

O STF E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (FORO PRIVILEGIADO)

Miguel Gualano de Godoy

*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFPR
Pesquisador visitante nas Universidades de Harvard e Buenos Aires
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

O Supremo Tribunal Federal e a Ação Penal 937 como *leading case*

O STF deverá retomar o julgamento da Ação Penal 937, que trata do suposto cometimento de crime de captação ilícita de sufrágio (art. 299 Código Eleitoral) pelo então candidato a prefeito do município de Cabo Frio.

A AP 937 é paradigmática porque é nela que o STF vem discutindo a possibilidade de se estabelecer interpretação restritiva sobre o cabimento e alcance do foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função

O foro por prerrogativa de função consiste na definição, pela Constituição ou pela lei, de um juízo originário competente para processar e julgar as denúncias de crimes cometidos por determinados agentes públicos.

O foro por prerrogativa de função garantido ao Presidente da República, Vice-presidente, membros do Congresso Nacional e Ministros de Estado está previsto na Constituição, no art. 102, I, b, c, que estabelece que compete ao STF processar e julgar originariamente nas infrações penais comuns essas autoridades.

Foi previsto para o fim de se evitar que a persecução criminal contra importantes agentes públicos, especialmente contra os representantes diretos do povo, fosse permeada por vícios, influências políticas ou regionais. Tratou-se, assim, de ser previsto como proteção do mandato popular contra eventuais persecuções indevidas ou abusivas.

É certo que quando da sua criação, não se imaginava que tantos parlamentares seriam acusados de tantos crimes e de crimes tão graves. Tampouco se imaginava que essa proteção acabaria por ser desnaturada da proteção do mandato, transformando-se em instrumento de desigualdade e

impunidade. Não sem razão, o foro por prerrogativa de função foi apelidado de foro privilegiado.

O entendimento atual do STF sobre o foro por prerrogativa de função

O atual entendimento do STF sobre a norma contida no art. 102, I, b, c, da Constituição é o de que todos os inquéritos e ações penais, independentemente de *quais* sejam os crimes ou de *quando* eles tenham sido praticados, devem tramitar perante o STF.

A possibilidade de recompreensão do STF sobre o alcance do foro por prerrogativa de função

Na Ação Penal 937, todavia, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso propôs e defendeu em seu voto que o STF revisse seu posicionamento e passasse a entender que o foro por prerrogativa de função se aplique apenas aos crimes (i) cometidos durante o mandado, (ii) em razão dele, e também (ii) nos casos em que, apesar de findo o motivo de manutenção do foro especial, a instrução já tenha se encerrado (término do mandato ou renúncia, por exemplo).

Acompanharam o voto do Ministro Barroso a Ministra Cármen Lúcia, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio Mello. O Ministro Marco Aurélio, todavia, discordou parcialmente da proposta do Ministro Relator ao não acatar a tese na parte que estabelece que o STF deve julgar a ação mesmo quando não subsistirem mais as razões para manutenção do foro, mas a instrução processual já tiver sido terminada.

Quatro razões para ser contra o foro por prerrogativa de função

Existem ao menos quatro razões para ser contra o foro por prerrogativa de função e se endossar a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso.

1 – *Violação ao princípio republicano*: o foro por prerrogativa de função afronta o princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB/88) porque estabelece uma classe especial de cidadãos apartados dos deveres e responsabilidades impostos a todos os demais na persecução penal. E o faz justamente com aqueles que mais deveriam ter *accountability*, responsividade, com o povo: os seus representantes. Há ofensa ao princípio republicano porque o foro por

prerrogativa de função estabelece um privilégio aristocrático a sujeitos que exercem o poder. Justo eles, que ocupam o poder e exercem a representação popular e, por isso, deveriam responder como toda e qualquer pessoa.

2 – *Violação ao princípio da igualdade*: o foro por prerrogativa de função afronta a igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88) porque alça os representantes do povo que cometeram crimes comuns, como qualquer cidadão pode vir a cometer, a um julgamento em instância especial. Estabelece, assim, uma justiça para os cidadãos comuns e outra especial para Deputados e Senadores. E, frise-se, sem qualquer justificativa para isso, já que a maioria dos crimes cometidos não possuem nenhuma relação com o mandato. É preciso romper esse sistema representativo organizado para apartar os representantes do povo de sua responsabilidade penal comum, ordinária, como acontece com qualquer cidadão, como acontece com qualquer um de nós.

3 – *Razão estrutural*: o foro por prerrogativa de função desnatura a *função* do STF como Corte Constitucional e sua *finalidade* como Tribunal de teses e precedentes. A função do STF não deve ser assemelhada à de uma vara criminal de 1º grau, destinada a julgar crimes no varejo, mas a de Corte Constitucional, que guarda a Constituição e julga temas constitucionais, que fixa teses e precedentes que irão orientar os demais juízos e tribunais.

