

INTRODUÇÃO

A dissertação trata da existência do foro por prerrogativa de função no cenário brasileiro, instituto previsto na Constituição da República, visando assegurar a algumas autoridades o direito de serem julgadas pelas mais altas Cortes de Justiça do Poder Judiciário nos casos de crimes comuns e de responsabilidade.

De forma mais específica, pretende-se examinar, em particular, a concessão de foro especial para os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal, medida introduzida no sistema constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional n.º.1/1969, tendo em vista o destaque que tem recebido o tema na história recente, despertando a atenção da opinião pública e suscitando questionamentos sobre possíveis dificuldades para o andamento e o ágil processamento de feitos sob a competência da Corte, com o aumento do número de deputados e senadores envolvidos em processos criminais.

A questão do foro por prerrogativa de função desperta inúmeras polêmicas e alimenta constantes debates na política, na sociedade e na doutrina. E, por óbvio, decorrem daí diversos reflexos na jurisprudência pátria, sobretudo no que concerne às discussões sobre as regras de competência estabelecidas ao Poder Judiciário.

De fato, o Poder Judiciário brasileiro, na esteira da tradição federalista, inaugurada com a Constituição de 1891, encontra-se disposto em um duplo aspecto federal e estadual. Em função da competência outorgada pelo documento constitucional, há, igualmente, a dualidade de justiças comum e especializada, devendo esta última prestar a jurisdição em matérias militar, eleitoral e trabalhista. À justiça comum, assim, compete cuidar das matérias remanescentes.

Deste modo, como regra, no âmbito da justiça comum, cabe aos juízes de primeira instância instruir e julgar as ações criminais e cíveis. E aos tribunais de justiça, regionais federais e superiores compete, em grau de recurso, fazer o reexame do que foi decidido.

Excepcionalmente, porém, levando-se em consideração o cargo ocupado por um indivíduo ou o fato de ser ele detentor de um mandato eletivo, atribui-se aos tribunais a competência originária, e não a recursal, para processar e julgar processos criminais e algumas das ações constitucionais.

Tratando-se de função excepcional, a competência originária dos tribunais para processar e julgar tais feitos foi disciplinada de forma expressa na Constituição, incluindo-se

rol exaustivo dos sujeitos que a ela se submeteriam, no que passou a ser denominado como o “foro por prerrogativa de função”.

A necessidade de resguardar os titulares de determinados cargos públicos, tendo em vista sua importância e expressividade no cenário estatal, justificaria, então, a existência desta prerrogativa.

E, em se tratando dos parlamentares, o foro especial, na verdade, estaria inserido no âmbito das imunidades concedidas a tais agentes, como verdadeira garantia àqueles indivíduos que têm por encargo atuar pela promoção do interesse geral dos cidadãos, por meio do julgamento perante as Cortes Superiores, razão pela qual sua manutenção estaria, ao menos em teoria, em plena consonância com os ideais democráticos que inspiraram sua criação.

Isto porque se entende que os Tribunais, de maneira geral, por suas próprias características de formação e funcionamento, se mostrariam menos suscetíveis às possíveis influências externas, sobretudo no que se refere às pressões de ordem política, bastante comuns no cotidiano das disputas parlamentares, ao realizarem seus julgamentos.

No entanto, fato é que, em regra, em qualquer local do mundo, grandes são as dificuldades na condenação de indivíduos que, de certa forma, possuem alguma espécie de poder de influência, seja no âmbito econômico, social ou político. E especialmente em países como o Brasil, marcados pela extrema desigualdade social, investigar, processar, julgar e, finalmente, condenar tais personagens não se revela tarefa das mais fáceis.

Na história recente, a imprensa tem reiteradamente divulgado a ocorrência de diversas situações envolvendo autoridades com expressiva visibilidade popular, incluindo-se detentores de mandato eletivo, nas quais alguns indivíduos, fazendo uso da prerrogativa de foro, buscam evitar a possível responsabilização criminal de suas condutas, seja por meio do instituto da prescrição, valendo-se das delongas na tramitação processual perante os Tribunais, ou mesmo de manobras processuais¹.

Como consequência, como observado por Luís Roberto Barroso, “vive-se no Brasil um momento delicado, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil²”. E, nesta ruptura, a política, desgastada, passa a ser vista não só com indiferença, mas também com muita desconfiança. Agrava ainda mais este quadro a divulgação de condutas irregulares

¹ “Eleição para o Congresso ajuda político sob suspeita. Parlamentares só podem ser investigados pelo STF, que nunca condenou nesses casos”. (Folha online, 26/06/2006). Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=277343>>. Acesso em 30 mar. 2008. “Nos últimos 10 anos, o STF — responsável por julgar parlamentares, ministros e presidentes da República — concluiu apenas 20 ações contra as autoridades. Nenhuma delas, entretanto, foi condenada”. (Correio Braziliense, 07/01/2007). Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=330506>> Acesso em 30 mar. 2008.

² BARROSO, Luís Roberto. *Uma proposta política para o Brasil*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod_Post=44259&a=111> Acesso em 22 ago. 2008.

praticadas por políticos, tais como desvios de verbas e o exercício de cargos públicos para benefício próprio, resultando daí um sentimento de ceticismo coletivo sobre a vida pública.

Nesta esteira, interessante a observação de Marco Aurélio Nogueira³, segundo o qual, atualmente, o desprezo pela política seria uma espécie de grife, prova de atitude “moderna” e avançada. Aos olhos da opinião pública, “não haveria política que prestasse, seriam todos iguais, falsos interesseiros, a política só atrapalharia e por isso deveria ser combatida sem trégua nem descanso⁴”.

De maneira geral, esta ojeriza da sociedade pela matéria decorreria, na visão de Eduardo Bittar⁵, do histórico mau uso do poder, sobretudo levando-se em conta a experiência brasileira, cenário onde não raro se constata a confusão entre os interesses públicos e privados.

Quando, portanto, “os instrumentos públicos convertem-se em mecanismos para o prevailecimento pessoal, para o desvirtuamento institucional ou para a deterioração da coisa pública⁶”, não só a imagem pessoal do político, mas o conceito geral de política resta consideravelmente afetado.

Contudo, não obstante a importância de que se reveste a manifestação popular, mormente em tema que afeta diretamente não só o seu cotidiano como também as perspectivas de se obter melhores condições de vida para toda a comunidade, não se pode, tampouco, analisar o assunto sob a influência das paixões, sob pena de perder-se a necessária imparcialidade.

Com efeito, alerta Simone Goyard-Fabre que “em todos os tempos houve quem denunciasses as paixões populares que, alojadas no coração da idéia democrática, governam sua aventura política e social⁷”. O risco, neste caso, é de que a sociedade seja tomada por uma verdadeira cegueira axiológica, que a impeça de ver os critérios que criou para si mesma, tornando-se refém de graves dilemas. No extremo, a transformação do político no social e a redução do direito ao fato, segundo a autora, “conduzem às vezes a razão popular à desrazão, por falta de espírito crítico⁸”.

A descrença nos políticos, em boa medida em virtude de fatos pontuais ligados a um ou outro indivíduo, não deveria se converter no desprezo absoluto da política, tendo em vista

³ NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Em defesa da política*. 2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004, p. 11.

⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 14.

⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

⁸ *Ibidem*, p. 198.

que, em última análise, não há Estado democrático sem atividade política ou um parlamento atuante, o qual possa colaborar na construção de decisões inovadoras, que possam implicar em avanços sociais benéficos a todos.

Se há alguma verdade no fato de que “políticos ruins existirão sempre⁹”, não se pode esquecer que seu recrutamento ocorre na própria sociedade civil, ou seja, no mesmo local onde convivem todos os demais cidadãos, sendo possível crer, então, que a boa ou má qualidade dos políticos irá depender da organização institucional em que operam.

Logo, há que se questionar se as veementes manifestações condenando a existência do foro especial por prerrogativa de função, em especial no que toca aos parlamentares, não se encontram influenciadas por uma imagem negativa da política brasileira na história recente. E, se assim o for, redobra-se a importância de manter-se uma perspectiva de análise imparcial, evitando-se os prévios juízos condenatórios motivados por razões não de ordem técnica, mas sim emocionais.

Argumenta-se no mais das vezes que, na verdade, o foro especial concedido a alguns ocupantes de cargos públicos, incluindo-se os membros do Congresso Nacional, teria sido concebido como um privilégio, o que violaria frontalmente os princípios da isonomia e do juiz natural, razão pela qual sua subsistência se revelaria insustentável no atual desenho do ordenamento jurídico brasileiro.

Contribuem para aumentar as divergências em torno do tema as tentativas de se ampliar o rol de indivíduos que devam gozar de foro especial e as hipóteses em que deve ser aplicado, seja por meio da interpretação constitucional realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pela edição de leis ordinárias, visando complementar o estabelecido na Constituição da República.

No âmbito da Corte Suprema, a edição do verbete nº. 394, de sua Súmula, ainda sob a égide da Constituição de 1946, estabeleceu um verdadeiro marco sobre o assunto. Entendeu-se, na ocasião, que mesmo aquele indivíduo que não mais exercesse um cargo público ou detivesse mandato eletivo manteria a prerrogativa de somente ser processado por um órgão colegiado, em uma interpretação ampliada de competências daquele Tribunal.

Alvo de inúmeras críticas, tal entendimento foi, afinal, modificado no ano de 1999, procedendo-se ao cancelamento do antigo verbete, sob o argumento principal de que o mesmo não se harmonizaria com os princípios constitucionais vigentes.

⁹ NOGUEIRA, 2004, p. 12.

Porém, em explícita demonstração de não conformidade com a decisão do Tribunal Constitucional, o Poder Legislativo editou lei estabelecendo o foro por prerrogativa de função para ex-autoridades no Supremo Tribunal Federal e, surpreendentemente, também o ampliou para abarcar as ações de improbidade administrativa.

Por motivos de índole formal, a referida lei foi julgada inconstitucional, já que a legislação ordinária não tem o condão de alterar dispositivos constitucionais e, em consequência, deixou de integrar o ordenamento jurídico pátrio. Não se alcançou com tal ato, contudo, uma posição de consenso sobre o tema, que permanece ainda hoje sendo objeto de diversos embates judiciais.

Há que se mencionar, ainda, a existência de diversos projetos legislativos tramitando no Congresso Nacional versando sobre o instituto, tanto no sentido de aumentar seu campo de abrangência, incluindo outras hipóteses de infração que possibilitariam o julgamento perante a Corte Suprema, tal como no caso da improbidade administrativa, como para simplesmente extingui-lo para os membros do Poder Legislativo.

Verifica-se, portanto, que o foro por prerrogativa de função concedido aos membros do Congresso Nacional é assunto que se mostra bastante controvertido, sendo objeto de debates no âmbito judiciário e legislativo, além de receber constante espaço na mídia, sobretudo pelo fato de não se restringir aos argumentos jurídicos, mas envolver, necessariamente, uma análise sob a ótica política, matérias que mantêm, segundo Eduardo Bittar¹⁰, uma “intersecção necessária”, que resta claramente demonstrada pelas inúmeras polêmicas envolvendo o foro diferenciado.

Por outro lado, observa-se que, até o momento, o instituto carece de uma sistematização em seu estudo, acrescentando-se às informações oferecidas pela doutrina os mais recentes posicionamentos jurisprudenciais acerca da matéria, de modo que se possa realizar uma avaliação consistente sobre o tema e possibilitar a consideração de propostas alternativas visando uma possível otimização em sua utilização.

Nesta ordem de idéias, o presente trabalho tem por objetivo perscrutar se, na atual configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro, sob o pálio da Constituição da República de 1988, aclamada como a “Constituição Cidadã”, e reconhecida pelo compromisso com os valores éticos, aliado aos princípios que informam a interpretação constitucional, a existência do foro especial para os membros do Congresso Nacional pode ser considerada uma justificável garantia ou se se trata de um insustentável privilégio.

¹⁰ BITTAR, 2007, p. 3.

Para tal, inicia-se por enfocar questões relativas à jurisdição, com a demonstração dos critérios utilizados para se realizar a fixação da competência no direito brasileiro, incluindo-se, em particular, a prerrogativa de função. Busca-se, neste ponto, explicitar a fundamentação teórica que justifica sua existência, sobretudo quanto à conciliação com os princípios constitucionais que regem a matéria, para que se possa discutir a possível existência de um privilégio e não de uma prerrogativa.

Após, discorrer-se-á sobre o instituto das imunidades parlamentares, enfocando suas origens no direito estrangeiro, bem como as razões que embasam sua manutenção, visando analisar a forma como o foro por prerrogativa de função para os membros do Congresso Nacional, tal como previsto na Constituição da República de 1988, se insere neste contexto.

Será abordada, também, a evolução histórica do instituto nos documentos constitucionais brasileiros, discorrendo-se sobre a forma como o foro por prerrogativa de função tem sido utilizado ao longo do tempo no cenário nacional, além da menção às experiências de outros países.

Em seguida, discutir-se-ão as divergências existentes entre os posicionamentos atuais sobre o foro especial, sob a égide da Constituição de 1988, com base em estudos jurisprudenciais, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na doutrina pátria, e na compilação das iniciativas parlamentares sobre a matéria, demonstrando-se os fundamentos utilizados por cada uma das partes.

Tendo em vista as recentes tentativas de vinculação do tema ao foro por prerrogativa de função, tratar-se-á de alguns aspectos relativos à ação de improbidade administrativa, incluindo-se as divergências sobre sua natureza jurídica e a competência para seu julgamento, a partir de uma análise sobre os objetivos originalmente previstos na criação deste instrumento.

Por fim, serão apresentados alguns dados relativos ao processamento e julgamento de parlamentares perante o Supremo Tribunal Federal, para que se possa mensurar, em termos práticos, em que medida ocorre o comprometimento dos trabalhos da Corte especificamente em relação aos casos de foro diferenciado para os membros do Congresso Nacional.

A par de todas estas considerações, serão apresentadas, então, possíveis soluções alternativas para a questão, tais como o deslocamento da atual competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento dos membros do Congresso Nacional nos crimes comuns para um juízo especializado na matéria.

1. A COMPETÊNCIA PENAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

1.1 O “foro privilegiado” dos membros do Congresso Nacional

De acordo com o disposto no parágrafo 1º, do artigo 53, da Constituição da República de 1988, nos processos criminais que eventualmente venham a responder, os membros do Congresso Nacional deverão ser julgados exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de uma competência originária daquele Tribunal, com fundamento na especial função exercida pelos parlamentares, estabelecida na Lei Maior pelos legisladores constituintes. Correntemente, o instituto é também denominado como “foro privilegiado”, expressão que carrega um significativo juízo de valor quanto aos seus propósitos e já traduz, de certa forma, a percepção social sobre o tema.

O termo “privilégio”, por definição, implica no reconhecimento de uma vantagem que se concede a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum¹¹. Ou seja, se os parlamentares possuem foro privilegiado transmitir-se-ia a noção de que gozam de um benefício ou favor não extensível aos demais indivíduos, o que vai de encontro à própria definição de República.

Com efeito, ainda que o conceito de República possa ser muitas vezes ambíguo, confundindo-se às vezes com democracia¹², fato é que um de seus postulados mais importantes é a idéia de igualdade de todos, justificado sob o aspecto histórico em contraposição às monarquias absolutistas, em que eram comuns as discriminações em razão da origem dos indivíduos e da posição hierárquica que ocupavam na pirâmide social da época¹³.

Apresentado sob tal ótica, é compreensível que, atualmente, a manutenção do instituto encontre uma previsível resistência perante a opinião pública, sobretudo diante dos recentes episódios ocorridos no Brasil, relacionados com a corrupção e a apropriação privada da coisa pública, envolvendo diversos membros do Congresso, muitas vezes sem que se efetive a

¹¹ Verbete “Privilégio” In FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975, p. 1139.

¹² Segundo Walber de Moura Agra, “durante o século XVIII, os termos *Democracia* e *República* eram substancialmente iguais no uso comum e na linguagem filosófica”. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 69.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 228.

correspondente punição, com a conseqüente quebra de confiança da sociedade no Poder Legislativo.

No entanto, faz-se necessário analisar o tema de forma técnica, a partir das concepções doutrinárias que embasam a existência da competência criminal por prerrogativa de função, bem como das garantias de que dispõem os membros do Poder Legislativo no cenário democrático.

1.2 Breves considerações sobre a fixação da competência penal por prerrogativa de função

Discorrer sobre a competência penal por prerrogativa de função requer, preliminarmente, analisar as razões pelas quais o Estado possui o dever de solucionar os conflitos de interesse e exercer com exclusividade a pretensão punitiva, nos casos dos injustos penais.

Assim, faz-se necessário tecer breves considerações sobre o papel da jurisdição e sua organização estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, no que se inclui o estabelecimento das regras de competência, para, afinal, compreender a relevância do exercício de uma função pública como critério para fixação da competência penal.

1.2.1 Jurisdição e repartição de competência

Entende-se como jurisdição a atividade que o Estado exerce ao interpretar e aplicar o direito ao caso concreto, solucionando os conflitos de interesse, sem deixar de assegurar a defesa dos direitos legalmente protegidos e preservando a regularidade da ordem jurídica.

O fundamento amplamente difundido para o exercício de tal atividade revela uma nítida inspiração das teorias contratualistas, concebendo-se o Estado como entidade soberana dentro de seu território, razão pela qual deve tomar para si a tarefa de atuar para compor os litígios e fazer justiça, na incessante busca do bem comum, sob pena de imperar o arbítrio.

De fato, sob tal ótica, a jurisdição constitui uma necessidade jurídica, ao impedir que a repressão às infrações esteja a cargo exclusivamente do indivíduo que sofreu um determinado

ato injusto, em nome do qual exerceria a autodefesa sem qualquer regramento, o que poderia gerar inúmeros abusos e previsíveis excessos de autoritarismo.

Assim, de modo a preservar a desejável paz e o equilíbrio da sociedade, tal como estabelecido no contrato social – e, em última instância, sua própria segurança interna, ao solucionar os conflitos de interesse –, o Estado tomou para si o monopólio da administração da justiça, por meio do exercício da jurisdição.

Como apontado por Fernando da Costa Tourinho Filho, “mesmo quando se trata de lide de natureza penal, formada pelo binômio pretensão punitiva e direito de liberdade, a composição se faz, e, melhormente, por meio do Estado-Juiz¹⁴”, eis que a autodefesa não garantiria a preservação dos direitos fundamentais e tampouco uma execução adequada das penas.

Ainda que de certa forma seja intuitivo, vale salientar que, sendo uma clara manifestação do poder do Estado, a jurisdição é necessariamente una, não havendo que se falar em qualquer espécie de fragmentação. Tem ainda por característica a imperatividade das decisões regularmente prolatadas pelos órgãos aos quais foram atribuídos a realização de tal mister, possuindo caráter de verdadeira ordem.

Sob a inspiração da clássica tripartição de Montesquieu (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), a jurisdição é função precípua do Poder Judiciário¹⁵, por meio do qual o Estado se substitui aos particulares envolvidos em uma lide para, “de forma imparcial e equidistante, fazer atuar, através do processo, a norma jurídica que deve disciplinar a situação que lhe é concretamente apresentada¹⁶”.

No entanto, muito embora a jurisdição, por definição, identifique-se como uma unidade, por óbvio não pode ser exercida desordenadamente por qualquer órgão jurisdicional, tendo em vista o tamanho da população, a extensão territorial e o grande número de litígios a solucionar, sob pena de não alcançar os objetivos aos quais se propõem. Por esta razão, o Estado, fazendo uso dos princípios da divisão do trabalho, limitou o poder jurisdicional destes órgãos¹⁷.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 2. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

¹⁵ Ressalte-se, como bem apontado por Maria Lúcia Karam, que “a jurisdição é primordial, mas não exclusivamente exercida pelo Poder Judiciário, podendo excepcionalmente caber a outros órgãos estatais, como ocorre na hipótese prevista no artigo 52, I, da Constituição Federal. Por outro lado, as funções judiciária, legislativa e administrativa, na realidade, não se distinguem substancialmente, possuindo todas o denominador comum de realização do poder do Estado (que constitui uma unidade centralizada), correspondendo, no entanto, o exercício primordial de cada uma destas funções a órgãos formalmente distintos e independentes, a partir da forma de Estado que consagra o princípio da separação de poderes”. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁷ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 76.

Em termos práticos, criaram-se diversas regras legais para que esta atribuição abstrata da jurisdição ao Poder Judiciário pudesse ser organizada entre os diversos órgãos que o compõem, determinando-se qual deles seria o competente para determinada matéria e local da federação, adequando cada processo a um órgão jurisdicional. Resulta daí o entendimento segundo o qual se traduz a competência como a medida da jurisdição, como apontado por Maria Lúcia Karam:

A tradicional visão da competência como medida da jurisdição revela o escopo das regras que a estabelecem. Determinando a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais, tais regras fixam limites àquele exercício: só estão autorizados os órgãos jurisdicionais a exercer a jurisdição, dentro da medida estabelecida pelas regras sobre competência¹⁸.

Tal definição, porém, apesar de bastante comum, não é aceita de forma pacífica na doutrina. Frederico Marques, após enfatizar a existência de unidade de jurisdição, pelo fato de ser esta função estatal e, portanto, una, destaca que o que se distribui entre os órgãos do Poder Judiciário é a “função” e não o “poder jurisdicional”:

O que se distribui entre juízes e tribunais não é o poder jurisdicional (i.e., a jurisdição), e sim a função. Processar, julgar ou executar são funções que se exercem em relação aos mais diversos litígios, razão pela qual, atendendo à natureza destes, surgem as diversas competências, com a divisão de funções entre os órgãos judiciários.

Na verdade, o que se divide são aquelas atribuições que se contêm no exercício do poder jurisdicional, e isto em razão dos atos que devam ser praticados, no processo, pelos órgãos dela investidos¹⁹.

De maneira geral, contudo, com esteio em Fernando da Costa Tourinho Filho, pode-se conceituar a competência “como sendo o âmbito, legislativamente delimitado, dentro no qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional²⁰”.

Em que pese as divergências sobre o tema, o fato é que, de acordo com a estrutura sob a qual se organizam os diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário e de determinadas características relativas ao litígio ou aos indivíduos nele envolvidos é que se estabelecem as regras sobre competência, encontradas na Constituição da República, nas Constituições Estaduais, nas leis processuais e de organização judiciária e nos regimentos internos dos Tribunais.

¹⁸ KARAM, 2002, p. 14.

¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 229.

²⁰ TOURINHO FILHO, 2006, p. 76.

Tal enumeração revela a inegável complexidade do assunto e a variedade de parâmetros e fontes que deverão ser cuidadosamente ponderados na determinação da competência, visando, sobretudo, a otimização da atividade jurisdicional.

Nesta ordem de idéias, no que concerne à necessidade de especialização do Poder Judiciário, impõe-se, inicialmente, considerar a repartição constitucional de competências em razão da matéria que deverá ser levada ao conhecimento de cada órgão da jurisdição. Surge, aí, a delimitação da existência de uma jurisdição penal, incumbida e especializada em matéria criminal²¹.

Fixado tal parâmetro, de ordem mais abrangente, “passa-se a repartir também a jurisdição penal a órgãos ainda mais especializados, tendo em vista a especificidade de determinadas matérias²²”.

São estabelecidas, então, a depender das distintas configurações e características de cada crime, em relação à sua natureza ou da titularidade do bem, valor ou interesse jurídico atingido, as diferentes competências para seu processamento e julgamento.

Quanto à titularidade do bem jurídico afetado, apresentam-se a jurisdição do Tribunal do Júri, competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e a jurisdição especial da Justiça eleitoral e da Justiça militar. Já em relação à natureza da infração, a competência é destinada à chamada Justiça comum – federal, estadual e do Distrito Federal. Ambas encontram-se fundadas em razão da matéria (*ratione materiae*).

Por outro lado, tendo em vista um outro critério, não mais relacionado com a especialização por matéria, mas sim ao próprio agente do crime, é que se estabelece a competência originária dos Tribunais, também denominada competência funcional vertical originária *ratione personae*²³⁻²⁴, no exercício da jurisdição colegiada.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 158.

²² *Ibidem*, p. 158.

²³ Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que a competência funcional, caracterizada pela delimitação do Poder Judiciário com base nos atos que os órgãos judiciários podem realizar em determinado processo, se biparte em horizontal e vertical, sendo que nesta última pode-se distinguir a competência em razão dos recursos e a chamada competência originária. “Às vezes a competência originária é firmada *ratione personae*, e é o que se chama de competência por prerrogativa de função, e, outras vezes, *ratione materiae*. Ali se leva em consideração a pessoa que deva ser processada e julgada por um órgão superior. Aqui se considera apenas a matéria que deva ser apreciada por órgão superior.”. TOURINHO FILHO, 2006, p. 238.

²⁴ Em que pese a aceitação de boa parte da doutrina especializada da classificação da competência por prerrogativa de função como sendo de ordem funcional *ratione personae* (Veja-se, por todos, TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 237 e ss.), não goza a mesma de unanimidade, sendo encontrados posicionamentos divergentes. Neste sentido, de acordo com Clara Maria Roman Borges, “ao contrário do que entendem alguns autores, a competência por prerrogativa de função é uma competência definida em razão da matéria, pois leva em consideração a particular situação do sujeito ativo. Portanto, seria equivocado aventar que se trata de uma competência funcional, já que esta vem determinada de acordo com a função exercida pelo órgão jurisdicional e não pelo sujeito ativo do crime.”. BORGES, Clara Maria Roman. O princípio do juiz natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 205.

Neste caso devem ser consideradas as características inerentes às partes, em especial no que concerne ao exercício de uma função pública pelo autor (ou acusado) do cometimento de uma infração penal, justificando os foros de caráter privativo.

Em ambos os casos, trata-se, como destacado por Eugênio Pacelli, de hipóteses de competência absoluta, “cuja determinação independe da vontade das partes processuais, acusação e defesa, diante da rigidez e da estatura da fonte normativa de uma e outra espécie, qual seja, a Constituição da República²⁵”.

A complexidade do tema ainda se revela pelo fato de que, além de tais elementos, a distribuição de competência também deverá considerar as peculiaridades da ação proposta, em função de uma possível relação de acessoriedade com outra ação, em que se identifiquem aspectos coincidentes do mesmo conflito. E, sobretudo, há que se analisar a natureza dos atos praticados no processo, segundo os quais poderá haver a distribuição entre órgãos jurisdicionais diversos de questões fundadas em um mesmo procedimento, tais como nos casos de recursos.

Demonstrado, assim, o panorama geral a ser considerado em termos de jurisdição e competência, e tendo em vista os propósitos do presente trabalho, passa-se a examinar em maiores detalhes a competência por prerrogativa de função no direito brasileiro, incluindo-se o fundamento de sua existência e as polêmicas que suscita.

1.2.2 A competência por prerrogativa de função

Um dos critérios determinadores da competência em sede criminal é exatamente o da prerrogativa de função, também denominada competência originária *ratione personae*, que encontra previsão na Constituição da República, nas Constituições dos Estados, em leis de Organização Judiciária e no Código de Processo Penal.

Em essência, na definição de Fernando da Costa Tourinho Filho, “consiste no poder que se concede a certos Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas^{26,27}”. Neste caso, o foro para o processamento da ação e seu posterior julgamento será determinado em razão da função exercida pelo agente público.

²⁵ OLIVEIRA, 2005, p. 159.

²⁶ TOURINHO FILHO, 2006, p. 135.

²⁷ Vale salientar que, segundo a abalizada opinião de José Frederico Marques, em nota incluída em sua obra ao analisar o tema, o que de melhor se produziu na literatura jurídica brasileira sobre a competência penal pela prerrogativa de função

Ou seja, atribui-se a órgãos previamente definidos, normalmente os tribunais superiores, a tarefa de processar originariamente os crimes cometidos por pessoas que exercem relevantes funções públicas e que, por esta razão, gozarão de um tratamento diferenciado:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada²⁸.

A opção pela escolha de órgãos colegiados do Poder Judiciário justificar-se-ia pelo fato de, ao menos em tese, estarem mais afastados do alcance das pressões externas que muitas vezes ocorrem em situações envolvendo ocupantes de funções públicas. Ademais, entende-se que os integrantes de tais órgãos possuem uma experiência judicante mais sólida, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira²⁹.

Por outro lado, a dignidade e importância para o Estado de determinados cargos públicos e a natural necessidade de resguardá-los, é que fundamentaria o estabelecimento na Constituição da República da competência originária dos tribunais em processos onde figurem como partes os ocupantes daqueles cargos, assim definindo-se a competência por prerrogativa de função³⁰.

De fato, não se pode ignorar as graves implicações políticas que poderiam resultar de decisões judiciais envolvendo certos dignitários do governo de um Estado, por exemplo, resultando até mesmo em graves crises de governabilidade.

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, após apontar a existência de cargos e funções de especial relevância para o Estado, acrescenta que o julgamento de seus ocupantes por órgãos superiores da Justiça é uma “medida de utilidade pública³¹”.

A singularidade de tal previsão reside no fato de que, em regra, são os órgãos jurisdicionais de primeiro grau que conhecem, originariamente, as causas penais e não os tribunais, os quais só excepcionalmente possuem tal atribuição³². Por este motivo a

encontra-se no livro *Processo Penal*, de Fernando da Costa Tourinho Filho. Assegura o autor que, em exposição minuciosa, segura e de convincente fundamentação foram abordados, praticamente, todas as questões, controvérsias e aspectos do instituto.

²⁸ TOURINHO FILHO, 2006, p. 135.

²⁹ OLIVEIRA, 2005, p. 161.

³⁰ KARAM, 2002, p. 30.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 285.

³² KARAM, *loc. cit.*.

competência *ratione personae*, em uma análise superficial, é muitas vezes considerada um privilégio de foro³³, não condizente com os preceitos da atual Constituição da República.

De fato, considerando que a Carta de 1988 estabelece em seu artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei”, consagrando, deste modo, o princípio da igualdade, e que são proibidos os juízos os tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII), poder-se-ia identificar aí uma objeção constitucional ao foro diferenciado.

Contestando tal entendimento, Fernando da Costa Tourinho Filho argumenta que “o que a Constituição veda e proíbe, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, é o foro privilegiado, e não o foro especial em atenção à relevância, à majestade, à importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe³⁴”.

Ou seja, mais uma vez enfatiza-se a necessidade de distinguir a função ocupada por determinado indivíduo, pela qual se justifica uma determinada prerrogativa, do mero privilégio de foro, o qual indicaria um benefício a uma pessoa específica em detrimento das demais, em hipótese que não se harmonizaria com os preceitos constitucionais vigentes.

No mesmo sentido, Frederico Marques³⁵, invocando o magistério de J. A. Pimenta Bueno, sustenta que a competência, no caso, não se estabelece “por amor dos indivíduos”, e sim em razão “do caráter, cargos ou funções que eles exercem”, baseando-se, para tal, na utilidade pública e no princípio da ordem e subordinação, bem como na maior independência do Tribunal Superior. Outro não é o entendimento de Alcalá-Zamora, que, referindo-se à Constituição da Argentina, afasta expressamente o argumento segundo o qual o foro por prerrogativa de função violaria o princípio da igualdade:

Puede parecer contrario al principio de la igualdad ante la ley, consagrado por el art. 16 de la Constitución, la existencia de leyes y de enjuiciamientos referibles a determinadas categorías de personas y no a la generalidad de los justiciables. Sin embargo, cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en sí (como el caso de los fueros personales – *rectius* profesionales –, cual

³³ Os privilégios de foro diferenciam-se da competência por prerrogativa de função pelo fato de adotarem uma competência e um julgamento diferenciados para determinadas pessoas, por sua posição hierárquica na sociedade, e não pelo exercício de alguma função pública, existindo registros de seu uso ao longo da História. De fato, a título de ilustração, assim descreve João Mendes de Almeida Junior os privilégios existentes no direito romano: “Foram criados certos privilégios que suspenderam, em favor de determinadas classes de pessoas, as regras ordinárias da instrução criminal. Não nos referimos à jurisdição especial para julgar os crimes militares: esta jurisdição não é um privilégio. Referimo-nos aos senadores, cujos crimes eram julgados só por senadores, aos eclesiásticos que não eram julgados senão pelas jurisdições mais altas; referimo-nos ainda a isenções, tais como a das *quoestinoes* ou tormentos para os soldados e seus filhos, para os veteranos do exército, para os decurões, para os *clarissimi* em geral; referimo-nos ainda ao livramento sob caução simplesmente juratória para os dignatários do Império, etc” (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 48-49). No mesmo sentido, relata Athos Gusmão Carneiro que “em tempos históricos, os *foros privilegiados* apresentavam-se comuns. Na Idade Média, os nobres e os eclesiásticos gozavam de foros privilegiados ou privativos, e um dos aspectos do fortalecimento do poderio dos reis e da decadência do feudalismo revelou-se pelo aumento da competência dos *Tribunais do rei* em detrimento das justiças dos senhores feudais e da Justiça Canônica”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207).

³⁴ TOURINHO FILHO, 2006, p. 136.

³⁵ MARQUES, 1980, p. 247.

el militar o el eclesiástico), sino al cargo o función que desempeñe, 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 ordinarios³⁶.

Com efeito, se a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, não restaria violado qualquer princípio constitucional relativo à igualdade entre todos, eis que, na verdade, não se “é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que executa na sociedade³⁷”. Ou seja, afasta-se, desde o início, o caráter pessoal do instituto.

Refuta-se, ainda, qualquer possível identificação do foro por prerrogativa de função com alguma espécie de juízo ou tribunal de exceção. Este, segundo Pontes de Miranda³⁸, é aquele que se estabelece para determinado caso (ou casos), ocorrido ou não, instituído ou não por lei, não importando se o órgão julgador é novo ou algum já existente ao qual se confere a tarefa de realizar o julgamento excepcional.

Normalmente, possui caráter temporário, sendo criado ao arrepio dos princípios constitucionais que regulam o processo, tais como a imparcialidade do juiz, o direito de defesa e contraditório e outros, relacionados com o devido processo legal, razão pela qual carece de legitimidade.

O ponto nodal, portanto, está no fato de ser constitucionalmente impedido o direcionamento pontual para um determinado juízo ou tribunal em função das características de uma determinada situação, realizando uma injustificável distinção entre comportamentos teoricamente iguais ao aplicar-se a lei, sob pena de violação ao princípio da igualdade jurisdicional³⁹.

A doutrina costuma contrapor ao dispositivo que veda a criação de juízos ou tribunais de exceção a caracterização do “juiz natural”⁴⁰, identificado com o juiz pré-constituído pela Constituição ou por lei, competente e dotado de independência e imparcialidade. Inadmitir a

³⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, p. 222.

³⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A competência por prerrogativa de função. *In: Revista dos Tribunais*, v. 819, ano 93, p. 458, jan. 2004.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. IV. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 395.

³⁹ “O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Sob o primeiro prisma, o princípio da igualdade da Justiça consiste na condenação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 221.

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 52.

existência dos chamados tribunais de exceção é, sem dúvida, consagrar, *a contrario sensu*, o princípio do juiz natural.

Tal princípio, em breves linhas, consiste “no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal⁴¹”.

Trata-se de uma garantia indisponível do Estado Democrático de Direito, que, segundo o Supremo Tribunal Federal, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental. Isto porque, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal⁴².

Antonio Scarance Fernandes⁴³ enfatiza que, embora dúplice a garantia, sua expressão ampla desdobra-se na verdade em três regras de proteção, quais sejam: a) a limitação do exercício da jurisdição aos órgãos instituídos pela Constituição; b) a vedação de que alguém possa ser julgado por órgão instituído após o fato e; c) o respeito, entre os juízes pré-constituídos, da ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja⁴⁴.

Em termos práticos, pressupõe-se que, no momento da prática do delito, e não tão-somente quando do início do processo, já estarão fixados os critérios para estabelecer a competência de julgamento, descabendo quaisquer manipulações nos mesmos por motivos circunstanciais.

Ou seja, assegura-se a todos os cidadãos o direito de saber, desde o momento da prática de um crime, qual será o juiz ou tribunal competente para julgá-lo. Garante-se à sociedade, ainda, o direito de ter tal crime processado por um juiz que tenha sua competência definida expressamente em lei anterior ao fato, impedindo-se a eventual escolha de um julgador mais conveniente ao acusado ou a qualquer outra pessoa que tenha interesse no desfecho do caso.

A consagração constitucional do mencionado princípio ocorre por meio do texto do artigo 5º, inciso LIII, da vigente Constituição. Destaque-se, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

⁴¹ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 416.

⁴² STF, HC nº. 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-06-02, D.J.: 28-10-04.

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 127.

⁴⁴ No mesmo sentido, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 52.

O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade⁴⁵.

Em essência, a interpretação do princípio do juiz natural engloba não só a proibição de criarem-se tribunais ou juízos de exceção como também o respeito incondicional às regras objetivas de fixação da competência, visando preservar a independência e a imparcialidade do órgão julgador⁴⁶.

Neste sentido, considerando que o foro por prerrogativa de função expressa competência de índole constitucional, tradicionalmente reconhecida pela doutrina processual, não haveria como percebê-la como justificativa para um tribunal de exceção, estando, na verdade, em plena consonância com os postulados do princípio do juiz natural.

A questão, no entanto, revela-se especialmente tormentosa ao se verificar que há autores que ainda se referem ao foro por prerrogativa de função como um privilégio de foro. O constitucionalista José Afonso da Silva, por exemplo, ao examinar as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao julgamento dos agentes políticos nos crimes comuns, afirma ser esta “um privilégio, que importa uma discriminação em favor de seu titular⁴⁷”.

Em posicionamento discordante, Antonio Scarance Fernandes, após destacar que se inclui na proibição de tribunais de exceção a vedação de foro privilegiado, esclarece que, neste último caso, a definição de competência é feita por razões personalíssimas, como raça, religião ou riqueza, o que representa juízo discriminatório e, portanto, incompatível com o sistema constitucional. E, neste sentido, frisa de modo taxativo que “não se incluem aí as hipóteses de competência por prerrogativa de função, que levam em conta a função exercida e não a pessoa, sem qualquer objetivo de favorecimento ou discriminação⁴⁸”.

Como se vê, subsistem na doutrina as divergências quanto às características do instituto e seu real propósito no sistema processual brasileiro, o que acaba por contribuir com as interpretações desfavoráveis que inspira em grande parte da população.

Por este motivo, Clara Maria Roman Borges, após afastar a noção de privilégio de foro, afirmando tratar-se de “uma opção do legislador no sentido de resguardar o exercício de funções públicas que têm certa importância para a sociedade⁴⁹”, questiona se o mais correto

⁴⁵ STF, HC nº. 86.889, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 20-11-07, D.J.: 15-02-08.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 109.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007b, p. 536.

⁴⁸ FERNANDES, 2002, p. 127.

⁴⁹ BORGES, 2007, p. 204.

não seria o uso da expressão “competência em razão da relevância da função”, ao invés de “competência por prerrogativa de função” que, etimologicamente, traria a lume a idéia de privilégio.

Ainda que, em termos práticos, não se vislumbrem significativas alterações no posicionamento daqueles que condenam o instituto a partir da mera adoção de uma nova denominação, tampouco há que se falar em prejuízos quanto ao seu conteúdo, razão pela qual não deve ser descartada de plano a mencionada sugestão.

Demonstradas as bases doutrinárias e legais pelas quais se sustentam a existência da competência penal por prerrogativa de função, impõe-se uma análise minuciosa dos dispositivos constitucionais que a estabelecem, na vigência da atual Constituição.

1.2.3 A prerrogativa de função na Constituição de 1988

Por constituir uma escolha situada no âmbito da discricionariedade política do legislador constituinte, não há como extrair do conjunto de competências fixadas em razão da prerrogativa de função regras seguras para uma adequada sistematização da matéria.

Assim, visando oferecer um panorama abrangente do tema tal como atualmente se apresenta no ordenamento constitucional brasileiro, passa-se a relacionar a competência de julgamento de cada um dos órgãos jurisdicionais colegiados.

a) Competência do Supremo Tribunal Federal

De acordo com o artigo 102, I, *b*, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, apenas nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Compete-lhe também, privativamente, processar e julgar, tanto nas infrações penais comuns como nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes de Marinha, do Exército e da Aeronáutica (ressalvada a hipótese da ocorrência de crime de responsabilidade conexo ao do Presidente da República ou Vice-Presidente, caso em que o processo e julgamento serão deslocados para o Senado, nos termos do artigo 102, I, *c*, *c/c* artigo 52, I, ambos da Constituição da República).

Incluem-se ainda neste rol os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral⁵⁰ e Tribunal Superior do Trabalho) e do Tribunal de Contas da União, bem como os chefes de missão diplomática de caráter permanente, tal como estabelecido no artigo 102, I, *c*, da Lei Maior.

A análise da relação constitucional revela, como bem observado por Eugênio Pacelli de Oliveira, que “todos os membros do primeiro escalão dos diversos poderes – Judiciário, Legislativo e Executivo – serão julgados, nos crimes comuns, pelo Supremo Tribunal Federal, que é, precisamente, a última instância do Poder Judiciário⁵¹”.

Seguindo a mesma linha de pensamento, verifica-se que a Corte Suprema tem competência para o julgamento do mais alto comando das Forças Armadas e dos membros do Tribunal de Contas da União que, apesar de não se situarem, rigorosamente, no mais alto grau do Poder Público, ocupam, inegavelmente, posição de destaque na ordem constitucional brasileira. Raciocínio semelhante inspira a inclusão do Procurador-Geral nesta lista, tendo em vista o tratamento destacado conferido ao Ministério Público pela atual Constituição⁵².

Quanto aos chefes de missão diplomática de caráter permanente, ou seja, os embaixadores, o julgamento pelo Supremo Tribunal se justificaria pela natureza internacional da relação jurídica que se estabelece entre os diversos Estados.

Há que se mencionar ainda que, embora originalmente não tivesse foro privativo, o Advogado-Geral da União passou a tê-lo, em razão da elevação deste cargo ao *status* de Ministro de Estado.

Com efeito, a Medida Provisória nº. 2.216-37, de 31-08-2001, alterando a Lei nº. 9.649, de 27-05-1998, acrescentou-lhe o artigo 24-b, segundo o qual: “o cargo de natureza especial de Advogado-Geral da União fica transformado em cargo de Ministro de Estado”. E, em sendo assim, lhe será aplicável o disposto no artigo 102, I, “b”, da Constituição de 1988.

