constituição
11. Cessando o mandato, cessa também a jurisdição do STF sobre o acusado, devendo os autos serem remetidos ao juízo competente, independentemente do momento da renúncia.

12. A sistemática do foro por prerrogativa no STF cria entraves para o cumprimento do duplo grau de jurisdição, devendo o dispositivo, também por esse motivo, ser interpretado restritivamente.
13. O STF tem sido eficiente no julgamento de altas autoridades com foro por prerrogativa no Tribunal, graças a mudanças estruturais e regimentais, não se falando em inefetividade ou impunidade gerada pela Corte
14. Proposta que o STF seja competente para o julgamento de crimes praticados por parlamentares, independentemente da natureza do delito, a partir da diplomação
15. Proposta de estabelecer o momento da conclusão da fase de produção de provas como o da fixação definitiva (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>) do STF, ainda que o acusado renuncie ao cargo posteriormente