4 – *Razão pragmática*: as violações ao princípio republicano (art. 1º, *caput*, CRFB/88), ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88), à função e finalidade do STF como Corte Constitucional de teses e precedentes criam um sistema disfuncional, lento e ineficaz. Ou seja, entope o STF, que já possui uma pauta congestionada, com inquéritos e ações penais que não deveriam ser processadas e julgadas por ele, o que resulta em lentidão, prescrição e, portanto, impunidade.

Os problemas e as consequências do foro por prerrogativa de função

A atual forma de se compreender a competência do STF (art. 102, I, b,c, CRFB/88) e o foro por prerrogativa de função acarretam, assim, problemas jurídicos (de violação às normas constitucionais – art. 1º, *caput*; art. 5º, *caput*), problemas de desenho institucional (de desvirtuamento da função e finalidade do STF) e problemas práticos (um sistema disfuncional que não processa e julga adequadamente quem é acusado de cometer crimes comuns).

Esses problemas têm como consequência o impedimento do funcionamento apropriado do STF, inclusive para o julgamento das causas criminais. Além disso, impossibilitam que o STF exerça sua função de Corte Constitucional e cumpra sua finalidade de Tribunal de teses e precedentes. E, por fim, esses problemas corroem a autoridade e respeitabilidade do STF e de suas decisões.

Possíveis soluções

Uma solução possível e substantiva seria a mudança formal da Constituição pelo Congresso Nacional através de Emenda à Constituição. Está em trâmite no Congresso a Proposta de Emenda à Constituição 333, já aprovada pelo Senado e desde junho em análise na Câmara dos Deputados.

A PEC 333 acaba com o foro por prerrogativa de função para crimes comuns cometidos por parlamentares; governadores de Estado; prefeitos; desembargadores; juízes dos Tribunais Regionais Federais; dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Eleitorais; membros dos Tribunais de Contas e do Ministério Público que oficiem perante tribunais. Fica, todavia, mantido o foro por prerrogativa de função nas infrações penais comuns para o Presidente e o Vice-presidente da República, para os presidentes da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal.

É de se notar que a PEC 333 restringe efetivamente o foro por prerrogativa de função, mas não define que ele será apenas para os crimes cometidos durante o mandato e em razão dele. Dessa forma, os beneficiados pelo foro privilegiado (Presidente e o Vice-presidente da República, presidentes da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal) teriam quaisquer crimes processados e julgados pelo STF. Ou seja, a PEC 333 é mais restritiva do que o voto do Min. Barroso ao limitar os beneficiados pelo foro. Por outro lado, ela tem um alcance menor que a proposta do Min. Barroso porque não define que o foro especial será apenas para crimes cometidos durante o mandato e em razão dele.

Outra solução possível é justamente a mudança pelo STF na interpretação da Constituição (art. 102, I, b, c) sobre o alcance do foro por prerrogativa de função, tal qual proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso. O que possibilita essa mudança de interpretação, verdadeira mutação constitucional (releitura interpretativa da Constituição sem alteração formal de seu texto), é a mudança da realidade fática existente: um número muito grande

de inquéritos e ações penais (mais de 500), que não apenas descaracteriza o STF, como impede seu funcionamento adequado e ainda cria uma categoria de cidadãos com privilégios antirrepublicanos e não igualitários.

Ademais, há precedentes em que o STF estabelece interpretação restritiva modificando jurisprudência assentada, ajustando competência e finalidade da norma constitucional. Um exemplo de precedente recente em que o STF assim decidiu é o da ADI 5.540 (Rel. Min. Edson Fachin), na qual se entendeu não ser constitucional a exigência de autorização prévia das Assembleias Legislativas para que Governadores sejam processados e julgados por crime comum perante a Corte (STF. Plenário. ADI 5.540/MG, Rel. Min. Edson Fachin. Julgada em 03/05/2017. Informativo 863/STF).

Considerações finais

É preciso, pois, redescobrir o espírito republicano, já enunciado e positivado no art. 1º da Constituição da *República*. E o princípio republicano se opõe, na matéria em comento, a uma compreensão que cria desníveis e sistemas de justiça diferenciados entre cidadãos e detentores do poder.

A atual compreensão sobre o foro por prerrogativa de função não pode socavar a ideia de igualdade que ilumina toda a Constituição e deve, assim, ser fundamento para toda a atuação do sistema de justiça – inclusive do STF. Todos os sujeitos possuem idêntico valor moral e a ocupação de cargos públicos, especialmente eletivos e representativos, não pode servir de escudo para evitar a persecução penal e buscar a impunidade.

O julgamento que o STF fará da Ação Penal 937 será mais um capítulo da nossa história constitucional, assentará mais uma coluna de nossa Catedral constitucional (para usar expressões conhecidas de Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino). E poderá ainda ter impacto sobre outras ações pendentes de julgamento como, por exemplo, o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

Informação bibliográfica do texto:

GODOY, Miguel Gualano de. O STF e o foro por prerrogativa de função (foro privilegiado). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n.º 129, novembro de 2017, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].