Da mesma forma, no final do ano de 2004, por meio da edição da Lei nº. 11.036, de 22-12-2004, que alterou o parágrafo único do artigo 25, da Lei nº. 10.683/2003, de 28-05-2003, passaram a ser equiparados a Ministros de Estado – e, portanto, passando a gozar de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal –, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da

⁵⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho anota que “o Código Eleitoral conferia, no art. 22, I, *d*, ao Tribunal Superior Eleitoral competência para processar e julgar os seus próprios Ministros e os membros dos Tribunais Regionais Eleitorais nos crimes eleitorais e nos comuns que lhe fossem conexos”. 2006, p. 144. A partir da Constituição de 1988, entretanto, o processamento e julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos membros dos Tribunais Superiores da República (no que se inclui o TSE), foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal, com a conseqüente revogação daquela disposição do Código Eleitoral.

⁵¹ OLIVEIRA, 2005, p. 164.

⁵² *Ibidem*, p. 164.

República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil⁵³.

Observa-se, assim, que, em um lapso temporal relativamente curto, ocorreu um expressivo alargamento no rol de funções públicas que passaram a gozar do foro especial perante a Suprema Corte, incluindo-se mesmo os titulares de diversas secretarias. Não se mostra improvável a tese segundo a qual as alterações legislativas mencionadas teriam por objetivo superar os entendimentos jurisprudenciais que então vigoravam sobre a matéria.

De fato, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra que, em momento imediatamente anterior ao das alterações legislativas, a Corte negou ter competência originária em se tratando de titular de uma Secretaria da Presidência da República:

Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República⁵⁴.

Assim, supõe-se que, diante da interpretação restritiva realizada pelo Supremo do dispositivo constitucional que confere foro por prerrogativa de função, ocorreu a iniciativa de edição da lei, de modo a resguardar alguns indivíduos ocupantes de cargos do alto escalão do Governo.

b) *Competência do Superior Tribunal de Justiça*

A competência por prerrogativa de função do Superior Tribunal de Justiça está fixada na alínea *a*, do inciso I, do artigo 105, da Carta de 1988.

Se, como apontado, cabe à Corte Suprema o julgamento dos membros do mais alto escalão do governo, possível afirmar que, traçando-se uma linha logo abaixo desta, encontra-se a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar diversos ocupantes de funções públicas merecedoras de foro privativo.

Inclui-se neste rol o processamento e julgamento, nos crimes comuns, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, bem como, além dos comuns, também nos

⁵³ Em 23-07-2008, por meio da Lei n.º. 11.754, houve nova alteração no parágrafo único do artigo 25, da Lei n.º. 10.683/2003, para inclusão de outros cargos na equiparação a Ministros de Estado, tais como as chefias das Secretarias de Comunicação Social e Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

⁵⁴ STF, Inq. n.º. 2.044-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-12-04, D.J.: 08-04-2005.

crimes de responsabilidade, dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e dos membros do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais.

Quanto a estes últimos, Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que se trata dos Procuradores ou Subprocuradores que atuam no STF, STJ, STM, TSE, TST, TRFs, TREs, TRTs e, inclusive, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, já que os membros do Ministério Público do Distrito Federal integram o Ministério Público da União (artigo 128, I, *d*, da Constituição de 1988).

Ressalte-se, ainda, no que concerne aos Conselhos e Tribunais de Contas do Município, órgãos que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, sua criação foi vedada, a partir do advento da Constituição de 1988, como disposto em seu artigo 31, §4º, subsistindo tão-somente os dos municípios do Rio de Janeiro e São Paulo, à época já existentes.

c) Competência dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça

De uma forma geral, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como os Tribunais Regionais Eleitorais, terão competência para julgar os membros do Poder Judiciário de primeira instância a eles vinculados ou equiparados (o que ocorre, por exemplo, entre os cargos de Juiz do Trabalho e de Juiz Federal).

Assim, nos termos do artigo 108, I, *a*, da Lei Maior, serão julgados no Tribunal Regional Federal, nos crimes comuns e de responsabilidade, os juízes federais da área de sua jurisdição, os juízes do trabalho e os juízes da Justiça Militar; nos Tribunais de Justiça, os juízes de Direito dos Estados e do Distrito Federal, com base no artigo 96, III, da Constituição vigente.

A expressão “da área de sua jurisdição”, tal como consta do texto constitucional no que se refere à competência dos Tribunais Regionais Federais, significa que estes Tribunais

julgam, apenas, os indivíduos que exercerem suas funções dentro do seu território jurisdicional⁵⁵, não importando onde tenham cometido a infração.

Ressalte-se, entretanto, que, sendo praticado crime eleitoral, a competência para o processo e julgamento caberá ao Tribunal Regional Eleitoral, como disposto expressamente na parte final dos artigos 96, III e 108, I, *a*, ambos da Constituição da República.

Compete ainda ao Tribunal Regional Federal, por disposição constitucional (artigo 108, I, *a*), processar e julgar originariamente os membros do Ministério Público da União, onde se incluem os Procuradores da República, os Procuradores do Trabalho e os Promotores da Justiça Militar (da União), salvo, como nos demais casos, em se tratando de crime eleitoral, quando, então, a competência será deslocada para o Tribunal Regional Eleitoral.

Similarmente, caberá aos Tribunais de Justiça processar e julgar os membros do Ministério Público (no âmbito estadual), nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvados os eleitorais⁵⁶, nos termos do artigo 96, III, da Carta de 1988.

Vale ressaltar, por fim, que, por força do §1º, do artigo 125, da Constituição da República, os Estados da Federação, em suas Constituições, podem atribuir aos Tribunais de Justiça poderes para o processo e julgamento de determinadas pessoas que, a seu critério, desempenhem funções de relevo no âmbito estadual⁵⁷.

1.3 A abrangência do instituto do direito brasileiro

Apresentada a forma como se estrutura dentre os diversos Tribunais brasileiros, o processamento e julgamento dos indivíduos que detêm o foro por prerrogativa de função no

⁵⁵ Atualmente são cinco os Tribunais Regionais Federais: o 1º., com sede em Brasília e jurisdição no Distrito Federal, Bahia, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Roraima, Amapá, Amazonas, Pará, Tocantins, Piauí e Maranhão; o 2º., com sede no Rio de Janeiro e jurisdição nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo; o 3º., com sede em São Paulo e jurisdição nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; o 4º., com sede em Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; e o 5º., com sede em Recife e jurisdição em Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará.

⁵⁶ Cabe indagar se esta ressalva à Justiça Eleitoral não seria restrita a alguns dos indivíduos elencados no artigo 96, III, da Constituição, pois, como observa Fernando da Costa Tourinho Filho, “a vingar interpretação diversa, o Procurador-Geral de Justiça do Estado, que exerce função simetrizada à do Procurador-Geral da República – que, em quaisquer infrações, exceto as de responsabilidade, é julgado pelo mais alto Tribunal do País –, deixaria de ser julgado, nos crimes eleitorais, pelo mais alto Tribunal do Estado. Se são julgados pelo Tribunal de Justiça nos crimes militares e federais, não há razão lógica para a alteração do foro tratando-se de crime eleitoral”. TOURINHO FILHO, 2006, p. 145.

⁵⁷ Registre-se, contudo, não ser tal entendimento completamente pacífico, por implicar no aumento do número de indivíduos que receberiam um tratamento diferenciado em relação ao restante da população, ampliando-se sobremaneira a incidência de um instituto que deveria ser tratado como exceção em um sistema republicano cuja maior característica é a da igualdade entre todos, e não como regra. Sobre o tema, interessante a leitura em STF, ADI nº. 2.587/GO, Rel. para o Acórdão Min. Carlos Britto, julgamento em 01-12-2004, D.J.: 06-11-2006.

ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário determinar o espectro de abrangência do instituto, esclarecendo quais são exatamente as infrações penais por ele abarcadas.

Na linha da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de foro privativo por prerrogativa de função, a jurisdição penal brasileira biparte-se na fixação entre crimes comuns e crimes de responsabilidade⁵⁸. Na prática, para tal finalidade, incluem-se dentre os crimes comuns todos aqueles que não caracterizem crimes de responsabilidade. Trata-se, portanto, de um raciocínio que se pauta pela lógica da exclusão.

No que toca aos crimes de responsabilidade, constituem infrações de natureza essencialmente política, cujo tratamento é bastante distinto do recebido pelas infrações previstas pelo Direito Penal, submetendo-se a processo e julgamento perante a jurisdição política, integrada, regra geral, por órgãos do Poder Legislativo⁵⁹.

Ademais, ainda em oposição aos postulados do Direito Penal, o qual se centra precipuamente na aplicação de penas privativas de liberdade, o crime de responsabilidade tem como sanção a perda de cargo ou função pública, além da vedação de exercício futuro, em decorrência do mau desempenho de atividade pública⁶⁰.

Se, por um critério de exclusão, é possível identificar os crimes de responsabilidade, por outro lado verifica-se que o texto constitucional limita-se a mencionar tão-somente a expressão “infrações penais comuns”, sem maiores detalhamentos sobre sua real abrangência. Ao longo do tempo, porém, tanto a doutrina como a jurisprudência, ao se depararem com casos concretos, fixaram interpretações no sentido de se determinar o que se inclui efetivamente neste rol de infrações.

Assim, entendem-se abarcadas no rol quaisquer infrações penais⁶¹, quer se trate de crime eleitoral⁶², crime doloso contra a vida, contravenções e mesmo crime militar⁶³. O critério utilizado, portanto, foi o de fixar-se a competência em razão da função exercida pelo

⁵⁸ FERNANDES, 2002, p. 141.

⁵⁹ Eugênio Pacelli de Oliveira assinala que, mesmo quando a Constituição atribui a órgão do Judiciário a competência para o julgamento de crimes de responsabilidade, a jurisdição ainda será reconhecida como sendo de natureza política, diante da natureza igualmente política das infrações. OLIVEIRA, 2005, p. 162.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 162.

⁶¹ As infrações penais comuns, esclarece Uadi Lammêgo Bulos, abrangem todas as modalidades de cometimentos ilícitos, estendendo-se também aos delitos eleitorais e alcançando até os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 886.

⁶² “Para o efeito de demarcação da competência penal originária do STF por prerrogativa de função, consideram-se comuns os crimes eleitorais”. STF, Rcl nº. 555, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-04-2002, D.J.: 07-06-2002. No mesmo sentido, STF, Inq. nº. 1.391-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 23-06-1999, D.J.: 06-08-1999.

⁶³ Na falta de uma definição constitucional expressa, entende a doutrina que toda e qualquer infração penal que não se inclua no rol dos crimes de responsabilidade será considerada “comum”. Deste modo, unicamente para fins de determinação de foro privativo, tanto o crime eleitoral, como os crimes dolosos contra a vida e os crimes militares serão considerados comuns, razão pela qual os detentores de foro perante o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de cometimento de infração penal não qualificada como de responsabilidade, serão ali processados e julgados. Neste sentido, TOURINHO FILHO, 2006, p. 139 e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 172.

agente e não pela matéria a ser examinada, sendo esta, na verdade, uma opção de índole política⁶⁴.

A diplomação do parlamentar é o fato que determina a possibilidade de gozo do foro perante o Supremo Tribunal Federal em matéria criminal para os membros do Congresso Nacional, implicando, inclusive, na imediata remessa para aquela Corte dos processos por eles titularizados porventura existentes em outras instâncias⁶⁵. Esta é a razão pela qual, no início de cada nova legislatura, natural verificar-se uma grande mobilidade no número de procedimentos criminais referentes à competência originária do Supremo, em decorrência das alterações na composição de cada Casa Legislativa.

Não se concede, porém, aos suplentes dos parlamentares, as mesmas prerrogativas. Na linha da já consagrada jurisprudência do Supremo quanto ao tema, o Ministro Celso de Mello, em recente manifestação, após assinalar que o suplente, na qualidade de substituto eventual do congressista, tem mera expectativa de direito, destacou que estes indivíduos, enquanto permanecerem nesta condição, não gozam das prerrogativas constitucionais deferidas ao titular do mandato legislativo⁶⁶.

Há que se registrar, ainda, que a lista de indivíduos sujeitos a julgamento perante os tribunais, no exercício da competência originária a estes atribuída, pode sofrer um significativo aumento, tendo em vista que, nos casos de continência ou conexão, também os co-réus, não detentores de foro especial, serão ali julgados.

Neste sentido foi editado o verbete n°. 704, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

Por outro lado, não se incluem dentre as hipóteses abarcadas na competência por prerrogativa de função as ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e demais ações de natureza cível⁶⁷, mesmo quando ajuizadas

⁶⁴ Vale ressaltar que, no que concerne ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, trata-se de um critério rígido, que não admite exceções, fazendo com que, independente da espécie de infração penal, os agentes que detenham foro naqueles tribunais sejam ali processados e julgados. Já no caso dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, pode-se afirmar que o foro privativo será “móvel”, eis que, em relação aos crimes eleitorais, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral (artigos 96, III, e 108, I, “a”, ambos da Constituição de 1988). E, quanto aos Deputados Estaduais e Prefeitos Municipais, a regra é ainda menos rígida, já que só serão julgados pelo Tribunal de Justiça quando se tratar de crimes da competência estadual, estando ressalvada a competência da Justiça Federal (nos crimes federais, a competência será do Tribunal Regional Federal), da Justiça Eleitoral e até mesmo da Justiça Militar da União, na hipótese de crime militar.

⁶⁵ STF, Inq-QO n°. 1.070, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 06-09-2001, D.J.: 11-10-2001.

⁶⁶ STF, Pet. n°. 4.062, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-03-2008, D.J.: 07-04-2008.

⁶⁷ STF, Pet. n°. 4.008-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22-11-07, D.J.: de 07-12-2007.

contra autoridades que, em matéria de foro, possuem a prerrogativa⁶⁸ (excepcionando-se o mandado de segurança, em razão da existência de previsão constitucional expressa).

A justificativa para tal posicionamento, segundo o Supremo Tribunal, está no fato de que sua competência originária submete-se a um regime de direito estrito, não comportando extensão aos casos que extravasem os limites constitucionalmente fixados. Assim, tratando-se de um rol exaustivo, não haveria que se falar em qualquer tentativa de ampliação por meios interpretativos⁶⁹.

De qualquer modo, ainda que excluídas tais ações do rol de competências originárias dos Tribunais, inegável que a extensão das hipóteses que ensejam a aplicação do foro diferenciado é bastante ampla, suscitando questionamentos no que toca ao aparato estrutural de que dispõem para exercer tal mister com eficiência, mas sem desbordar da necessária agilidade na tramitação dos feitos.

1.3.1 A competência constitucional do tribunal do júri e a prerrogativa de função

Não obstante seja firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de incluir em sua competência originária todas as infrações penais comuns, o mesmo não ocorre entre a doutrina, em especial no que concerne à competência para julgamento dos delitos dolosos contra a vida, constitucionalmente atribuída ao Tribunal do Júri.

De fato, da análise dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, não se poderia negar, ao menos de plano, a existência de um conflito entre a competência do Tribunal do Júri e àquela atribuída aos Tribunais de forma originária.

Isto porque, apesar de a Constituição da República prever o foro por prerrogativa de função para inúmeras autoridades em diversos artigos ao longo de seu texto, não há, na verdade, nenhum dispositivo que afirme, de forma categórica, que os crimes dolosos contra a vida também serão julgados pelo Tribunal que detém a competência originária respectiva.

Por outro lado, reconhece o artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Lei Maior a instituição do Júri, com a organização que lhe conferir a lei, assegurada a

⁶⁸ STF, Pet. nº. 2.785, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-11-2002, D.J.: 22-11-2002.

⁶⁹ STF, Pet. nº. 1.738-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-09-1999, D.J.: 01-10-1999.

plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Organizado pelo Decreto-Lei nº. 3.689/41 (Código de Processo Penal), o Tribunal do Júri é composto por um Juiz de Direito (presidente do Tribunal), e por vinte e cinco jurados, consoante alteração da Lei nº. 11.689/2008, escolhidos entre os membros da sociedade, previamente alistados, dentre os quais sete serão sorteados para constituir o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

É o Conselho que decidirá acerca da existência do crime, as circunstâncias excludentes da culpabilidade e antijuridicidade, autoria, eventuais modificações na imputação do tipo penal, bem como quaisquer outros aspectos que influenciem na fixação da pena, a qual fica a cargo exclusivo do Juiz de Direito, ainda que este não possa afastar-se do que foi decidido pelos jurados⁷⁰.

O direito ao Tribunal do Júri é revestido de extrema importância, eis que representa, em sua origem, identificada no direito inglês, a garantia de que o indivíduo não mais seria julgado por um agente do rei, mas sim por membros da comunidade, “iguais” à pessoa do julgado⁷¹.

É possível afirmar, portanto, que o Júri apresenta-se como uma expressão democrática, verdadeiro intérprete da vontade do povo. Os investidos na função de jurados decidem em nome dos demais, representando a sociedade da qual fazem parte. Trata-se, mais que um direito, de uma importante garantia aos cidadãos⁷².

No entanto, muito embora não se possa desconsiderar a relevância da garantia constitucional representada pelo Tribunal do Júri, em face da previsão da prerrogativa de função, esta última irá prevalecer. Isso porque, segundo Aury Lopes Jr.⁷³, quando ambas as competências forem constitucionais, prevalece a jurisdição superior do Tribunal, já que um órgão de primeiro grau, como o tribunal do júri, jamais prevalece sobre um tribunal, desde que a prerrogativa de função esteja prevista na Constituição.

Da mesma forma se manifesta Miguel Ângelo dos Santos, em obra dedicada ao estudo das imunidades jurídicas, incluindo a dos parlamentares, que se limita a mencionar que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, de natureza constitucional, prevalece sobre a competência do Júri, “muito embora seja a competência dele privativa para o

⁷⁰ TOURINHO FILHO, 2006, p. 88 e ss.

⁷¹ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 280.

⁷² Não se desconhecem as críticas que se fazem à instituição do Júri, em especial no que concerne ao despreparo daqueles que são escolhidos para compor o corpo de jurados, sendo estes muitas vezes facilmente induzidos a decidir com base em suas emoções e não por critérios objetivos.

⁷³ LOPES JR., 2007, p. 455.

conhecimento dos crimes dolosos praticados contra a vida (art. 5º, XXXVIII)⁷⁴”, sem tecer maiores considerações sobre o tema.

Já para Uadi Lammêgo Bulos⁷⁵, a dignidade de certos cargos e sua importância para o Estado fazem com que a própria Constituição excepcione, de modo expresse, a regra contemplada no artigo 5º, XXXVIII, alínea *d*. Assim, as normas de mesma hierarquia que regulam situações específicas, como as que contemplam a prerrogativa de função, prevalecem sobre os preceitos que disciplinam situações gerais.

No mesmo sentido se posiciona Antonio Scarance Fernandes, assinalando que, “quando alguém, em face de sua função, deve ser submetido a julgamento originário por Tribunal e essa regra é da Constituição Federal, por ser especial, prevalece sobre a regra geral de competência do júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida⁷⁶”.

Registre-se, portanto, que a competência do Tribunal Popular não é absoluta, cedendo àquela dos Tribunais togados – que também foi fixada pelo mesmo texto constitucional – para julgar determinadas autoridades públicas.

Em termos práticos, tais normas “especiais” são aquelas dos artigos 29, VIII e X⁷⁷; 96, III⁷⁸, 102, I, alíneas *b* e *c*⁷⁹; 105, I, alínea *a*⁸⁰, 108, I, *a*, no que se incluem diversas autoridades que não poderão ser levadas a júri popular pela prática de infrações penais comuns, gênero que abarca os crimes dolosos contra a vida.

De fato, em recente manifestação, a Corte Suprema, analisando a situação de parlamentar federal acusado da prática de crime doloso contra a vida, consignou que o réu, por deter a prerrogativa de foro perante o Supremo, deveria neste tribunal ser julgado, sob a justificativa de que “a norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que

⁷⁴ SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas: penais, processuais, diplomáticas, parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 181.

⁷⁵ BULOS, 2007, p. 493.

⁷⁶ FERNANDES, 2002, p. 175.

⁷⁷ Nos crimes dolosos contra a vida, praticados por prefeitos municipais, compete ao Tribunal de Justiça do Estado processá-los e julgá-los, em entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal: STF, Rcl-QO nº. 636, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 04-12-2001, D.J.: 01-02-2002; STF, HC nº. 70.581, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21-09-1993, D.J.: 29-10-1993.

⁷⁸ Com base neste dispositivo constitucional, o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do Ministério Público não serão julgados pelo Tribunal do Júri, mas sim pelo Tribunal competente. STF, HC nº. 73.112, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 16-04-1996, D.J.: 31-06-1996.

⁷⁹ Incluem-se neste rol, como já apontado, o Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

⁸⁰ Governadores de Estado e Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros do Tribunal de Contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e dos Ministérios Público da União que oficiem perante tribunais, sempre serão processados e julgados, em caso de ocorrência de crimes dolosos contra a vida, pelo Superior Tribunal de Justiça.

garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, *b*, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último”⁸¹.

Interessante destacar que este caso foi objeto de uma intensa polêmica não só entre os juristas como também na opinião pública, recebendo ampla divulgação da mídia e suscitando entusiasmasdas manifestações sobre a questão do foro por prerrogativa de função dos membros do Congresso Nacional.

Na ocasião, o então deputado federal pelo Estado da Paraíba, Ronaldo José da Cunha Lima, renunciou ao mandato (que exerceria na legislatura 2007/2011), no dia 31 de outubro de 2007, poucos dias antes da data marcada para que o Supremo Tribunal Federal julgasse a Ação Penal nº. 333, em que era acusado de tentar contra a vida de Tarcisio Buriti, seu suposto inimigo político, em novembro de 1993.

No pedido de renúncia, de caráter irrevogável, o ex-deputado manifestou expressamente seu desejo de ser julgado pelo Tribunal popular de seu Estado⁸², tendo sido este, como alegado, o motivo determinante que o levou realizar tal gesto naquele exato momento, quatorze anos⁸³ após a instauração da ação penal.

A decisão do deputado provocou uma manifestação negativa por parte do relator do caso, Ministro Joaquim Barbosa, que classificou o ato como um abuso de direito e verdadeiro “escárnio” para com a Justiça brasileira. Após expressar preocupação com a duração do processo, o Ministro ainda declarou esperar haver juízes corajosos e independentes no Estado do ex-deputado para julgá-lo⁸⁴.

A análise da situação demonstra de forma bastante nítida o cenário que se apresenta na falta de norma expressa a regular a questão da competência para julgamento de autoridades que detêm o foro por prerrogativa de função nas hipóteses que envolvam crimes dolosos contra a vida.

Sem adentrar o mérito das questões éticas que permeiam o tema, é de se notar que o ex-parlamentar, aproveitando-se da lacuna legislativa, fez uso de um expediente legal para

⁸¹ STF, AP. nº. 333, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 05-12-2007, D.J.: 11-04-2008.

⁸² Como divulgado à época, transcreve-se na íntegra a Carta de Renúncia do ex-deputado Ronaldo Cunha Lima: "Senhor presidente, nesta data e por este instrumento, em caráter irrevogável e irretratável, renuncio ao mandato de deputado federal, representando o povo da Paraíba, a fim de possibilitar que esse povo me julgue, sem prerrogativa de foro como um igual que sempre fui.

Requeiro a leitura em plenário desta renúncia, a respectiva publicação e a comunicação dela a S.Exa, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Ellen Gracie".

⁸³ Vale ressaltar que os quatorze anos incluem tanto o tempo em que a ação tramitou no Superior Tribunal de Justiça, já que, à época em que os fatos ocorreram, o ex-deputado ocupava a função de Governador do Estado da Paraíba, como no Supremo Tribunal Federal, para onde os autos foram remetidos posteriormente, dada a sua condição de parlamentar e, portanto, detentor de foro especial naquela Corte.

⁸⁴ “Um escárnio com a Justiça brasileira”. O Globo, Rio de Janeiro, 01 nov. 2007, O País, p. 8.

afastar a competência do Supremo Tribunal Federal⁸⁵. Porém, de certa forma, coube ao réu, de forma unilateral, escolher o foro no qual gostaria de ser julgado, em um surpreendente desvirtuamento dos postulados do processo penal.

Não se pode ignorar também, que, no caso específico do ex-deputado, considerando sua idade à época – 71 anos – e o fato óbvio de que a modificação do foro competente para o seu julgamento implicará em um tempo maior para que finalmente venha a ser submetido ao tribunal popular, a situação lhe foi bastante favorável, já que, nos termos do artigo 115, do Código Penal, são reduzidos da metade os prazos de prescrição quando o indivíduo, na data da sentença, contar com mais de setenta anos.

Ademais, a declaração do Ministro leva a crer ser seu entendimento que o Supremo gozaria de maior independência para julgar indivíduos na posição do ex-deputado, questão bastante controversa, tendo em vista que, em se tratando do júri, são os membros da sociedade, e não os juízes que, na verdade, irão decidir. E, ainda que assim não o fosse, entende-se que os juízes, independentemente da instância, atuem sempre de forma imparcial, como se exige da própria função que ocupam.

Assim, em que pese ter a Corte se pronunciado no sentido de reafirmar sua competência originária para julgar autoridades detentoras de foro naquele tribunal também nos casos de delitos contra a vida, a falta de previsão legislativa sobre o tema alterou por completo o curso dos acontecimentos e ainda provocou inúmeros questionamentos sobre a ética do expediente utilizado pelo ex-parlamentar.

No que concerne aos deputados estaduais e secretários de Estado, desde que exista previsão expressa na Constituição Estadual, serão processados e julgados, nos crimes dolosos contra a vida, pelo Tribunal de Justiça de seu respectivo Estado⁸⁶.

Nestes casos, a extensão da prerrogativa de foro aos crimes dolosos contra a vida se justificaria pela natureza do poder que se defere aos Estados-membros de atribuir aos seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal que a Constituição da República outorgou às funções que lhe são correspondentes⁸⁷.

⁸⁵ No âmbito da Corte Suprema, nem todos os ministros compartilharam da opinião do Relator. O ministro Gilmar Mendes considerou que o ato de renúncia havia sido um gesto legítimo, dentro do que preceitua a Constituição e, uma vez que Cunha Lima renunciou ao mandato, cessa a competência do STF para julgá-lo. Disse, ainda, que não compartilhava do argumento de que a renúncia teria sido abuso de direito. No mesmo sentido, o ministro Celso de Mello entendeu que a renúncia produziu plenas consequências, vez que o parlamentar a formulou de forma oficial à Câmara, que declarou a vacância do cargo e convocou o suplente. Também o ministro Marco Aurélio alertou que a renúncia fora legítima e ocorreu no momento em que Cunha Lima sequer havia sido julgado. Notícias STF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79146&caixaBusca=N>> Acesso em 06 dez. 2007.

⁸⁶ BULOS, 2007, p. 494.

⁸⁷ STF, HC nº. 58.410, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-03-1981, D.J.: 15-05-1981.

Tal raciocínio se fundamenta no próprio poder de auto-organização dos Estados-membros, que consagra a autonomia dos entes federativos (Constituição da República, art. 18), bem como no fato de que estas regras guardam simetria com as fixadas pela Constituição da República em situações semelhantes. Desta forma, os crimes dolosos contra a vida praticados pelos membros do Poder Legislativo e secretários de Estado podem ser apreciados pelos Tribunais de Justiça, da mesma forma que as infrações penais cometidas pelos membros do Congresso Nacional e Ministros de Estado são processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição da República, art. 102, I, *b e c*)⁸⁸.

Não se admite, porém, a supressão da competência constitucional do Tribunal do Júri pelas Constituições Estaduais, quando não existir função correspondente na Lei Maior. Significa dizer que, na falta de previsão expressa nesse documento sobre a prerrogativa de foro aos agentes públicos federais, a norma estadual não poderá afastar os agentes públicos estaduais equivalentes do julgamento pelo tribunal popular⁸⁹.

Esta é a razão pela qual os procuradores do Estado e defensores públicos, deverão ser processados e julgados pelo tribunal popular, uma vez que inexistente correspondência entre as funções ocupadas por estes agentes com às daqueles a quem a Constituição da República outorga tal prerrogativa⁹⁰, como já manifestado pela Corte Suprema⁹¹.

Assim, caso seja previsto o foro especial somente na Constituição Estadual, os agentes políticos que a ele se submetam, se lhes for imputada acusação de crime doloso contra a vida, serão julgados pelo Tribunal popular. De modo a afastar quaisquer dúvidas que porventura pudessem pairar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal sumulou seu entendimento, por meio da edição do verbete n.º. 721, de sua Súmula⁹².

No tocante às hipóteses de conexão ou continência, inicialmente consignou a Corte, em decisão plenária, por maioria de votos, que, verificando-se o envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, inexistiria atração, prevalecendo a regra do juiz natural⁹³. Por consequência, haveria necessariamente a separação dos processos, de modo que o titular da

⁸⁸ MORAES, 2004, p. 113.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁰ BULOS, 2007, p. 494.

⁹¹ STF, HC n.º. 78.168, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 18-11-1998, D.J.: 29-08-2003.

⁹² Verbetes n.º. 721, da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

⁹³ "O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea "d" do inciso XXXVIII, do artigo 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, à reunião dos processos. A atuação de Órgãos diversos integrantes do Judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal". STF, HC n.º. 69.325, julgamento em 17-06-1992, D.J.: 04-12-1992.

prerrogativa de foro fosse julgado pelo tribunal pertinente e o co-autor, sem esta prerrogativa, pelo tribunal do júri.

Porém, mais recentemente, o Supremo Tribunal, através de sua Segunda Turma, alterou seu posicionamento, decidindo que são válidas as regras da conexão mesmo em se tratando de crime de competência do Júri, caso em que todos os agentes deveriam ser julgados no tribunal daquele que possui a prerrogativa de foro⁹⁴.

Consta do voto da relatora que a unidade do processo se justificaria por razões de segurança, coerência e economia. Acrescentou-se, ainda, que não seria razoável, causando inclusive prejuízos para o alcance da verdade real e para a aplicação da lei, impor-se a separação do processo, tratando-se de um mesmo fato delituoso.

Não obstante o ponderável argumento da Corte, não se pode negar que tal entendimento contribui para tornar a competência constitucional do tribunal do júri cada vez mais débil, a depender da interpretação casuística das circunstâncias que se apresentem em determinada situação.

1.3.2 O inquérito “privilegiado”

Interessante observar que, em relação à condução das investigações quando a pessoa detém foro privativo por prerrogativa de função, não há previsão constitucional ou legal que indique de forma clara a quem cabe tal atribuição, com exceção da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁹⁵ e da Lei Orgânica do Ministério Público da União⁹⁶.

Coube, assim, ao Supremo Tribunal Federal fixar, a partir da apreciação de casos concretos, o direcionamento da questão. Entretanto, a análise das manifestações da Corte

⁹⁴ “COMPETÊNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. ATRACÃO POR CONEXÃO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, a), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula 704/STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República.”. STF, HC nº. 83.583, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 20-04-2004, D.J. 07-05-2004.

⁹⁵ LC 35/1979, Art. 33. São prerrogativas do magistrado:

[...]

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

⁹⁶ LC 75/1993, Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

[...]

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

demonstra que seu entendimento não tem se mostrado inteiramente uniforme ao longo do tempo.

Na apreciação do Habeas Corpus nº. 82.507⁹⁷, o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, destacou que, em regra, o foro por prerrogativa de função do suspeito não subtrairia dos órgãos da Polícia Judiciária a atribuição das apurações das infrações penais, conforme o disposto no artigo 144, da Constituição:

I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.

Em consonância com tal posição, em momento posterior, apreciando a Petição nº. 3.248⁹⁸, a Min. Ellen Gracie recusou pedido do Procurador-Geral da República de instauração de inquérito a ser conduzido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal:

1. O Ministério Público Federal promoveu diligências junto à Receita Federal, à Controladoria-Geral da União e autoridades americanas (f. 4), e obteve documentação (f. 07/21) que noticia ter um Deputado Federal remetido ao exterior, através de Contas CCC-5, no período de 1999/2002, a vultosa importância de cento e noventa e sete milhões, novecentos e um mil, duzentos e cinquenta e um reais e oitenta centavos. O expressivo numerário, segundo o Ministério Público Federal, precisa ser investigado no tocante à sua origem e regularidade. Principalmente é preciso saber se a vultosa importância foi declarada à Receita Federal nas declarações de imposto de renda. A documentação obtida pelo Ministério Público Federal deu origem a procedimento administrativo que foi autuado na Procuradoria-Geral da República. E com base nesse procedimento, o Procurador-Geral da República requereu, na petição de f. 02/03, o seguinte: "Ante o exposto, requer o Ministério Público a autuação deste procedimento como inquérito penal originário, com o indiciamento do Deputado Federal RONALDO CEZAR COELHO, pelo cometimento, em tese, de crime de sonegação fiscal. 6. Solicita, ainda, que seja realizada a quebra do sigilo fiscal do ora indiciado, referente aos anos-base de 1999 a 2002." (f. 3). 2. Entre as funções institucionais que a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público, está a de requisitar a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). Essa requisição independe de prévia autorização ou permissão jurisdicional. Basta o Ministério Público Federal requisitar, diretamente, aos órgãos policiais competentes. Mas não a esta Corte Suprema. Por ela podem tramitar, entre outras demandas, ação penal contra os membros da Câmara dos Deputados e Senado. Mas não inquéritos policiais. Esses tramitam perante os órgãos

⁹⁷ STF, HC nº. 82.507, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10-12-2002, D.J.: 19-12-2002.

⁹⁸ STF, Pet. nº. 3.248, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 28-10-2004, D.J.: 23-11-2004.

da Polícia Federal. Eventuais diligências, requeridas no contexto de uma investigação contra membros do Congresso Nacional, podem e devem, sim, ser requeridas perante esta Corte, que é o Juiz natural dos parlamentares federais, como é o caso da quebra do sigilo fiscal. Mas o inquérito tramita perante aqueles órgãos policiais e não perante o Supremo Tribunal Federal. Não parece razoável admitir que um Ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria. Não há confundir investigação, de natureza penal, quando envolvido um parlamentar, com aquela que envolve um membro do Poder Judiciário. No caso deste último, havendo indícios da prática de crime, os autos serão remetidos ao Tribunal ou Órgão Especial competente, a fim de que se prossiga a investigação. É o que determina o art. 33, § único da LOMAN. Mas quando se trata de parlamentar federal, a investigação prossegue perante a autoridade policial federal. Apenas a ação penal é que tramita no Supremo Tribunal Federal. Disso resulta que não pode ser atendido o pedido de instauração de inquérito policial originário perante esta Corte. E, por via de consequência, a solicitação de indiciamento do parlamentar, ato privativo da autoridade policial. Resta a quebra do sigilo fiscal. Mas essa quebra deverá ser requerida no âmbito do inquérito policial que o Ministério Público Federal pretende seja instaurado. Nesse inquérito, disciplinado no CPP, poderá o parlamentar justificar a regularidade da remessa do numerário, ou até mesmo impugnar a idoneidade da documentação apresentada. De qualquer sorte, não há, ainda, qualquer comprovação de que o parlamentar tenha se recusado a apresentar suas declarações do imposto de renda. 3. Diante do exposto, determino sejam os autos devolvidos à Procuradoria-Geral da República para as providências que entender cabíveis.

Por outro lado, mais recentemente, a mesma Corte estatuiu que a condução do inquérito policial que envolva titulares de prerrogativas de função cabe ao próprio foro do titular, que posteriormente será o competente para o seu julgamento⁹⁹, em hipótese de exceção à regra geral disciplinada no Código de Processo Penal.

Argumentou-se que “se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF¹⁰⁰”.

Nestes casos, entendeu-se que a iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao Ministério Público Federal, contando com a supervisão do Ministro-Relator da Corte Suprema¹⁰¹. Significa dizer que no exercício de competência penal originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, *b* c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade judicial será desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia.

⁹⁹ STF, Inq. nº. 2.291-AgR, Rel. para o Acórdão Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-06-2007, D.J.: de 14-11-2007.

¹⁰⁰ STF, Pet. nº. 3.825-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10-10-2007, D.J.: de 04-04-2008; STF, Inq. nº. 2.411-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-10-2007, D.J.: de 25-04-2008.

¹⁰¹ No tocante aos inquéritos, especificamente em relação aos membros do Congresso Nacional, assim se manifestou a Corte Suprema: “Esta Corte, juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais de conhecimento, de índole condenatória, é o órgão competente para supervisionar os procedimentos destinados à apuração dos ilícitos atribuídos a parlamentares federais, bem como ordenar toda e qualquer providência restritiva de direitos, necessária à investigação de tais práticas delituosas.”. STF, Recl. nº. 4.830, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-05-2007, D.J.: de 15-06-2007.

Em que pese a relevância dos argumentos utilizados pela Corte, não se pode deixar de criticar a lacuna legal em torno do tema que, na falta de norma expressa, é regulado de forma casuística pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo porque, ante a ausência de normatização, poder-se-ia questionar se o mais indicado não seria conduzir as investigações segundo a regra geral, ou seja, pelas autoridades policiais, ao invés de fazer uso de construções jurisprudenciais que poderiam suscitar a existência de um verdadeiro “inquérito privilegiado” não justificável, com o risco de se afrontar, ainda, o princípio da imparcialidade no futuro julgamento.

Ademais, sob o aspecto estritamente pragmático, considerando-se que, em todo o país, o número de indivíduos detentores do foro especial alcança a casa dos milhares, se relacionados todos os três poderes, reveste-se de importância qualquer iniciativa no sentido de regulamentar a matéria, conferindo maior respeito e eficiência ao sistema.

Demonstrados os principais fundamentos que lastreiam a existência da competência penal por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro, assim como sua distribuição entre os tribunais pátrios e espectro de abrangência, faz-se necessário analisar de forma mais detalhada a situação dos membros do Congresso Nacional, os quais, segundo o disposto no texto constitucional vigente, são processados e julgados, nas infrações penais comuns, pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO GARANTIA DO EXERCÍCIO DOS MANDATOS POLÍTICOS

2.1. A representação no regime democrático

A questão da tomada das decisões no seio de uma comunidade, de modo a conciliar as diferentes preferências individuais, mas sem descurar tampouco do atendimento das necessidades e objetivos comuns ao grupo, possui estreita ligação com o próprio conceito de regime democrático.

A partir da teoria clássica (ou aristotélica) das três formas de governo: a democracia, identificada como o governo de todos os cidadãos, em oposição à monarquia, como governo de um só, e à aristocracia, como o governo dos melhores¹⁰², faz-se necessário, em um governo considerado democrático, engendrar e legitimar meios eficazes de se coletar a opinião ou vontade da coletividade.

Entretanto, se, por um lado, a aceitação do princípio democrático, em especial nos Estados Modernos, implica a participação do povo na realização das funções estatais, por outro, revela-se de fato impossível que, na prática, todos atuem diretamente no exercício dessas funções.

Diferente do que ocorria na Antiguidade, em que a democracia era exercida diretamente pelo povo, sendo a praça o verdadeiro centro de discussões sobre as questões de relevo para a comunidade, o crescimento demográfico e a crescente complexidade das sociedades ao longo do tempo inviabilizaram o uso de tal sistemática. Resulta daí a necessidade de se recorrer a mecanismos tais como o de confiar as decisões somente a alguns indivíduos, eleitos como representantes de toda a coletividade¹⁰³.

Tem-se, assim, a distinção entre a chamada democracia representativa, “segundo a qual os governantes, que recebem seu mandato dos governados, devem agir em lugar deles¹⁰⁴”

¹⁰² BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 1. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 319-320.

¹⁰³ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 237.

¹⁰⁴ GOYARD-FABRE, 2003, p. 127.

e a direta, cuja aplicabilidade tornou-se cada vez mais rara, em que as decisões são tomadas diretamente pelos membros da comunidade¹⁰⁵¹⁰⁶.

A expressão “democracia representativa”, anota Norberto Bobbio, significa, de forma genérica, “que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade¹⁰⁷”. Pela impossibilidade de consultar a vontade de cada um dos membros da comunidade a todo o tempo, criou-se a figura de um intermediário neste processo.

A representação política, então, foi a fórmula encontrada para substituir a democracia direta sem que a sociedade deixasse de participar da construção do Estado em que estiver inserida e, por conseqüência, da formulação das políticas governamentais que afetam o bem-estar e o futuro de toda a coletividade, como anota Paolo Biscaretti Ruffia¹⁰⁸:

A representação política leva, com efeito, em conta não a vontade de cada pessoa ou de determinados grupos de pessoas, mas os *interesses gerais* de toda coletividade popular, que resultam de forças sociais e políticas que nela se movem, das correntes de pensamento que nela se determinam e dos vários programas de governo que se formulam e se sustentam.

Desta forma, implica na consideração unitária do povo e na realização dos fins e interesses públicos (mesmo que não se ignore existirem outros interesses na sociedade). Cuida-se, sim, “de representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto de governados) presente no exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança¹⁰⁹”.

Historicamente, registra Jorge Miranda, a representação política radica na confluência de dois fenômenos: (I) a afirmação da unidade política correspondente ao Estado Moderno, de modo a afastar a noção de que a função da representação se resumiria a garantir os interesses e privilégios de estamentos uns perante os outros e perante o Rei e; (II) a passagem do

¹⁰⁵ “É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 42.

¹⁰⁶ Não se pretende, com tal distinção, reduzir o tema do exercício da democracia à simples dicotomia entre conceitos estáticos de democracia representativa e direta, mas sim priorizar a clareza na exposição, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, mesmo porque, como bem alertado por Norberto Bobbio: “[...] entre a democracia representativa pura e a democracia direta pura, não existe, como crêem os fautores da democracia direta, um salto qualitativo, como se entre uma e outra existisse um divisor de águas e como se a paisagem mudasse completamente tão logo passássemos de uma margem à outra. Não: os significados históricos de democracia representativa e de democracia direta são tantos e de tal ordem que não se pode pôr os problemas em termos de ou-ou, de escolha forçada entre duas alternativas excludentes, como se existisse apenas uma única democracia direta possível; o problema da passagem de uma a outra somente pode ser posto através de um *continuum* no qual é difícil dizer onde termina a primeira e onde começa a segunda”. *Ibidem*, p. 52.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰⁸ RUFFIA, 1984, p. 247.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

absolutismo ao liberalismo, com a construção de uma nova ordem política, baseada nos direitos individuais e na divisão do poder¹¹⁰.

Observa-se que, na verdade, o surgimento da representação deve ser analisado no âmbito de um contexto específico, em que várias foram as alterações no cenário histórico-político, modificando, por consequência, a própria forma como os indivíduos se relacionavam com os governantes e o poder por eles exercido. Ainda que de modo incipiente, deixou-se de aceitar uma posição de mera passividade para postular uma maior participação nos processos decisórios referentes aos assuntos coletivos.

Insera-se, aí, a afirmação de Maurizio Cotta, segundo o qual a finalidade da representação “está, portanto, na possibilidade de controlar o poder político, atribuída a quem não pode exercer pessoalmente o poder¹¹¹”.

Por definição, no modelo representativo a participação popular é indireta, ocorrendo em períodos de tempo previamente determinados, e formal, por meio das instituições eleitorais. Pressupõe-se, deste modo, a existência de um conjunto de instituições que disciplinam a participação dos indivíduos no processo político¹¹².

Muito embora, ao menos a princípio, tal sistemática pareça clara e não suscite maiores controvérsias, em especial pelos inúmeros trâmites eleitorais que dominam a vida moderna, fato é que a questão da representação revela-se bastante complexa. Ao longo da história das idéias políticas, o tema foi objeto de diversos questionamentos acerca de seu real significado, destacando-se, dentre várias construções doutrinárias¹¹³, a teoria do mandato imperativo e a do mandato representativo.

Relata José Afonso da Silva que no mandato imperativo, que vigorou antes da Revolução Francesa, o eleito ficava vinculado aos seus eleitores, devendo seguir suas instruções nas assembleias parlamentares. Tanto é assim que, diante de um fato novo, para o

¹¹⁰ MIRANDA, J. 2007, p. 42.

¹¹¹ COTTA, Maurizio. In: BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2000, v. 1, p. 1102.

¹¹² Em um relevante esforço de síntese, Jorge Miranda elenca as principais características da democracia representativa, por ele denominadas suas “traves mestras”: “a) A possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, actual ou conjectural, jurídica e politicamente eficaz. b) O reconhecimento, por motivos técnicos e materiais, da impossibilidade de o povo governar e, por isso, como sucedâneo, a necessidade de representação política. c) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo. d) A responsabilidade política dos governantes, titulares desses órgãos, através do cumprimento dos deveres constitucionais relativos ao exercício dos seus cargos e do dever de informação do povo e, especificamente, através da eleição geral do termo do mandato, de eleições parciais durante este ou de referendo”. *Ibidem*, p. 47-48.

¹¹³ De fato, os modelos de representação identificados pela doutrina são variados. A título de ilustração, verifica-se que, para Maurizio Cotta, possível concebê-la como “relação de delegação”, como “relação de confiança” ou como “espelho”, enquanto Paolo Biscaretti Ruffia menciona a existência das teorias da “designação de capacidade”, do “mandato ou delegação de poderes” e da “representação da vontade”.

qual não dispusesse de orientação a seguir, o indivíduo estaria obrigado a obtê-la de seus eleitores, antes de agir, sendo que a qualquer tempo sua representação poderia ser cassada¹¹⁴.

Nesse modelo evidencia-se o caráter subalterno do representante-mandatário, o qual, na verdade, não possuía qualquer autoridade política ou iniciativa em matéria de governo. Eram, nas palavras de Simone Goyard-Fabre¹¹⁵, simples comissários daqueles que, localmente, havia lhes confiado um mandato, aliás, revogável.

Já no caso do mandato representativo, além de se apresentar como “geral”, também é livre e irrevogável. Geral, na expressão de José Afonso da Silva, “porque o eleito por uma circunscrição não é representante só dela, nem só de suas bases eleitorais, mas é representante de toda a nação, e de todo o povo¹¹⁶”. Por outro lado, tendo em vista que o representante não está vinculado a seus eleitores, não recebendo destes instruções diretas, mas exerce o mandato com base nos poderes a ele prévia e abstratamente conferidos, lhe é garantida a liberdade para expressar sua vontade. Ademais, a irrevogabilidade estaria caracterizada pelo direito do eleito manter seu mandato durante o tempo previsto para a sua duração nas normas do Estado¹¹⁷.

De acordo com este modelo de mandato, a representação perde, portanto, seu caráter individual, confiado por cada eleitor a um ou vários eleitos, para se transformar em um mandato coletivo, outorgado pelo povo ao conjunto dos eleitos que o representarão.

Norberto Bobbio assinala que, em última instância, é com base no mandato representativo que¹¹⁸:

[...] se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: *a*) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; *b*) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.

Após afirmar que o mandato representativo seria um sinal de maturação da noção de democracia como ideal sociopolítico, Simone Goyard-Fabre observa que nessas condições “a democracia representativa implicará a subordinação dos representantes-governantes à

¹¹⁴ SILVA, 1999, p. 143.

¹¹⁵ GOYARD-FABRE, 2003, p. 129.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007c, p. 48-49.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 48-49.

¹¹⁸ BOBBIO, 1986, p. 47.

‘vontade geral’ do povo em corpo, como se cada um deles representasse não seus eleitores em particular, mas a ‘nação inteira’¹¹⁹”.

Necessário salientar, contudo, que os “estilos” de mandato político não se constituem no único (e nem mesmo no principal) problema desta instituição democrática. Como apontado por Celso Campilongo, “a representação política envolve um complexo e diferenciado jogo de influências onde estão inseridos partidos políticos, grupos de pressão, a burocracia estatal e forças sociais que sequer são representadas no Legislativo ou no Executivo¹²⁰”.

De fato, em que pese a relevância das funções desempenhadas pelos representantes do Poder Legislativo, na qualidade de representantes do povo, historicamente nem sempre foram estes respeitados, sobretudo (mas não exclusivamente) pelos ocupantes do Poder Executivo. Perseguições políticas, ameaças – veladas ou frontais e outras espécies de jogos de influência não se mostram situações inéditas ao longo dos tempos, com o conseqüente prejuízo da liberdade de que devem desfrutar os eleitos para a boa realização de seu mister.

Frente a tal cenário, na tentativa de proteger os detentores de mandato eletivo, afastando-os de pressões desta ordem, buscou-se desenvolver mecanismos que preservassem a liberdade do exercício das funções de representação. Surgiram, aí, as chamadas imunidades parlamentares, instituto de extrema importância na história do Poder Legislativo, cujos fundamentos merecem uma análise mais cuidadosa, sobretudo para que se possa compreender a razão pela qual o foro por prerrogativa de função dos parlamentares se insere neste contexto.

2.2 As imunidades parlamentares

A necessidade de proteger o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, para que possam atuar com liberdade e independência, fez com que se outorgassem em favor dos congressistas algumas prerrogativas¹²¹, dentre as quais as chamadas “imunidades parlamentares”¹²².

¹¹⁹ GOYARD-FABRE, 2003, p. 129.

¹²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988, p. 14.

¹²¹ Iduna E. Weinert alerta que “a expressão ‘prerrogativas’ tomada em sua acepção mais ampla, não está, necessariamente, ligada ao Poder Legislativo, eis que é igualmente lícito falar-se em prerrogativas do Poder Executivo e prerrogativas do Poder Judiciário, no contexto das modernas democracias constitucionais”. Prerrogativas do Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 69, p. 59, janeiro/março 1981.

¹²² Nelson de Souza Sampaio explica que tais prerrogativas variam em número, extensão e grau, segundo os ordenamentos jurídicos. E que, de maneira geral, identificam-se as seguintes prerrogativas para as câmaras legislativas (sejam estas unilaterais, bilaterais ou, mais raramente, multicameras): I – poder legiferante em todos os seus graus; II – poder de iniciativa legislativa; III – deliberação sobre o veto; IV – promulgação da lei quando o chefe de Estado não o fizer; V – resolver sobre tratados a convenções; VI – declarar ou autorizar a declaração de guerra, e permitir o trânsito ou permanência

Trata-se, em essência, de prerrogativas que asseguram aos membros de parlamentos ampla liberdade, autonomia e independência no exercício de suas funções, protegendo-os contra eventuais abusos e violações por parte do Poder Executivo e do Judiciário¹²³, constituindo-se em verdadeira garantia funcional¹²⁴.

Anota Nelson de Souza Sampaio que as imunidades parlamentares somente puderam surgir quando as assembleias representativas se libertaram do mandato imperativo e das intromissões do poder real. Nas palavras do autor, as imunidades vão surgir “como uma conquista dos parlamentares nessa luta de duas frentes: contra o eleitorado, que o pelava com o mandato imperativo, e contra o monarca, sobretudo quando este se tornou mais dominador, com o absolutismo¹²⁵”.

Verifica-se, assim, que a análise do instituto exige, necessariamente, considerações sobre a teoria da separação de poderes, tendo em vista a sua importância na construção do pensamento liberal e a posterior influência nos principais ordenamentos jurídicos contemporâneos¹²⁶.

Muito embora tenham Aristóteles, na Antiguidade e John Locke, já na época moderna, lançado as bases do tema, as idéias relativas à separação dos poderes obtiveram consagração a partir do trabalho de Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”¹²⁷. Fortemente inspirado pelos ideais iluministas, sua teoria encontrou terreno fértil durante o período de lutas contra o Antigo Regime, em consonância com os interesses da burguesia, classe que buscava a derrubada do poder político dos monarcas absolutos e da aristocracia.

de tropas estrangeiras no território nacional; VII – conceder anistia; VIII – poder de inaugurar a sessão legislativa, de adiar ou prorrogar os seus trabalhos e convocar-se extraordinariamente; IX – poder de escolher os membros dirigentes dos seus trabalhos, a organizar a sua secretaria; X – poder de fixar os subsídios e ajuda de custo dos seus membros, e os subsídios do Chefe de Estado ou de Governo; XI – poder de polícia dentro da órbita de suas atividades; XII – fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo; XIII – aprovar ou recusar a nomeação de algumas autoridades; XIV – ser foro de determinados titulares de cargos executivos e judiciais; XV – terem os seus membros as imunidades necessárias para o exercício de suas funções. O autor observa, no entanto, que a enumeração acima, em sua integralidade, representa um conjunto que somente se encontra em um tipo ideal de parlamento, configurando um pleno Estado de direito democrático. SAMPAIO, Nelson de Souza. Prerrogativas do Poder Legislativo. In: *Revista Forense Eletrônica*, vol. 169, p. 68.

¹²³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.

¹²⁴ As imunidades parlamentares constituem um tema importante no âmbito dos Estados Democráticos, que suscita inúmeras questões, de significativa complexidade, quanto à sua efetiva utilização. No entanto, tendo em vista os objetivos da presente dissertação, nos limitaremos a traçar os principais aspectos que norteiam o assunto, de modo a demonstrar sua correlação com o instituto do foro especial por prerrogativa de função.

¹²⁵ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁶ Sem desmerecer a importância da separação de poderes no desenvolvimento das imunidades parlamentares, sublinha André Ramos Tavares que “o instituto está ancorado igualmente na teoria da representação popular, no sentido de que um parlamentar, eleito diretamente pelo povo, para cumprir mandato com prazo certo e determinado, não deve ter esse seu mister interrompido por decisão de outro poder, a respeito de circunstâncias que não guardam qualquer relação com o processo pelo qual recebeu o parlamento a representação do povo”. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 887.

¹²⁷ SILVA, 1999, p. 113.

Em linhas gerais, o que se defende é a necessidade de separação do poder político, sob pena de se ter uma concentração demasiada dos poderes nas mãos de um só indivíduo, o que poderia gerar uma séria tendência ao cometimento de abusos e mesmo arbitrariedades.

Assim, dividido o poder político entre o Legislativo, encarregado precipuamente de elaborar as normas que deverão ser seguidas por todos os membros da sociedade; o Executivo, encarregado da função de governo e execução das disposições previstas no ordenamento, fazendo uso da Administração Pública; e o Judiciário, encarregado de prevenir e compor os conflitos existentes na sociedade, emitindo interpretação acerca da legislação, seria possível evitar o risco dos abusos, tendo em vista, ainda, a limitação recíproca entre eles¹²⁸.

A consolidação de tal arranjo institucional, com a conseqüente preservação da necessária independência, seria alcançada por meio do desenvolvimento da noção de garantias dos poderes e de seus membros em face dos demais¹²⁹.

Nesse contexto é que se inserem as imunidades parlamentares. Considerando ser o parlamento, no âmbito da doutrina liberal, o órgão representativo da vontade geral da nação, que possui o encargo de elaborar o arcabouço normativo regulador da vida de determinada comunidade, participando, também, das discussões políticas sobre o futuro do Estado e atuando como fiscalizador das atividades do Poder Executivo, resulta de extrema importância que disponha de uma efetiva independência, a fim de que não se transforme em objeto de pressões externas¹³⁰. As imunidades encontram-se, assim, em consonância com tal ideal, ao buscar assegurar aos parlamentares, na qualidade de representantes do povo e da nação, a segurança e tranqüilidade necessárias ao bom desempenho de suas funções.

¹²⁸ Ressalte-se que, com o intuito de evitar que a independência excessivamente rígida acabasse por inviabilizar a vida política, foram desenvolvidos os conceitos de funções típicas e atípicas de cada poder. Assim, cada um deles possui uma função essencialmente típica, tal como exposto no texto, e as atípicas, que não são preponderantes em seu cotidiano (a título de exemplo, possível citar a administração do próprio pessoal pelo Legislativo e Judiciário, assim como a participação do Executivo no processo legislativo, dentre outros). Tal construção, além de evitar o engessamento do sistema, consagra a independência dos poderes e resguarda sua esfera de autonomia, permitindo-lhes solucionar seus assuntos internos como melhor lhes convir.

¹²⁹ Jorge Kuranaka destaca que, normalmente, tais garantias, conferidas a todos os poderes, são inseridas na Carta Magna dos Estados. No caso brasileiro, por exemplo, conferiu a Constituição garantias aos juízes consubstanciadas em a) vitaliciedade, que lhes assegura não perder o cargo, salvo por decisão do próprio órgão a que pertencem; b) inamovibilidade, garantia de não ser o magistrado removido em função de haver desagradado alguém em um julgamento e, c) irredutibilidade de vencimentos, de forma a impedir que tenha os seus rendimentos reduzidos por decisão do Executivo ou do Legislativo. Já em relação ao Executivo, assegura o texto constitucional que, por prerrogativa, não poderá o Presidente da República, na vigência de seu mandato, ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, nos moldes do seu artigo 86, §4º. *Imunidades parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 63-64. Neste último caso, assentou o Supremo Tribunal Federal que “o art. 86, §4º, da Constituição, ao outorgar privilégio de ordem político-funcional ao Presidente da República, exclui-o, durante a vigência do mandato – e por atos estranhos ao seu exercício –, da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado”. STF, AP-QO nº. 305/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-09-1992, D.J.: 18-12-1992.

¹³⁰ Neste ponto, destaca Alcino Pinto Falcão, em obra dedicada ao tema das imunidades parlamentares, que “o destinatário imediato do instituto é a própria Câmara interessada e não o seu membro, mero beneficiário, mas destinatário mediato”. *Da imunidade parlamentar*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 15.

Historicamente, é no sistema constitucional inglês que se localiza a origem do instituto¹³¹. Lá, restou consagrado o duplo princípio do “freedom of speech” (liberdade de palavra) e “freedom from arrest” (imunidade à prisão arbitrária), no “Bill of Rights”, de 1689, “os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento¹³²”.

Ao longo do tempo, as imunidades se consolidaram, basicamente, no direito público europeu, onde adquiriram os delineamentos atuais nas primeiras constituições escritas do século XVIII. Posteriormente, as prerrogativas dos congressistas foram consagradas nos Estados Unidos, tendo sido constitucionalmente inscritas na Carta Magna daquele Estado, em 1787. Em seguida, em 1789, a Assembléia Nacional francesa, em luta aberta com a Coroa, ante a ameaça de dissolução, decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou “traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles¹³³”.

Raul Machado Horta¹³⁴ relata que o direito constitucional ocidental converteu as imunidades em regra constitucional comum, que se reproduziu nos textos do constitucionalismo monárquico, republicano, presidencial, parlamentar, unitário ou federal, dos séculos XIX e XX. E modernamente, observa Alexandre de Moraes¹³⁵, quase todas as Constituições prevêm as garantias de livre exercício do Poder Legislativo.

Dois são as espécies de imunidades parlamentares identificadas pela doutrina. A imunidade pelas opiniões, palavras e votos dos congressistas, emitidas no exercício do mandato, é chamada de imunidade material ou substantiva, e também inviolabilidade. A outra espécie é designada como imunidade formal ou processual e se relaciona com a necessidade de amparar os parlamentares contra a prisão ou o processo penal que contra eles se intentem de forma arbitrária¹³⁶. A Constituição brasileira de 1988 reconhece ambas, cuja disciplina encontra-se inscrita em seu artigo 53.

¹³¹ Embora a grande maioria dos estudiosos aponte a origem inglesa do instituto, há autores que, com base na história, sustentam antecedentes mais remotos. Jorge Kuranaka, em obra dedicada ao tema das imunidades parlamentares, registra que na cidade-Estado de Atenas, os cidadãos, diretamente, reunidos em assembleia, ou *Ecclesia*, discutiam e votavam as leis. E que o cidadão que usasse da palavra tinha a cabeça cingida por uma coroa de mirto, o que simbolizava que, a partir de então, a sua pessoa era tornada inviolável pelas opiniões e pelos votos que proferisse. KURANAKA, 2002, p. 93. Já José Alfredo de Oliveira Baracho lembra que existem referências ao *Tribuni Plebis*, do Direito Romano, que se beneficiavam de sistema análogo. A função e a pessoa dos mesmos eram sagradas, pelo que decorria a inviolabilidade e santidade de suas pessoas. Imunidades parlamentares. In: *Revista Forense Eletrônica*, vol. 277, p. 38.

¹³² MORAES, 2004, p. 409.

¹³³ *Ibidem*, p. 410.

¹³⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 578.

¹³⁵ MORAES, *op. cit.*, p. 410.

¹³⁶ SAMPAIO, p. 73.

Leciona José Afonso da Silva¹³⁷ que, na primeira espécie, exclui-se o crime nos casos admitidos¹³⁸. Ou seja, o fato típico deixa de constituir crime, diante da existência de norma, via de regra de estatura constitucional, que afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal¹³⁹. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A imunidade material implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Néelson Hungria, que nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados *crimes de opinião* ou *crimes da palavra*, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, etc., pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal¹⁴⁰

No mesmo sentido se manifesta Celso Bastos, ao analisar a imunidade material no direito brasileiro, afirmando ser ela “aquela que impede a própria formação do caráter delituoso do comportamento. O que seria crime se cometido por um cidadão comum, não o é sendo cometido por um parlamentar¹⁴¹”. A inviolabilidade, neste caso, é total, já que o congressista não responderá pelas palavras e opiniões (escritas ou orais) que emitir no exercício do mandato (prática *in officio*) ou em razão deste (prática *propter officium*)¹⁴², e tampouco será por elas investigado, incriminado ou responsabilizado, nem mesmo após a cessação do mandato.

Já a imunidade formal, ao contrário, por tratar das questões referentes à disciplina da prisão e do processo de congressistas, não exclui o crime, mas, antes, o pressupõe. Ou seja, submetem-se os parlamentares às mesmas leis aplicáveis aos indivíduos em geral, porém, como o interesse público não recomenda o seu afastamento das atividades congressuais, o que poderia ensejar prejuízos a toda coletividade, lhes são outorgadas certas prerrogativas. Assim,

¹³⁷ SILVA, 2007b, p. 420.

¹³⁸ Tal informação resta corroborada pela doutrina penal, afirmando Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo, que a imunidade material constitui causa pessoal de exclusão de pena. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 154. No mesmo sentido, oferece Julio Fabbrini Mirabete um relevante panorama sobre o tópico, reproduzindo o entendimento de diversos autores sobre a natureza jurídica das imunidades materiais. Assim, para Pontes de Miranda e Nelson Hungria, esta se apresentaria como uma causa excludente de crime e, semelhantemente, Basileu Garcia a considera como causa que se opõe à formação do crime; Damásio de Jesus a trata como causa funcional de exclusão ou isenção de pena enquanto Aníbal Bruno a classifica como causa pessoal e funcional de isenção de pena; Magalhães Noronha a entende como causa de irresponsabilidade e, por fim, José Frederico Marques, como causa de incapacidade penal por razões políticas. *Manual de direito penal*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83.

¹³⁹ Vale observar, como destacado por José Afonso da Silva, que, tradicionalmente, a imunidade material sempre se relacionou aos efeitos criminais do ato imune, não a efeitos civis como, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 passou a admitir ao mencionar a “inviolabilidade civil e penal”. Deste modo, resta excluída qualquer pretensão de ressarcimento de eventual dano material ou moral decorrente da atuação do congressista. *Op. cit.*, p. 420.

¹⁴⁰ MORAES, 2004, p. 413.

¹⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4º volume – tomo I. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 187.

¹⁴² STF, Inq-QO. n.º. 1.024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-11-2002, D.J.: 04-03-2005. No mesmo sentido: STF, Inq. n.º. 2.036/PA, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 23-06-2004, D.J.: 22-10-2004.

tal como previsto no ordenamento constitucional brasileiro, garante-se ao parlamentar não ser preso ou não permanecer preso, salvo em flagrante de crime inafiançável, existindo, ainda, a possibilidade de sustar o processo penal em curso contra ele, relativo a crimes praticados após a diplomação (artigo 53, parágrafo 2º)¹⁴³.

A justificativa para preservar o congressista da prisão, salvo aquela ocorrida em flagrante, é o fato de que, uma vez preso, não poderia exercer a função para a qual foi escolhido pelo voto do povo. André Ramos Tavares¹⁴⁴ lembra, ainda, da possibilidade das prisões processuais – temporárias, preventivas, etc. – que poderiam perturbar extraordinariamente o exercício do mandato parlamentar.

Além das garantias em relação à prisão, a imunidade formal também incide sobre o processo de incriminação do parlamentar, prevendo a Constituição brasileira, em seu artigo 53, parágrafos 3º ao 5º, a possibilidade de que a respectiva Casa Legislativa suste o andamento da ação perante o Supremo Tribunal Federal. Na verdade, no passado, a instauração de qualquer processo criminal contra um congressista não se fazia pela simples decisão do Judiciário, mas estava condicionada à prévia autorização da Casa, sistemática que sofreu uma significativa alteração a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº. 35/2001 e que será abordada em detalhes em tópico específico.

Assentada a importância histórica do instituto das imunidades parlamentares, reconhecida pela maioria da doutrina, mormente em função da tangência do tema com a consolidação das práticas democráticas modernas, passa-se a examinar em particular a questão do foro especial para os parlamentares.

2.2.1 O foro especial como imunidade formal garantida aos detentores de mandato eletivo

Apresentadas, em linhas gerais, as imunidades parlamentares, é possível compreender como se insere o foro por prerrogativa de função dos congressistas neste contexto. Trata-se, na verdade, de uma das formas de manifestação da imunidade formal garantida a alguns ocupantes de funções públicas, no sentido de que só possam ser processados criminalmente

¹⁴³ Interessante observar que a imunidade formal não veda a prisão do parlamentar quando determinada por sentença judicial transitada em julgado, ou seja, é possível a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas, como já estabeleceu o STF (Inq. nº. 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-02-1991, D.J.: 19-04-1991).

¹⁴⁴ TAVARES, 2003, p. 887.

em um foro especial. Este, em termos práticos, varia conforme a autoridade que esteja sob crivo da lei: as ocupantes de funções federais serão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão que também julga os Governadores de Estado, enquanto as estaduais e municipais, submetem-se ao Tribunal de Justiça do Estado.

Justifica-se a existência do foro por prerrogativa de função, portanto, como forma de, no âmbito das imunidades formais, conferir ao parlamentar uma proteção maior no exercício de suas funções, ainda que se admita, em assim sendo, a concessão de um tratamento privilegiado em relação aos demais indivíduos, como argumenta Pinto Ferreira¹⁴⁵:

É bem verdade que a imunidade parlamentar concede ao deputado uma situação privilegiada em relação ao cidadão comum. Dir-se-ia então que ela viola o princípio da igualdade diante da lei. Mas esta prerrogativa é indispensável, pois o congressista tem a missão de fiscalizar o Executivo, contrariando-o muitas vezes e por isso podendo ser perseguido; sem uma independência perante ele, bem como em face do Judiciário, não pode cumprir a contento a sua missão. Daí a justificativa da medida.

Com efeito, um dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira é o da igualdade, consagrado no artigo 5º da Constituição da República. Em decorrência, todos os indivíduos estariam da mesma forma obrigados a respeitar e a se submeter às leis, e todos deveriam ser julgados pelos mesmos juízes, sem quaisquer privilégios. O estabelecimento de um foro diferenciado para o julgamento de determinadas autoridades constitui-se, assim, como exceção, que só se justificaria pela necessidade de proteger o exercício da função, ou do mandato, sob pena de caracterizar-se um privilégio de ordem pessoal. Ou seja, no momento em que se interpreta a existência do foro especial para os detentores de mandato eletivo como espécie do gênero imunidades parlamentares, afastar-se-iam os argumentos no sentido de uma possível violação ao princípio da igualdade¹⁴⁶.

Em complemento, acrescenta José Augusto Delgado que o foro por prerrogativa de função “visa garantir aos agentes políticos uma segurança nascida do fato de que passam a ser julgados por um órgão colegiado, para cuja composição concorrem magistrados mais experimentados e que atuam de modo coletivo¹⁴⁷”, como argumentado por Victor Nunes Leal já no ano de 1962, quando ministro do Supremo Tribunal Federal:

A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público

¹⁴⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 634.

¹⁴⁶ Nas palavras do Min. Celso de Mello, trata-se de “garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal)”. STF, Inq-QO. nº. 1.024/PR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-11-2002, D.J.: 04-03-2005.

¹⁴⁷ DELGADO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula nº 394 do STF. Cancelamento. Enunciados. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 335.

do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência, que resulta na certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham 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. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado¹⁴⁸.

Reforça-se, assim, mais uma vez, o caráter de garantia do instituto, objetivando assegurar a preservação do princípio da soberania popular, de modo que a vontade manifestada nas urnas só poderia ser revogada, em casos extremos, por procedimentos rigorosos.

E como consequência natural de seu *status* constitucional, supõe-se que os efeitos deste instituto devam se produzir com plena eficácia e efetividade, com a intensidade que a Constituição lhe atribui. E, diante de sua caracterização como imunidade, intrínseco no foro especial o seu caráter imperativo, de modo que não pode a ele renunciar a autoridade que dele goza, uma vez que se trata de garantia conferida ao Poder Legislativo e não aos indivíduos, isoladamente¹⁴⁹.

No Brasil, como apontado, o foro especial para os membros das Casas Legislativas se insere dentre os dispositivos do denominado “Estatuto dos Congressistas”, estando previsto na Constituição da República, em seu artigo 53, parágrafo 1º, que determina que os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Será esta Corte, então, responsável por processar e julgar, originariamente, tais indivíduos, pela prática de crimes comuns, como estabelecido no artigo 102, I, *b*, do texto constitucional.

Esta prerrogativa tem como termo inicial, portanto, a diplomação do congressista (antes da posse, então), de modo que, a partir deste momento, só a Corte Constitucional poderá processar e julgar as infrações criminais a ele atribuídas, ainda que relativas a ilícitos cometidos antes da expedição do diploma. Ou seja, se o eleito, na data da diplomação, estiver respondendo a algum inquérito ou processo criminal, os autos serão automaticamente remetidos ao Supremo, prosseguindo aí o feito, sem prejuízo dos atos até ali praticados. E,

¹⁴⁸ STF, Rcl-primeira 473/GB, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julgamento em 31-01-1962, D.J.: 08-06-1962.

¹⁴⁹ Neste ponto já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar “*ratione muneris*”, em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição”. STF, Inq. nº. 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01-02-1991, D.J.: 19-04-1991.

como decorrência lógica, o gozo do foro diferenciado se encerra com o término do mandato, sendo que os processos eventualmente em curso serão remetidos para a justiça comum competente para o prosseguimento. Trata-se do denominado “princípio da atualidade”¹⁵⁰.

Diante de inúmeros casos de corrupção no país, há uma pressuposição de que ética e política são antagônicas e, para grande parte da opinião pública, o foro diferenciado para certas autoridades dificulta a redução (ou, por outro lado, contribui para o aumento) da impunidade no Brasil. Sem negar que o instituto tem, em seu desfavor, um histórico marcado por sucessivos escândalos envolvendo ocupantes de funções públicas, em especial parlamentares, observa-se que poucos se referem ao foro constitucional como uma espécie de imunidade parlamentar. Ao contrário, o seu apelo democrático resta cada dia mais enfraquecido, substituído pela pecha do puro privilégio.

2.3 A experiência do direito estrangeiro

O foro por prerrogativa de função não é um instituto existente somente no Brasil, muito embora tenha recebido no país uma amplitude de ordem significativa. Encontra-se também em outros Estados, buscando os mesmos objetivos pelos quais foi aqui implantado, qual seja, a necessidade de fortalecer o exercício da função pública por meio da proteção conferida ao agente que a desempenha.

O reconhecimento de que são muitas as Constituições e leis que prevêm o instituto, em hipóteses mais ou menos numerosas, no direito alienígena, foi destacado no voto-vista proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, no Inquérito n.º. 687-4/SP¹⁵¹, que findou por decidir pelo cancelamento do verbete n.º. 394, da Súmula do Supremo Tribunal. Dentre outras, foram mencionadas as cartas constitucionais dos Estados Unidos, Argentina, Espanha, Itália e Venezuela.

Nos Estados Unidos, muito embora detenham os congressistas algumas imunidades materiais e formais, inscritas no artigo 1º, Seção 6 (1), da Carta norte-americana, amparando a liberdade de manifestação e protegendo-os da prisão sob tal fundamento, não se adota o sistema do foro especial como regra e os políticos, incluindo-se o Presidente da República,

¹⁵⁰ O entendimento do Supremo no sentido de que a prerrogativa de foro cessa com o fim do mandato, não se aplicando a ex-autoridades, passou a prevalecer somente a partir de 1999, a partir do cancelamento do verbete n.º. 394, de sua Súmula, em episódio que será abordado em detalhes no Capítulo 3 dessa dissertação.

¹⁵¹ STF, Inq. n.º 687-4/SP, Rel. Min. Sidney Sanches, julgamento em 25-08-1999, D.J.: 09-11-2001.

não dispõem de qualquer privilégio para julgamento. A exceção reside na atribuição de competência originária à Corte Suprema nos casos envolvendo embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, como disposto no artigo 3º, Seção 2 da Constituição.

Na Itália, relata José Augusto Delgado, com base no voto do Min. Sepúlveda Pertence, que, no passado, a Constituição restringia a competência da Corte Constitucional para julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado por crimes ministeriais, ou seja, aqueles que só poderiam ser por eles cometidos e em função do cargo. Com o tempo, por meio de uma alteração legislativa, foi abolida a prerrogativa de foro dos ministros, passando esta a ser restrita ao Presidente da República, conforme disposto no artigo 134 da Constituição italiana vigente¹⁵².

Quanto aos parlamentares, prevê o artigo 68 do documento serem eles titulares de prerrogativas relacionadas com o desempenho da função, no âmbito das imunidades materiais e formais, em orientação que segue uma tendência bastante antiga, advinda do Estatuto do Reino, de 1848, como assinala Pinto Ferreira¹⁵³. Porém, não há previsão de foro especial para os ocupantes da Câmara e do Senado.

No sistema espanhol, além de gozarem de imunidades, não podendo ser presos salvo em flagrante delito e tampouco processados sem prévia autorização da Casa Legislativa, são os deputados e senadores julgados exclusivamente pelo Tribunal Supremo, como disposto no artigo 71 (3), da Constituição da Espanha. Trata-se de sistema bastante similar ao adotado pela Constituição da República de 1988 e que, tal como no caso brasileiro, suscita inúmeros questionamentos sobre a pertinência de sua manutenção nos dias atuais¹⁵⁴. Há, ainda, previsão de que o Tribunal Supremo será competente para apurar a responsabilidade criminal do Presidente e dos demais membros do Governo, segundo o artigo 102 (1), do texto constitucional espanhol.

A Constituição Argentina de 1994 adota o foro diferenciado, porém de forma restrita, limitando-se a conferir à Câmara dos Deputados o direito de apresentar acusação contra o Presidente, o Vice-Presidente, o chefe de gabinete de Ministros, os Ministros e os membros da Corte Suprema, por mau desempenho nas suas funções ou por crimes de responsabilidade e comuns. O julgamento destes indivíduos será exercido pelo Senado, conforme expresso nos artigos 53 e 59 do texto constitucional. Já a Corte Suprema detém competência originária

¹⁵² DELGADO, 2003, p. 337-338.

¹⁵³ FERREIRA, 1990, p. 669-670.

¹⁵⁴ Sobre as controvérsias suscitadas pelo instituto na Espanha, confira-se, por todos: BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: la crisis de los 'privilegios' parlamentarios*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

somente nas questões envolvendo embaixadores, ministros e cônsules estrangeiros (artigo 117).

Na Venezuela, cabe ao Tribunal Supremo de Justiça declarar se há fundamento para denunciar diversas autoridades ocupantes de funções públicas, incluindo-se o Presidente da República. Tem este Tribunal, ainda, a competência para julgar, nos delitos comuns, dentre outros, os membros da Assembléia Nacional – órgão do legislativo federal naquele país – como disposto no artigo 266 da Constituição venezuelana. Trata-se de sistema bastante parecido com o brasileiro, existindo previsão, também, de imunidades materiais e formais para os deputados, como se verifica dos artigos 199 e 200 do documento constitucional.

No sistema colombiano, adota-se de forma expressa o regime de foro privilegiado para o julgamento do Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador-Geral da Nação, Defensor do Povo, agentes do Ministério Público junto à Corte, ao Conselho de Estado e aos Tribunais, Diretores de Departamentos Administrativos, Controlador-Geral da República, Embaixadores e chefes de missão diplomática, Governadores, Magistrados de Tribunais, Gerais e Almirantes da Força Pública. Os membros do Congresso também se incluem neste rol, como disposto no artigo 235, 2 a 4, da Constituição Política de 1991.

Sem pretensões de esgotar o tema, objetivou-se, neste tópico, demonstrar que o foro por prerrogativa de função não se revela inédito em outros Estados, porém, diferentemente do Brasil, poucos são os textos constitucionais que prevêem sua extensão aos parlamentares. Na verdade, com algumas exceções, trata-se de instituto utilizado com parcimônia e, na maioria das vezes, restrito a poucos indivíduos ocupantes de funções públicas.

2.4. A crise dos “privilégios” legislativos

Em sentido amplo, possível afirmar que a crise dos “privilégios” legislativos, entendidos como o rol de garantias de que dispõem os detentores de mandato eletivo para o exercício de suas funções, se identifica, em última instância, com uma crise da representação política, que se consubstancia, essencialmente, na crescente distância entre representantes e representados, resultando, ainda, em uma crise do próprio governo representativo.

2.4.1. A representação política nos tempos atuais

Por definição, como já exposto, no mandato representativo tem-se como lógica a idéia de que o representante não estará vinculado aos seus eleitores e deles não receberá instruções diretas, uma vez que o indivíduo eleito por um determinado local não se limitará a representar somente a sua base eleitoral, mas sim toda a coletividade, beneficiando o grupo na busca do denominado bem comum.

Em termos teóricos tal construção mostra-se, a princípio, adequada, porém, em uma análise mais detalhada, observa-se ser grande sua fragilidade. Isso porque, na realidade, dentre outros problemas, o que se observa é que, em grande medida, os eleitos acabam defendendo os interesses de certos grupos, sejam estes de ordem econômica e social, profissional, classista, etc¹⁵⁵, ao invés de trabalharem em prol dos interesses do povo em sua integralidade¹⁵⁶, ainda que definir o que sejam tais interesses, de forma homogênea, revele-se um verdadeiro desafio¹⁵⁷.

Nesta esteira, em tom incisivo, José Afonso da Silva argumenta que seria possível até negar a existência de representação, sendo a designação de mandatários uma simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E, mais grave, só a isso se reduziria o princípio da participação popular e do governo pelo povo¹⁵⁸.

Em verdade, conclui o autor, “não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma do representante¹⁵⁹”.

A posição do autor não se revela especialmente inédita, eis que, ao longo do século XVIII, Jean-Jacques Rousseau já teorizava sobre o tema e se apresentava como um defensor

¹⁵⁵ Segundo Octaciano Nogueira, é possível traçar diferenças entre *lobbies*, grupos de pressão e grupos de interesse, ainda que o fim último de todos seja pressionar o poder e tentar influenciá-lo. Os *lobbies* se diferenciariam dos demais por pressuporem um agir profissional, recebendo remuneração, e por defenderem não seus próprios interesses, mas sim os dos que o remuneram. Já os grupos de pressão são segmentos organizados da sociedade, que têm interesses comuns a defender e se articulam para lutar por suas reivindicações, enquanto os grupos de interesse, ao contrário, carecem de organização e, em geral, defendem interesses difusos e não específicos, ainda que, em alguns casos, possam se transformar em grupos de pressão. NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à ciência política*. v.1. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2007, p. 119-120.

¹⁵⁶ Como anotado por Josep Ramoneda: “Da representação política passamos à representação por grupos de interesses. No espaço público, só têm voz aqueles que têm capacidade de organizar-se em forma de *lobby*. E este se consegue por dinheiro, posição e capacidade de pressão eleitoral.”. *Depois da paixão política*. São Paulo: Senac São Paulo, 2000, p. 26.

¹⁵⁷ A complexidade de delimitar o que constituiria o interesse do povo decorre da própria dificuldade em definir povo como um conceito simples e unitário, já que, segundo Fábio Konder Comparato: “ele não é, nunca, uma coleção de indivíduos iguais entre si, mas um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cujo poder e influência variam enormemente, de época a época e de país a país. O mecanismo de atribuição do poder supremo a essa unidade global e abstrata, por meio da expressão do voto majoritário, mais esconde do que revela a realidade do poder efetivo na sociedade”. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 70.

¹⁵⁸ SILVA, 2007c, p. 49.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 49.

ferrenho da democracia direta e da soberania popular inalienável, contrário às práticas de representação:

Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não ratifica. Julga-se livre o povo inglês, e muito se engana, que o é só durante a eleição dos membros do parlamento, finda a qual, hei-lo na escravidão, hei-lo nada [...]¹⁶⁰

Segundo Rousseau, seria possível separar a “soberania”, atribuída ao povo, do “governo”, compreendido como o colegiado incumbido de realizar os ditames daquele. Sob tal ótica, o povo perderia a liberdade ao ceder sua soberania ao governo dos representantes, passando a se inserir em uma relação desigual. Tal liberdade, nesta ordem de idéias, seria sempre muito breve, sendo observada quase que exclusivamente no momento da escolha dos representantes¹⁶¹.

Deste modo, a democracia representativa acaba se fundando sobre um ideal de igualdade e homogeneidade na participação popular que não se realiza na prática, pois, na verdade, no mais das vezes a influência do eleitor na vida política de seu país se limita ao momento da eleição. Sem desmerecer a relevante atuação dos diversos grupos organizados da sociedade civil e a pressão dos meios de comunicação, inegável que, uma vez encerrada a eleição, os investidos pela representação estarão formalmente desligados de seus eleitores, passando a representar não a eles em particular, mas todo o povo¹⁶².

Dáí resulta o fato de que a tradicional fórmula que considera a democracia um governo do povo e para o povo soa, nos dias atuais, como mera retórica. Mesmo porque, como apontado por Norberto Bobbio¹⁶³, muitas são as regras que estabelecem “como” será formado o corpo político, mas não “o que” será decidido. Sob tal ponto de vista, “o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo¹⁶⁴”.

¹⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 91-92.

¹⁶¹ “[...] no momento em que um povo elege representantes, cessa de ser livre, cessa de existir.”. *Idem*, p. 93.

¹⁶² A inexistência de uma verdadeira “representação” do povo, em seu sentido estrito, foi assinalada por Norberto Bobbio, citando o entendimento de Kelsen: “Como os escritores políticos insistem em definir o parlamento como órgão representativo, a despeito de sua independência do corpo eleitoral, isto significa, para Kelsen, que a pretensa teoria da representação é uma ideologia, cuja função é ocultar a situação real, manter a ilusão de que o legislador seja o povo, embora a função dos eleitores seja apenas a de eleger o órgão legislativo, que, uma vez eleito, se considera completamente desvinculado da sua vontade”. BOBBIO, Norberto. *Três ensaios sobre a democracia*. São Paulo: Cardim&Alario, 1991, p. 32.

¹⁶³ BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2000, v. 1, p. 327.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 327

De certa forma, então, a democracia atual, com a ampla adoção da técnica representativa passaria a estar identificada com um viés fortemente procedimental¹⁶⁵. E, por consequência, o povo, que deveria ser, antes de tudo, um agente do processo democrático, perde a identidade com o voto e com a tomada de decisões nas instâncias superiores de poder, tornando-se alienado da disputa política¹⁶⁶.

À falta de identificação entre os eleitores e seus representantes somam-se outros fatores que contribuem para a complexa crise pela qual passa a democracia representativa, tais como os sucessivos descumprimentos de programas eleitorais e o grave fenômeno da corrupção da classe política.

Antonio Wolkmer¹⁶⁷, citando o professor argentino Daniel Delgado, destaca a necessidade de se considerar o atual desencanto com a política devido ao descumprimento das promessas eleitorais. Sendo crescente a distância entre as propostas programáticas prometidas e as decisões políticas que realmente são tomadas, verifica-se um inevitável esvaziamento do valor dos mandatos políticos, com a consequente descrença da população em seus representantes.

Outro fator que tem contribuído para o desprestígio da classe política é o fenômeno da corrupção e, ainda pior, acompanhada geralmente da impunidade¹⁶⁸. Verificam-se, cada vez mais, condutas não condizentes com o desempenho de uma função de tão alta relevância pública, na medida em que passa a prevalecer o interesse particular em detrimento do bem coletivo.

O descrédito generalizado da população nas instituições democráticas se faz sentir sobretudo na grande apatia que se observa na consciência política popular, com a consequente abstinência das massas tanto nos processos de discussão dos problemas que afetam a comunidade nos espaços públicos como na participação nas decisões. Passa a prevalecer, assim, o modelo de pensamento egoístico puramente individualista, em detrimento das ponderações de ordem coletiva.

¹⁶⁵ A corroborar tal raciocínio, verifica-se que Octaciano Nogueira Filho, ao definir este modelo político, já utiliza como sinônimas as expressões democracia “representativa” e “procedimental”, como sendo a que “o eleitor apenas vota e não participa das decisões, não exige mais que uma opção do eleitor, baseado ou não na sua própria opinião. Qualquer um pode votar num determinado candidato, por que tem opinião formada, ou mesmo não tendo opinião sobre se ele é competente, capaz, honesto ou dedicado”. 2007, p. 246.

¹⁶⁶ Nesta ordem de idéias, assinala Paul Hirst: “As democracias representativas ocidentais são uma curiosa mistura de sucesso e fracasso. São bem-sucedidas no nível da legitimação da autoridade governamental, mas ao preço de um baixo nível de participação do cidadão e de um baixo nível de efetiva fiscalização do processo de tomada da decisão governamental.”. HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 12-13.

¹⁶⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. *In*: Revista Sequência nº. 42, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, jul/2001, p. 87-97. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/viewFile/1203/1199>> Acesso em 03 fev. 2009.

¹⁶⁸ WOLKMER, *op. cit.*, p. 87.

Por outro lado, passa-se a identificar um sentimento coletivo de verdadeira repulsa contra a classe política em geral, considerados como membros de uma “casta” diferenciada, afastados do restante da população e que dispõem de inúmeras facilidades, não extensíveis aos demais indivíduos. Resultam daí os diversos questionamentos sobre a necessidade (ou não) de se manterem as prerrogativas parlamentares nos dias de hoje.

2.4.2. As prerrogativas parlamentares sob questionamento

Ao longo do tempo, como exposto, verificou-se que o mandato representativo, não obstante seus méritos como modelo político em termos históricos, não pode, em absoluto, ser reputado como ideal. Se, por um lado, foi responsável por conquistas no campo democrático, por outro tem sofrido inúmeras críticas, fazendo com que, atualmente, seja reconhecida, não só no Brasil, mas em diversos outros países, uma verdadeira crise da representação política.

Nesta esteira ocorre, em paralelo, uma crise do que se popularmente se denominam como “privilégios” parlamentares, entendidos como as garantias conferidas aos membros do Poder Legislativo como forma de proteger a relevante função pública que desempenham.

Isso porque, no momento em que deixa de existir uma plena identificação entre representante e representado, a instituição parlamentar, aos olhos dos membros da sociedade, perde sua importância e, por conseguinte, a classe política passa a ser vista como pouco digna ou, pior, por utilizar a função como forma de obter ganhos pessoais em detrimento da coletividade.

Tal situação não se mostra uma exclusividade do cenário brasileiro, sendo observada também em outros Estados que adotam o sistema democrático. De fato, anota Plácido Bartolomé, analisando a questão das prerrogativas parlamentares na Espanha:

No deja de resultar interesante comprobar cómo el tratamiento presente de las ‘prerrogativas’ no hace otra cosa que responder a la profunda crisis en la que se desarrolla la vida política de nuestros días y, sobre todo, a la progresiva pérdida de relevancia o influencia social de La institución parlamentaria. La ‘normalización’ del sistema democrático que ha venido acompañada en España de una profunda desmovilización de las masas, motivada en parte por la ausencia de alternativas ideológicas, propia en la actualidad de todo el mundo occidental, ha determinado una creciente separación de los ciudadanos respecto a la denominada ‘clase política’ y su consiguiente radicalización con relación a los ‘privilegios’ de sus miembros¹⁶⁹.

¹⁶⁹ BARTOLOMÉ, 1990, p. 18.

No mesmo sentido, Eloy García¹⁷⁰, em um significativo esforço de síntese, elenca três aspectos que, ao seu juízo, seriam responsáveis pela destruição dos pressupostos tradicionais sob os quais se estruturava a noção clássica de imunidade parlamentar: (I) o novo modelo de relação entre representante e representado; (II) o nascimento de uma nova visão sobre o discurso parlamentar e (III) a perda do protagonismo político do Parlamento.

Quanto ao primeiro aspecto, assinala que, atualmente, observa-se existir um difícil equilíbrio entre o princípio representativo liberal e a decisão constitucional que, na prática, prioriza os partidos políticos. A antiga relação bilateral entre cidadão e representante foi substituída por uma relação trilateral entre eleitor – partido – representante¹⁷¹, fazendo com que este último, individualmente considerado, não goze, em termos práticos, de liberdade plena no exercício de suas funções, uma vez integrante de uma coletividade partidária¹⁷².

Interessante observar que, recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, de certa forma, encampou tal tese, ao afirmar, em decisão do seu Tribunal Pleno acerca da fidelidade partidária, e que foi objeto de intensos debates, que os mandatos representativos conquistados em eleições proporcionais pertencem ao partido e não ao eleito. Na ocasião, argumentou-se que:

[...] 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. [...] ¹⁷³ (grifos nossos)

¹⁷⁰ GARCÍA, Eloy. *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 108.

¹⁷¹ Tal fenômeno também é registrado por Eduardo García de Enterría, observando o autor que “[los partidos] han venido a hacer virtualmente triangular lo que en la teoría clásica era una relación bilateral (elector-elegido)”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 112.

¹⁷² Segundo o autor, esta nova relação se define, em especial, da seguinte forma: “a) El partido es quien designa al candidato que formalmente habrá de recabar los votos de los electores, quien los avala con su programa y quien cubre con sus fondos los costes financieros de la campaña electoral; b) A consecuencia de lo anterior, el elegido es formalmente una persona, un individuo: el diputado y materialmente, de hecho, un partido, que, necesariamente y por coherencia consigo mismo, se verá impelido a actuar como representante del sector social que le otorgó su confianza, y no como portavoz de los intereses del conjunto de la comunidad nacional; c) El diputado se convierte *de facto* en un agente, en el representante de su partido en un área concreta y determinada de la vida política, la que se desarrolla en el ámbito parlamentario, en la que no podrá comportarse ya como sujeto individual, sino como elemento integrante de una colectividad partidista, a la que se conoce como grupo parlamentario. GARCÍA, *op. cit.*, p. 113-114.

¹⁷³ STF, MS nº 26.604 / DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 04-10-2007, D.J.: 03-10-2008. No mesmo sentido: MS nº 26.602 / DF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 04-10-2007, D.J.: 17-10-2008 e MS nº 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 04-10-2007, D.J.: 19-12-2008.

Ou seja, restou assentado que, de fato, é grande a importância dos partidos no atual desenho estrutural da representação política, não havendo como realizar qualquer análise do tema sem considerar este aspecto, sob pena de basear o estudo em premissas desatualizadas e mesmo errôneas.

No que concerne à mudança no discurso parlamentar, esta ocorre na medida em que, diferente do passado, em que as decisões emanadas do Poder Legislativo eram o resultado final de discussões entre os representantes do povo, seguidas de uma votação, hoje o discurso parlamentar tem como principal objetivo explicar e promover a adesão dos cidadãos a favor de determinadas posições políticas, adotadas por um partido ou uma coalização partidária¹⁷⁴.

Quanto à perda do protagonismo político do parlamento, situação que inspirou Eloy García a comentar que “la edad de oro del parlamentarismo pertenece irremisiblemente al pasado¹⁷⁵”, explicar-se-ia pela combinação de dois fatos: a organização dos partidos políticos, aliados a grupos de pressão que se negam a possuir outros representantes senão eles mesmos, e a crescente preponderância do Poder Executivo na elaboração de dispositivos normativos. Como conseqüência, o âmbito de atuação do Parlamento restaria seriamente comprometido.

Diante da séria crise nos fundamentos representativos tradicionais que historicamente justificaram a existência das imunidades parlamentares, possível afirmar que um dos poucos argumentos que ainda impedem que este instituto seja considerado desnecessário deriva da antiga teoria da divisão ou separação de poderes, consagrada por Montesquieu.

Na lição de José Afonso da Silva¹⁷⁶, a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, fundamentando-se em dois elementos: a) a especialização funcional, no sentido de que cada órgão é especializado no exercício de uma função (assim, às assembleias se atribui a função legislativa, ao Executivo, a função executiva e ao Judiciário, a função jurisdicional), e a b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, faz-se necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que requer a ausência de meios de subordinação. Trata-se, segundo o autor, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder¹⁷⁷.

Com a virtude de limitar e controlar os poderes, impede-se a concentração de sua titularidade em um só órgão, o que seria extremamente lesivo ao exercício das liberdades

¹⁷⁴ GARCÍA, 1989, p. 117-120.

¹⁷⁵ GARCÍA, *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁶ SILVA, 1999, p. 112-113.

¹⁷⁷ Hoje, o princípio da separação de poderes não mais se configura com a rigidez do passado. A partir da ampliação das atividades do Estado e de sua crescente complexidade, faz-se necessário, cada vez mais, visitar a teoria de modo a conciliar as novas formas de relacionamento entre os órgãos do Estado.

humanas. Por esta razão, a separação de poderes se reveste de importância ímpar no desenho da ordem jurídica de um Estado de Direito e, particularmente, no âmbito de um sistema onde o exercício do poder se baseie na supremacia do regime representativo¹⁷⁸.

Neste contexto, o instituto das imunidades estaria inserido no Estado constitucional democrático como um mecanismo jurídico cuja função é a de impedir que os poderes constituídos venham a alterar o esquema de distribuição de competências e o sistema de relações orgânicas instituído pelo constituinte originário¹⁷⁹.

Se, em termos doutrinários, com base no princípio da separação de poderes, há suporte suficiente a justificar a manutenção do instituto das imunidades nos textos constitucionais, não se pode ignorar, por outro lado, que as inúmeras transformações sofridas pela representação política nos últimos tempos afetaram negativamente a forma como as garantias conferidas aos parlamentares são vistas pela sociedade.

Como já apontado, a construção das prerrogativas parlamentares se justificava pela necessidade de conceder segurança às assembleias legislativas frente às ameaças intervencionistas dos demais poderes do Estado. Premente era a necessidade de proteger os parlamentares contra possíveis medidas repressivas ou vinganças políticas¹⁸⁰.

Porém, com a consolidação do Estado de Direito, questiona-se a pertinência de manter nos ordenamentos atuais um instituto que parece estar em contradição com o princípio da igualdade perante a lei¹⁸¹. Mesmo porque, atualmente, ao menos na maior parte dos Estados que se consideram democráticos, dispõe-se de um aparato institucional que, em tese, resguarda os direitos de todos os cidadãos – eleitores e eleitos¹⁸².

Ademais, não se pode deixar de mencionar que, além das razões anteriormente relacionadas, o mau uso das imunidades em muitas situações contribuiu para causar na sociedade uma impressão bastante negativa do instituto. Se, como apontado por Jorge Roberto Krieger, em determinado momento histórico o instituto era uma ferramenta constitucional a

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 509.

¹⁷⁹ Eloy García observa que esta é a tese sustentada, entre outros, por Gustavo Zagrebelsky, para quem a sobrevivência atual das imunidades se explica, em boa medida, em função de sua utilidade como instrumento da divisão jurídica de poderes. 1989, p. 97.

¹⁸⁰ BARTOLOMÉ, 2000, p. 14.

¹⁸¹ Neste ponto, observa Jorge Roberto Krieger que “a crítica que se instala não visa atingir a imunidade material, considerada ainda pela maioria dos críticos e doutrinadores como essencial, mas sim a imunidade processual, também dita formal”. *Imunidade parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004, p. 76. Ou seja, de maneira geral, o que causa a indignação dos indivíduos não é a proteção quanto à liberdade de manifestação pelas palavras, nas discussões, debates e votos, mas sim a possibilidade da Casa Legislativa sustar um processo criminal instaurado contra um parlamentar e a concessão de foro especial aos detentores do mandato eletivo.

¹⁸² “[...] en un ordenamiento que realice la separación de poderes, reconozca los derechos fundamentales, someta al Gobierno y a la Administración a la Ley y se asegure la independencia e imparcialidad de los jueces, ¿ qué necesidad existe de unas garantías específicas para los parlamentarios ? [...] DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. Las garantías de los miembros del Parlamento vasco. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 46-47, jul-out. 1985, p. 245. Disponível em <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_046-047_233.pdf> Acesso em 18 fev. 2009.

serviço da defesa dos interesses da coletividade, na medida em que protegia a liberdade de expressão e autonomia dos seus representantes, questiona-se, agora, se esta proteção não deixou de ser necessária para se tornar abusiva, encobrendo uma série de impunidades acolhidas sob o manto da imunidade¹⁸³.

Urge, assim, repensar a questão das imunidades parlamentares, não de modo pré-concebido, tendo como único foco a sua total abolição, mas sim buscando revisitar suas funções, alcance e significado em cotejo com a situação política atual. O objetivo, em última análise, é que, eventualmente, sejam promovidas reformas que possam desenvolver uma sistemática mais adequada ao cenário que se apresenta nos dias atuais, inclusive, no caso brasileiro, pelo fato dos reflexos que o tema traz quanto ao foro por prerrogativa de função dos parlamentares perante o Supremo Tribunal Federal.

2.5 Evolução histórica do instituto nas constituições brasileiras

Na história constitucional brasileira, a menção a um foro diferenciado para determinados indivíduos pode ser observada desde a primeira Constituição, na época do Império. No entanto, se antigo é o reconhecimento de sua existência, interessante registrar que o instituto sempre foi tratado como uma situação de exceção, o que se verifica pela própria redação dos dispositivos que, em algum momento, abordaram o tema. De fato, já na vigência da Constituição de 1824, dispunha o seu artigo 179, XVII: “À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas cíveis, ou crimes”. Ou seja, ainda no período monárquico, expressa era a repulsa em tornar regra uma condição que inevitavelmente rompe com a idéia de igualdade entre todos.

Por outro lado, restava consignado em seu artigo 47, que determinados indivíduos, tais como os membros da Família Imperial, Ministros e Conselheiros de Estado, dentre outros, seriam julgados pelo Senado em caso de “delitos individuais”. Assinala José Augusto Delgado que, na verdade, tais previsões constituíam um foro privilegiado, concedido a essas pessoas em razão do relacionamento que mantinham com o Estado¹⁸⁴. Registre-se, ainda, que

¹⁸³ KRIEGER, 2004, p. 82-83.

¹⁸⁴ DELGADO, 2003, p. 330. O autor acrescenta que existia, também, um privilégio processual especial para os Ministros do Supremo Tribunal, das Relações Exteriores, para os empregados do Corpo Diplomático e para os Presidentes das Províncias,

a pessoa do Imperador, de acordo com o artigo 99, não estaria sujeito a qualquer espécie de responsabilidade.

Após a instauração da República, não se alterou a orientação anterior, constando do artigo 72, parágrafo 23, do primeiro documento constitucional da era republicana, de 1891, de forma taxativa que “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado”¹⁸⁵.

Sem desvirtuar de tal tendência, a Constituição de 1934, alterou ligeiramente o dispositivo, de modo a acrescentar a vedação aos tribunais de exceção. A redação final do artigo 113, n.º. 25, inserido no capítulo que elencava os direitos e garantias individuais, assentou que “Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas”¹⁸⁶.

O ponto comum dos três documentos reside no uso de uma redação que admite o foro privilegiado nas causas que, por sua natureza, seriam atribuídas a juízos especiais. Convém questionar, contudo, se, sob a ótica processual, tal ressalva seria, de fato, de elevada importância. Isso porque a previsão de foros diferenciados em função da matéria não configura um privilégio, mas simples recurso à especialização, buscando oferecer uma prestação jurisdicional mais adequada ao tema submetido a juízo.

A Carta de 1937 omitiu a garantia de proibição ao foro privilegiado, fato que não causa surpresa, tendo em vista o caráter totalitário deste documento¹⁸⁷. A partir da Constituição de 1946 retorna o impedimento à instituição de privilégios de foro, incorporando-se, ainda, a vedação aos tribunais de exceção, tal como previsto pioneiramente em 1934. Não mais se mencionavam, por outro lado, os “juízos especiais”, estabelecendo o artigo 141, parágrafo 26, daquele documento que “não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”. Vale registrar, entretanto, que mesmo diante de tal negativa expressa, assinala José Augusto Delgado que, “a partir da Constituição Federal de 1946, em face do

dispondo o artigo 164, II, da Constituição de 1824 que competia ao Supremo Tribunal “conhecer dos delictos e erros de Offício, que cometerem...” as pessoas indicadas.

¹⁸⁵ Prevê tal documento, contudo, que competia ao Senado julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e ao Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, cabendo, em ambos os casos, à Câmara dos Deputados a acusação, como disposto no artigo 53, combinado com os artigos 29 e 59, I, “a”.

¹⁸⁶ Neste documento, perdeu o Senado a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, ação que passaria a ser desempenhada por um Tribunal Especial, como inscrito no seu artigo 58. A Corte Suprema (que nada mais era que o Supremo Tribunal Federal), seria competente para processar e julgar, nos crimes comuns: Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos moldes de seu artigo 76, I, “a” e “b”.

¹⁸⁷ Diferente dos documentos anteriores, esta Carta criou a figura do “Conselho Federal”, órgão composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República (artigo 50), o qual possuía a competência originária para processar e julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade (artigo 86).

processo de democratização, foram configuradas várias situações de foro privilegiado, as quais permanecem hoje definidas, expressamente, na Constituição Federal de 1988^{188,189}.

No mesmo sentido do documento anterior foi estabelecida a redação do artigo 150, parágrafo 15, da Constituição de 1967, inalterado pela Emenda Constitucional n.º. 1/1969¹⁹⁰, o qual dispunha: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”.

Surpreendentemente, a Constituição de 1988, reconhecida como o documento constitucional mais democrático do país, não previu expressamente a vedação ao foro privilegiado. Limitou-se a inserir, no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, como disposto no seu artigo 5º, XXXVII.

Indaga-se qual teria sido a razão que motivou a mudança de orientação observada neste último documento ou se, talvez, tenha sido entendido que a cláusula, da forma como redigida, já abrangia o foro privilegiado, em uma inovação das teses anteriores sobre o assunto. Não se pode desconsiderar, contudo, a hipótese de ter ocorrido uma omissão deliberada no texto da vigente Constituição, o que facilitaria, inclusive, uma possível previsão do instituto em momento futuro, ainda que tal possibilidade – ou sua mera consideração – soe verdadeiramente estranha nos dias de hoje, em face dos reclamos democráticos de igualdade entre todos. Independente do real motivo, o que se pretende registrar, entretanto, é a alteração, que implicou no afastamento do atual texto constitucional dos precedentes passados.

Especificamente em relação aos parlamentares, verifica-se que já possuíam foro diferenciado quando da instituição do primeiro documento constitucional do Brasil, em 1824, na época imperial. Segundo o artigo 47 daquela Constituição, o Senado possuía atribuição exclusiva para “conhecer dos delictos individuaes” cometidos pelos senadores e dos “delictos” dos deputados, durante o período da Legislatura. Tal previsão, porém, não se repetiu nas Constituições posteriores.

Muitos anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para processar e julgar originariamente os Deputados e Senadores, nos crimes comuns, com a Emenda Constitucional n.º. 1/1969. Examinando a questão, Cretella Jr. informa que “esta competência se encontra fixada no art. 119 da EC n.º 1, de 1969, letra *a*, mas não no artigo correspondente da Carta de 1967. A Constituição de 1946, art. 101, I, não capitula também,

¹⁸⁸ DELGADO, 2003, p. 331.

¹⁸⁹ Da interpretação dada pela jurisprudência aos diversos artigos da Constituição de 1946 que tratavam do foro privilegiado resultou o verbete n.º. 394, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, cuja vigência se estendeu até o ano de 2005 quando, então, foi cancelado, após intensa polêmica, em tema que será abordado em detalhes no Capítulo 3 do presente trabalho.

¹⁹⁰ Apesar de ser mantida a redação, com a Emenda Constitucional n.º. 1/1969 o dispositivo foi transferido para o artigo 153, parágrafo 15.

como a de 1967, entre as competências do Supremo Tribunal Federal, a de julgar, nos crimes comuns, os Deputados e Senadores do que se conclui que a medida é inovação da EC n° 1, de 1969¹⁹¹”. No mesmo sentido se manifesta Celso Bastos¹⁹², observando que o texto original da Carta de 1967 não previa a concessão de foro especial para processos decorrentes de crimes comuns cometidos por congressistas e que somente em 1969 foi consignada tal prerrogativa.

A corroborar o caráter inovador de tal dispositivo, vale lembrar que poucos anos antes, em 1964, foi editado o verbete n°. 398, da Súmula da Corte Constitucional, que estatuiu, de forma expressa, não ser o Supremo Tribunal competente para processar e julgar, originariamente, deputado ou senador acusado de crime. Ou seja, em um espaço de cinco anos, por meio de uma alteração constitucional, mudou-se por completo a interpretação judicial até então vigente.

Sobre o tema, interessante reproduzir a interpretação que Manoel Gonçalves Ferreira Filho conferiu ao artigo 119, inciso I, alínea *a*, da EC n° 1, de 1969, que tratava das hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, em especial ao se considerar que a grande maioria dos doutrinadores não comenta o assunto em profundidade, limitando-se a registrar a alteração:

Aqui está uma inovação da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Até a entrada em vigor desta, não gozavam eles de privilégio de foro. Relativamente ao Vice-Presidente, a sua elevada posição justifica o privilégio. No que concerne aos parlamentares, a concessão decorre de haver sido dispensada a prévia licença da Câmara para que respondessem a processo. Esta licença era exigida ainda na redação primitiva da Constituição vigente. Nesta situação, é realmente de maior conveniência que somente a mais alta Corte do País possa processá-los e julgá-los. Do contrário, a representação popular estaria eventualmente à mercê de órgãos de hierarquia inferior do Judiciário, o que obviamente é condenável¹⁹³.

Sem adentrar o mérito da opinião do autor quanto à maior conveniência do julgamento de tais autoridades pelo Supremo Tribunal, vale destacar a razão apontada como determinante para que fosse concedido o foro especial aos parlamentares. Segundo tal ótica, ao que parece, o que se buscava era evitar que, em sendo possível ajuizar uma ação criminal contra um deputado ou senador sem necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa, fosse este demandado em diferentes juízos em todo o país, concentrando, portanto, as questões, em um só local, até mesmo geograficamente não tão distante do local em que atuam. Entretanto, muito embora tal explicação possua certa lógica, sob o aspecto teórico, não restam afastadas

¹⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2634.

¹⁹² BASTOS; MARTINS, 1995, p. 195.

¹⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 470.

as inúmeras controvérsias sobre as questionáveis (des)vantagens práticas acarretadas com a alteração.

Apresentada a evolução histórica do instituto ao longo dos documentos constitucionais brasileiros, percebe-se, em suma, que, muito embora a orientação predominante tenha sido a de condenar a existência de foros privilegiados, este sempre existiu, variando somente as autoridades por ele abarcadas. Constatou-se, ainda, que, apesar de inicialmente reduzida, a competência especial ampliou-se consideravelmente, de modo a alcançar, hoje, inúmeras autoridades federais e estaduais, integrantes dos três poderes do Estado, no que se incluem os parlamentares.

2.5.1 A prerrogativa de foro e a Constituição de 1988

Quando de sua promulgação, em outubro de 1988, dispunha o texto original do parágrafo 1º, do artigo 53, da Constituição da República, que desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

Desta forma, uma vez que o Ministério Público entendesse cabível o oferecimento de denúncia-crime contra um parlamentar, “o Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento da formulação da culpa, deveria abster-se de tomar qualquer atitude que não a de comunicar incontinenti a medida proposta pelo *parquet*, requisitando, pois, a licença da Casa para o processamento de seu parlamentar¹⁹⁴”. A exceção residia na ocorrência de flagrante de crime inafiançável, caso em que os autos seriam remetidos, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, à Casa respectiva para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, fosse deliberado sobre a prisão e autorizada, ou não, a formação de culpa, conforme previsão do parágrafo 3º, do mesmo artigo 53, quando da promulgação da Constituição de 1988¹⁹⁵.

Quanto ao deferimento ou não da licença na vigência da ordem anterior, segundo Raul Machado Horta¹⁹⁶, dispunha o órgão legislativo da competência discricionária para conceder ou não tal autorização. Contudo, ao proceder num sentido ou no outro, deveria oferecer as razões de sua conduta, deduzindo os fundamentos jurídicos e políticos que inspiraram a

¹⁹⁴ TAVARES, 2003, p. 890.

¹⁹⁵ Convém assinalar, embora já apontado, que em relação aos processos cíveis e administrativos a licença não era necessária.

¹⁹⁶ HORTA, 2002, p. 585-588.

decisão, sem deixar de observar, neste ponto, alguns critérios, como a conveniência, a oportunidade, o momento político do País e a gravidade do fato, entre outros¹⁹⁷.

Caso a licença fosse deferida, o parlamentar poderia ser processado e, se condenado, preso. Do contrário, haveria a suspensão do processo e da prescrição até o final do mandato parlamentar, quando, então, o ex-ocupante do Congresso responderia pelo crime perante o juízo indicado pelas regras de competência criminal ordinárias¹⁹⁸.

Ressalte-se, como assinalado por Adriano Dantas, “que a decisão da casa do parlamentar negando a licença era soberana e não poderia ser discutida perante o Poder Judiciário. Tratava-se de uma decisão eminentemente política e suprema¹⁹⁹”.

Por outro lado, mesmo inexistindo uma recusa expressa da concessão de autorização, tendo em vista a omissão constitucional quanto ao prazo para que ocorresse a deliberação sobre o assunto, a inércia da Casa Legislativa equivaleria, de certa forma, a uma verdadeira negativa tácita.

Se era certo, então, que, por disposição constitucional, em tese era possível que um parlamentar fosse processado, desde que seus pares concedessem uma autorização neste sentido, na prática, a licença para processar criminalmente um Deputado ou Senador raramente era deferida, em virtude do corporativismo existente entre eles²⁰⁰. Por conseqüência, como assinala Paulo Braga Galvão²⁰¹:

[...] diversos deputados e senadores, mesmo acusados da prática dos mais variados crimes comuns, diante da necessidade da prévia licença de suas respectivas Casas para a instauração do competente processo, mantinham-se à sombra desse verdadeiro escudo protetor, seja pela negativa de sua concessão, seja mesmo por força da inércia decorrente da não apreciação, pela Câmara ou pelo Senado, das solicitações do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁷ A definição dos exatos limites da licença constituía objeto de polêmica, suscitando dúvidas se a autorização para processar seria válida para a incriminação que motivara o pedido de licença, ou ainda para imputação conexa fundada na identidade dos fatos submetidos ao conhecimento do órgão legislativo. Segundo Raul Machado Horta, deferida a licença, o processo criminal instaurado só poderia versar sobre os fatos apresentados e apreciados pelo Poder Legislativo, independente da qualificação jurídica a eles concedida pelo Poder Judiciário. A licença, portanto, estava restrita à investigação de determinados fatos, não sendo concedida de forma ampla. HORTA, 2002, p. 591-592.

¹⁹⁸ DANTAS, Adriano Mesquita. A imunidade parlamentar formal: uma análise crítica da Emenda Constitucional nº 35. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7169>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

¹⁹⁹ DANTAS, *op. cit.*

²⁰⁰ Uadi Lammêgo Bulos, de modo enfático, afirma que “Desde o primeiro decênio de vigência da Carta de Outubro, o espírito corporativo das agremiações falou mais alto, impedindo que parlamentares fossem processados pela prática de atos delituosos”. 2007, p. 888.

²⁰¹ GALVÃO, Paulo Braga. As imunidades parlamentares e a Emenda Constitucional nº 35. In: *Revista Forense Eletrônica*, vol. 360, Editora Revista Forense, p. 82.

O risco, portanto, neste cenário, era o de transformar o Congresso em verdadeiro refúgio para aqueles que visavam evitar um julgamento criminal. Diante desse quadro político, adveio a Emenda Constitucional n.º 35/2001.

2.5.1.1 A Emenda Constitucional n.º. 35/2001

Em 20 de dezembro de 2001, em meio a debates provocados pelos meios de comunicação e tratativas políticas, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º. 35, que modificou significativamente a sistemática até então vigente acerca da imunidade formal concedida aos membros do Congresso Nacional²⁰², com conseqüências diretas sobre o instituto do foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal.

Resultado do sentimento de indignação que permeava vários segmentos da sociedade brasileira à época, a Emenda, de certa forma, pode ser considerada como um marco moralizador no âmbito do Poder Legislativo que, desde aquele momento, diante da falta de confiança da população, já demonstrava os sintomas característicos de uma crise institucional.

Talvez como uma tentativa de resgatar o respeito pela instituição legislativa, interessante registrar que, diferente do que se poderia esperar, considerando-se que a Emenda limitou e restringiu algumas prerrogativas parlamentares, seu projeto foi aprovado por uma expressiva maioria em ambas as Casas Legislativas, em uma demonstração de homogeneidade do Congresso Nacional em torno do tema como raras vezes observado²⁰³.

Como explica Paulo Gustavo Gonet Branco, “antes da EC n. 35/2001, a denúncia contra o parlamentar somente poderia ter seguimento se a Casa a que ele pertencia consentisse na perseguição penal. Sem licença, a ação não poderia ter seguimento enquanto subsistisse o mandato²⁰⁴”. Com a alteração, suprimiu-se a exigência da prévia licença para o processamento do Parlamentar, por crimes comuns cometidos antes ou após a diplomação, ressalvada a possibilidade de ser susgado o andamento da ação pela respectiva Casa, por

²⁰² A imunidade material concedida aos parlamentares não foi objeto de qualquer limitação por parte da Emenda n.º. 35.

²⁰³ No Senado Federal, a então PEC n.º. 2-A, de 1995, foi aprovada por unanimidade pelos 74 senadores presentes, enquanto na Câmara dos Deputados, a mesma PEC, que recebeu o n.º. 610/1998, recebeu 442 votos favoráveis, estando presentes 445 deputados. A leitura dos votos dos senadores na sessão que culminou com a aprovação da emenda demonstra que a necessidade de resgatar a credibilidade do parlamento é um argumento recorrente e que em muito influenciou a tramitação da proposta.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 944.

iniciativa do partido político nela representado e pelo voto da maioria dos membros²⁰⁵. Afastava-se, assim, a possibilidade do agente político se valer da proteção de sua Casa Legislativa ou da inércia de seus pares para se escusar a um processo criminal.

Há alguns anos, relembre-se, a não concessão da licença pela Casa Legislativa marcou um episódio importante na história brasileira recente, sendo uma referência para a defesa da manutenção dos postulados democráticos no Brasil.

Isso porque, no decorrer de 1968, ano que foi marcado pela significativa mudança nos rumos do país, em função do extremo endurecimento da ordem governamental até então instituída e pela forte repressão à liberdade de expressão, dentre outras intervenções nas liberdades dos indivíduos, foi a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) fechada e invadida a Universidade de Brasília (UnB) pela polícia militar, que espancou diversos estudantes. Logo após, em reação a tais fatos, o então deputado Márcio Moreira Alves pronunciou veemente discurso na Câmara, conclamando o povo a não participar das comemorações do feriado da Independência do Brasil, que estava próximo.

Diante da forte reação nos círculos militares a tal pronunciamento, o Procurador-Geral da República ajuizou uma ação penal perante a Corte Suprema, mencionando a infração ao artigo 151 da Constituição de 1967, com fundamento na subversão à ordem. E, seguindo o disposto no parágrafo único do mencionado artigo, caso o acusado fosse titular de mandato eletivo federal, como no caso do deputado, o processo dependeria de licença da respectiva Casa²⁰⁶.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal encaminhou à Câmara o pedido de licença para processar Márcio Moreira Alves. Ocorre que, por uma diferença de 75 votos (216 contra e 141 a favor), o pedido foi recusado pelo Plenário da Câmara, o que impossibilitaria, portanto, o prosseguimento da ação²⁰⁷.

²⁰⁵ A possibilidade de a Casa legislativa sustar o processo não constava da proposta de emenda constitucional original, tal como apresentada no Senado Federal em 1995, tendo sido incluída quando de sua apreciação na Câmara dos Deputados. Trata-se de dispositivo que sempre suscitou polêmica, não só como uma possível ingerência de um poder em outro, como pelo temor de sua má utilização. Quanto a esta última hipótese, pondera Jorge Kuranaka que “a utilização desse expediente como mecanismo de execrável impunidade ou de corporativismo restaria dificultada pela exposição pública a que se sujeitaria o partido político proponente da sustação, bem como através do *quorum* previsto de maioria absoluta dos membros da Casa respectiva, a exigir grande articulação e esforço político”. KURANAKA, 2002, p. 186.

²⁰⁶ Elio Gaspari assegura que, salvo uma pequena nota publicada no jornal “Folha de São Paulo”, ninguém teria ouvido falar do discurso, o qual foi pronunciado em um “horário sonolento da manhã” na Câmara dos Deputados. Entretanto, instado pelos ministros militares, o presidente Costa e Silva determinou ao ministro da Justiça que estudasse uma fórmula jurídica para punir o deputado, o que resultou na necessidade de solicitar a licença à Casa Legislativa. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 316-317.

²⁰⁷ Em discurso proferido na Câmara, pouco antes da sessão de votação que decidiu pela não concessão da licença para prosseguimento da ação criminal, Marcio Moreira Alves destacou que, pelo acaso, em incômoda e angustiante posição, se transformava em símbolo das prerrogativas do poder legislativo, as quais, em última análise, é que estariam sendo julgadas e não a pessoa do deputado. Confira-se a íntegra do discurso do deputado em <<http://www.marciomoreiraalves.com/discurso12.68.htm>> Acesso em 27 mar. 2009.

No dia seguinte a tal fato, não por coincidência certamente²⁰⁸, em 13 de dezembro de 1968, foi editado o Ato Institucional (AI) n.º. 5, que vigorou até 1978 e produziu um elenco de ações arbitrárias de efeitos duradouros, que romperam com a ordem constitucional²⁰⁹. O documento foi a expressão do momento mais duro do regime militar, concedendo poder de exceção aos governantes para que pudessem punir – arbitrariamente – os que fossem inimigos da ordem instituída ou como tal considerados. No mesmo dia foi decretado o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado.²¹⁰ Só em outubro de 1969 o Congresso voltaria a funcionar, para referendar a escolha do general Emílio Garrastazu Médici para a Presidência da República.

Vê-se, assim, que a questão da concessão da licença provocou, em última análise, uma verdadeira crise institucional no país, que resultou em uma lamentável mácula na história da democracia brasileira. E, saliente-se, pouco mais tarde, quando da edição da Emenda n.º. 1/1969, foi suprimida a necessidade de concessão de licença para ajuizamento de ação contra parlamentar²¹¹ em casos semelhantes ao ocorrido com o deputado Marcio Moreira Alves.

Com o decorrer do tempo, e o avanço da redemocratização, fez-se presente novamente a exigência de autorização, por meio da Emenda Constitucional n.º. 11/1978 à Constituição de 1967, já alterada pela Emenda n.º. 1, de 1969, concedendo nova redação ao artigo 32 do documento constitucional, que dispunha sobre as imunidades parlamentares. É possível crer que, naquele momento, dado o histórico recente, era grande o temor do Poder Legislativo quanto a estar sujeito a desmandos do Poder Executivo. Porém, em uma leitura diferente do dispositivo, Uadi Lammêgo Bulos destaca que, se era certo que um parlamentar poderia ser processado, na prática, o espírito corporativo não permitia que a licença fosse concedida²¹². Assim, em 1982, a Emenda Constitucional n.º. 22, modificando mais uma vez o mencionado artigo, afastou a necessidade de licença prévia, mas passou a ser possível que a Casa Legislativa sustasse os processos referentes a crimes comuns imputados a parlamentares.

²⁰⁸ Segundo o sítio eletrônico do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, mantido pela Fundação Getúlio Vargas, o pronunciamento do deputado Márcio Moreira Alves, do MDB, na Câmara, foi a “gota d’água”, para a promulgação do AI-5. Disponível em <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_fatos_imagens/htm/fatos/AI5.htm> Acesso em 28 mar. 2009. Registre-se, contudo que, para Fernando Abrucio, professor de Política da Fundação Getúlio Vargas, em entrevista ao jornal “O Globo”, comentando o episódio, sem desmerecer a importância política do discurso do deputado, expressa a opinião de que foi este um “bode expiatório” da ditadura, já que o AI-5 seria instituído, independente deste fato. MOTTA, Aydano André. Um defensor da democracia e da liberdade. O Globo, Rio de Janeiro, 04 abr. 2009, O País, p. 12.

²⁰⁹ SILVA, 1999, p. 89.

²¹⁰ O fechamento do Congresso foi instituído por meio do Ato Complementar n.º. 38, de 13 de dezembro de 1968.

²¹¹ Art. 154, Constituição de 1967, alterada pela EC n.º. 1/1969. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa. Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.

²¹² BULOS, 2007, p. 888.

A corroborar, então, o fato de que a história se mostra inegavelmente cíclica, verifica-se que a Emenda 35/2001 resgatou o disposto no texto da Constituição anterior, não mais reclamando a concessão de licença da Casa Legislativa como requisito constitucional de procedibilidade para o prosseguimento da ação criminal ajuizada contra deputados ou senadores. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a partir da vigência da nova disciplina, restaram prejudicadas as solicitações judiciais de licença, quando, sobre estas, ainda não houvesse se pronunciado a Casa, e destituídas de eficácia jurídica eventual denegação da licença, mesmo se o pronunciamento tivesse ocorrido sob a égide do anterior ordenamento²¹³.

Ou seja, a partir de então, tornou-se facilitada a instauração de procedimentos criminais contra parlamentares, o que se harmonizava com a necessidade de oferecer uma resposta à sociedade quanto à alegação da crônica impunidade dos detentores de mandato eletivo. Em uma análise despida da influência de tal motivação, porém, convém questionar se, sob a ótica das garantias concedidas aos membros do Poder Legislativo, tratou-se da melhor solução para o problema.

Raul Machado Horta, neste sentido, muito embora concordasse que a dispensa da licença da Casa Legislativa refletiu uma correção do comportamento omissivo que dava ensejo à impossibilidade de prosseguimento da ação criminal contra o parlamentar e sua conseqüente impunidade, propunha uma solução alternativa. Ao seu juízo, a omissão legislativa poderia ser evitada “no procedimento de inclusão automática do pedido de licença na Ordem do Dia, dando-se por concedida a licença, se a respectiva Casa não deliberasse, dentro do prazo fixado²¹⁴”. A Emenda n.º. 35/2001, na verdade, em razão da avaliação negativa do comportamento parlamentar em casos concretos, teria sacrificado a proteção do mandato legislativo no tempo, desvirtuando a adoção da dupla imunidade no Direito Constitucional brasileiro, cuja origem remonta à Constituição do Império, de 1824, abrangendo inviolabilidade e improcessabilidade:

A Emenda n. 35, não obstante a inspiração em nobre propósito, fraturou sistema consolidado no Direito Constitucional Republicano. Dispensou prerrogativa histórica, cuja ausência poderá ser lamentada no funcionamento das instituições constitucionais de nosso País. Inovações e mudanças poderiam ser promovidas no exercício do poder de emenda, sem a eliminação da improcessabilidade no conjunto das imunidades. O constituinte de revisão afastou-se da solução preferida pelo Direito Constitucional Brasileiro, apoiada nas coincidentes manifestações das Assembléias Constituintes de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988. A ruptura é tão profunda, tratando-se de garantia protetora do Poder Legislativo, que justificaria, para repelí-la, invocar o princípio tutelar da harmonia e independência dos Poderes,

²¹³ STF, Inq. n.º. 1.517-GO, Rel. Min. Celso de Mello, D.J.: 08-04-2002. No mesmo sentido: STF, Inq. n.º. 1.566-QO/AC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-02-2002, D.J.: 22-03-2002.

²¹⁴ HORTA, 2002, p. 600.

(Constituição Federal, art. 2º) sob o fundamento idôneo de lesão a uma limitação material, dirigida ao poder de reforma, que veda proposta de emenda tendente a abolí-la (Constituição Federal, art. 60, § 4.º, III)²¹⁵.

A opinião do professor Machado Horta não se mostrou isolada, existindo manifestações no sentido de considerar a referida emenda de, no mínimo, uma duvidosa constitucionalidade, pelo fato de, inobstante não abolir a separação de poderes, restringir sobremaneira a independência do Poder Legislativo²¹⁶.

Independente de tais controvérsias, o que se deve observar é que, a partir da modificação no texto constitucional, no final do ano de 2001, verificou-se, logo no ano seguinte, um expressivo aumento no número de ações penais no Supremo Tribunal Federal – juiz natural dos titulares de mandatos eletivos federais, em uma demonstração da direta relação do tema com as discussões que permeiam a temática do foro por prerrogativa de função dos parlamentares perante o Tribunal Constitucional.

²¹⁵ HORTA, 2002, p. 601.

²¹⁶ DANTAS, 2005.

3. A PRERROGATIVA DE FORO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 A Constituição de 1988 e a reafirmação do compromisso com os valores éticos

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 reconheceu-se no Brasil a tentativa de se estabelecer uma nova concepção política e jurídica para o país, com base na democracia, no respeito ao Estado de Direito e na valorização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Após décadas vivendo sob as restrições impostas pelo regime militar, buscava-se, naquele momento, afastar-se do modelo autoritário e restritivo até então vigente, fortalecendo a sociedade civil e incentivando sua participação nas decisões que viessem a determinar os rumos do Estado, como apontado por Luís Roberto Barroso²¹⁷:

A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu a coisa pública no Brasil por mais de vinte anos.

E, de fato, a atual Constituição brasileira, elaborada por uma Assembléia Constituinte livre e democrática, foi marcada por uma intensa participação da sociedade civil, que se mobilizou em torno do grandioso projeto que se apresentava, partilhando-se de um sentimento de euforia pela oportunidade de modificar o desenho político-institucional do país²¹⁸.

Nesta esteira, surge como grande destaque, sem dúvida, a ampliação sem precedentes do catálogo de direitos fundamentais, o qual, segundo Daniel Sarmento, talvez seja o mais amplo no constitucionalismo mundial, “composto não só por liberdades civis clássicas, com também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração – como o meio ambiente e a proteção à cultura²¹⁹”.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso). In: *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

²¹⁸ Gisele Cittadino assinala que “a intensa participação popular foi uma das marcas do processo constituinte. Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram um total de mais de 10 milhões de assinaturas”. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 50.

²¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 178.

Frise-se, ainda, a preocupação do constituinte não só em assegurar a criação de direitos aos indivíduos, como também com sua efetivação, de modo que pudessem ser usufruídos na prática, a partir da afirmação de sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º).

Em paralelo e, muito provavelmente, motivado por um sentimento de desconfiança de que não existiriam condições para a plena realização da Constituição, foi reforçada a tutela destes direitos, por meio da instituição de novos remédios constitucionais, além de ter sido também fortalecido institucionalmente o Poder Judiciário, considerado como guardião por excelência dos direitos²²⁰.

Há que se destacar, neste ponto, que a Constituição de 1988 procurou enfatizar o papel de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal, o que se revela de modo expresso da redação de seu artigo 102, *caput*, segundo o qual compete a este Tribunal “precipualemente, a guarda da Constituição”.

Entretanto, talvez mesmo por um excesso de zelo, atribuiu-se ao STF uma gama bastante ampla de tarefas, principalmente em matéria recursal, além de diversas competências originárias, fazendo com que, na prática, surjam questionamentos sobre um possível congestionamento na tramitação dos feitos a seu encargo, o que acabaria por comprometer o desempenho de seu trabalho, senão em relação à qualidade técnica, certamente quanto ao aspecto temporal.

Assim, se óbvias são as virtudes do documento constitucional brasileiro, não sem motivo festejado como a “Constituição Cidadã”, não se pode ignorar, por seu turno, suas deficiências, pelo fato de se constituir em um texto dialético, incorporando os interesses nem sempre convergentes de diversas categorias, além de muito extenso e excessivamente detalhado, o que muitas vezes dificulta a própria tomada de decisões.

Incontestável, portanto, não se poder afirmar, infelizmente, que a Carta de 1988 seja perfeita ou que expresse um grau de excelência ímpar quanto ao desenvolvimento institucional do país. É, como já se bem sintetizou, “a Constituição de nossas circunstâncias²²¹”.

Contudo, há que se frisar que uma constituição não é formada tão-somente por seus dispositivos ou, em outras palavras, pela mera compilação de um texto positivado. Isto porque, como um aspecto subjacente, revela-se o seu sentido simbólico, como marco de determinado momento histórico (seja em uma acepção positiva ou negativa), bem como a sua aptidão para mobilizar os indivíduos em torno dos valores por ela expressos.

²²⁰ SARMENTO, 2006, p. 178.

²²¹ BARROSO, 2002, p. 46.

No caso brasileiro, a partir mesmo dos primeiros esforços para a elaboração da atual Constituição, foi possível identificar o surgimento de um verdadeiro sentimento constitucional no país, fato este que deve ser enfaticamente enaltecido e cultivado, sobretudo diante das condições históricas recentes pelos quais o país passou, para que seja possível, em bases sólidas, realizar as necessárias transformações e alcançar novos avanços, como relata Gisele Cittadino²²²:

A promulgação da *Constituição Cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do movimento de retorno ao direito no País. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o *movimento de retorno ao direito* no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*.

Ao atribuir-se um sentido teleológico às normas e princípios constitucionais, é possível conceber a Constituição como um verdadeiro projeto social, assentado sobre um conjunto de valores compartilhados por toda a sociedade, traduzindo um compromisso com determinados ideais²²³.

E, em sendo assim, a interpretação constitucional, em regra, não poderia desbordar desta orientação, mas sim priorizar a busca da efetividade de tais compromissos éticos. Justificar-se-ia, aí, a opção do constituinte originário brasileiro em atribuir ao Supremo Tribunal Federal um papel preponderantemente político, devendo se valer de procedimentos interpretativos que possam ir ao encontro das legítimas aspirações sociais ao realizar o seu mister.

No entanto, não se pode olvidar que, na qualidade de órgão do Poder Judiciário, a Corte não pode em absoluto abandonar os critérios jurídicos para priorizar uma ótica preponderantemente política quando da análise das questões que lhe são submetidas. Impõe-se, portanto, como desafio ao tribunal constitucional, a busca da (nem sempre fácil) harmonização entre o disposto na Constituição e os anseios dos atores políticos, evitando-se o

²²² CITTADINO, 1999, p. 13-14.

²²³ Esta é uma visão partilhada pelos chamados “comunitaristas”, comprometidos não só com o ideal da igualdade-dignidade humanas como com o processo de participação jurídico-política da comunidade, se contrapondo à idéia de que a constituição teria como único objetivo a defesa da autonomia dos indivíduos contra um poder público inimigo, por meio da criação de um complexo sistema de garantias da vida privada. Em que pese as divergências quanto ao tema, há respeitada doutrina defendendo a identificação da Constituição brasileira de 1988 com os ideais do constitucionalismo comunitário. CITTADINO, *op. cit.*, p. 14-15.

domínio de uma só das vertentes, sobretudo em temas que interessam tanto ao Direito como ao Poder, tal como a questão do foro por prerrogativa de função.

3.2 Do direito e do poder (ou da Constituição e da política)

A relação entre o Direito e o Poder (ou, em outras palavras, entre a Constituição e a Política), sempre se mostrou uma fonte de inúmeras discussões, por envolver os dois grandes instrumentos do progresso e da civilização, segundo Diogo de Figueiredo²²⁴: “o poder – a energia que move os homens e as sociedades para a realização de seus objetivos, e o direito – a técnica social criada para a disciplina e a contenção do poder”.

De fato, há extrema dificuldade em dissociar por completo as duas matérias, o que se justifica, na verdade, pelas próprias circunstâncias históricas que permeiam a questão.

Tomando como base as revoluções liberais do século XVIII, verifica-se que a ideologia constitucional se reunia, fundamentalmente, em torno das Declarações de Direitos. E estas, como bem assinala Paulo Bonavides, apresentavam muito mais “a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária do que de um documento verdadeiramente jurídico²²⁵”.

Ou seja, diante dos movimentos de combate ao absolutismo, elaboraram-se, de início, diversas cartas de princípios, cuja importância era essencialmente política, pois se limitavam a enunciar direitos, carecendo, entretanto, de características normativas ou de uma real força vinculante²²⁶.

Com o decorrer do tempo e a conseqüente consolidação do constitucionalismo, ocorreu a positivação das primeiras Constituições liberais, as quais estabeleciam, basicamente, a estrutura do Estado, seus poderes e respectivas competências, além da essência dos direitos fundamentais, consubstanciados nos direitos de liberdade. A partir daí, passou-se a reconhecer o conceito jurídico de Constituição, entendida como lei ou conjunto de leis, em substituição ao conceito eminentemente político vigente até então.

²²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 201.

²²⁶ Paulo Bonavides anota que a atribuição de valor meramente político às Declarações de Direitos, identificando-as como um conjunto de princípios éticos, desprovidos de natureza jurídica e de aplicabilidade duvidosa, contrapondo-se ao valor jurídico das garantias dos Direitos, como parte positiva do texto constitucional, tem como base doutrina elaborada já no século XX, por publicistas como Esmein, Hariou e Carré de Malberg. *Op. cit.*, p. 201-202.

Tal reconhecimento não significou, contudo, o completo afastamento das questões políticas dos temas constitucionais, mesmo porque não se pode olvidar que, em última instância, a existência da Constituição decorre exatamente de um prévio juízo político. Ou seja, a decisão não ocorre no âmbito do sistema jurídico, mas sim no político, fazendo com que, na verdade, a validade jurídica seja determinada politicamente. Como definido por Inocêncio Mártires Coelho, em feliz síntese, “a Constituição é a modelagem jurídica do fenômeno político ou, simplesmente, o *Estatuto do Poder*”²²⁷.

Daí a razão pela qual não se podem considerar os problemas constitucionais apenas como questões de poder e a Constituição jurídica como mera “folha de papel”, tal como defendido em obra clássica por Ferdinand Lassalle²²⁸.

De acordo com seu entendimento, no âmbito de uma concepção que prioriza os aspectos sociológicos da questão, a verdadeira Constituição de um país limita-se à reprodução dos fatores reais de poder que ali vigem, entendidos estes como o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais atuantes naquele local.

Em sentido antagônico, tampouco se poderia adotar em sua integralidade uma concepção estritamente jurídica da Constituição, como norma fundamental que confere validade a todo o ordenamento infraconstitucional, livre de qualquer espécie de ideologia política, nos moldes preconizados por Hans Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”.

O objetivo do autor é o de excluir de sua conceituação todo e qualquer elemento que seja estranho à Constituição como instituto jurídico, de modo a alcançar um sistema de normas que permita a designação de “puro”, sem influências metajurídicas. Não se está a afirmar, com isto, que Kelsen negue a existência dos fenômenos sociais em torno do direito, mas sim que, na preservação do seu caráter científico, tornar-se-ia necessário afastá-los, concentrando-se exclusivamente no exame do direito positivo.

Sem pretender desconsiderar o mérito e a enorme contribuição de tais teorias para o estudo do direito, verifica-se que, na prática, o problema da relação entre Constituição e Política não pode ser solucionado a partir da simples adoção, sem maiores considerações, de uma ou outra posição.

Com efeito, a defesa extremada do normativismo por Kelsen “não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica

²²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. “Apresentação”. In: GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xi.

²²⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

tanta influência da realidade social, política e ideológica²²⁹”. Por outro lado, não se pode relegar, sobretudo nos dias atuais, a Constituição a uma mera “folha de papel”, apesar deste documento expressar, inegavelmente, “a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta²³⁰”. Ambas as concepções “pecam pela unilateralidade²³¹”.

Fato é que os problemas constitucionais são, via de regra, questões, a um só tempo, jurídicas e políticas, razão pela qual, após afirmar que, afinal, o direito constitucional é direito político, Gilberto Bercovici sustenta a impossibilidade de se compreender a Constituição dissociada dos aspectos políticos:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais²³².

Significa dizer que esta dimensão dúplice não pode ser desconsiderada quando da análise de uma determinada controvérsia envolvendo o texto da Lei Maior, vez que não só os aspectos estritamente jurídicos como também os reflexos políticos da questão exercerão, sem dúvida, grande influência sobre a decisão final.

Nesta ordem de idéias, após traçar um histórico da criação e evolução do Direito nas sociedades pré-modernas e sua inevitável relação com a política, Dieter Grimm aponta exatamente a Constituição como a solução para evitar o risco do domínio dos interesses políticos sobre as questões jurídicas, de modo a alcançar-se um ponto de equilíbrio na preservação dos fundamentos de cada um dos institutos:

A pretendida limitação da disposição política sobre o direito só podia ser novamente alcançada por intermédio do direito. Esse direito devia ser superior ao direito estabelecido, mas não podia ser válido como suprapositivo. A solução para o problema foi oferecida pela Constituição. Diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo. Mas, quando da introdução da Constituição, o direito positivo tornou-se reflexivo ao ser dividido em dois diferentes complexos de normas, dos quais um regulamentava as condições de surgimento e validade do outro. A normatização estava, assim, por sua vez, normatizada. A política manteve sua competência de prescrever o direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatária das condições legais²³³.

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a, p. 31.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69.

²³¹ SILVA, *op. cit.*, p. 31.

²³² BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *In: Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, 2004, nº. 61, p. 24.

²³³ GRIMM, 2006, p. 9.

Assim, verifica-se que a validade das decisões políticas como normas cogentes para toda a sociedade requer necessariamente a observância das regulamentações processuais previamente estabelecidas pela Constituição. E, da mesma forma, este documento determina certas exigências de conteúdo que devem ser cumpridas quando da elaboração de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, sob pena de nulidade.

Sob o ponto de vista teórico, há que se admitir que tal construção mostra-se irretocável, pois o importante é reconhecer que, embora distintos, direito e poder, como realidades intrinsecamente ligadas e complementares, não podem ser analisados de forma separada, exigindo uma integração entre as duas perspectivas²³⁴.

O grande desafio, contudo, está no alcance de um ponto de equilíbrio considerado ótimo, que não implique na politização do direito ou na judicialização da política, o que poderia resultar em decisões indesejavelmente tendenciosas. Exsurge, neste particular, a importância da interpretação constitucional, de modo a fornecer aos intérpretes meios que lhe propiciem buscar a fina sintonia entre os dois fenômenos, razão pela qual se torna necessário tecer algumas considerações sobre o tema.

3.3 Breves considerações sobre a interpretação constitucional

As leis que compõem o ordenamento jurídico de determinado Estado são elaboradas, via de regra, em termos gerais, primando pelas características da generalidade e abstração, ainda que, deste modo, fixem as regras e enunciem os princípios que irão estabelecer as normas a serem aplicadas nos casos concretos.

A falta de uma linguagem clara e objetiva impõe a realização de uma cuidadosa análise preliminar entre o texto abstrato e o caso concreto, ou seja, entre a norma e o fato social, com vistas à fixação da verdadeira extensão e propósito normativo e a consequente aplicação do Direito. Segundo Carlos Maximiliano, “é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”^{235,236}.

²³⁴ COELHO, 2006, p. xii.

²³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

²³⁶ No mesmo sentido é o comentário de Manoel Messias Peixinho: “Vale dizer que todo o processo hermenêutico, com a utilização dos métodos de interpretação, é aplicado a todas as normas, tendo-se como ponto fundamental que não há norma suficientemente clara que prescindida da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo. Assim, para decidir se determinado texto é claro ou obscuro, bem como para decidir se determinada controvérsia é contemplada ou não por certa norma, é imprescindível, evidentemente, uma operação intelectual. Pois bem, o nome dessa operação é justamente o que se conhece por interpretação.” *A interpretação da*

Entretanto, se não há como negar a necessidade de tal procedimento, tampouco se pode admitir seja o mesmo uma tarefa tão mecanicamente simples, resumida à subsunção do fato à norma adequada, encampando um viés cientificista que caracterizava a hermenêutica jurídica tradicional, a qual, hoje, se mostra insuficiente diante da complexidade da sociedade moderna.

Com efeito, relegar a hermenêutica a uma mera ciência cujo objeto de estudo consiste nas chamadas “técnicas de interpretação das leis”, utilizadas para conferir objetividade ao processo de interpretação é ignorar a dimensão criadora do intérprete, os valores subjacentes à ordem estabelecida e a existência de uma inegável normatividade dos próprios fatos.

Esta é a razão pela qual devem ser revistos estes padrões tradicionais, fazendo com que a aplicação da lei atenda, prioritariamente, ao indivíduo e à sociedade, na compreensão do próprio ser no mundo.

Neste aspecto, Margarida Lacombe Camargo defende a “necessidade da lei responder ou fundamentar uma solução que deverá ser dada a uma determinada situação concreta²³⁷”. Dessa forma, segue a autora, “caberá ao intérprete, que é o aplicador da lei, adequá-la ao momento presente, conferindo-lhe o melhor significado de direito²³⁸”.

Significa dizer que, na verdade, a interpretação não pode em absoluto estar desvinculada de seu tempo. Isto porque, na lição de Luís Roberto Barroso, “ela espelha o nível de conhecimento e realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade²³⁹”.

Se tal premissa é verdadeira no que concerne à interpretação jurídica em geral, com maior razão deve ser observada para a efetivação da interpretação constitucional, visto que esta se apresenta como espécie daquela, acrescida de algumas características particulares, tendo em vista que seu objeto de estudo é exatamente o documento que serve como fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico.

Frise-se ser esta exatamente a base da chamada interpretação constitucional evolutiva, segundo a qual sem alterações formais do texto é possível extrair do mesmo significados

Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16-7.

²³⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 42.

²³⁸ *Ibidem*, p. 42.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

diferentes ao longo do tempo²⁴⁰, uma vez que “o que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que foi editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência²⁴¹”.

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que os valores veiculados pelo texto constitucional, a partir da decisão do constituinte originário, não deveriam ser simplesmente afastados sem maiores considerações, justificando-se por meio de uma pretensa interpretação evolutiva, sob pena de subversão da própria ordem instituída.

Tal advertência reveste-se de extrema importância diante da marcante característica das constituições, no que concerne à utilização de termos mais genéricos que as demais normas jurídicas, inserindo-se na idéia de “textura aberta” de John Hart, que implica na existência de certas normas que deverão ser desenvolvidas pontualmente em cada situação que se apresente, a partir de um equilíbrio entre os interesses conflitantes. Deixa-se ao intérprete, portanto, a difícil tarefa de equilibrar os preceitos constitucionais e as circunstâncias do caso concreto.

E, no desempenho deste mister, não pode se valer o intérprete “do” método hermenêutico correto, que pudesse garantir o alcance de uma pretensa melhor solução, pela singela razão de que não existe um único método que possa ser considerado como a panacéia de todos os males²⁴².

O que se torna imprescindível, então, dada a existência de diversos métodos e critérios interpretativos teoricamente idôneos, é evitar que sejam utilizadas fórmulas que tendam aos extremos, privilegiando injustificadamente um ou outro fator, para que não sejam desvirtuados os propósitos constitucionais²⁴³, sobretudo diante da existência de dispositivos cujo conteúdo são tão genéricos e não essencialmente jurídicos, como destacado por Oscar Vilhena Vieira:

Ao abrigar em seu corpo inúmeros dispositivos de conteúdo moral, como igualdade, dignidade, liberdade, ou, ainda, princípios como a democracia ou Estado de Direito,

²⁴⁰ Este é também o entendimento de Carlos Maximiliano: “A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe torna acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém, quanto possível, inalterada na forma”. 2007, p. 254.

²⁴¹ BARROSO, 2008, p. 145.

²⁴² Em relação aos diversos métodos interpretativos, vale registrar a existência dos denominados “clássicos”: gramatical, sistemático, histórico e teleológico, bem como dos princípios de interpretação especificamente constitucionais, modernamente reconhecidos pela dogmática jurídica: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e proporcionalidade, e efetividade. Para uma análise pormenorizada do assunto, cf. BARROSO, 2008.

²⁴³ Sobre o tema, assim se expressa Dieter Grimm: “[...] não existe nenhum método interpretativo obrigatório e nem o legislador pode prescrever para o aplicador do direito um determinado método. Em geral, há a concorrência de diferentes idéias metodológicas, de modo que a escolha entre elas já exige uma decisão. Além disso, o método não é nenhum recurso tecnicamente neutro para a investigação de um sentido normativo estabelecido. Pelo contrário, na escolha do método, são tomadas pré-decisões acerca da compreensão do conteúdo das normas”. 2006, p. 15-16.

as constituições se colocam como ponte entre a moralidade política e o direito. Dessa forma, a determinação do conteúdo de suas normas demanda mais do que a adoção de métodos interpretativos, voltados à extração de um sentido eventualmente presente no texto, impondo aos aplicadores da constituição - e, em especial, das normas jusfundamentais - a obrigação de se envolverem em um processo de construção do significado dessas normas²⁴⁴.

Sem desmerecer os diferentes fatores sociais e morais que influenciam a interpretação da Lei Maior, mas tendo em vista os próprios fins do presente trabalho, impossível não destacar, neste ponto, o inevitável conteúdo político abrigado pelo texto constitucional, como já apontado anteriormente, não só quanto às suas origens, como quanto ao seu objeto e aos resultados de sua aplicação.

Entretanto, há que se atentar para o fato de que, não obstante as complexas relações políticas que pairam sobre o tema, a partir da positivação, deve haver a prevalência do conteúdo jurídico, exatamente para preservar a força normativa da Constituição, não sendo cabíveis ingerências metajurídicas, como bem sintetizado por Luís Roberto Barroso:

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política²⁴⁵.

Desta forma, se não há como afastar completamente a interferência dos fatores políticos no processo interpretativo constitucional, não se pode tampouco ignorar o fato de que, essencialmente, esta é uma tarefa jurídica. Por esta razão, deve o intérprete, diante de um caso concreto, se ater, em última análise, aos preceitos veiculados pela Lei Maior, na busca de uma decisão objetivamente justificável, que priorize o direito e os valores consagrados pela sociedade²⁴⁶.

As dificuldades, inegavelmente, são do mais alto grau, mormente nos dias atuais, na era do que se convencionou denominar como pós-modernidade, a partir da propagação de um

²⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e Limites da interpretação. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007, p. 218.

²⁴⁵ BARROSO, 2008, p. 111.

²⁴⁶ De acordo com Konrad Hesse, “Este procedimiento típico vinculado, en coherencia com el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables e controlables. Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho Constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello solo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad *posible*, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente.”. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 51.

novo modelo de constituição, distanciado da concepção clássica que até então predominava, em um fenômeno que foi designado pela expressão “neoconstitucionalismo”²⁴⁷.

Dentre as suas especificidades, destaca-se a prevalência dos princípios nos textos constitucionais, os quais, apesar de, tanto quanto as regras, serem dotados de normatividade, são, por suas próprias características, marcados por um maior grau de abstração, visando mesmo informar os valores consagrados por aquele documento e, portanto, demandam do intérprete uma nova forma de se pensar as questões constitucionais que se apresentem.

De fato, referindo-se aos princípios constitucionais fundamentais, Manoel Messias Peixinho os identifica “com os valores supremos previstos em todas as constituições, expressos em valores culturais, poéticos, que se traduzem nas intenções que formam o núcleo material da Constituição”²⁴⁸. E, em sendo assim, conclui que a criação e desenvolvimento dos mesmos gera a produção de critérios vinculativos para a atividade do intérprete²⁴⁹.

Nesta ordem de idéias, afigura-se intuitivo o fato de que não se pode pretender iniciar o processo interpretativo sem, preliminarmente, realizar uma criteriosa análise do texto constitucional, de modo a que se possam compreender os valores ali inscritos, os quais deverão nortear a atuação do intérprete.

Diante, portanto, da apresentação de algumas das questões que norteiam a realização da interpretação constitucional nos dias de hoje, importa analisar os principais argumentos utilizados pelos julgadores quando do cancelamento da Súmula n.º 394, do Supremo Tribunal Federal, ao estatuírem a impossibilidade de ampliação da competência originária da Corte fazendo uso de meios interpretativos.

²⁴⁷ Em objetiva síntese, o neoconstitucionalismo “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: Revista de Direito Administrativo, 240: I-42, abr./jun. 2005, p. 11-12.

²⁴⁸ PEIXINHO, 2003, p. 136.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 139.

3.3.1 A (im)possibilidade de ampliação da competência originária do Supremo Tribunal Federal por meio da interpretação constitucional: a Súmula nº. 394

Não obstante os questionamentos éticos e as críticas sobre as dificuldades práticas na manutenção do foro por prerrogativa de função dos membros do Congresso Nacional no Supremo Tribunal Federal, em relação à prática de infrações penais comuns, também são numerosos os movimentos no sentido de sua ampliação.

De fato, a história recente demonstra que o teor dos dispositivos constitucionais que tratam do assunto têm sido reiteradamente discutidos e questionados, buscando-se, ao longo do tempo, fazer uso de meios interpretativos diversos, que pudessem justificar a utilização do instituto em situações para os quais não foi originalmente concebido.

Um dos mais significativos movimentos neste sentido decorreu da iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, ao editar o verbete nº 394²⁵⁰, de sua Súmula. Consolidando um entendimento bastante antigo da Corte, restou assentado que, mesmo sem o pronunciamento expresso da Constituição sobre o assunto, subsistiria o foro por prerrogativa de função para os ex-ocupantes de cargos públicos, desde que o crime tivesse sido cometido durante o exercício funcional²⁵¹.

Necessário ressaltar que, na ocasião, durante a vigência da Constituição da República de 1946, os parlamentares não gozavam de prerrogativa de foro. Tanto é assim que o verbete nº. 398 da Corte Suprema já estatuiria que “O STF não é competente para processar e julgar, originariamente, Deputado ou Senador acusado de crime”.

Com efeito, foi tão-somente com a Emenda Constitucional nº. 1/1969, em seu artigo 119, I, “a”, que restou estabelecida de forma expressa a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, os Deputados e Senadores, nos crimes comuns, competência esta que se manteve na atual Constituição de 1988, em seu artigo 102, I, *b*.

Ou seja, mesmo que, ainda muito recentemente, vários fossem os pleitos visando a ampliação do foro especial para ex-parlamentares nas infrações penais de natureza comum, com base no verbete nº. 394, o entendimento do Supremo, em suas origens, não alcançava os

²⁵⁰ Verbetes nº 394, da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “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”.

²⁵¹ Essa orientação jurisprudencial da Corte resultou de interpretação ampliativa dos artigos 59, I; 62; 88; 92; 100; 101, I, “a”, “b” e “c”; 104, II; 108, 119, VII; 124, IX e XII, da Constituição da República de 1946, e, ainda, das Leis nºs. 1.079/50 e 3.258/59.

parlamentares, pela simples razão de que estes agentes, à época, não gozavam desta prerrogativa.

Na prática, porém, considerando os próprios objetivos que inspiraram a alteração da Súmula da Corte Suprema, passou-se a adotar como legítima a sua utilização também para os ex-parlamentares.

Por outro lado, grandes sempre foram as polêmicas em torno de seu conteúdo. Se o Tribunal era firme na defesa desta linha de pensamento, o mesmo não se pode afirmar em relação às opiniões doutrinárias, que muitas vezes divergiam frontalmente deste entendimento, sob a alegação de que o foro especial deveria levar em consideração tão-somente a “dignidade da função, a altitude do cargo. Se a pessoa deixa de exercê-lo, perde a prerrogativa, que não é sua, mas da função²⁵²”.

Há que se observar, entretanto, que este posicionamento do Tribunal foi sedimentado nos anos sessenta, época em que o país vivenciava uma situação política de exceção, em que as liberdades públicas eram restritas e qualquer espécie de manifestação ideológica severamente controlada.

Neste cenário, que perdurou durante grande parte das décadas seguintes, poder-se-ia entender como justificável a proteção dos parlamentares não só durante o exercício do mandato, como também no período subsequente, a fim de evitarem-se os (reais) riscos de perseguições políticas, que poderiam ocorrer por meio, por exemplo, da acusação por certo crime cometido no passado.

Com o advento da Constituição de 1988, contudo, e o novo panorama político-institucional por ela inaugurado, fez-se necessário conferir uma nova interpretação ao tema.

Sob o pálio de uma democracia de fato substantiva, e não meramente formal, em que deveria viger a liberdade plena e os princípios por ela albergados, sobretudo a igualdade entre todos, entendeu-se que, a princípio, não haveria justificativa plausível para a manutenção do foro especial para aqueles que não mais estivessem ocupando um cargo público.

E, assim, finalmente, em 1999, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Inq. nº. 687-4/SP, que versava exatamente sobre a possibilidade de se admitir a sua competência originária em processo criminal contra ex-deputado federal, abandonou o entendimento que até então vigorava, cancelando o verbete nº. 394 de sua Súmula.

Afirmando que deveria ser realizada uma revisão do tema, para que se firmasse a orientação da Corte dali por diante, sem sacrifício do que já havia sido decidido com base no

²⁵² TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 129.

verbete nº. 394, fosse ao tempo da Constituição de 1946, da Emenda Constitucional nº. 1/1969 ou da Constituição de 1988, o relator, Min. Sidney Sanches relacionou diversos argumentos, pelos quais não mais deveria subsistir o entendimento até então esposado pelo Tribunal.

De início, fazendo uso de uma interpretação estritamente literal, considerou a falta de previsão expressa na Constituição da República vigente da competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar os ex-parlamentares, tendo em vista que o artigo 102, I, *b* menciona os “membros do Congresso Nacional”, ou seja, aqueles que detêm o mandato político.

Ademais, argumentou que a prerrogativa de foro conferiria, de certa forma, um privilégio, razão pela qual não poderiam ser interpretadas ampliativamente diante da necessidade de se tratar igualmente todos os cidadãos.

A despeito da validade desta linha de raciocínio, não se pode desconsiderar sua fragilidade, pois com a antiga tese do Tribunal, ao menos de forma indireta, também se protegeria o exercício do mandato, e não o ocupante do cargo, se durante a função tivesse sido praticado o delito e o acusado não mais a exercesse.

Por outro lado, refutando o argumento de que o ex-titular do mandato ficaria exposto à falta de isenção dos juízes e tribunais a que tivesse de se submeter, considerou que, ao revés, sua defesa seria, inclusive, mais ampla, podendo fazer uso de todas as instâncias que a Constituição lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória.

Por fim, invocou-se, ainda, um raciocínio de caráter pragmático, eis que, ao tempo em que o verbete nº. 394 havia sido aprovado, eram raros os casos da efetiva utilização da prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, situação que havia se alterado significativamente, resultando mesmo na dificuldade de exercício de suas demais competências, inclusive as expressas, na demonstração de um argumento de ordem política, como admitido pelo próprio relator em seu voto²⁵³:

Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional.

[...]

Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado.

²⁵³ STF, Inq. nº 687-4/SP, Rel. Min. Sidney Sanches, julgamento em 25-08-1999, D.J.: 09-11-2001.

Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte.

Os riscos, para a Nação, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento.

Ou seja, de certa forma, as discussões em torno do objeto central do tema – questionar a legitimidade da manutenção do foro por prerrogativa de função nos crimes comuns para os parlamentares – é substituída por argumentos de ordem política e estrutural, consubstanciados na incapacidade estrutural da Corte em gerir eficazmente todo o seu rol de competências.

Sob tal ótica, inevitável sejam lançadas algumas dúvidas sobre a real motivação de tal decisão. De fato, no mesmo Inq. n.º. 687, o Min. Sepúlveda Pertence considerou que, em relação ao teor do verbete n.º. 394, a falta de restrição no texto constitucional que contrariasse este entendimento implicaria em dizer que a nova Constituição quis manter o mesmo significado e a mesma compreensão teleológica que se sedimentara até então. Sendo assim, complementou, a doutrina adotada pelo referido verbete estaria tão enraizada que a sua abolição é que reclamaria texto expresso da Constituição e não a manutenção da aplicação do entendimento ali veiculado.

A ausência de um exposto posicionamento constitucional, então, nesta ordem de idéias, não deveria ser compreendida como uma lacuna, mas sim como a encampação, pelo constituinte originário, da tese interpretativa adotada correntemente pela Corte Suprema até então, por meio da aplicação do verbete n.º. 394.

Não obstante as divergências argumentativas expostas durante o julgamento, o fato é que, ao final, o Tribunal concluiu pelo cancelamento do verbete, passando a fixar uma nova orientação sobre o tema, de modo que os ex-ocupantes de cargos ou mandatos não mais fariam jus ao foro especial, em uma decisão considerada histórica.

Registrava-se, assim, com a transformação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma importante alteração em termos interpretativos: deixou de ser adotada uma interpretação notadamente extensiva do texto constitucional sobre o foro especial para consagrar a interpretação restritiva, sob o fundamento principal de que, caso contrário, seria ferida a isonomia entre todos os cidadãos.

Admitindo-se como natural a possibilidade de ocorrer mudanças no entendimento até então adotado, questiona-se se, neste caso, a interpretação restritiva seria, de fato, a mais adequada. Isto porque, como bem adverte Carlos Maximiliano²⁵⁴:

²⁵⁴ MAXIMILIANO, 2007, p. 255-256.

Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral.

Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido e será perfeita a exegese.

[...]

Quando as palavras forem suscetíveis de duas interpretações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva.

Há que se verificar, portanto, se a alteração ocorreu com o fim de adotar uma interpretação mais apropriada aos fins constitucionais, após estudos mais detalhados, caso em que restaria plenamente justificada, sendo esta a função precípua da Corte ou se o objetivo restringiu-se a uma simples tentativa de reduzir o número de processos que poderiam vir a ser examinados pelo Supremo.

Se é possível crer, tal como preceituado por Laurence Tribe e Michael Dorf, que “a melhor forma de adquirir *expertise* em interpretação constitucional é sujeitar todos os argumentos constitucionais e decisões à constante análise e à crítica contínua²⁵⁵”, vale perscrutar se tal decisão era de fato a mais adequada.

No caso do foro diferenciado para os parlamentares, a se considerar que o instituto caracteriza-se como uma garantia conferida aos mesmos para que possam desempenhar com a máxima liberdade as diferentes atividades atribuídas aos representantes do povo, talvez devesse ser avaliada a possível vantagem em se manter tal prerrogativa para os ex-detentores do mandato, desde que o processo criminal a que estivessem respondendo tivesse relação direta com as funções parlamentares.

Isto porque, se por um lado, torna-se necessário evitar que a competência especial apresente-se como um privilégio conferido a um grupo em detrimento dos demais cidadãos, por outro, não se mostraria de todo condenável o temor do parlamentar de que, encerrado o mandato, pudesse ser constrangido a responder criminalmente por atos alegadamente delituosos ocorridos quando no desempenho de suas funções, sem mais poder contar com a existência de um juízo que concentre demandas desta espécie, ainda que se admita não ser o Supremo Tribunal Federal, por suas próprias características, o mais indicado para desempenhar este papel.

²⁵⁵ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

Independente de tais considerações, o fato é que, pouco tempo depois, o entendimento fixado pela Corte restou superado, por iniciativa do Poder Legislativo, ao editar a Lei nº. 10.628/2002, segundo a qual o foro por prerrogativa de função para ex-autoridades passaria a estar expressamente previsto na legislação processual penal.

3.4 A declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 10.628/2002

Com a edição da Lei nº. 10.628/2002, a questão do foro por prerrogativa de função para ex-autoridades, que parecia ter sido definitivamente pacificada, ao menos no âmbito jurisprudencial, voltou a ser amplamente debatida e o Supremo Tribunal Federal foi novamente instado a se manifestar, por meio da ADIn nº. 2.797-2/DF.

A nova disciplina jurídica estabelecia mudanças no artigo 84, do Código de Processo Penal, visando garantir que a competência por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente praticados enquanto ocupante de uma função pública, prevaleceria ainda que o inquérito ou o processo judicial fosse iniciado após a cessação do mandato.

Novamente surgiram polêmicas em torno do tema, com diversas demonstrações de repúdio à lei por parte da doutrina, sobretudo pelas circunstâncias políticas que envolveram o seu surgimento – ao final do mandato do presidente da República e de outros agentes políticos –, que trouxeram dúvidas sobre os reais motivos que lastrearam sua elaboração.

De fato, à guisa de exemplo, em incisiva manifestação, Dalmo de Abreu Dallari, após tecer comentários desfavoráveis sobre o teor da norma, considerando-a mesmo como um “absurdo”, por, ao seu juízo, importar no retorno de um privilégio de nobreza, incompatível com os princípios democráticos e com uma Constituição democrática, assinala ser a mesma, além de inconstitucional, imoral e injusta²⁵⁶.

Verifica-se que, na verdade, em boa medida, os argumentos utilizados por aqueles que se posicionaram em sentido contrário às alterações propostas pelo novo regramento legal se basearam em razões de cunho ético e político, sem, muitas vezes, examinar a questão sob a necessária ótica técnica, como apontado por Clara Maria Roman Borges:

[...] apesar da inquestionável imoralidade que envolveu a entrada em vigor da referida lei, não se pode negar que as alterações por ela propostas estavam em

²⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Privilégios antidemocráticos*. Disponível em <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020925/pri_opi_250902_143.htm> Acesso em 19 nov. 2007.

consonância com o constitucionalmente consagrado princípio do juiz natural. Isto porque asseguravam aos ocupantes de cargos públicos o direito de saber no momento da prática de um crime qual o tribunal competente para julgá-los, bem como garantiam a toda a sociedade o direito de ver este crime processado por um juiz cuja competência estivesse definida em lei anterior ao fato, sem que eventual renúncia do ocupante de cargo público pudesse modificá-la²⁵⁷.

Assim, o que se observar é que, de certa forma, a Lei nº. 10.628/2002 retomou a situação que se apresentava antes do cancelamento do verbete nº. 394, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, restabelecendo a aplicação do princípio do juiz natural nos processos decorrentes de infrações penais praticadas no exercício de alguma função pública.

Classificando, porém, a nova lei como uma “evidente reação legislativa” ao cancelamento do mencionado verbete nº. 394 da Súmula do Tribunal, concluiu-se por sua inconstitucionalidade formal, uma vez que uma norma inferior não poderia pretender interpretar autenticamente a Constituição, papel que é reservado à Corte Suprema, sobretudo expressando um entendimento em sentido contrário:

Quando, ao vício da inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal 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 de sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames²⁵⁸.

Sem adentrar a análise dos argumentos apresentados pelo Tribunal para tomar tal decisão, objeto de inúmeras polêmicas envolvendo o papel do Poder Legislativo como intérprete constitucional e os limites preceituados pela divisão de poderes, o fato é que, na ocasião, prevaleceram razões político-institucionais, sem que o mérito da questão, mais uma vez, tenha sido profundamente considerado.

Saliente-se, ainda, que, em complemento, o mesmo regramento previu a existência do foro por prerrogativa de função também nas ações em que os ocupantes de cargo ou função pública fossem acusados de improbidade administrativa, em uma surpreendente ampliação da competência originária do Supremo Tribunal Federal.

²⁵⁷ BORGES, 2007, p. 211.

²⁵⁸ STF, ADIn nº 2.797-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-09-2005, D.J.: 19-12-2006.

Também nesta hipótese a norma foi considerada inconstitucional, pelo fato da competência da Corte ser fixada na Constituição de forma exaustiva, não havendo possibilidade, diante de sua rigidez, de se aumentar tal rol mediante lei.

A enfática manifestação do Supremo Tribunal, contudo, não se mostrou suficiente a obstar outras tentativas no sentido de ampliar as competências originárias do Supremo por meio da interpretação do texto constitucional, sendo vários os exemplos neste sentido.

Com efeito, verifica-se que diante da existência de uma acusação por improbidade administrativa contra parlamentares ainda hoje são suscitados debates sobre a possibilidade de transferência do foro competente para o Supremo Tribunal. O argumento principal, neste caso, o qual se reveste de inúmeras polêmicas, é o do forte conteúdo penal das sanções previstas na lei de improbidade administrativa, além de uma possível equiparação das condutas ali previstas aos crimes de responsabilidade²⁵⁹.

Ainda a título de ilustração, vale citar que suplente de Senador já pleiteou o gozo do foro por prerrogativa de função perante a Corte Suprema, mesmo sem ter exercido o mandato²⁶⁰. Decidiu o Supremo, neste caso, pela impossibilidade de se admitir tal situação, sob o fundamento de que a atração da competência originária, de natureza *intuitu functionae*, ocorreria unicamente em relação ao titular eleito para exercer o cargo, havendo, por isso, de se fazer uma interpretação restritiva do art. 53, § 1º, da CF, porquanto dirigido apenas a Senadores e Deputados Federais.

Neste caso, além da referência expressa à interpretação restritiva, ainda se acrescentou que as prerrogativas constitucionais dos parlamentares seriam excepcionais, visando o exercício livre e desembaraçado do mandato. E que se o legislador quisesse estender tal proteção a outras hipóteses, deveria providenciar sua inclusão na Constituição.

Observa-se, portanto, que mesmo atualmente, após a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 10.628/2002 pelo STF, ainda são várias as tentativas empreendidas tanto no campo da interpretação constitucional como por meio da apresentação de propostas legislativas, visando permitir a aplicação da disciplina a respeito do foro por prerrogativa de função em situações não previstas pela Constituição.

²⁵⁹ A matéria foi objeto de análise na Recl. nº. 2.138-6, em que se contestava ação de improbidade administrativa contra ex-ministro de Estado ajuizada junto à Justiça Federal, com base no artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal. Por seis votos a cinco, o STF concluiu que ministros de Estado devem ser processados com base na Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/50) e não pela Lei de improbidade. Apesar de, nesta ocasião, o exame ter como foco um ex-ministro, e não um parlamentar, é possível entender como válido o mesmo raciocínio. Registre-se que a orientação do Supremo nesse sentido, contudo, pode não perdurar por muito tempo. Isso porque quatro ministros da Corte — Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia — não votaram nesse processo. Diante de um placar tão apertado não se afigura improvável uma alteração neste entendimento.

²⁶⁰ STF, Inq. nº 2.453 AgR./MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, D.J.: 19-12-2006. Informativo nº. 467. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 dez. 2007.

3.5 As propostas legislativas referentes ao tema

As inúmeras discussões sobre as eventuais vantagens e/ou desvantagens da manutenção do foro por prerrogativa de função para alguns ocupantes de funções públicas não se restringem aos bancos acadêmicos ou às decisões dos tribunais, alcançando também as Casas Legislativas. E, interessante notar, tanto em um quanto em outro local, observa-se a mesma divisão de opiniões sobre o tema, confirmando que, até o momento, ainda não há uma posição firme quanto à sua permanência no ordenamento pátrio.

Com efeito, se, ao longo do tempo, várias foram as propostas legislativas sobre o assunto, versando sobre diferentes aspectos do instituto²⁶¹ ou visando incluir outros indivíduos no rol daqueles que gozam da prerrogativa²⁶², hoje, no âmbito do Congresso Nacional, as duas vertentes encontram-se bem marcadas, por meio de duas Propostas de Emenda Constitucional.

Diametralmente opostas, as Propostas de Emenda à Constituição (PECs) n.º. 358/2005 e 130/2007 veiculam cenários diferentes (e excludentes) para o futuro da competência especial por prerrogativa de função no direito brasileiro. Tal como verdadeiros oponentes de batalha, cada uma possui ferrenhos defensores e arrasta uma legião de simpatizantes.

3.5.1 A PEC n.º. 358/2005

Após a promulgação da Emenda Constitucional n.º. 45, em dezembro de 2004, identificada com a Reforma do Judiciário, que inovou de modo substancial a sistemática

²⁶¹ A título de ilustração, vale mencionar, sem pretensão de esgotar o rol, a existência, no Senado, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º. 81/2007, do Senador Gerson Camata, visando suprimir da Constituição da República o foro privilegiado em processos criminais e, na Câmara, da PEC n.º. 470/2005, do Deputado Anselmo, que propõe a extinção do instituto para os parlamentares. Há, ainda, aquelas que, por questões de similaridade, foram reunidas, tal como a PEC n.º. 168/2007, apensada à PEC n.º. 130/2007.

²⁶² Dentre tais iniciativas, identificam-se verdadeiras surpresas, tais como a proposta de anteprojeto de lei apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, em 2004, ao Colégio de Presidentes de Seccionais da OAB, o qual prevê a prerrogativa de foro especial para advogado por ato praticado no exercício da profissão. Segundo tal proposta, nos crimes comuns, praticados no desempenho da profissão perante juízos federais de primeira instância, o advogado será processado e julgado pelos Tribunais Regionais Federais; tratando-se da mesma situação, ocorrida perante juízes de primeira instância estadual, os Tribunais de Justiça serão os órgãos competentes. Argumenta-se que, sendo o advogado indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão [Artigo 133, da Constituição de 1988], além de prever a lei [Lei n.º. 8.906/94] que mesmo no seu ministério privado seus atos constituem “múnus público”, caracterizar-se-ia aí o exercício de uma função pública, que autorizaria lhes fosse atribuído o mesmo tratamento dispensado

constitucional sobre diversas matérias, verificou-se a necessidade de complementar o trabalho ali iniciado, abordando outras questões de elevada importância para o bom desempenho do Poder Judiciário.

As novas propostas para o prosseguimento da Reforma do Judiciário foram reunidas na Proposta de Emenda à Constituição n.º. 358/2005. Neste sentido, vários são os temas ali tratados, tais como a fixação do número de integrantes na composição de tribunais, organização de algumas carreiras públicas, a criação da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual, o estabelecimento da súmula impeditiva de recursos, dentre outras pautas igualmente inovadoras.

Em relação ao foro especial por prerrogativa de função²⁶³, vários são os dispositivos que o mencionam, existindo desde a previsão de sua concessão, perante o Supremo Tribunal Federal, para os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público até a ampliação da competência do órgão máximo do Judiciário brasileiro para processar e julgar a ação popular e a ação civil pública contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Este último ponto, saliente-se, verdadeiramente revoluciona a sistemática adotada pela Corte até os dias de hoje, sendo amplamente conhecido seu posicionamento quanto à não apreciação de tais ações²⁶⁴. É possível crer que a aprovação de tal medida iria resultar em um aumento significativo do número de feitos sob responsabilidade deste tribunal, sendo oportuno questionar, inclusive, se, na prática, com a estrutura de que dispõe a Corte, seria tal medida implementável.

Ademais, destaca-se na proposta o acréscimo do artigo 97-A à Constituição da República, segundo o qual “a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública, inclusive para a ação de improbidade, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função”. Trata-se de dispositivo que reproduz o disposto no artigo 84, do Código de Processo

aos magistrados e membros do Ministério Público, os quais possuem foro especial. Disponível em <<http://www.oab-sc.org.br/controller?command=noticia.Detail&id=428>> Acesso em 23 nov. 2008.

²⁶³ Um aspecto interessante em relação ao instituto refere-se à sua terminologia, como observado por Luciano Rolim. Isto porque, “[...] adotou-se, durante toda a história constitucional brasileira, a expressão ‘foro privilegiado’. A despeito disso, constata-se, na doutrina e na jurisprudência, uma preferência pelo emprego, em relação a autoridades públicas, da expressão ‘foro especial por prerrogativa de função’, o que sugere uma interpretação restritiva, destinada a afastar do âmbito de proibição da norma as autoridades públicas, para as quais a previsão de foro especial não caracterizaria foro privilegiado”. ROLIM, Luciano. Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 629, 29 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6510>>. Acesso em 19 jan. 2009. Na Proposta de Emenda à Constituição n.º. 358/2005 busca-se legitimar constitucionalmente tal entendimento, por meio da utilização da expressão “foro especial por prerrogativa de função” no texto da Constituição de 1988.

²⁶⁴ Tradicionalmente, o STF negava a existência de foro especial na seara cível – inclusive ação popular e ação civil pública – sob o argumento de que a prerrogativa só fora prevista expressamente na Constituição Federal para o processo e julgamento de crimes.

Penal, na redação inserida pela Lei n.º. 10.628/2002, declarada inconstitucional em 2005, por meio da ADIn n.º. 2.797.

À época, lembre-se, um dos argumentos mais fortes pela declaração de inconstitucionalidade consistia exatamente na impossibilidade de se ampliar a competência originária dos tribunais, de ordem constitucional, por meio de uma lei ordinária. Assim, busca-se afastar tal óbice, de caráter formal, constitucionalizando os mesmos preceitos então existentes.

Os defensores da medida alegam “que se faz mister conferir tratamento constitucional adequado a uma questão essencialmente ligada a governabilidade, que transcende ao exercício do mandato²⁶⁵”. O argumento foi endossado pela ministra Ellen Gracie e pelo ministro Gilmar Mendes, em audiência pública sobre a proposta, na Câmara dos Deputados, no ano de 2006, defendendo a ampliação do foro especial para ações de improbidade e sua extensão para ex-autoridades²⁶⁶. Os críticos²⁶⁷, por outro lado, são firmes em apontar os problemas que a aprovação da proposta acarretaria, tais como o imediato congestionamento dos tribunais de todo o país, cuja natureza é eminentemente recursal, não possuindo vocação para instrução de processos, o que geraria diversos transtornos na apuração dos fatos.

3.5.2 A PEC n.º. 130/2007

Diferente da proposta anterior, a PEC n.º. 130/2007 tem como único objeto o foro por prerrogativa de função. Seu objetivo, no entanto, é a completa extinção do instituto, sendo, neste sentido, proposta a revogação do inciso X do art. 29, do inciso III do art. 96, das alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 102, da alínea *a* do inciso I do art. 105, e da alínea *a* do inciso I do art. 108, todos da Constituição de República de 1988.

Caso aprovada, portanto, não mais disporiam de foro especial os prefeitos, juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Justiça, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Cessaria também

²⁶⁵ Parecer do Relator, deputado Paes Landim, à Proposta de Emenda à Constituição n.º. 358, de 2005. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/428987.pdf>> Acesso em 18 dez. 2008.

²⁶⁶ FREITAS, Silvana de. STF defende foro privilegiado para ações de improbidade. Folha Online, 01 jun. 2006. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u79150.shtml>> Acesso em 18 dez. 2008.

²⁶⁷ Dentre os que se posicionam contrariamente à proposta, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) tem se apresentado como um dos maiores críticos ao teor da Proposta de Emenda, tendo promovido, inclusive, movimentos de caráter nacional contra a ampliação do foro por prerrogativa de função.

a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, e nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Afastar-se-ia, ainda, a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais. Além disso, não mais subsistiria a competência originária do Tribunal Regional Federal para processar e julgar os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Ou seja, todas as autoridades que hoje se inserem na regra especial de competência voltariam a ser julgadas perante os juízos ordinários, pois, segundo os autores da proposta, nenhum dispositivo que autorize o desequilíbrio entre os cidadãos, com a conseqüente violação da igualdade, se justificaria em uma República. Vale frisar que, na verdade, não deixam de admitir que a prerrogativa de foro é outorgada constitucionalmente, *ratione muneris*, a significar que é deferida em razão do cargo ou de mandato, porém argumentam que, hoje, o instituto se descaracterizou, estando degradado à condição de simples privilégio de caráter pessoal.

Em última instância, portanto, a proposta tem como principal justificativa para extinção do foro constitucional o seu (cada vez mais constante, é de se dizer) mau uso. Cabe registrar que, sob uma ótica essencialmente imparcial, mostra-se bastante simplista defender, sob o argumento de que, na prática, tem sido desviado de seus propósitos, a abolição de um instituto que possui raízes antigas no ordenamento pátrio e recebe, inclusive, amparo jurídico para sua existência. Não se quer com isto expressar uma defesa incondicional do instituto, mas sim destacar a necessidade de analisar o assunto de forma técnica, sem resvalar para a fácil tentação da crítica a qualquer preço.

Em consonância com tal posição, a Comissão Especial designada para apreciar a proposta aprovou o substitutivo do Relator, deputado Regis de Oliveira, segundo o qual todas as autoridades responderão no juízo de 1º grau, mas as denúncias apresentadas contra os titulares em exercício de poder serão recebidas, primeiramente, pelo tribunal competente. No caso de detentores de cargo federais, por exemplo, a denúncia será analisada pelo Supremo Tribunal Federal e remetida ao juiz do estado de domicílio do acusado²⁶⁸.

Verifica-se que, na verdade, o foro especial, ao invés de simplesmente extinto, seria atenuado, já que, muito embora o processo e julgamento das autoridades que hoje gozam da prerrogativa não mais ocorresse perante os tribunais, estes órgãos teriam o encargo de realizar uma primeira análise da questão, a fim de decidir pelo recebimento ou não da denúncia. Os tribunais passariam a exercer, portanto, uma espécie de “filtro”, que, acredita-se, ajudaria a evitar ações que careçam de real fundamento.

Vale ressaltar que, apesar da diferença nas datas de proposição e do lapso temporal transcorrido no percurso de tramitação, encontram-se ambas as Propostas, atualmente, prontas para apreciação na Câmara dos Deputados. Ainda que seja difícil crer que tal situação tenha ocorrido por um simples acaso, dada a importância do assunto e os inúmeros interesses políticos envolvidos, fato é que se anuncia para breve o desfecho da batalha entre os defensores e os críticos do foro especial por prerrogativa de função. Espera-se, então, que independente do juízo sobre o mérito de cada um dos projetos, possa ser obtida uma solução que priorize o interesse da sociedade como um todo na construção de um Estado não só verdadeiramente democrático como ético.

²⁶⁸ Parecer do Relator, deputado Regis de Oliveira, à Proposta de Emenda à Constituição n.º. 130, de 2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574377.pdf>> Acesso em 18 dez. 2008.

4. A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A AÇÃO DE IMPROBIDADE

4.1 Breve panorama da improbidade administrativa

Nos últimos anos, no Brasil, as reflexões sobre a ética na esfera pública, em sentido amplo, têm sido objeto de intensos debates, mormente em relação ao desempenho das atividades políticas por aqueles indivíduos que detêm um mandato eletivo. De uma forma geral, verifica-se um crescente desvirtuamento do homem público das tarefas às quais se comprometeu perante a coletividade em detrimento da busca de vantagens exclusivamente pessoais, o que fere gravemente os princípios éticos que deveriam ser por eles observados.

Os temas ligados à ética e à moralidade desdobram-se em diversos matizes, a depender do campo ao qual serão aplicadas, porém, a ética aplicada à função pública, segundo Fábio Medina Osório, “tem seu eixo básico na idéia de bem comum e de pessoas ao serviço de interesses gerais dentro do primeiro setor, ou seja, o Estado (direta ou indiretamente presente)²⁶⁹”. E, no momento em que há uma ruptura desses interesses, esfacela-se a relação entre representantes e representados, base de sustentação da política. De fato:

Se pertence à natureza do homem ter uma existência prática, pertence à natureza do homem ter uma existência política, pois é somente visando ao bem mais eminente de todos e, portanto, no interior de uma comunidade política, que o homem torna efetiva sua humanidade. Longe de ser transposto para uma relação exterior, que opõe uma comunidade a uma outra, o modo de existência político é uma relação interna de uma comunidade, que põe em relação agentes que partilham a procura de um mesmo bem²⁷⁰.

Longe da necessária união em torno de um só objetivo, o que se nota hoje é que há, em última análise, um crônico mau uso do poder que o povo conferiu aos agentes estatais e, particularmente, aos detentores de mandato eletivo. Embora, por exigência da função, o uso do poder seja elementar a tais agentes, seu sentido último é o de um dever, a ser utilizado exclusivamente para o alcance dos fins objetivados pela coletividade²⁷¹, tal como fixado no momento do Pacto Social originário, sob a ótica contratualista.

²⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

²⁷⁰ PÉCHARMAN, Martine. A idéia do político. In: *Ensaio de filosofia política*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2001, p. 196.

²⁷¹ Embora, de uma forma geral, seja o mau uso do poder um fenômeno associado aos tempos atuais, talvez pela publicidade proporcionada pela mídia ao assunto no passado recente, a constatação de sua existência remonta à Antiguidade. De fato, Aristóteles discorrendo sobre as perversões da comunidade política, assinalava que: “[...] a aristocracia degenera em oligarquia pela maldade dos governantes, que distribuem sem equidade os bens da cidade, e todas ou a maior parte das coisas boas destinam a si mesmos, e as magistraturas ficam sempre nas mãos das mesmas pessoas, privilegiando-se acima de tudo a

Não se pode, desta forma, prescindir de alguma espécie de controle sobre os atos de tais agentes, buscando garantir a correção de suas condutas, sem que isto signifique uma indevida ingerência em suas funções ou, pior, um ataque à própria democracia, como anotado por García de Enterría²⁷²:

Nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles.

Outro não é o entendimento de Ana Paula de Barcellos, segundo a qual “na outra ponta da soberania popular está a idéia de controle, de responsabilidade²⁷³”. Na verdade, segue a autora argumentando, “o ideal republicano impõe a separação entre os interesses privados dos agentes públicos e o interesse público que lhes cabe defender ou promover e, por consequência, possibilita o controle dessa situação²⁷⁴”.

Mesmo porque, como já defendia John Locke, no Segundo Tratado sobre o Governo, pressupõe-se existir uma relação de confiança (ou fidúcia, na expressão do autor) entre governados e governantes, pela qual os primeiros confiam a sua gestão às pessoas que elegem. Contudo, o objeto desta gestão permanece como propriedade do povo e seus fins não podem, assim, ser outros que não os interesses do grupo, sob pena da possibilidade de afastarem-se aqueles que se desviem de tais propósitos²⁷⁵. A quebra de tal confiança, na verdade, implicaria na ruptura da própria legitimidade do sistema democrático, pois o povo sentir-se-ia diante de um poder estranho aos seus anseios, que não é capaz de atuar em benefício da coletividade, mas tão-só em proveito próprio²⁷⁶.

E, por consequência, tornando-se os casos de corrupção político-administrativa, malversação do dinheiro público e outros atos lesivos ao patrimônio coletivo cada vez mais constantes – fatos que traduzem, na prática, a quebra de confiança apontada, ocorre que a política, como instrumento e como instituição, perde, aos olhos da opinião pública, sua dignidade e função.

riqueza; e assim os governantes são poucos e maus, em vez de serem os melhores entre os homens”. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 186.

²⁷² ENTERRÍA, 1998, p. 111.

²⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *In*: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 356, p. 13, jul./ago. 2001.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

²⁷⁵ Nas palavras de John Locke: “[...] todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julgarem melhor para garantia e segurança próprias”. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 109.

²⁷⁶ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 105.

Diante da constatação de que tal cenário, que implicava em inegáveis prejuízos para toda a sociedade, se propagava rapidamente, passou-se a pugnar por um novo perfil para a Administração Pública, de modo que os ocupantes de funções públicas atuassem com integridade e total foco no atendimento aos interesses coletivos, em consonância, na verdade, com os postulados do Estado Democrático de Direito. Crescia, desta maneira, a preocupação com o fenômeno da imoralidade administrativa, sobretudo ao se considerar, por um raciocínio mesmo intuitivo, que não poderia aquele incumbido de dirigir as ações estatais e por elas zelar em prol da moralidade carecer, ele mesmo, de moral²⁷⁷.

Entretanto, como observa Wallace Martins Júnior, a tradicional deturpação do poder, sendo tão arraigada, disseminou, na sociedade brasileira, uma incômoda cultura da improbidade administrativa, “pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais²⁷⁸”. Dentre as causas que contribuíram para esse estado de coisas, aponta o autor para características inerentes ao Estado brasileiro, identificado como excessivamente tutelar, burocrático e interveniente nas relações sociais, aliado à passividade da própria população frente a tal situação²⁷⁹. De forma geral, tais ocorrências são reunidas sob um só prisma, designado pela genérica expressão “corrupção”. Porém, necessário esclarecer que esta expressão, sob a ótica do direito criminal, não deve ser utilizada como sinônimo de improbidade administrativa.

De fato, prevê o Código Penal brasileiro as figuras da corrupção passiva (artigo 317) e corrupção ativa (artigo 333), mas, como observa Humberto Pimentel Costa, “a corrupção que equivale à improbidade administrativa é mais ampla, devendo-se tomar por base não apenas a venalidade, mas toda forma de comprometimento dos princípios que informam a administração pública. Corrupção, nesse sentido, é deturpação, desvio. O próprio Código Penal (art. 271), quando prevê o crime de corrupção de água potável, já utiliza uma semântica

²⁷⁷ Interessante a análise de Rui Barbosa sobre a crise moral que, já em tempos passados, observava alastrar-se pela classe política brasileira. Em tom amargo, anotou o autor: “A república está doente, arruinada, senão perdida, na sua moralidade. O que lhe falta, são homens, que a queiram adotar, sem a explorar. O que a mata, é a sua absorção no domínio das vontades, que só a professam para a corromper. Trata-se de uma falência geral nas condições de vida civilizada”. *A crise moral*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1962, p. 15.

²⁷⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 2.

diferente, voltando a valer-se de outro significado quando cuida da corrupção de menores (art.218)²⁸⁰. Ou seja, em termos técnicos, há significativa diferença entre as expressões.

Por outro lado, não se pode deixar de admitir que, mesmo carecendo de amparo técnico, em sentido estrito, a associação da corrupção com a improbidade administrativa, ambas identificadas por seu semelhante aspecto negativo, tem por vantagem ampliar a discussão do tema entre os indivíduos de formação não jurídica e, por conseqüência, possibilitar que tal interdisciplinaridade resulte em novas contribuições para o estudo (e combate) do tema²⁸¹. E, em sendo assim, não se mostra despropositado considerar a improbidade como uma forma de corrupção ocorrida no âmbito estatal (corrupção administrativa)²⁸².

Nesta ordem de idéias, afirma Emerson Garcia que a corrupção, apesar de possuir múltiplos significados, indica, em relação à esfera estatal, “o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados pela norma²⁸³”. Deste modo, o desvio de poder e o enriquecimento ilícito, fatos tipicamente associados aos agentes públicos, surgem como elementos característicos da corrupção²⁸⁴, a qual não respeita barreiras geográficas.

Note-se que tal problema, na verdade, nunca se mostrou como uma exclusividade brasileira, sendo observado também em diversos outros países, em maior ou menor grau. A preocupação com a corrupção e possíveis formas de combatê-la²⁸⁵ transcende fronteiras, já que, independente do local, são sempre nefastos os efeitos do desvirtuamento da Administração Pública e a afronta aos princípios basilares da ordem jurídica.

O interesse de Estados reconhecidamente mais desenvolvidos sobre o assunto pode ser verificado, em um exemplo emblemático, pela edição do denominado “Informe Nolan”, documento que passou a ser apontado como referência no trato da ética na esfera pública.

²⁸⁰ COSTA, Humberto Pimentel. Corrupção e Improbidade Administrativa. In: *Revista do Ministério Público – Alagoas*, n.15, jan./jun. 2005. Disponível em <www.mp.al.gov.br/legba/arquivo.asp?vCod=121> Acesso em 20 abr. 2009.

²⁸¹ COSTA, *op. cit.*

²⁸² Ao examinar ação de improbidade administrativa, o Ministro Luiz Fux destacou que “a improbidade arrasta a noção de ato imoral com forte conteúdo de corrupção econômica”. STJ, REsp nº. 721.190/CE, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13-12-2005, D.J.: 13-02-2006.

²⁸³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

²⁸⁴ Na lição de Caio Tácito: “No desvio de poder – como exprime sua denominação –, o agente abandona o fim legítimo da competência para servir, entre outras hipóteses, ao enriquecimento ilícito e à corrupção administrativa”. Improbidade administrativa como forma de corrupção. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia. (Coord.) *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191.

²⁸⁵ Como noticia Fábio Medina Osório: “A corrupção tem sido um dos temas centrais no processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para seu combate quanto para implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnósticos precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos”. OSÓRIO, 2007, p. 27.

O “Informe Nolan”, aprovado em 1995, foi um documento elaborado por um Comitê especialmente nomeado pelo Primeiro Ministro da Inglaterra e presidido por Lord Nolan, um juiz. A finalidade do Comitê era estabelecer uma pauta de condutas éticas para todos aqueles nomeados para um cargo público (ministros, funcionários da Administração Pública, detentores de mandato eletivo e seus assessores), de modo a assegurar altos padrões de conduta pública.

Segundo García de Enterría, a reação da opinião pública aos escândalos protagonizados por ocupantes de funções públicas constituiu a grande motivação para criação do Comitê:

El Informe Nolan intenta responder a la “gran ansiedad” pública despertada por el tema de la conducta en la vida política e administrativa. El motivo inmediato parece haber sido la denuncia prolongada em los medios de comunicación de escândalos, corrupciones y abusos por parte de la clase política²⁸⁶.

O documento, assim, buscou reavivar os padrões éticos da vida política e, por consequência, restabelecer como valor central a confiança pública dos governados em seus governantes, um dos temas considerados fundamentais para a subsistência do próprio sistema democrático²⁸⁷.

Ao fim dos trabalhos, o “Informe” estabeleceu uma espécie de mandamento básico para reger a atuação dos indivíduos que ocupam funções no governo, sintetizado em sete princípios da vida pública: capacidade de assumir o interesse público como objetivo de atuação pessoal, integridade, objetividade, responsabilidade, transparência, honestidade e liderança²⁸⁸. E, embora não se possa afirmar que a elaboração de um documento que veicule as boas práticas no desempenho da vida pública irá, por si só, gerar mudanças no comportamento dos agentes estatais, não se pode deixar de admitir que o simples fato de ter o governo inglês demonstrado iniciativa em debater o problema já se apresenta como um grande avanço.

Vale ressaltar que, muito embora se apresente o “Informe Nolan” como símbolo da preocupação com o tema da moralidade administrativa e da revitalização da ética no plano externo, o tema também é objeto de estudos em outros países.

²⁸⁶ ENTERRÍA, 1998, p. 85-86.

²⁸⁷ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 87.

²⁸⁸ Os critérios e recomendações do Informe Nolan, incluindo a enumeração e definição de cada um dos sete princípios da vida pública, tal como estabelecidos pelo Comitê ao final dos trabalhos, foi resumido em um só documento, disponível em <http://www.public-standards.org.uk/Library/OurWork/First7Reports_ProgressReviewSummary.pdf> Acesso em 23 abr. 2009.

Wallace Martins Júnior, citando o trabalho de autores franceses, noticia que, após a identificação da existência de diferentes “graus” de corrupção, tendo em vista a maior ou menor reprovação da opinião pública, “na França medidas foram tomadas, como a transparência patrimonial na vida política, limitações do financiamento dos partidos políticos, além da criação de órgãos públicos específicos em matéria de prevenção de fraudes à concorrência e à corrupção, controle de contas de campanhas políticas, etc.²⁸⁹”.

Especificamente sobre o combate à corrupção, é possível citar as iniciativas da Itália, ao elaborar um Código de comportamento dos empregados das Administrações Públicas, de 1993; bem como da Espanha, com a criação da “Fiscalía Especial”, também conhecida como “Fiscalía Anticorrupción”, órgão integrante do Ministério Público incumbido da repressão aos crimes econômicos relacionados ao assunto e da Alemanha, onde foi editada a Lei de combate à corrupção, de 1997, dentre outros²⁹⁰.

Tais exemplos demonstram que se fez sentir, a nível mundial, a indispensável necessidade de priorizar a reflexão sobre a ética pública e envidar esforços no sentido de estabelecer planos concretos para sua preservação e promoção, buscando, em última análise, conferir sentido à política, sob pena de destituírem-se os seus alicerces e esvaziá-la da própria razão de existência, com reflexos negativos para a democracia. E não se desvirtuou o Brasil de tal movimento, observando-se desde há muito no ordenamento jurídico pátrio a tentativa de editar medidas que primassem pela moralidade no desempenho das atividades públicas, do que é exemplo destacado a Lei de Improbidade Administrativa, de 1992, que gerou (e ainda gera) muitas polêmicas quanto à sua aplicação²⁹¹.

²⁸⁹ MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 6.

²⁹⁰ GARCIA; ALVES, 2006, p. 30.

²⁹¹ Vale lembrar que o Brasil também dispõe de um Código de Conduta da Alta Administração Federal, instituído em agosto de 2000, além de manter uma Comissão de Ética Pública, criada por Decreto em maio de 1999 e vinculada ao Presidente da República, que tem por missão zelar pelo cumprimento daquele documento e orientar as autoridades para que se conduzam de acordo com suas normas.

4.2 A tutela da probidade administrativa no direito brasileiro

4.2.1 Antecedentes legislativos

Não é recente a preocupação com a probidade administrativa no Brasil, sendo várias as tentativas legais, inseridas no ordenamento jurídico pátrio ao longo do tempo, visando impedir a lesão ao patrimônio público.

De fato, verifica-se que a Constituição de 1934, de modo pioneiro, preocupou-se com o controle ético da Administração Pública, inserindo em seu texto a previsão de que qualquer cidadão possuiria legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e Municípios. Em alguma medida, é possível entender tal ato como uma das primeiras previsões normativas de combate à improbidade administrativa.

Na mesma linha de raciocínio, em 1941, foi editado o Decreto-Lei n.º 3.240, que previa o seqüestro de bens daquele que fosse condenado por crime do qual resultasse prejuízo à Fazenda Pública. Ou seja, a perda dos bens constituía efeito da condenação criminal, não se mantendo em caso de extinção da ação ou de absolvição²⁹².

Posteriormente, incluiu-se na Constituição de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 3º, a determinação de que a lei iria dispor sobre o seqüestro e o perdimento de bens, em situações envolvendo ocupantes de postos públicos. E, de modo a regulamentar o dispositivo, em 1957, surge a Lei n.º 3.164, conhecida como lei Pitombo-Godói Ilha²⁹³. Nesta, restava estabelecida a possibilidade de o Ministério Público ou de qualquer do povo ajuizar medidas cabíveis contra qualquer servidor público que tivesse enriquecido ilicitamente por abuso do cargo, emprego ou função pública, bem como emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tivesse incorrido. Vale registrar, portanto, que a ação fundada nesta lei possuía natureza cível, sendo cíveis também as sanções dela decorrentes²⁹⁴.

Em complemento, em 1958, foi editada a Lei n.º 3.502 – Lei Bilac Pinto - que, sem revogar a anterior, regulou o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento

²⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 660.

²⁹³ Emerson Garcia aponta o longo hiato existente entre a promulgação do texto constitucional e sua regulamentação, aproximadamente onze anos, o que demonstraria a falta de interesse em combater de fato a corrupção. Comenta, ainda, que em função de dificuldades processuais, a Lei n.º 3.164/57 teve pouca aplicação prática, não atingindo a efetividade que se poderia esperar de uma norma dessa natureza. GARCIA; ALVES, 2006, p. 180.

²⁹⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 660.

ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. Deste modo, em nada foi afetada a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Quanto aos efeitos práticos, não obstante ter melhor sistematizado a matéria, a ineficácia, segundo Emerson Garcia, persistiu, devido, entre outros, à dificuldade de prova dos requisitos necessários para caracterizar o enriquecimento ilícito e a não previsão de sanções outras ao agente que não a perda dos bens adquiridos ilicitamente, de modo que continuava o indivíduo a exercer seu cargo²⁹⁵.

No ano de 1965 foi editada a Lei da Ação Popular (Lei n.º. 4.717), que trouxe a possibilidade de ajuizamento de ação para anulação ou declaração de nulidade de todos os atos atentatórios contra o patrimônio público por qualquer cidadão. Não obstante sua importância por não deixar incólumes os ilícitos praticados, tampouco estabeleceu sanções diretas ao agente, mas tão-somente a obrigação de recompor o patrimônio público, ressarcindo o dano causado.

A Constituição de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 11 – alterado para o artigo 153, parágrafo 11, quando da edição da Emenda Constitucional n.º. 1/1969 – tal como o documento constitucional anterior, mencionava a necessidade de regulamentação legal do perdimento de bens por danos causados ao erário ou na hipótese de enriquecimento ilícito quando do exercício de função pública²⁹⁶.

Interessante notar que, a partir do Ato Institucional n.º. 5 facultava-se ao Presidente da República a possibilidade de decretar diretamente o confisco dos bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, sem apreciação do Poder Judiciário. Contudo, em nenhum momento houve a revogação das Leis n.º. 3.164 e 3.502, que previam a decretação judicial de medidas relativas à retenção de bens²⁹⁷. O latente conflito aí existente só foi solucionado em 1978, quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º. 11, que revogou a previsão de confisco sem o crivo judicial e voltou a reforçar a necessidade de lei para regulamentar a situação.

Na prática, tal regulamentação não ocorreu, fazendo com que, por consequência, permanecesse sendo aplicadas as Leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto, as quais foram recepcionadas pela Constituição de 1988, até o advento da Lei 8.429/02, diploma jurídico que expressamente as revogou²⁹⁸.

²⁹⁵ GARCIA; ALVES, 2006, p. 181.

²⁹⁶ DI PIETRO, 2001, p. 661.

²⁹⁷ Este confisco foi disciplinado pelo Ato Complementar n.º. 42/69 e pelo Decreto-Lei n.º. 359/68, que conviviam com as medidas previstas nas Leis n.º. 3.164/57 e 3.502/58.

²⁹⁸ Art. 25, Lei n.º. 8.429/92 - Ficam revogadas as Leis n.ºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

4.2.2 A improbidade na Constituição de 1988

Quando da elaboração da Constituição de 1988, inovou o constituinte originário, ao inscrever em seu artigo 37, parágrafo 4º, que os atos de improbidade importariam não só na indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, como também na suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Diferente dos documentos constitucionais anteriores, que cuidavam exclusivamente do enriquecimento ilícito, a Carta atual alargou a esfera de proteção do patrimônio público e da Administração Pública. Desta forma, a partir de então restou positivada a fonte normativa de validade das leis de combate à improbidade administrativa, entendida como gênero, na qual se inclui a espécie enriquecimento ilícito²⁹⁹.

Na verdade, o maior rigor com o tema neste documento se coaduna com a perspectiva discursiva adotada pela Assembléia Constituinte que a originou, marcada, segundo Gisele Cittadino, pela, dentre outros, busca de um fundamento ético para o ordenamento jurídico. Por conseqüência, o texto constitucional apresentaria, sob a forma de normas, todo um sistema de valores, que seriam realizados no momento de sua aplicação, por via interpretativa³⁰⁰.

Com tal aproximação do direito à ética (ou vice-versa), certas normas de cunho moral assumiram uma dimensão jurídica³⁰¹. Neste ponto, a falta de probidade administrativa insere-se “no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos³⁰²”.

O que se deve enfatizar é que não se pretende transformar a moralidade, em sentido amplo, em uma espécie de bandeira ideológica que deva ser imposta como modo de viver a todos aqueles que ocupem funções públicas, sob pena de confundir-se a vida privada com a pública³⁰³. Hely Lopes Meirelles, com base nos ensinamentos de Maurice Hauriou, esclarece

²⁹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 30.

³⁰⁰ CITTADINO, 1999, p. 46.

³⁰¹ Fábio Medina Osório observa que os preceitos dos artigos 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII, 37, *caput*, § 4.º, 142, VI, 72, § 2.º, 85, V, e 52, I, todos da Constituição de 1988, versam normas de ética institucional, ou de moralidade administrativa, sem desconsiderar a existência de outros tantos preceitos constitucionais que, indiretamente, absorvem contribuições da moral jurídica, como ocorre com a exigência de idoneidade moral ou reputação retilínea para ocupação de certos postos de trabalho. 2007, p. 88-89.

³⁰² *Ibidem*, p. 87.

³⁰³ Conforme anotado por Eros Roberto Grau: “O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais”. Breve nota sobre a moralidade e o direito moderno. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, n. 248, p. 128, mai-ago 2008.

que a moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa enquanto “a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum³⁰⁴”.

A moralidade que se visa, portanto, tal como inscrita na Constituição brasileira de 1988, é a administrativa, mais específica, que é, segundo a doutrina, fonte do dever de probidade administrativa³⁰⁵. Esta é razão pela qual se pode afirmar que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa, sendo a improbidade uma imoralidade qualificada³⁰⁶.

Desta forma, ainda que não exista, de forma expressa, uma definição de improbidade ao longo do texto constitucional, considerando que o artigo 37 elenca o rol dos princípios informadores da Administração Pública, no que se inclui a moralidade, e fazendo uso de uma interpretação sistemática, depreende-se que a improbidade estará sempre presente quando houver a violação dos mencionados princípios³⁰⁷, independente da espécie de atividade desempenhada, desde que relacionada com o trato da coisa pública e que acarrete o desvirtuamento da Administração Pública e a afronta aos princípios nucleares do Estado Republicano e Democrático de Direito³⁰⁸.

Em termos práticos, a norma constitucional carecia de regulamentação para que pudesse produzir seus regulares efeitos. Assim, em 1992 foi, afinal, regulamentado o parágrafo 4º, do artigo 37 da Lei Maior, por meio da edição da Lei nº. 8.429, que passou a ser conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa³⁰⁹”.

³⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

³⁰⁵ Como anotado por Marcelo Figueiredo, “a probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa. O essencial é remarcar que com o princípio, contemplado na Constituição, todos os atos da Administração, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, devem respeito a ele. [...] Desejou o constituinte abarcar no conceito de ‘moralidade’, de ‘probidade’, todas aquelas conhecidas figuras do excesso de poder, do desvio de poder, e foi além. Almeja o controle objetivo da ‘moralidade’ no caso concreto. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

³⁰⁶ SILVA, 1999, p. 649. Após destacar a dificuldade da tarefa, a distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa é assim estabelecida por Maria Sylvania Zanella di Pietro: “A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”. DI PIETRO, 2001, p. 657.

³⁰⁷ Os princípios informadores da Administração Pública, inscritos no artigo 37, da Constituição brasileira de 1988 são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

³⁰⁸ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1998, p. 40.

³⁰⁹ A Lei de Improbidade Administrativa nasceu do Projeto de Lei nº. 1.446/91, enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente Fernando Collor de Mello. Em sua Exposição de Motivos assinalava-se que o combate à corrupção era necessário, por se tratar de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País”.

4.2.3 A Lei n.º. 8.429/1992

A Lei n.º. 8.429/1992 segmentou os atos de improbidade administrativa em três categorias: (i) atos que implicam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), (ii) atos que causam efetivo prejuízo ao Erário (art. 10) e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), para os quais foram cominadas sanções de ordem política, civil e administrativa (art. 12). Diferente dos diplomas anteriores que cuidaram do assunto (Leis n.º. 3.164/57 e 3.502/58), que, basicamente, se limitavam ao enriquecimento ilícito, a atual lei conceituou de forma mais ampla os atos que implicam em improbidade administrativa³¹⁰.

A lei também definiu os sujeitos ativos e passivos dos mencionados atos, o correspondente procedimento investigatório e regulou a ação civil de improbidade administrativa, além de dispor sobre declaração de bens, prescrição e infração penal³¹¹.

Deste modo, passou o Brasil a dispor de um diploma normativo detalhado com a nobre finalidade de tutelar a probidade administrativa. Assim, ainda que se diga que a lei poderia ter sido melhor elaborada e que, à época da tramitação de seu projeto, faltou a promoção de um amplo debate público sobre a matéria, além das apontadas dificuldades práticas quanto à aplicação das sanções³¹², não se pode desconsiderar o mérito de sua existência, sobretudo quanto ao caráter pedagógico de que se reveste:

Ainda que seja reconhecidamente insuficiente para dissipar a improbidade, verdadeira chaga social, já são visíveis as alterações comportamentais por ela implementadas no meio social, em especial junto aos agentes públicos. Essa eficácia transformadora, ainda que muitas vezes desacompanhada de uma efetividade jurídica, não lhe pode ser negada³¹³.

Vale ressaltar, entretanto, que várias foram as dúvidas suscitadas na jurisprudência e doutrina quando do advento do diploma normativo que trata da improbidade administrativa, no que se inclui a definição da competência para julgamento e a conseqüente imposição das sanções impostas aos agentes que transgridam seus dispositivos e quais seriam os reais sujeitos ativos do ato de improbidade, questões cuja definição se reveste de capital

³¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20.

³¹¹ PAZZAGLINI FILHO, *op. cit.*, p. 20.

³¹² Tais críticas constam, por todos, em MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 191.

³¹³ GARCIA; ALVES, 2006, p. 195.

importância no estudo do foro por prerrogativa de função. Deste modo, em que pese não ignorarmos existirem diversas questões controvertidas sobre a lei de improbidade, serão estas as que passaremos a focar nos próximos tópicos.

4.3 A competência para julgamento da ação de improbidade administrativa

Para que se possa estabelecer a competência para julgamento das ações de improbidade administrativa, necessário que, preliminarmente, sejam tecidas algumas considerações sobre a natureza jurídica das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

A violação do dever de probidade, por meio da prática de quaisquer das condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº. 8.429/1992, possibilita a persecução judicial dos responsáveis para imposição de diferentes espécies de sanções, inscritas no artigo 12 do mesmo diploma legal.

Ocorre que desde a edição da lei, passaram a surgir vários questionamentos sobre a natureza jurídica de tais penalidades, com reflexos na prerrogativa de foro concedida a alguns agentes públicos. Doutrina e jurisprudência têm procurado definir a questão, fazendo uso de diversos recursos interpretativos porém, até o momento, não se pode afirmar que exista uma unanimidade sobre o assunto, muito embora a tese da natureza cível, com possíveis reflexos políticos, goze de uma significativa maioria entre os estudiosos³¹⁴.

Emerson Garcia, após lembrar que as sanções da Lei de Improbidade serão aplicadas por um órgão jurisdicional, sem qualquer conotação de hierarquia, afasta a possibilidade de caracterização da natureza das sanções como sendo de cunho disciplinar ou, em última análise, sanções administrativas³¹⁵. Assentada tal premissa, resta analisar se possuem natureza penal ou cível.

O mesmo autor passa, então, a elencar um expressivo rol de fatores que, ao seu juízo, alicerçariam a defesa da natureza cível das sanções³¹⁶:

³¹⁴ Por todos, resume bem a questão Maria Sylvania Zanella di Pietro: “A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário”. 2001, p. 665.

³¹⁵ GARCIA; ALVES, 2006, p. 432.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 433-434.

Inicialmente, registra que a Constituição de 1988, na parte final do artigo 37, parágrafo 4º, além de estabelecer as sanções para os atos de improbidade administrativa, afirma que estas serão aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, razão pela qual se demonstraria existirem aí dois aspectos distintos – cível e penal. Tem-se aí um dos argumentos mais comuns entre os defensores da tese cível, não só por fazer uso da Lei Maior do Estado, documento que ocupa o topo da pirâmide normativa, como pela clareza do texto, que, se não inviabiliza, ao menos dificulta em muito a argumentação em sentido contrário.

E, como decorrência natural do primeiro fator, ao regulamentar o dispositivo constitucional, estatuiu o legislador ordinário no *caput* do artigo 12, da Lei nº. 8.429/1992, em consonância com a Constituição, que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal.

Neste passo, Fábio Konder Comparato é incisivo ao afirmar que, se “a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal³¹⁷”. Assinala, ainda, que a Lei de Improbidade contém uma só definição de crime, contida em seu artigo 19, com a correspondente fixação da pena³¹⁸. Deste modo, considerando que a norma destacou de forma expressa a tipificação de uma única conduta como crime, por um raciocínio lógico, possível entender que seus demais dispositivos devem ser interpretados sob a ótica cível.

Um detalhe interessante no texto da lei também reforça essa linha de argumento. Isso porque consta no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11 o vocábulo “notadamente”, de modo a indicar que as condutas ali arroladas não devem ser entendidas como um rol exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo existir outras não expressamente previstas. E, como é sabido, na seara penal vige o princípio da legalidade estrita, segundo o qual a norma incriminadora deve conter previamente a exata descrição da conduta criminosa.

Ainda sobre tal aspecto, José Augusto Delgado³¹⁹ argumenta que a natureza não penal é reforçada com a determinação do artigo 8º, da lei em comento, que dispõe estar o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio ou se enriquecer ilicitamente sujeito às cominações da lei até o limite do valor da herança. Considerando que, com base no texto constitucional, nenhuma pena passará da pessoa do condenado e que uma das condenações impostas ao réu

³¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, p. 8, jan. 1999.

³¹⁸ COMPARATO, *op. cit.*, p. 9.

³¹⁹ DELGADO, 2003, p. 350.

pela Lei de Improbidade é a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, só estas atingiram o sucessor.

Argumenta-se, ainda, que a utilização do vocábulo “pena” no artigo 12, da Lei n.º 8.429/1992 não tem o condão de modificar a essência do instituto, sendo a semelhança com o direito penal, neste caso, meramente semântica³²⁰. Da mesma forma, a menção a “inquérito policial”, no artigo 22, não permite uma imediata vinculação das sanções decorrentes do ato de improbidade à esfera penal, já que também há a possibilidade de instauração de processo administrativo e não pode ser excluída a utilização do inquérito civil público.

Por fim, lembra Emerson Garcia que, de acordo com o disposto no artigo 18 da Lei de Improbidade, a aplicação das sanções inscritas no artigo 12 pressupõe o ajuizamento de ação civil, enquanto as ações penais são aplicadas por intermédio de ações de igual natureza³²¹. José Augusto Delgado, em comentário ao mesmo artigo 18, salienta, de forma contundente, não ser possível ao intérprete, em face da clareza da lei, mesmo empregando interpretação sistêmica, modificar o querer do legislador, o qual, de forma clara, “definiu que a ação apuradora da improbidade administrativa, nos casos dos arts. 9º a 11 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é uma ação civil de reparação de danos e provocadora de outras conseqüências, pelo que assim deve ser concebida pela jurisprudência³²²”.

Já os partidários da tese contrária utilizam como argumento principal o fato de a ação de improbidade ter como conseqüência a aplicação de uma sanção, o que demonstraria sua similitude com as ações de natureza criminal, pois teriam um “forte conteúdo penal³²³”, o que justificaria conferir o mesmo tratamento a ambas.

A rebater tal construção, alega-se que esta tese estaria baseada muito mais na emoção que propriamente na razão e que, como regra, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção deve ser determinado pela opção política do legislador e não por sua severidade³²⁴. Assim, não se poderia estabelecer a competência de um Tribunal, por exemplo, com base na avaliação da pretensa ordem de grandeza do conteúdo penal de uma ação, violando-se o princípio da reserva constitucional na criação de foros diferenciados para determinados indivíduos.

³²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 919.

³²¹ GARCIA; ALVES, 2006, p. 434.

³²² DELGADO, 2003, p. 353.

³²³ Neste sentido, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *In Revista ZILVETI*, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia. (Coord.) *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 195.

³²⁴ GARCIA, ALVES, *op. cit.*, p. 436.

Contra-argumenta-se, entretanto, que, na medida em que a sentença da ação civil de improbidade pode resultar na perda da função e na suspensão dos direitos políticos, seus efeitos, de certa forma, superam os da sentença penal condenatória e podem implicar em danos para o equilíbrio jurídico-institucional do Estado. Assim, tanto quanto nos julgamentos criminais, seria razoável estender a prerrogativa de foro para as ações de improbidade, buscando evitar que, por exemplo, um ocupante de funções ministeriais ou parlamentares pudesse ter seus direitos suspensos e decretada a perda de seu cargo por decisão de um juiz de primeiro grau³²⁵.

Não se trata, vale salientar, de uma tese restrita ao campo doutrinário, já tendo sido utilizada na prática, para fundamentar manifestação judicial. De fato, merece destaque o voto-vista, embora vencido, do Min. César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, examinando a competência, em ação de improbidade, para julgamento de conselheiro de Tribunal de Contas:

[*omissis*]

A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.

De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório).

5 . Desta sorte, negar o foro especial por prerrogativa de função, ao promovido em ação de improbidade administrativa que dele desfruta na jurisdição penal, será o mesmo que permitir a aplicação de sanção de carga penal (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos) sem o asseguramento de um dos elementos do devido processo legal, qual seja o juízo competente³²⁶.

A questão, como se vê, não possui interesse meramente acadêmico, pois a correta definição da natureza jurídica das sanções impostas pela Lei de Improbidade determinará a competência para o julgamento destas ações, assunto que interessa sobremaneira aos agentes públicos, em especial aqueles que gozam de foro diferenciado. É dizer: caso seja fixada a natureza penal da ação, aplicáveis as mesmas regras que concedem a prerrogativa de foro perante os tribunais. Ao revés, tratando-se de uma ação de natureza cível, aplicar-se-iam as

³²⁵ MENDES, 2004, p. 196-197.

³²⁶ STJ, Rcl. nº. 580/GO, Corte Especial, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17-10-2001, D.J.: 18-02-2002.

regras ordinárias de fixação de competência, sem qualquer diferença entre os diversos agentes a ela submetidos³²⁷.

Há que se lembrar, como examinado no Capítulo 3, que, com a edição da Lei 10.628/02, que alterou o artigo 84, do Código de Processo Penal, restou estabelecido que, em se tratando de ação por ato de improbidade administrativa intentada em face daquele que possuísse foro criminal por prerrogativa de função, a competência para a ação cível seria do mesmo Tribunal que fosse competente para processo penal contra tal indivíduo. Tal determinação só vigeu, porém, até o momento em que foi declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIn n°. 2.797/DF.

Hoje, registre-se, muito embora não exista amparo normativo a sustentar a tese da extensão do foro diferenciado às ações de improbidade, ainda se colecionam tentativas de realizar a mudança, de modo a prevalecer a sistemática adotada pela lei declarada inconstitucional, seja no âmbito interpretativo ou por meio da apresentação de projetos legislativos específicos.

4.4 Agentes políticos como sujeitos ativos do ato de improbidade: ação civil ou crime de responsabilidade?

Uma das questões mais debatidas nos últimos tempos em relação a este tema reside na dúvida sobre a (im) possibilidade de condenação de agentes políticos por atos de improbidade administrativa, diante da existência dos chamados “crimes de responsabilidade”.

Inicialmente em âmbito restrito, a tese ganhou força a partir das discussões sobre os limites para extensão do foro diferenciado, suscitadas por ocasião da votação da ADIn n°. 2.797/DF. Isso porque, muito embora não fosse este o objeto da questão, em alguns dos votos proferidos naquela ação direta de inconstitucionalidade foram destacados elementos que viriam a se transformar na semente da idéia de que determinadas autoridades (agentes políticos), não responderiam por ato de improbidade administrativa perante o juízo de primeiro grau, e sim por crime de responsabilidade perante os tribunais ou parlamentos, ou seja, prevaleceria o foro por prerrogativa de função para tais indivíduos.

³²⁷ Emerson Garcia assinala que, não obstante se defenda a natureza extrapenal desta ação, admite-se que, algumas vezes, a aplicação de sanções com base na prática de atos de improbidade poderá se valer de princípios informadores do direito penal, assumindo este uma posição subsidiária, diante das garantias mais amplas que outorga ao cidadão. 2006, p. 434.

O assunto atingiu o seu ápice com o julgamento da Reclamação n.º. 2.138/DF, a partir da qual o Supremo Tribunal Federal fixou um novo posicionamento sobre o tema, que, longe de restar pacificado, ainda hoje é objeto de acirradas discussões.

Assim, de modo a bem compreender os diversos elementos envolvidos nesta controvérsia, passaremos a tecer algumas considerações sobre os agentes políticos, buscando demonstrar como se inserem neste contexto para, após, examinar em detalhes a decisão exarada na mencionada Reclamação n.º. 2.138/DF, em especial no que tange aos crimes de responsabilidade. Por fim, de posse de tais informações, buscar-se-á examinar a possibilidade de concessão de foro especial aos parlamentares, tal como gozam no processo e julgamento de crimes comuns, em caso de prática de atos que possam se caracterizar como de improbidade administrativa.

4.4.1 Os agentes políticos

A tese no sentido de que os agentes políticos constituem uma categoria diferenciada dentro do gênero “agentes públicos” não se revela especialmente nova. De fato, a doutrina administrativista, de uma forma geral, sempre ressaltou esta distinção ao analisar o tema.

Hely Lopes Meirelles sustenta que os agentes públicos, entendidos como todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, consistiriam em um gênero, que se reparte inicialmente em cinco espécies ou categorias, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, que, por sua vez, também se subdividem em subespécies ou subcategorias³²⁸.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, os agentes públicos podem ser classificados em três categorias: agentes políticos, servidores estatais (abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais) e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público³²⁹.

Em que pese existirem diferenças na classificação adotada pelos diferentes doutrinadores, justificadas por cada autor com argumentos de elevada qualidade, importa

³²⁸ MEIRELLES, 2007, p. 75.

³²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246.

ressaltar que, em todas, como apontado, surge a categoria dos agentes políticos. Não há unanimidade, entretanto, em relação à sua conceituação.

Neste passo, os agentes políticos, de acordo com Hely Lopes Meirelles, são identificados com “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais³³⁰”. Em última instância, são autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas às determinações constitucionais e legais de jurisdição³³¹.

Nessa conceituação, bastante ampla, incluem-se os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros do Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, representantes diplomáticos "e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais, quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público³³²”.

Segundo o magistério de Bandeira de Mello, contudo, “os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder³³³”. Estariam incluídos nesta categoria de formadores da vontade superior do Estado apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, além dos Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores³³⁴.

Salienta o autor, ainda, que o vínculo entre o agente político e o Estado não é de natureza profissional, mas política, não sendo estes qualificados por uma habilitação de cunho meramente técnico, mas sim pelas suas características e aptidões pessoais. Seus direitos e deveres advêm diretamente da Constituição e das leis, e não de alguma espécie de contrato mantido com o Poder Público.³³⁵

No cotejo entre as conceituações, verifica-se que os pontos comuns residem no fato de reconhecerem-se os agentes políticos como formadores da vontade superior do Estado, além

³³⁰ MEIRELLES, 2007, p. 75.

³³¹ *Ibidem*, p. 77.

³³² *Ibidem*, p. 78.

³³³ MELLO, 2009, p. 246.

³³⁴ De forma geral, verifica-se que a maior parte dos doutrinadores compartilha do entendimento do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à conceituação dos agentes políticos. Por esta razão optamos por utilizar este autor como contraponto ao posicionamento do Prof. Hely Lopes Meirelles que, não obstante a importância, revela-se minoritário.

³³⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 247.

de gozarem de prerrogativas funcionais necessárias ao pleno exercício de funções tão complexas e de sua relação jurídica com o Estado derivar da Constituição e de leis especiais.

Por outro lado, no momento em que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o agente político apresenta como aspecto essencial o fato de manter com o Estado um vínculo não profissional, mas sim político, há um descolamento entre os conceitos. Esta diferença, na verdade, de certa forma sutil, é que se constitui em um dos principais fundamentos a embasar a tese da necessidade de concessão de foro perante os tribunais para determinadas autoridades que venham a ser demandadas a responder por práticas violadoras da probidade administrativa, tal como argumentado na Reclamação n.º. 2.138/DF, por restar caracterizada hipótese de crime de responsabilidade.

4.4.2 A Reclamação n.º. 2.138/DF

Em junho de 2007, ao concluir o julgamento da Reclamação n.º. 2.138/DF, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão por maioria de votos, fixou uma nova orientação sobre a questão dos atos de improbidade administrativa cometidos por agentes políticos.

A reclamação foi ajuizada pela União contra decisão do juiz federal do Distrito Federal, que condenou o ex-ministro de estado da Ciência e Tecnologia, Ronaldo Mota Sardenberg, ao ressarcimento do erário e à perda dos direitos políticos por oito anos, com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa, em razão do uso de jato da Força Aérea Brasileira (FAB) e de hotel de trânsito da Aeronáutica de forma irregular, para fins particulares.

Ao conceder liminar suspendendo a eficácia da sentença reclamada, em setembro de 2002, o relator, Min. Nelson Jobim, apontou que a indagação naquela demanda se referia à possibilidade do texto constitucional admitir a concorrência entre os dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos:

[...] O que se indaga é se o texto constitucional admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: (a) o previsto no art. 37, §4º, e regulado pela Lei 8.429, de 1992, e (b) o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e o disciplinado pela Lei 1.079, de 10.04.1950. Os atos de improbidade, enquanto crimes de responsabilidade, estão amplamente contemplados no Capítulo V da Lei 1.079, de 10.04.1950. Ela disciplina os crimes de responsabilidade (Dos crimes contra a probidade na administração – art. 9.º). A pena prevista também é severa (art. 2.º - perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de até cinco anos).

Por outro lado, a teor do art. 3.º da Lei 1.079/1950, a imposição da pena referida no art. 2.º não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis processuais penais. Assim, em análise preliminar, não parece haver dúvida de que os delitos previstos na Lei 1.079/1950, tais como os arrolados na Lei 8.429/1992 são delitos político-administrativos. É certo que se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, §4.º) abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-á uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da CF.

Se, ao contrário, se entender que aos agentes políticos, como os Ministros de Estado, por estarem submetidos a um regime especial de responsabilidade, não se aplicam as regras comuns da lei de improbidade, há que se afirmar a plena e exclusiva competência do STF para processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da CF³³⁶.

Ou seja, em relação aos agentes políticos, defendeu-se existir uma equiparação entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa, na medida em que ambos traduziriam delitos político-administrativos. Por conseqüência, inaplicável a estes indivíduos a Lei de Improbidade Administrativa perante os juízos ordinários, de modo que, nas infrações desta natureza, deveriam ser julgados no foro especial a eles constitucionalmente conferido. No mérito, o Min. Nelson Jobim confirmou a tese estabelecida em sede liminar, sendo acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Mauricio Corrêa e Ilmar Galvão (estes dois últimos já aposentados).

Com efeito, em seu voto, o Min. Maurício Corrêa, após argumentar que as normas atinentes aos crimes de responsabilidade “atraem a aplicação analógica, com vistas a oferecer razoabilidade, homogeneidade e harmonia ao sistema de apuração de delitos político-administrativos praticados pelos agentes políticos”, admitiu que “o foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente para os crimes de responsabilidade, deve ser aplicado aos casos de ações por improbidade administrativa, movidas contra as respectivas autoridades”.

A premissa que serviu de fundamento para a decisão do Plenário da Corte, entretanto, qual seja, a identidade de naturezas jurídicas entre os dois regimes de responsabilidade, merece uma análise mais acurada, buscando compreender, sobretudo, o papel dos atos ímprobos no âmbito dos crimes de responsabilidade, à luz da doutrina.

Paulo Brossard³³⁷, em obra clássica sobre a matéria, esclarece que os chamados “crimes de responsabilidade” surgiram na Inglaterra, no século XIII, dentro da idéia de responsabilidade penal de altas autoridades públicas perante o Parlamento. Originariamente, segundo o autor, revestiam-se de caráter criminal e, com o tempo, adquiriram vasta dimensão

³³⁶ Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 19 dez. 2008.

³³⁷ BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26-27.

política. Fábio Medina Osório lembra, neste ponto, que, não desconsiderando a origem inglesa, “a idéia de ‘delitos de responsabilidade’ tem suas raízes modernas no direito norte-americano, assentando-se nos pilares daquela República e da radical democracia que se construiu ao largo do processo civilizatório daquela nação³³⁸”.

Hoje, segundo a doutrina, existem três grandes vertentes no direito brasileiro e comparado sobre os denominados delitos de responsabilidade: (i) os que defendem a sua natureza criminal; (ii) os que sustentam a natureza política desses “delitos” e (iii) os que defendem a natureza mista do ilícito³³⁹. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de entender que se trata de delitos na acepção criminal da expressão, não obstante o julgamento seja de natureza política³⁴⁰. Da mesma forma se posiciona Emerson Garcia, sustentando a natureza política do julgamento, invocando, neste sentido, os termos da Exposição de Motivos que acompanhava a Lei n.º. 1.079/50, segundo a qual o processo nos crimes de responsabilidade seria “sui generis”, não se confundindo com o processo judiciário, “porque promana de outros fundamentos e visa outros fins”³⁴¹.

Considerando que a Lei n.º. 1.079/50 foi recepcionada pela Constituição de 1988, é possível entender que a falta de probidade na administração permanece sendo caracterizada como um delito de responsabilidade. A dúvida que se apresenta é saber se a figura inscrita no artigo 85, V, da Constituição de 1988 (que elenca os crimes de responsabilidade do Presidente da República) é idêntica àquela tipificada no artigo 37, parágrafo 4º, do mesmo documento.

De forma enfática, Fábio Medina Osório refuta tal entendimento, defendendo que há diferença entre ambas, mormente pelo fato de a Carta Constitucional ter previsto que a improbidade do artigo 37, parágrafo 4º não é um ilícito penal, fazendo com que sejam distintas e peculiares as conseqüências previstas para cada uma delas³⁴². Ressalta-se, no tratamento da matéria, a relevância do postulado da independência das instâncias que, em última análise, restaria vulnerado ao se equiparar, para os agentes políticos, improbidade a crime de responsabilidade, tornando-os imunes à aplicação da Lei de Improbidade.

Neste ponto, ainda tomando como referência a Reclamação n.º. 2.138/DF, vale mencionar que o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou que “muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda de cargo ou da função pública, como efeito da condenação”. Tal coincidência,

³³⁸ OSÓRIO, 2007, p. 243.

³³⁹ *Ibidem*, p. 243.

³⁴⁰ Por todos: STF, Pet. n.º. 1.954/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-09-2002, D.J.: 01-08-2003.

³⁴¹ GARCIA; ALVES, 2006, p. 440.

³⁴² OSÓRIO, *op. cit.*, p. 245.

argumentou, “evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ‘ação civil’ com sérias conseqüências para todo o sistema jurídico”. Conclui, então, ter a “firme convicção de que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade”, o que, em termos práticos, implicaria na necessidade de concessão de foro diferenciado, caso envolvidos determinados agentes políticos.

Sob o aspecto estritamente jurídico, com base na doutrina e jurisprudência, não se revela polêmico o entendimento de que um só fato pode resultar em conseqüências cíveis e criminais, a partir da apreciação de juízos com competências distintas. Ou seja, a jurisdição, por óbvio, como expressão de soberania, continua sendo una, apenas se dividindo a competência para julgamento. Tanto é assim que há dispositivo no próprio Código de Processo Civil (artigo 110³⁴³), prevendo a possibilidade de sobrestamento de processos cíveis até que se pronuncie a justiça penal sobre o assunto, além de dispositivo no Código de Processo Penal (artigo 64³⁴⁴), facultando o ajuizamento de ação cível para ressarcimento de dano, demonstrando a naturalidade com que se aceitam e convivem os diferentes aspectos ligados ao mesmo fato³⁴⁵. Com bem resume Wallace Paiva Martins Júnior³⁴⁶:

Prevalece no direito brasileiro o sistema da pluralidade ou concorrência de instâncias para repressão da improbidade administrativa, viabilizada não só pela Constituição Federal, mas também pela expressa previsão do art. 21, II, da Lei n. 8.429/92, sem que se possa, à míngua de determinação legal explícita, suscitar comunicação obrigatória de efeitos. Tal sistema não é novidade, e já existe no ordenamento jurídico, mesmo envolvendo agentes políticos, porque a responsabilidade é apurada por diferentes enfoques jurídicos. Como exemplo, a repressão penal de prefeitos e a ação popular contra atos dos mesmos.

Em sendo assim, questionável a afirmação de que quando o ato de improbidade administrativa praticado por um agente político implicar também em crime de

³⁴³ Código de Processo Civil, art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

³⁴⁴ Código de Processo Penal, art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

³⁴⁵ Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “[...] 3. O tema envolve a relativa independência das instâncias (civil e criminal), não sendo matéria desconhecida no Direito brasileiro. De acordo com o sistema jurídico brasileiro, é possível que de um mesmo fato (aí incluída a conduta humana) possa decorrer efeitos jurídicos diversos, inclusive em setores distintos do universo jurídico. Logo, um comportamento pode ser, simultaneamente, considerado ilícito civil, penal e administrativo, mas também pode repercutir em apenas uma das instâncias, daí a relativa independência.”. STF, RHC nº. 91.110/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, D.J.: 22-08-2008. A doutrina também afirma que as instâncias civil e penal são autônomas, de modo que “quando o mesmo ato praticado pelo agente público, no exercício de função pública, configurar, simultaneamente, ato de improbidade administrativa e crime (o que com frequência acontece), podem ser instauradas e ter simultânea tramitação as ações civil pública e penal respectivas, pois inexistente qualquer situação de litispendência ou prejudicialidade entre elas”. PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 161.

³⁴⁶ MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 310.

responsabilidade, um só juízo deveria apreciar a questão para evitar decisões contraditórias – o que, nestes casos, frise-se, terá por consequência imediata a extensão da prerrogativa de foro para os agentes que respondam ações que tenham como base a Lei de Improbidade Administrativa – uma vez que tal linha argumentativa não se coaduna com a atual lógica do sistema jurídico pátrio.

Vale perquirir se, na verdade, com base na independência das instâncias, não objetivou o constituinte originário resguardar o processo e julgamento dos atos de improbidade administrativa de qualquer injunção política, de modo a garantir fossem as condutas irregulares dos agentes efetivamente punidas, sem possíveis favorecimentos, tendo em vista a importância de se preservar a moralidade na Administração Pública.

Desde muito a doutrina já preleciona que “a sanção política aplicada pelo Senado não exclui outras sanções, aplicáveis pelo Poder Judiciário, nos termos da lei³⁴⁷”, idéia que, por óbvio, se aplica também ao Supremo Tribunal quando lhe competir o julgamento de crimes de responsabilidade, afastando qualquer possibilidade dos agentes políticos, diferentemente dos demais agente públicos, se evadirem à responsabilidade por seus atos, sob pena de lesão aos postulados igualitários da própria república. Em outras palavras:

[...] nada existe no texto constitucional que, em face de agente político, permita concluir pelo cabimento única e exclusivamente desta responsabilidade político-administrativa.

Em verdade, reforçando a idéia do controle estrito e preciso sobre os agentes públicos, o qual deve manifestar-se tanto mais eficiente quanto mais abrangente for o nível de poder e, com ele, o nível das possibilidades de abuso da parte do agente, convivem no texto constitucional estas três modalidades de responsabilização: aquela por improbidade, a penal e a político-administrativa.

A três órbitas diferentes se confere a aplicação de sanções. Sendo o ato caracterizador de improbidade, as sanções insculpidas no parágrafo 4º do art. 37 da Constituição e mais aquelas indicadas nos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/92 devem ser aplicadas. Se a conduta caracterizadora de improbidade for também crime, cabível a aplicação das respectivas penas, naturalmente sem prejuízo da incidência das sanções por improbidade. Finalmente, coroando este tríplice sistema de responsabilização, surge a possibilidade de ser esta providenciada também no âmbito político-administrativo³⁴⁸.

Deste modo, ainda que se admita que a esfera de responsabilidade político-administrativa do agente político seja diferente da esfera penal e, por óbvio, da esfera civil, possível que um mesmo agente possa incidir, em função da prática de uma só conduta, em uma ou mais esferas, tal como ocorre com os demais agentes públicos. Como assinalado por Mônica Nicida Garcia, “o fato de o agente político estar inserido em outra esfera, em que não

³⁴⁷ BROSSARD, 1992, p. 7.

³⁴⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 37-38.

estão os outros agentes públicos não o exime de responder nas demais. Vale dizer, a esfera de responsabilidade político-administrativa não exclui as esferas criminal e civil³⁴⁹.

Ademais, de certa forma, com a adoção da tese veiculada na Reclamação n.º. 2.138 e a conseqüente extensão do foro por prerrogativa de função (estabelecido no processamento penal da ação) para o julgamento da ação de improbidade administrativa sempre que esta importar também em infração penal gera-se o descumprimento da decisão do próprio Supremo Tribunal, na ADIn n.º. 2.797 que, por suas próprias características, tem efeito vinculante³⁵⁰. Nesta, ainda que implicitamente, restou assentado que mesmo em se tratando de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro no caso de crimes comuns, não tem a Corte competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas.

Há que se considerar também que, a prevalecer a tese da equiparação entre improbidade administrativa e crime de responsabilidade, com a conseqüente inaplicabilidade da Lei n.º. 8.429/1992 aos agentes políticos, seria necessário admitir que, realizando-se o julgamento perante o Senado Federal, de forma exclusiva, estariam tais indivíduos imunes às sanções de perda de bens ou valores ilicitamente obtidos, eis que inexistentes na Lei n.º. 1.079/50. Ou seja, corre-se “o risco de preservar no patrimônio privado do agente político bens adquiridos ilicitamente e alforriar esse mesmo patrimônio de responder pelo ressarcimento de dano causado ao erário, por exemplo³⁵¹”, situação que, mesmo ao senso comum, causa extremo espanto.

Frise-se entretanto que, muito embora o posicionamento adotado na Reclamação n.º. 2.138 se apresente como um novo parâmetro sobre o assunto, necessário observar que sua tramitação se revestiu de certas peculiaridades. Isto porque o julgamento foi iniciado em 2002, quando o Tribunal contava com uma determinada composição, mas sofreu sucessivos adiamentos, sendo concluído somente no ano de 2007, quando outros eram os integrantes da Corte. Ademais, os votos mais recentes, dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, se manifestaram pela aplicação da lei de improbidade, na mesma linha do ministro (já aposentado) Carlos Velloso, porém foram vencidos, por já existirem seis votos defendendo a tese contrária. Considerando que a composição da Corte mudou muito desde o início do julgamento (com a aposentadoria de

³⁴⁹ GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 56, p. 2, dez. 2002.

³⁵⁰ Os detalhes sobre o julgamento da ADIn n.º. 2.797 foram abordados no Capítulo 3 do presente trabalho.

³⁵¹ MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 312.

vários ministros)³⁵², não se pode desconsiderar a possibilidade de, no futuro, diante de uma situação similar, a manifestação do Supremo sobre o assunto vir a ser muito diferente.

4.4.3 Os parlamentares e a ação de improbidade administrativa

Não obstante a importância da decisão exarada na Reclamação em comento, o que deve ser salientado é que o entendimento de que os agentes políticos não se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa é restrito, no plano federal, ao Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador Geral da República, sendo tão-só estes os mencionados na Lei n.º. 1.079/50. E, por consequência, a estes se restringiria a competência originária da Corte Suprema para processo e julgamento de ações desta natureza, em hipótese de foro por prerrogativa de função.

Os membros do Congresso Nacional, ou seja, os deputados e senadores, ainda mantendo a análise no plano federal, não se incluem em tal situação, de modo que, para estes, mantida a possibilidade de que, na qualidade de agentes públicos, sejam demandados por atos de improbidade administrativa, com fundamento na abrangência da Lei n.º. 8.429/92, aplicável a todos os Poderes:

No conceito de improbidade administrativa está inserido qualquer desvio ético de conduta do agente público, seja qual for a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República (como estabelece o art. 1º) e que envolva enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública. Assim sendo, o juiz que auferir quantia para julgar lide em favor de uma pessoa ou o deputado que recebe bem imóvel para votar favoravelmente a um certo projeto de lei de interesse de um determinado grupo cometem improbidade administrativa, na modalidade enriquecimento ilícito, no exercício de suas funções constitucionais típicas e, portanto, estão sujeitos às sanções legais, tal e qual estivessem como agentes públicos, exercendo função atípica (administrativa) [...] ³⁵³.

Vale ressaltar que a possibilidade de demandar um deputado ou senador por improbidade administrativa não implica na possibilidade de “responsabilizar pessoalmente os membros das Casas Legislativas pela votação e aprovação de comandos normativos dissonantes das normas constitucionais, em especial do princípio da moralidade, ainda que

³⁵² Não votaram nesse julgamento os ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, por sucederem os ministros aposentados que já haviam proferido seus votos.

³⁵³ MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 308.

visem a satisfazer interesses meramente pessoais³⁵⁴”. À luz do sistema constitucional pátrio confere-se a tais agentes, como já exposto no Capítulo 2 do presente trabalho, a inviolabilidade, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos, como forma de assegurar a necessária independência aos membros do Poder Legislativo frente aos demais poderes. Em sendo assim, o que se persegue com a ação de improbidade nestes casos são os desvios de conduta de natureza extrínseca à atividade desenvolvida pelo parlamentar.

No que concerne à competência para o julgamento dos parlamentares por ato de improbidade, deverão ser propostas as ações perante o juízo de primeiro grau – sem direito, portanto, à concessão de foro diferenciado no Supremo Tribunal. Isto porque, como já exposto, os membros do Congresso Nacional somente serão julgados pela Corte, de forma originária, diante da ocorrência de crimes comuns, enquanto a ação de improbidade, segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, em que pese existirem construções em sentido contrário, tem natureza extrapenal.

Tal entendimento não é novo, sendo encontrado em decisão do Min. Marco Aurélio, em 2005, ao examinar a Reclamação n.º. 2.208/SP³⁵⁵, na qual, após comentar ser razoável a equiparação dos atos de improbidade aos chamados crimes de responsabilidade, consignou não considerar possível realizar um paralelo também com os crimes comuns. Observou, na ocasião, que a redação do parágrafo 1.º, do artigo 53, da Constituição, alterado pela Emenda n.º. 35, não havia ampliado a jurisdição do Supremo Tribunal em relação aos parlamentares, razão pela qual, por uma interpretação sistêmica, os membros do Congresso apenas serão submetidos a julgamento na Corte quando esta for competente para a matéria. Posteriormente, o Ministro Joaquim Barbosa, relator da Petição n.º. 3.923 QO/SP, em que deputado federal pleiteava fosse julgado pelo Supremo Tribunal, em ação de improbidade administrativa movida quando ainda ocupava o cargo de prefeito, registrou entender existir uma dupla normatividade em matéria de improbidade – a descrita pela Lei n.º. 8.429/92 e a da Lei n.º. 1.079/50 – não havendo impedimento na coexistência entre os dois sistemas de responsabilização, dado que cada uma visaria um determinado objetivo³⁵⁶. Deste modo, não haveria de se falar em concessão de prerrogativa de foro ao parlamentar como resultado automático do ajuizamento de ação de improbidade em face de um agente político.

³⁵⁴ GARCIA; ALVES, 2006, p. 328. Lembra-se, entretanto, que mesmo na impossibilidade de responsabilizar pessoalmente o membro do Poder Legislativo que tenha concorrido para a edição de norma dissonante da Constituição não há impedimento a que seja submetida ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, seja este concentrado ou difuso.

³⁵⁵ STF, Rcl. n.º. 2.208/SP, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, D.J.: 17-10-2005.

³⁵⁶ STF, Pet. n.º. 3.923 QO/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 13-06-2007, D.J.: 26-09-2008.

E, recentemente, em julho de 2008, os entendimentos acima restaram ratificados, quando um deputado federal teve seu pedido de liminar negado nos autos da Reclamação nº. 6.254/MG³⁵⁷. O parlamentar pleiteava a suspensão imediata de vinte e nove ações civis públicas em curso contra ele no juízo de primeira instância. Na decisão, o Min. Gilmar Mendes, após fazer referência aos argumentos veiculados anteriormente nas diversas ações que cuidaram da questão, ressaltou a não aplicabilidade do regime especial de responsabilidade político-administrativa aos deputados federais.

No mesmo sentido já se manifestou o Min. Joaquim Barbosa:

[...] crime de responsabilidade ou **impeachment**, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. **Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo.** Trata-se de monumental **contraditio in terminis**. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto no artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar!³⁵⁸ (grifos no original)

É dizer: se os parlamentares não são sujeitos de crimes de responsabilidade, inviável, para eles, argumentar-se que poderia lhes ser estendido o foro especial perante o Supremo Tribunal nas ações de improbidade administrativa em função da similaridade com as infrações político-administrativas (as quais implicam em julgamento em foro diferenciado) pela simples inexistência de previsão do cometimento desta espécie de crime pelos membros do Congresso³⁵⁹. Neste ponto, portanto, há nítida diferença de tratamento entre os agentes políticos.

Uma questão que deve ser salientada é o fato de algumas ações mais recentes, ajuizadas por parlamentares, postularem a necessidade de concessão de prerrogativa de foro, sob pena de “violação” da decisão exarada na Reclamação nº. 2.138. Ocorre que, pelas próprias características do instituto, tal decisão não possui efeito vinculante, razão pela qual, tecnicamente, não há que se falar em qualquer espécie de violação ao entendimento do Supremo em caso de decisões que contradigam a tese adotada na mencionada reclamação. Em março de 2009, o Ministro Eros Grau reafirmou tal entendimento, ao indeferir medida liminar

³⁵⁷ STF, Rcl. nº. 6.254/MG, Rel. Min. Celso de Mello, D.J.: 05-08-2008.

³⁵⁸ STF, Pet. nº. 3.923 QO/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 13-06-2007, D.J.: 26-09-2008.

³⁵⁹ “A legislação infraconstitucional, entretanto, não prevê crime de responsabilidade relativo a parlamentares, sendo certo que o art. 102, I, “c”, da Constituição Federal não inclui nos crimes de responsabilidade os membros do Congresso Nacional”. STF, Rcl-Agr. nº. 5.126/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-11-2007, D.J.: 19-12-2007.

em reclamação, na qual deputado federal alegava usurpação de competência da Corte por responder a ação civil pública com fundamento em improbidade perante o juízo ordinário³⁶⁰.

Na ocasião, transcreveu-se o despacho da Ministra Carmen Lúcia, prolatado em setembro de 2008, ao analisar reclamação na qual era pretendida a suspensão do andamento de ação civil pública proposta contra atos supostamente praticados por agente político, também sob a alegada “violação” do teor da Reclamação n.º. 2.138, em que foram destacadas as exatas características do instituto:

“[a]ssim, é incabível a reclamação em que se alega o descumprimento de decisão proferida em outra reclamação, que, por óbvio, não tem efeito vinculante. Em decisão monocrática da lavra do eminente Ministro Carlos Britto, nos autos da Reclamação n. 4.730, a questão ficou assim posta: “a reclamação constitucional prevista na alínea I do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias somente podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, ou, então, nos processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado).” (DJ 31.10.2006, grifos nossos). Na mesma linha, posicionou-se o Ministro Joaquim Barbosa quando decidiu a Reclamação n. 2.723, nos seguintes termos: ‘na atual sistemática constitucional, entende-se que as decisões proferidas por este Tribunal em casos concretos, onde há uma real lide inter partes - como é o caso do habeas corpus -, têm eficácia restrita às partes envolvidas, não gozando, portanto, de efeito vinculante, tampouco tendo eficácia erga omnes, atributos típicos do controle concentrado de constitucionalidade. Dessas decisões proferidas em casos concretos, como é o caso do habeas corpus e do recurso extraordinário, por exemplo, permite-se o manejo da reclamação, tão-somente por aqueles que foram parte na decisão desta Corte cuja autoridade é tida por violada. A utilização da reclamação por aqueles que não foram parte no feito cuja decisão teve a autoridade supostamente violada só é possível em se tratando de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, em razão dos peculiares efeitos da decisão nesses casos (eficácia erga omnes e efeito vinculante).’ (grifos no original)

Após diversos pronunciamentos do Supremo Tribunal neste sentido, reiteradamente negando os pleitos de parlamentares que, com fundamento na Reclamação n.º. 2.138, procuram estender a prerrogativa de foro também para o julgamento de ações por improbidade administrativa, seria de se esperar que, atualmente, já não mais se encontrassem ações como estas. Surpreendentemente, porém, os fatos demonstram o contrário. Em maio de 2009, coube ao Ministro Menezes Direito, mais uma vez, se manifestar pela impossibilidade da Corte julgar ação civil pública por ato de improbidade, sob pena de ampliação indevida de sua competência por lei ordinária. Especula-se se esta insistência traduz, na verdade, uma

³⁶⁰ STF, Rcl. n.º. 7.285/DF, Rel. Min. Eros Grau, D.J.: 27-03-2009.

tentativa de alteração da jurisprudência do Supremo, fato que, caso ocorresse, fortaleceria, inclusive, a tramitação dos projetos legislativos existentes neste sentido³⁶¹.

De qualquer forma, considerando que deputados e senadores não possuem foro determinado pela Lei Maior para julgamento de improbidade e tampouco, por definição, podem cometer crimes de responsabilidade – o que, segundo a tese adotada na Reclamação nº. 2.138, lhes estenderia a prerrogativa – as normas infraconstitucionais poderão dispor livremente sobre a definição do foro competente para processo e julgamento dos parlamentares, sem que se vislumbre aí qualquer inconstitucionalidade.

Neste sentido, verifica-se que, no caso dos membros do Congresso Nacional, a única norma que dispõe sobre a competência para processá-los e julgá-los por ato de improbidade é a Lei nº. 8.429/92, não havendo qualquer outra previsão legislativa que os excepcione. Tal afirmativa resta corroborada pelo texto do artigo 2º da referida lei, que destaca as expressões “por eleição” e “mandato”.

A questão que surge, então, reside no fato de a Lei de Improbidade possuir como consequência possível a perda da função pública, sendo que, com base no documento constitucional, os deputados e senadores somente poderão perder o cargo nas hipóteses elencadas em seu artigo 55. Dentre estas, registre-se, consta aquela prevista no inciso IV, que se dá quando o parlamentar “perder ou tiver suspensos os direitos políticos”. Tal disposição é complementada pelo inciso IV do artigo 15, segundo o qual é possível a decretação da perda ou suspensão dos direitos políticos no caso de improbidade administrativa. Assim, por uma decorrência lógica, poderá um deputado ou senador ter os direitos políticos suspensos (e, conseqüentemente, perder o mandato) caso condenado em uma ação de improbidade administrativa³⁶².

Muito embora tal constatação soe um tanto ousada, diante da importância de que se reveste o princípio democrático, amparando o mandato eletivo conferido pelo povo a determinados indivíduos e, também, da separação de poderes, verifica-se que, na verdade, a perda do mandato precisará ser declarada pela Mesa da Casa Legislativa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no

³⁶¹ STF, Pet. nº. 4.520/RS, Rel. Min. Menezes Direito, D.J.: 13-05-2009.

³⁶² Saliente-se que tal fato só ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, em regra, não há que se falar na possibilidade de perda de mandato eletivo decorrente de sentença prolatada em primeira instância, como se depreende do disposto no artigo 20, da Lei nº. 8.429/92.

Congresso Nacional, assegurada ampla defesa, nos moldes do parágrafo 3º, do artigo 55, da Constituição³⁶³.

O fato é que doutrinariamente, portanto, encontram-se posicionamentos sustentando a possibilidade de que os parlamentares não só sejam julgados perante o juízo de primeiro grau por atos de improbidade administrativa como possam, inclusive, no extremo, perder o mandato em decorrência de tais ações, na contramão dos insistentes pleitos da classe política sobre o tema.

Com efeito, o que se observa é que, muito embora existam pronunciamentos da Corte em sentido contrário, ainda hoje se encontram tentativas de estender a prerrogativa de foro em matéria de improbidade administrativa a outros agentes políticos, em especial aos parlamentares, não só por meio da interpretação de dispositivos legais já existentes como pela elaboração de projetos legislativos neste sentido. Trata-se de verdadeira demonstração de que a matéria não se encontra plenamente pacificada no cenário brasileiro, não se descartando, inclusive, o estabelecimento de uma nova disciplina sobre a competência de julgamento em ações de improbidade administrativa, razão pela qual se faz oportuno examinar quais seriam as possíveis conseqüências da mudança.

4.5 Considerações sobre a extensão do foro especial às ações de improbidade administrativa

Ainda que muitas críticas se apresentem quando se discute a possibilidade de extensão do foro especial concedido constitucionalmente a determinadas autoridades no processamento e julgamento de crimes comuns para as ações de improbidade administrativa, não se pode desconsiderar a possibilidade de que tal sistemática seja institucionalizada, sobretudo levando-se em consideração que há projetos legislativos neste sentido.

Assim, partindo-se do pressuposto de que, seja por meio da interpretação dos dispositivos constitucionais ou da aprovação de projeto legislativo, os tribunais acrescentem às suas competências originárias o processo e julgamento de ações de improbidade administrativa, especula-se quais seriam as possíveis implicações desta determinação. Não se

³⁶³ Neste sentido se posiciona Marino Pazzagli Filho: “A sanção de suspensão dos direitos políticos dos senadores e deputados federais, na dicção do art. 55, IV da Carta Magna, implica a perda do mandato eletivo, observando-se o procedimento legislativo previsto no § 3º do art. 55 da CF”. 2007, p. 149.

objetiva, saliente-se, cuidar somente dos aspectos jurídico-processuais envolvidos na questão, mas sobretudo dos efeitos cotidianos, sob uma ótica essencialmente pragmática.

Os defensores da extensão de foro alegam que a ação de improbidade se presta, muitas vezes, a servir como instrumento de realização de propósitos políticos, alimentando revanches em redutos eleitorais específicos, o que seria evitado por meio da concentração de ações desta natureza nos tribunais. A idéia seria conferir notoriedade ao “perseguidor”, que adquiriria uma imagem favorável aos olhos dos cidadãos, fazendo uso, inclusive, da mídia, não importando fosse imposto, por outro lado, constrangimento ao réu (talvez inocente) da ação³⁶⁴.

Não há, de fato, como garantir que tal risco não exista, eis que incontrolável a natureza das paixões humanas. E, na prática, é possível que o ocupante de uma função pública se veja envolvido em uma ação civil pública que poderá se estender por muitos anos. Mas, se esta é uma situação de risco, teme-se que o cenário poderia ser pior caso institucionalizada a extensão da prerrogativa de foro nestas hipóteses, como acima exposto. A solução, acredita-se, reside na promoção de maior conscientização tanto do órgão denunciante quanto do judiciário sobre as reais implicações da ação de improbidade, de modo a evitar seu uso indevido ou abusivo³⁶⁵. Injustificável, na verdade, seria desvirtuar o objetivo de preservação da moralidade pública visado pelo constituinte com a criação da ferramenta em função de seu eventual mau uso.

Por outro lado, em seu voto, na Reclamação n.º. 2.138/DF, o então Ministro Nelson Jobim assinalou que, no caso específico dos agentes políticos, há peculiaridades nos afazeres políticos, consubstanciadas nos riscos e complexidades que envolvem as decisões rotineiramente tomadas, que não deveriam ser submetidas “aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina³⁶⁶”, sob pena de se cometer uma grotesca subversão.

³⁶⁴ A ocorrência de tal situação, que não pode ser em absoluto desconsiderada, mereceu comentário de Marcelo Figueiredo: “Lamentavelmente, na sociedade ou em qualquer outra organização sempre é possível encontrar homens ou líderes mal-preparados, que gostam de chamar a atenção para sai qualquer custo, não raro, v.g., propondo *ações temerárias*, para obter ao menos “um dia de glória na imprensa” ou para atender a objetivos políticos menores, postando-se, pois, assim, além da legalidade, acima do bem e do mal, passando, evidentemente, ao largo do Direito e da Justiça, causando danos à honra e ao patrimônio dos indivíduos e não defendendo o patrimônio público ou social”. FIGUEIREDO, 2004, p. 294.

³⁶⁵ Em sentido contrário a tal solução, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º. 265/2007, de autoria do deputado Paulo Maluf, que prevê a adoção de sanções penais a membros do Ministério Público que agirem motivados por suposta promoção pessoal, má-fé ou perseguição. Alvo de inúmeras críticas, a proposição passou a ser conhecida como “Lei da Mordaça”.

³⁶⁶ STF, Rcl. n.º. 2.138/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13-06-2007, D.J.: 18-04-2008.

Deste modo, seria justificável uma situação de exceção aos próprios postulados republicanos, com fundamento na especificidade da atuação do agente político, como consignou o Ministro Gilmar Mendes:

[...] Eu sei que muitas vezes nós somos atraídos pela tese do republicanismo, que marca esse tipo de situação favorável a uma abertura para que todos sejam iguais, mas aqui nós temos pessoas com responsabilidades diferentes e por isso precisam ser tratadas de maneira diferente. Não se pode colocar na mesma situação pessoas que têm responsabilidades diferentes e que precisam, portanto, ter uma apreciação por um órgão realmente independente e não tentado a fazer proselitismos os mais variados³⁶⁷.

A declaração do Ministro é bastante polêmica, não só por minimizar a importância da igualdade de todos em uma república, como por afirmar que o foro diferenciado para agentes políticos seria necessário para a apreciação da matéria por um órgão “realmente” independente. Ora, com base no princípio da separação de poderes, ao menos em teoria, não se questiona a independência do Poder Judiciário, sendo certo que os magistrados – independente da instância – gozam de liberdade ao prolatarem suas decisões, salvo, lembre-se, naquelas questões em que há prévia manifestação de caráter vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Melhor seria ter argumentado que, muitas vezes, as circunstâncias da situação que tenha ensejado a proposição da ação devam ser consideradas, dado o reflexo político, porém sem desbordar dos aspectos jurídicos. Ou seja, mesmo reconhecendo-se que os conflitos a resolver são políticos, não se deve transformar a categoria do objeto (um conflito político) em metodologia para sua solução, que deve permanecer jurídica³⁶⁸.

Verifica-se que, em última análise, os argumentos acima expostos têm como base fundamental um desvirtuamento no atuar dos indivíduos que têm por função, respectivamente, promover e julgar as ações de improbidade. Se é assim, a extensão da competência especial por prerrogativa de função a tais ações carece de razões técnicas, sendo questionável que uma alteração de tão grande monta se justificasse pelo simples temor de que o instituto seja mal utilizado.

Um outro argumento que se utiliza a favor do foro especial perante os tribunais para autoridades no processo e julgamento de crimes comuns tem como base a necessidade de se evitar fossem tais indivíduos demandados em diferentes locais do país, o que traria embaraços

³⁶⁷ STF, Inq-QO n.º. 2.699/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-03-2009, D.J.: 08-05-2009.

³⁶⁸ Enrique Alonso García denomina jurisprudência política “aquella que, reconociendo que los conflictos a resolver son políticos, sin embargo no traslada la categoría desde el objeto (conflictos políticos) al método; este sigue siendo jurídico, tanto formal como materialmente”. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 518.

para o próprio desempenho da função pública e prejudicaria, em última análise, o interesse da coletividade. Alegação similar é invocada para justificar a pertinência da extensão da prerrogativa às ações por atos de improbidade administrativa.

Ocorre que, de acordo com o parágrafo 5º, do artigo 17, da Lei de Improbidade³⁶⁹, a “propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”. Assim, a se observar o dispositivo com rigor, evitar-se-ia que o réu tivesse que se defender em diferentes (e muitas vezes distantes) comarcas, enfraquecendo, por conseqüência, a defesa da extensão do foro especial por razões de conveniência para o demandado³⁷⁰.

Dentre as desvantagens que se podem vislumbrar com a concessão de prerrogativa de foro nas ações de improbidade, de forma idêntica ao que já ocorre, por disposição constitucional, no processo e julgamento de crimes comuns cometidos por determinadas autoridades, sobressai a questão da possível deficiência estrutural dos Tribunais para o processamento de todas as demandas desta natureza. Congestionados, deixariam estes órgãos de apreciar diversas outras matérias, de igual ou superior importância para o Estado, com risco de prejuízos para a coletividade.

Há que se considerar, também, que se por um lado o foro diferenciado perante os tribunais se apresenta como uma garantia para aqueles que dele dispõe, por outro tem por desvantagem a supressão de instâncias ao réu. O julgamento em primeiro grau, lembre-se, assegura ao menos um recurso em caso de condenação, minimizando a possibilidade de ocorrência de equívocos e até injustiças.

Enfim, o que se verifica é que, perfilhando-se uma interpretação literal, inexistente previsão constitucional para que se reconheça a concessão de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa às autoridades que gozem desta prerrogativa no âmbito criminal. Porém, ao longo do tempo e a partir de novos fatos que possam surgir, tal orientação pode sofrer alterações, mesmo porque, se é certo que a adoção do foro especial para certas ações de improbidade diminui o controle da sociedade sobre seus agentes, permite, lado outro, maior segurança no exercício funcional, já que a governabilidade é fator de elevado interesse, na qual se apóiam as normas sobre competência especial.

Não se pode perder de vista, contudo, que qualquer iniciativa, seja pelo manuseio dos métodos interpretativos ou da apresentação de projetos parlamentares, que pretenda estender a

³⁶⁹ O parágrafo 5º, do artigo 17, foi introduzido pela Medida Provisória nº. 2.180-35, de 2001.

³⁷⁰ Marcelo Figueiredo destaca que o dispositivo em comento tem claro efeito pragmático, sendo atribuída ao Ministério Público maior responsabilidade para efetivamente verificar com cuidado o pedido e apresentá-lo perante a jurisdição de forma definitiva. 2004, p. 294.

prerrogativa de função para o julgamento das ações de improbidade administrativa, merece criteriosa análise, a fim de não desvirtuar um valioso instrumento de combate à má gestão pública, que possibilita a punição daqueles que se servem do cargo para satisfazer seus interesses pessoais.

4.6 O outro lado do problema: a defesa dos agentes públicos demandados em razão da função

A necessidade de um permanente controle da sociedade sobre os atos dos agentes públicos revela-se como uma das premissas basilares de qualquer Estado dito democrático, na medida em que tais indivíduos devem sempre pautar suas condutas na concretização do interesse coletivo. Assim, os eventuais desvios em tal orientação causam prejuízos a todo o grupo e, a depender do fato, o legitima à aplicação de medidas repressivas.

Neste passo se insere, em especial, a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que elenca diversas sanções a que estão sujeitos os indivíduos que, de alguma forma, atentem contra o patrimônio público e a administração da coisa pública (bens, direitos, recursos, com ou sem valor econômico). Desde sua edição, esta norma foi considerada inovadora, por criar mecanismos efetivos que possibilitam a condenação dos maus gestores, não só ao pagamento de multas como também à proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios fiscais ou creditícios, perda de bens e valores acrescidos ilegalmente ao patrimônio, ressarcimento integral do montante subtraído, perda da função pública e até suspensão dos direitos políticos. Destaca-se, deste modo, sua abrangência e caráter moralizador em relação aos diplomas anteriores que, basicamente, se preocupavam com o ressarcimento do erário, mas não com a punição do agente³⁷¹, o qual, em termos práticos, poderia permanecer exercendo sua função como se nada houvera ocorrido.

Ocorre que, não obstante tenham sido muitos os pontos positivos alcançados com esta nova sistemática, não é ela imune a críticas. Com efeito, não raro, na ânsia de preservar a moralidade pública e combater a corrupção administrativa, como já apontado, excessos e mesmo abusos são observados por parte daqueles que têm o encargo de zelar por tais

³⁷¹ Aqui se faz referência direta às Leis n.º 3.164/57 e 3.502/58, revogadas pela Lei n.º 8.429/92, e que até a edição desta cuidavam do tema.

postulados, cujos reflexos são suportados não só por indivíduos que possam ser inocentes como pela própria Administração Pública.

Sob a ótica do indivíduo, ocupante de função pública, que se veja envolvido em uma denúncia por improbidade que se mostre infundada, trata-se de um pesado ônus ter de suportar não só os custos econômicos de arcar com a defesa em, às vezes, diversas demandas judiciais como também os questionamentos sobre a sua possível falta de honestidade no desempenho da atividade pública³⁷².

Por outro lado, em se tornando cada vez mais comuns situações como esta, perde o Estado a oportunidade de agregar a seus quadros nomes de reconhecida capacidade técnica-administrativa, pois será diminuída a atratividade de se ocupar um cargo público diante do risco de exposição a constrangimentos judiciais.

Em face de tal cenário, sustenta o professor Luís Roberto Barroso a validade jurídica da opção política do Estado em assumir a defesa de agentes públicos demandados em razão da função, sob o argumento de que tais situações “interferem com bens jurídicos constitucionalmente tutelados como, em particular, a eficiência administrativa e a realização do interesse público³⁷³”. Deste modo:

[...] os Poderes Públicos podem legitimamente criar mecanismos para neutralizar as repercussões negativas que o abuso da propositura de ações de improbidade acarreta. Não parece haver dúvida de que a assunção, pelo Estado, da defesa de agentes públicos demandados em razão da função é um meio apto a produzir o resultado desejado. Nesse contexto, portanto, é possível concluir que há fundamento constitucional para a opção política referida³⁷⁴.

Não se pode deixar de registrar que o tema reveste-se de certa polêmica, tendo em vista os inevitáveis questionamentos acerca da possível quebra do princípio da isonomia— que, tanto quanto a eficiência, também tem índole constitucional — com a adoção de tal prática. Isso porque, diferentemente dos demais cidadãos, a certo número de indivíduos seria

³⁷² Nesta ordem de idéias já se assinalou que “[...] o abuso de direito se verifica quando o poder público exerce a sua faculdade de acionar agente público, com base na Lei de Improbidade Administrativa, sem que haja um mínimo de indício da prática de um ato devasso. Para situarem-se no campo da normalidade e da licitude, não basta a parte estar legitimada pela legislação para utilizar-se da via judicial, pois é necessário um mínimo de materialidade de determinado fato ilícito/devasso, sob pena de estar caracterizada a intenção de causar mal a outrem. Ainda mais quando se verifica que a Lei de Improbidade Administrativa causa danos irremediáveis para os agentes públicos injustamente processados. Mesmo que o Agente Público seja inocentado *a posteriori*, ao término da morosa lide, o dano à sua imagem e a moral ficam entranhados no meio social que ele convive, pois a cada dia que passa existe a dor de quem se vê alçado à injusta condição de réu”. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Responsabilidade civil do poder público pelo manejo indevido de ação de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 477, 27 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5846>>. Acesso em 20 mai. 2009.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Parecer n°. 01/2007. Gabinete da Procuradora-Geral. *Revista de direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 62, p. 348, jan./jun. 2007.

³⁷⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 348-349.

dispensado um tratamento especial, que poderia ser caracterizado como um privilégio em detrimento do resto da sociedade, situação não condizente com os princípios republicanos.

Argumenta-se, entretanto, que “há, no caso, um critério razoável para o *discrímen*, que autoriza a diferenciação: os agentes somente são demandados porque exercem função pública, característica que não é compartilhada pelas demais pessoas³⁷⁵”. Admite-se, portanto, que, de fato, tal sistemática foge à regra, porém, de certa forma, seria realizada a isonomia na vertente pela qual se justifica um tratamento diferenciado para os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Tal alegação se alinha com o preceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra dedicada ao princípio da igualdade, na qual, após estatuir que a função da lei reside exatamente em dispensar tratamento desiguais, discriminando situações específicas, alerta para a necessidade de que haja “adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada³⁷⁶”.

Sendo assim, caberia entender esta medida como mais uma das prerrogativas de que dispõem os agentes públicos, necessárias como precaução para o bom andamento do serviço público e, por conseqüência, dos interesses do Estado, de que é exemplo o foro especial perante os tribunais conferido a algumas autoridades. A comparação não é despropositada, sendo mesmo alegado que “a prerrogativa de foro tem propósito aproximado ao que se busca alcançar com a assunção, pelo Estado, da defesa dos agentes públicos nas circunstâncias descritas³⁷⁷”. Ou seja, não se trataria de uma garantia pessoal dos titulares de determinados cargos, mas, em última instância, das próprias instituições, de modo a alcançar a desejável estabilidade no exercício das funções públicas, sem deixar de levar em conta o controle social.

De fato, na hipótese em que um agente público, no desempenho de suas atividades regulares, realize uma determinada conduta seguindo a orientação do órgão ao qual está vinculado e, posteriormente, seja acusado pela prática de ato de improbidade administrativa, estando sujeito, portanto, às sanções previstas na Lei n.º 8.429/92, é de se questionar como tal fato deverá ser compreendido.

Muitas vezes, não tinha o indivíduo poderes (ou mesmo motivos) para agir de outra maneira, devendo seguir determinações previamente estabelecidas, as quais, até então, supunha juridicamente válidas. E, de certa forma, por ser um “bom servidor”, acatando as regras que lhe foram impostas, deverá arcar com o ônus de se defender (sozinho) em juízo por

³⁷⁵ BARROSO, 2007, p. 349.

³⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed, 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

³⁷⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 350.

um ato sobre o qual não teve ingerência. Ademais, mesmo nos casos em que se é demandado em razão de ter realizado certa escolha em detrimento de outras teoricamente possíveis, no exercício da esfera de liberdade conferida aos agentes políticos, não se mostra razoável que deva suportar uma eventual ação judicial baseada em atos praticados durante o desempenho da função sem qualquer suporte.

Nestas circunstâncias, a assunção da defesa dos agentes públicos pelo Estado, o qual, em última análise, é a origem e a razão da demanda judicial, revela-se justificável, tendo em vista a relação direta entre o tratamento diferenciado conferido a um grupo e as especificidades do fato que gerou a situação de conflito.

A questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn n.º. 3.022/RS, em que se contestava a constitucionalidade do artigo 45, da Constituição do Rio Grande do Sul, segundo o qual “O servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito a assistência judiciária pelo Estado”. Na ocasião, a Corte se posicionou favoravelmente a esta opção política, confirmando a constitucionalidade do dispositivo³⁷⁸.

Vale lembrar que em uma sociedade complexa e plural, tal como a brasileira, não se revela incomum a possibilidade de contestação das escolhas públicas, fato perfeitamente condizente com os preceitos democráticos. Porém, se, por um lado, afigura-se mesmo interessante incentivar a participação dos cidadãos e considerar suas opiniões sobre os diversos temas importantes para a realização dos fins do Estado, até mesmo para eventuais aprimoramentos, por outro, não se pode prescindir de mecanismos de proteção aos agentes públicos que venham a efetivar determinadas decisões, tais como a assunção de sua defesa pelo Estado, sob pena de não só inviabilizar-se o desempenho das atividades do Poder Público como também de causar um injusto prejuízo à pessoa ocupante da função pública.

³⁷⁸ STF, ADIn n.º. 3.022/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 02-08-2004, D.J.: 04-03-2005.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JUIZ NATURAL DOS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL

5.1 Considerações iniciais

Em relação aos parlamentares, dispõe a Constituição da República, em seu artigo 102, inciso I, alínea *b*, que, nas infrações penais comuns, é o Supremo Tribunal Federal o juízo competente para tratar do assunto. No mesmo sentido é o artigo 53, parágrafo 1º, do texto constitucional, o qual informa, ainda, que os deputados e senadores gozarão do foro especial a partir da expedição do diploma.

Ou seja, por expressa decisão do constituinte originário, o juiz natural dos membros do Congresso Nacional, no âmbito criminal, é a Corte Constitucional do país. Inere-se que uma das motivações para a escolha do mais alto órgão do Poder Judiciário brasileiro, em detrimento dos demais tribunais superiores, como o competente para julgar determinadas autoridades do país, tenha residido na necessidade de solucionar a eventual demanda proposta em face de tais agentes em um lapso temporal mais curto que o usual, em virtude, sobretudo, do tempo de duração dos mandatos.

De uma forma geral, um processo criminal iniciado em primeira instância pode se estender por muitos anos, tendo em vista a sua natural tramitação, incluindo-se não só o seu processo e julgamento ordinários, como também a apreciação e julgamento de todos os recursos cabíveis. Porém, se o objetivo do foro é conceder um tratamento diferenciado para aquele que está ocupando uma função pública, o mais recomendável é que fosse priorizada a celeridade na busca de uma solução enquanto a pessoa ainda desempenha a atividade que lhe proporcionou a prerrogativa, até mesmo para evitar que restassem dúvidas sobre a conduta de alguém que, afinal, faz parte do círculo de dirigentes do Estado, sob pena de embaraços políticos.

Neste sentido, deslocar os feitos envolvendo certas autoridades estatais para o Supremo Tribunal Federal implicaria, ao menos em teoria, imprimir maior rapidez na conclusão do processo, sobretudo pela inexistência de variados recursos processuais a serem invocados, fato que, não se pode deixar de registrar, pode ser entendido como um prejuízo para a própria defesa dos acusados, mas que se justificaria pelo objetivo mais amplo de fornecer uma adequada resposta à sociedade sobre uma possível conduta delituosa do agente.

Porém, se há suporte teórico a embasar tal raciocínio, na prática uma das mais constantes críticas à existência do foro diferenciado para os parlamentares no Supremo Tribunal Federal reside em sua possível dificuldade estrutural para manejar de forma eficaz o instituto. Via de regra, os procedimentos criminais requerem a coleta de documentação, oitiva de depoimentos e outras atividades instrutórias imprescindíveis que, além da natural complexidade, demandariam um tempo de que não necessariamente dispõem os onze ministros da Corte, dada a quantidade de outros temas que devem ordinariamente examinar.

Deste modo, na tentativa de abordar o tema em suas diversas vertentes e buscando, sobretudo, recolher dados que possam corroborar a tese da dificuldade estrutural do tribunal constitucional em processar eficazmente toda a gama de processos decorrentes de sua competência penal originária, com a conseqüente impunidade dos indivíduos, interessa, neste ponto, examinar a dimensão quantitativa da questão.

5.2 A dimensão quantitativa da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal

Apresentadas, sob o aspecto doutrinário e jurisprudencial, as principais controvérsias que permeiam a questão do foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, concedido a diversas autoridades, dentre as quais se incluem os membros do Congresso Nacional, há que se considerar o assunto em termos práticos, buscando projetar sua dimensão quantitativa.

Um dos argumentos mais utilizados ao se criticar a atribuição de competência originária no âmbito criminal à mais alta Corte de Justiça do país reside em sua suposta incapacidade de processar e julgar o elevado número de feitos que adviriam desta esfera, os quais, somados às suas demais competências, prejudicariam o andamento dos trabalhos daquele tribunal. A conseqüência direta do excesso de processos que tramitam no Supremo seria, nesta linha de raciocínio, a propalada impunidade dos indivíduos submetidos ao seu julgamento, beneficiados pela dificuldade em concluir de forma célere os processos criminais sob sua responsabilidade³⁷⁹.

³⁷⁹ Este argumento é encontrado até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em declaração para matéria jornalística sobre o tema, o ministro Ricardo Lewandowski ponderou que, “por conta do foro privilegiado, o STF recebe uma demanda maior que a estrutura suporta, e, por isso, muitos casos são fadados à prescrição antes mesmo do julgamento”. BRAGA, Isabel; BRÍGIDO, Carolina. Congresso pressiona para rever foro privilegiado. O Globo, Rio de Janeiro, 18 nov. 2007, O País, p. 11.

Muito embora tais teses perfilhem posições que, em um contexto de descrença e indiferença pela política, tal como se observa no Brasil atualmente, se identificam com o pensamento popular sobre o foro por prerrogativa de função, não se pode prescindir da adoção de uma ótica objetiva de análise, sob pena de incorrer-se em conclusões tendenciosas, que em nada contribuem para a avaliação científica do tema.

Considerando todo o rol de autoridades detentoras de foro criminal perante o Supremo Tribunal Federal, conforme o disposto na Constituição de 1988 – Presidente e vice-presidente da República, deputados federais e senadores, ministros de Estado, Procurador-Geral da República, comandantes das Forças Armadas, membros do Tribunal de Contas da União, membros dos Tribunais Superiores e os chefes de missão diplomática de caráter permanente – , não se demanda grande esforço para concluir que é bastante alto o número de indivíduos que gozam de tal prerrogativa.

De fato, no âmbito de tal lista, somente os membros do Congresso Nacional somam, na atual conformação do Poder Legislativo, quinhentos e noventa e quatro (594) indivíduos³⁸⁰ que, por expressa decisão do legislador constituinte originário, somente poderão ser processados e julgados, nas infrações penais comuns, perante a mais alta Corte do Judiciário brasileiro.

Levantamento realizado pelo relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer³⁸¹ à proposta de Emenda à Constituição (PEC)³⁸² que propõe a revogação dos dispositivos que garantem a prerrogativa de foro a diversas autoridades, indicou a existência de 53 inquéritos em nome de senadores³⁸³ e 446 procedimentos instaurados contra 147 deputados.³⁸⁴

³⁸⁰ Este número inclui os 513 deputados federais e os 81 senadores, conforme disposto, respectivamente, no artigo 45, §1º, da Constituição da República c/c a Lei Complementar nº. 78/2003 e artigo 46, §1º, da Constituição da República.

³⁸¹ O parecer foi apresentado à Câmara dos Deputados em junho de 2008, tendo analisado, portanto, os deputados federais pertencentes à legislatura 2007-2011 e os senadores das legislaturas que se iniciaram em 2003 e 2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574377.pdf>> Acesso em 05 ago. 2008.

³⁸² Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição nº. 130-A, de 2007, de autoria do Deputado Marcelo Itagiba.

³⁸³ São os seguintes os senadores que possuem inquérito: Alfredo Nascimento, sete; Aloizio Mercadante, um; Antônio Carlos Valadares, um; César Borges, um; Cícero Lucena, três; Demóstenes Torres, um; Eduardo Azeredo, dois, Expedito Júnior, um, Fátima Cleide, um; Fernando Collor, cinco; Flexa Ribeiro, um; Gilvam Borges, um, Leomar Quintanilha, um, Lúcia Vânia, um; Mário Couto, três; Mão Santa, um, Marcello Crivella, dois; Marconi Perillo, um, Morazildo Cavalcanti, quatro; Neuto de Conto, dois; Romero Jucá, um, Romeu Tuma, dois, Rosalva Ciarlini, um, Roseana Sarney, dois, Waldir Rapupp, seis e Wellington Salvado, um, no total de 53 (cinquenta e três inquéritos).

³⁸⁴ Na Câmara dos Deputados, estão sendo processados ou investigados os seguintes deputados: Abelardo Camarinha, vinte; Abelardo Lupion, dois, Ademir Camilo, um; Aelton Freitas, um; Aírton Bernardo Roveda, dois, Alberto Franga, dois, Alcení Guerra, oito; Alexandre Silveira, dois, Alfredo Kaefer, oito; Aline Correa, quatro, Antonia Magalhães da Cruz, dois; Ciro Nogueira, sete; Cláudio Cajado, um; Cleber Verde, dois, Clodovil Hernandes, dezoito; Clóvis Fécury, dois; Damião Feliciano, um; Daniel Almeida, um; Décio Lima, um; Devanir Ribeiro, um; Dilceu Sperafico, um; Djalma Berger, cinco; Dr. Nechar, um; Dr. Rosinha, um; Duarte Nogueira, um, Edigar Mão Banca, dois; Edmar Moreira, um; Edson Aparecido, um, Edson Ezequiel de Matos, três; Eduardo Cunha, quinze; Eduardo Francisco Sciarra, um; Eduardo Gomes, um; Efraim Filho, um; Elcione Barbalho, dois; Eliene Lima, quatro; Eliseu Padilha, quatro; Elismar Prado, um, Emanuel Fernandes, quatro; Ernandes Amorim, seis; Eugênio Rabelo, um; Fábio Faria, um; Fernando de Fabinho, dois; Fernando Gabeira, um; Flaviano Melo, dois; Francisco Rodrigues, dois; Geraldo Pudim, dois; Gervásio Silva, dois; Giacobbo, cinco; Gorete Pereira, um,

Ainda que não se possa pressupor, por evidente, que haja culpados em todos os processos ou mesmo em alguns deles, não se pode deixar de considerar como significativo o conhecimento de que há cerca de quinhentos procedimentos criminais instaurados contra parlamentares.

Diante de tal panorama, natural o questionamento sobre a capacidade do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar de forma eficiente tal acervo, sem prejuízos ao andamento das funções para as quais foi criado, sobretudo no que concerne ao controle da constitucionalidade da legislação ordinária e a apreciação dos chamados “casos difíceis”, para os quais o simples exame de todo o arcabouço jurídico pátrio não fornece uma resposta imediata, sendo necessário fazer uso de uma cuidadosa interpretação do texto constitucional a fim de obter uma solução para os problemas que se apresentam.

Neste ponto, interessante perscrutar o estudo elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), no ano de 2007, ao lançar uma campanha para combater a impunidade no país. Um dos principais focos do movimento, batizado de “Juízes contra a corrupção”, é a defesa do fim do foro diferenciado para autoridades³⁸⁵.

No estudo, cujo escopo foi o de analisar as características e o andamento das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da competência prevista nos artigos 102, I, *b e c*, e 105, I, “a”, da Constituição da República, buscou-se identificar os aspectos objetivos relacionados com esta espécie de demanda judicial, com base em informações recolhidas dos bancos de dados constantes dos endereços eletrônicos (www.stf.gov.br e www.stj.gov.br) de cada um destes tribunais.

Sob o prisma metodológico, esclarece-se que, em relação ao Supremo Tribunal Federal, foram analisadas, entre os dias 11 e 18 de junho de 2007, as ações indicadas pela

Henrique Eduardo Alves, um; Hidekazu Takayama, um; Inocêncio Oliveira, um; Jackson Barreto, dez; Jader Barbalho, oito; Jaime Martins, dois; Janete Capiberibe, dois; João Paulo Cunha, três; Jofran Frejat, quatro; Jorginho Maluly, dois; José Carlos Aleluia, um; José Carlos Vieira, quatro; José Eduardo Cardozo, três; José Eduardo Vieira Ribeiro, um; José Fernando Aparecido, um; José Genoíno, três; José Gerardo, oito; José Paulo Toffano, um; Laerte Bessa, um; Lindomar Garçon, três; Lira Maia, oito; Luiz Bittencourt, três; Luiz Carlos Heinze, um; Luiz Carlos Setim, um; Luiz Paulo Vellozo Lucas, um; Luiza Erundina de Sousa, um; Magela, dois; Manoel Salviano, um; Marcelo Costa e Castro, um; Marcelo Teixeira, um; Márcio Henrique Junqueira, três; Márcio Luiz França Gomes, quatro; Márcio Reinaldo Dias Moreira, um; Maria do Carmo Lara Perpétua, um; Maria do Rosário Nunes, um; Maria Lúcia Cardoso, um; Mário de Oliveira, quatro; Mário Negromonte, um; Maurício Trindade, um; Mauro Nazif, um; Michel Temer, um; Moisés Nogueira Avelino, um; Natan Donadon, dois; Nelson Bornier, quatro; Nelson Goeten, um; Nelson Marquezelli, dois; Nelson Meurer, cinco; Neudo Campos, vinte e um; Nilson Pinto de Oliveira, dois; Odacir Zonta, um; Olavo Calheiros, um; Onyx Lorenzoni, dois; Osmar Júnior, um; Osmar Serraglio, um; Osório Adriano, um; Osvaldo Reis, um; Paes Landin, dois; Paulo Maluf, quarenta e sete; Paulo Rocha, quatro; Paulo Teixeira, um; Pedro Fernandes, dois; Pedro Henry, três; Pedro Wilson, cinco; Pompeu de Matos, quatro; Raquel Teixeira, um; Raul Jungmann, quatro; Reinaldo Nogueira, dois; Renato Amary, um; Ribamar Alves, um; Ricardo Barros, dois; Ricardo Berzoini, três; Roberto Rocha, um; Rocha Loures, um; Rogério Marinho, dois; Ronaldo Caiado, dois; Sabino Castelo Branco, um; Sandes Júnior, um; Sandro Mabel, sete; Saraiva Felipe, um; Sarney Filho, um; Sebastião Bala Rocha, um; Silvio Torres, um; Silvio Lopes, um; Solange Pereira de Almeida, dois; Tático, três; Urzeni Rocha, cinco; Vadão Gomes, seis; Valdemar Costa Neto, três; Valdir Colatto, um. Valder Loubet, um; Vilson Luiz Covatti, um; Vitor Penido, dois; Walter Pinheiro, um; Wellington Fagundes, um; Wellington Roberto, dois; Wladimir Costa, quatro; Zenaldo Coutinho, um; Zequinha Marinho, dois.

sigla AP (Ações Penais), distribuídas a partir de 15 de dezembro de 1988, até a última distribuição de autos classificados na mesma categoria na data de realização da pesquisa, em 15 de junho de 2007. Tal corte foi justificado pela necessidade de focar a pesquisa no período de vigência do atual texto constitucional.

A análise da pesquisa demonstra que, no âmbito da mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, em uma amostra total de 130 ações penais originárias, a maior parcela das que lá ingressam trata de crimes contra a administração pública (33,85%), seguida por ações pela prática de crimes eleitorais (16,92%) e de crimes contra a honra (13,85%). Sob a rubrica “outros”, que inclui 16,92% das ações, inclui-se o somatório daquelas relacionadas a crimes contra o sistema financeiro nacional (3,85%), crimes ambientais (2,31%), crimes contra a incolumidade pública (1,54%), crimes contra a liberdade individual (1,54%), crimes militares (0,77%) e crimes urbanísticos (0,77%). Mencionam-se ainda crimes contra o patrimônio (6,92%), fiscais (6,92%) e contra a fé pública (4,62%).

Em que pese não ter sido destacado na amostra os sujeitos e/ou as funções públicas que compuseram este cenário, crê-se que, ainda que sem firme comprovação empírica, não seria de todo improvável considerar que a mesma é, em grande parte, formada por membros do Congresso Nacional.

Com efeito, os dados apresentados no parecer acima mencionado, que demonstram ser elevado o número de parlamentares que têm instaurado contra si alguma espécie de procedimento criminal, revelam um forte indício da veracidade de tal suposição, que resta fortalecida pela declaração do Ministro Celso de Mello, ao assinalar que “a maior clientela do Supremo Tribunal Federal na área penal situa-se exatamente no Congresso Nacional, em ambas as Casas Legislativas³⁸⁶”.

Quanto ao fator tempo, foi realizada uma separação, de modo a identificar o tempo de duração de todos os processos classificados como ações penais originárias, arquivados, remetidos a instâncias inferiores ou em tramitação, desde a citada AP 301, bem como o tempo de duração dos processos em tramitação.

No primeiro caso, das 130 ações que compuseram a amostra, a maioria (26,15%), durou de 0 a 1 ano, sendo seguida por aquelas que duraram de 1 a 2 anos (13,08%), estando 52 (40%) ainda em tramitação. Destas, 22 (ou 42,31%) têm de 0 a 1 ano, enquanto 25% permanecem no Tribunal há 3 ou 4 anos e uma pequena parcela (5,77%), estão lá há mais de 4 anos.

³⁸⁵ Disponível em <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf> Acesso em 31 jan. 2008.

A pesquisa demonstra também que a partir de 2002 há um acréscimo de ações penais distribuídas no Tribunal, com um aumento significativo nos anos de 2003 e 2004, o que se atribui à aprovação da Lei nº. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, a qual estabeleceu a competência especial por prerrogativa de função para julgamento dos crimes decorrentes de atos administrativos dos agentes políticos, ainda que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública (norma declarada inconstitucional por decisão do STF na ADIn nº. 2.797, no ano de 2005).

Por fim, o estudo faz referência ao conteúdo das decisões, para demonstrar que, das ações penais que não estão em tramitação, a maioria foi remetida à instância inferior (35,38%), possivelmente em decorrência do término do mandato do réu ou querelado. Relacionam-se também processos arquivados sem indicativo da razão, por extinção da punibilidade por decurso de prazo da suspensão condicional do processo, pela morte do réu, ou por fatores não explicitados na base de dados, somando todos estes 10% do total. A prescrição, um dos motivos utilizados pelos críticos para reprovar a existência do foro por prerrogativa de função nos tribunais superiores, ocorreu em 10% dos casos, enquanto em 4,62% os réus foram absolvidos. Nesta amostra, nenhuma condenação foi registrada.

A partir de tais dados, a Associação dos Magistrados Brasileiros concluiu que o grande número de processos contra autoridades detentoras de foro privilegiado, assim como a falta de julgamento definitivo destes casos, contribui decisivamente para a sensação de impunidade e descrédito institucional que atualmente afligiria a sociedade brasileira.

Nesse contexto, sob o argumento de que pretende oferecer uma resposta à demanda da população no que toca ao combate à morosidade nos julgamentos relacionados à corrupção, a instituição defende a imediata extinção do que denomina “foro privilegiado”, taxado como um “inconcebível privilégio”, que estaria sendo utilizado como instrumento de preservação da impunidade por agentes políticos e servidores públicos.

E, em complemento, posiciona-se contrariamente às propostas legislativas que, em alguma medida, defendem a extensão do foro privilegiado, tais como a Proposta de Emenda Constitucional nº. 358, de 2005, defendendo, por outro lado, a propositura de uma PEC que ponha fim ao foro diferenciado para autoridades, em todas as suas instâncias e esferas.

Vale destacar que, à época, o estudo divulgado pela AMB foi bastante comentado, recebendo, inclusive, o apoio de diversos setores da mídia e da opinião pública na condenação

³⁸⁶ RONCAGLIA, Daniel. *Em defesa do Supremo: Ellen rebate com números crítica a foro especial*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/58979,1>> Acesso em 05 ago. 2008.

do foro por prerrogativa de função e na incapacidade estrutural do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar de forma adequada as ações decorrentes do instituto.

Ocorre que, se há verdade no fato de que o empirismo é fundamental quando alguém se propõe a realizar um trabalho de análise crítica de determinada situação, tampouco se pode ignorar que este recurso deve ser utilizado com cuidado, sem perder de vista que há modos distintos para se ler números e decodificar estatísticas, sob pena de transformação da empiria em um falso argumento³⁸⁷.

De fato, logo após a divulgação do estudo da AMB, a ministra Ellen Gracie, então presidente do Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento ao final da sessão em que foi concluído o julgamento do inquérito do “mensalão³⁸⁸”, processo em que, dentre os acusados, figuram detentores de foro especial perante a Corte, rebateu os argumentos da Associação, lançando uma nova ótica sobre o tema.

Criticou-se, principalmente, o corte de tempo da pesquisa, que estaria equivocado ao considerar ações desde a promulgação da Constituição e não do ano de 2002. Isto porque neste intervalo, o STF não podia apreciar as Ações Penais sem autorização do Congresso, que raramente as concedia. Somente a partir da Emenda Constitucional nº. 35, regulamentada em dezembro de 2001, é que tal autorização deixou de ser necessária³⁸⁹. Ter-se-ia, aí, a explicação para o aumento no número de ações identificado na pesquisa.

Ademais, na mesma ocasião, garantiu a ministra Ellen que eram 50 (ou 51 com a do “mensalão”) e não 52, as ações penais que tramitavam no Supremo. Destas, apenas duas teriam mais de quatro anos de tramitação, sendo que metade estaria há menos de seis meses na Corte. E ainda indagou, de modo provocativo aos críticos, se conheciam algum júízo criminal em situação mais confortável quanto o daquele tribunal em relação à tramitação das suas ações penais, destacando a celeridade do tribunal³⁹⁰.

O pronunciamento da ministra demonstra como uma mesma compilação de dados pode se prestar a diferentes leituras, a depender da ótica utilizada pelo analista, renovando-se, portanto, a necessidade de que seja priorizada uma avaliação imparcial, sem descurar tampouco de uma imprescindível perspectiva crítica.

³⁸⁷ FRAGALE FILHO, Roberto. *Quando a empiria é necessária?* Disponível em <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Roberto%20Fragale%20Filho.pdf>> Acesso em 25 jul. 2008.

³⁸⁸ A expressão “mensalão” foi popularizada pelo então deputado federal Roberto Jefferson, tendo sido posteriormente adotada pela mídia, para designar a existência de um suposto esquema ilegal de pagamentos a deputados do Congresso Nacional, para votarem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo.

³⁸⁹ STF. *Notícias*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/tramiteAP.pdf>> Acesso em 05 ago. 2008.

³⁹⁰ *Ibidem*.

Segundo o estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros, desde 1988, ano em que a atual Constituição foi promulgada, até maio de 2007, nenhuma autoridade havia sido condenada nas 130 Ações Penais originárias protocoladas no Supremo Tribunal. O argumento principal da entidade se baseia no fato de que a falta de punição acontece porque este tipo de ação atravanca o andamento do tribunal.

Entretanto, a se considerar a quantidade de processos recebidos pela Corte no mesmo período – cerca de dois milhões – o número de ações penais representa um percentual bastante reduzido, tornando a conclusão da AMB, no que concerne à falta de punição por incapacidade estrutural do tribunal em lidar com estas ações, no mínimo questionável³⁹¹.

Em relação à crítica sobre a morosidade nos julgamentos, o que, ao juízo da Associação, contribuiria decisivamente para a preservação da impunidade, também se faz necessário tecer alguns comentários. Se, como divulgado, das 130 ações criminais protocoladas no Supremo, 52 estavam em tramitação até junho de 2007, este número representa 40% do total. No entanto, tendo em vista que apenas três destes processos encontravam-se lá por mais de quatro anos, infere-se que a maioria teria chegado ao tribunal nos últimos anos³⁹², sendo possível crer que não se verifica, em regra, um lapso temporal tão longo que pudesse justificar, por si só, uma desmedida impunidade dos indivíduos detentores de foro na Corte.

Percebe-se que, na verdade, é preciso ter cautela na realização de críticas ao foro por prerrogativa de função para autoridades perante o Supremo Tribunal Federal que se baseiem precipuamente na grande quantidade de ações penais originárias a seu cargo e sua conseqüente incapacidade estrutural de processá-las. Ceder a, no mais das vezes, fácil e sedutora tentação de censurar um instituto sem o lastro de dados objetivos que corroborem a tese é perder a necessária neutralidade e resvalar para o senso comum, em uma postura não condizente com o desenvolvimento de um trabalho científico.

Os números apresentados pelo estudo da AMB, portanto, são de extrema valia para a análise do tema, porém verifica-se que as conclusões dele decorrentes podem variar significativamente, a depender da ótica priorizada pelo observador. Assim, se há necessidade de se considerar o aspecto quantitativo, não se pode julgá-lo como o único ponto relevante ou mesmo como o determinante. A questão do foro por prerrogativa de função revela-se

³⁹¹ RONCAGLIA, Daniel. *Em defesa do Supremo: Ellen rebate com números crítica a foro especial*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/58979,1>> Acesso em 05 ago. 2008.

³⁹² *Ibidem*.

complexa, influenciada por um conjunto de fatores que devem ser considerados em sua integralidade, buscando-se um norte objetivo para o tema.

5.3 Um olhar adiante: algumas possíveis soluções alternativas

Grande parte dos críticos ao chamado “foro privilegiado” restringe-se a apontar suas falhas e as dificuldades que acarretam a utilização do instituto nos casos concretos, empregando, neste passo, um sem número de adjetivos pouco elogiosos. Dificilmente se privilegiam menções às propostas eventualmente existentes para substituir ou aprimorar a competência penal originária dos tribunais. Não basta, entretanto, adotar uma postura de condenação a qualquer preço sem ao menos tentar oferecer elementos para discussão, sob pena do necessário debate político-social sobre o tema restar esvaziado. Deste modo, neste ponto, busca-se elencar algumas possíveis alternativas à forma como concebido o instituto, tomando como base sugestões doutrinárias e propostas legislativas, para que possam ser oportunamente consideradas.

A análise da situação, tal como se apresenta atualmente, possibilita a identificação de, basicamente, quatro opções possíveis quando se propõe modificar a sistemática vigente sobre o foro por prerrogativa de função. Não se quer com isto dizer que sejam estas as únicas maneiras de tratar a questão, mas sim que estas são aquelas que, em algum momento, surgiram como alternativas. Tampouco se contabiliza nestas quatro opções a mais óbvia, qual seja, a sumária extinção da competência originária dos tribunais para julgamento de autoridades³⁹³, por se considerar que tal escolha não se coaduna com a necessidade de preservar e fortalecer determinadas funções e instituições públicas, ainda que, infelizmente, o passado recente, no caso brasileiro, não auxilie a encampação de tal pensamento.

Assim, passaremos a apresentar, em primeiro lugar, a criação de juízos especializados para julgamentos de autoridades, além da redução do papel do Supremo Tribunal Federal em ações envolvendo ocupantes de funções públicas, a especialização da Corte e, por fim, a adoção de uma espécie de divisão de tarefas no processamento de feitos decorrentes da

³⁹³ A título de ilustração, vale mencionar que, em relação aos parlamentares, dentre as propostas legislativas existentes, há aquelas que simplesmente propõem a imediata extinção do instituto do foro por prerrogativa de função para os membros do Congresso Nacional destacando que só lhes deveria ser concedida a imunidade material, por suas palavras, opiniões e votos, e não a formal (ou processual). Neste sentido, PEC n.º. 119/2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/482923.pdf>> Acesso em 05 ago. 2008.

competência originária, buscando avaliar as vantagens e desvantagens de cada um deles, a fim de que se possam melhor compreender as discussões que o assunto possa suscitar. Esclarecemos, ainda, que a análise privilegiará as competências do Supremo Tribunal Federal como parâmetro, tendo em vista que, por disposição constitucional, é esta a Corte responsável pelo processo e julgamento das mais representativas autoridades do Estado, incluindo os membros do Congresso Nacional.

5.3.1 A criação de juízos especializados

A criação de juízos especializados para o julgamento de agentes públicos que detenham a prerrogativa de foro perante os tribunais é uma das alternativas que se apresentam para a alteração do atual cenário relativo à matéria.

A partir do estabelecimento de juízos cuja competência se restringisse ao processo e julgamento de demandas titularizadas pelas autoridades que hoje constam da Constituição da República no rol daqueles que dispõem de tratamento processual diferenciado, espera-se uma expressiva redução no número total de feitos a cargo dos tribunais.

Dedicados exclusivamente a uma determinada atividade, acredita-se que, com o tempo, o novo órgão adquiriria uma valiosa experiência no trato das especificidades da matéria, que inclui não só a análise do fato motivador da ação, como também das eventuais circunstâncias políticas que possam influenciar em seu deslinde, a partir da interpretação da legislação vigente. E, assim, poderia ser formada uma jurisprudência consolidada sobre o assunto, que muito auxiliaria a apreciação de situações futuras.

Inicialmente, a idéia limita-se à simples transferência das demandas ajuizadas com base na competência penal originária dos tribunais para este novo juízo. Entretanto, não se deve afastar de plano a possibilidade de sua extensão às ações de improbidade administrativa, eis que antigo (e sempre presente) o pleito para que o foro especial seja estendido também para as ações desta natureza. Considerando que o principal argumento utilizado para negar tal extensão refere-se à falta de estrutura dos tribunais para administrar o grande número de processos existentes nesta seara, ao menos tal dificuldade seria afastada com a manutenção de órgãos específicos.

A especialização de juízos não se apresenta como uma concepção inédita, já sendo encontradas iniciativas semelhantes nos tribunais dos Estados de São Paulo e Rio Grande do

Sul, nos quais foram designadas Câmaras especializadas para o julgamento das infrações penais atribuídas a prefeitos, como forma de implementar o disposto na Constituição da República, em seu artigo 29, inciso X³⁹⁴. Existem, portanto, como se vê, precedentes na estrutura do Poder Judiciário que poderiam servir como modelo para a nova sistemática proposta.

Quanto à localização de tais juízos, em se tratando de autoridades que detenham foro perante o Supremo Tribunal Federal, razoável sustentar que sejam estabelecidos em Brasília, o que se justificaria pela proximidade geográfica dos potenciais réus. Ademais, por razões de ordem prática, relacionadas à estrutura operacional dos órgãos, vislumbram-se vantagens na concentração de tais demandas em uma só localidade. Quanto aos demais, sugere-se sejam criados órgãos especializados em cada Estado, tais como já existentes para o julgamento de prefeitos em São Paulo e no Rio Grande do Sul.

Uma das maiores fragilidades de tal construção refere-se à escolha dos juízes que ocuparão a função. Isso porque, tendo em vista a natural atração política que envolve cada julgamento cujo réu seja uma autoridade pública, não se pode ignorar a possibilidade de que, permanecendo por um longo tempo no mesmo órgão, possa o magistrado ser alvo de pressões diversas, seja para direcionar decisões ou na tentativa de atenuar condenações. Em que pese a existência das garantias conferidas aos ocupantes do Poder Judiciário e da necessária imparcialidade de julgamento, afigura-se prudente a pré-fixação de uma alternância no cargo, na forma de rodízios periódicos, que, na verdade, só enriqueceriam o juízo, que poderia contar com a experiência pessoal de diferentes magistrados.

Convém ressaltar, por fim, que o estabelecimento de juízos especializados não afronta a proibição de criação de tribunais de exceções, constitucionalmente vedados, já que a concessão de foro perante os tribunais não implica absolutamente em isenção de responsabilidade, mas tão-só em uma regra diferenciada de competência para o processo e julgamento da infração praticada por determinadas autoridades que, hoje, já dispõem de tratamento distinto dos demais cidadãos. De fato, assinalou Pontes de Miranda, ao tratar do foro privilegiado, que:

[...] a instalação do juízo especial para as questões que, ao tempo da lei, já estejam submetidas à Justiça ordinária, com força de aplicação imediata, não infringe o *princípio da proibição dos tribunais de exceção*; salvo se a lei é só para um caso, ou

³⁹⁴ No Rio Grande do Sul, a Resolução n.º. 1/98, atribuiu à 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça a competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais, enquanto em São Paulo, por meio da Resolução n.º. 393, determinou-se que a competência de tais feitos é da 15ª Câmara Seção de Direito Criminal do Tribunal.

para alguns casos determinados, porque, então, estaria instituído o que se quer proibir: o juiz *ad hoc*³⁹⁵.

Logo, como não se pretende instituir juízos para julgamento de indivíduos ou situações específicas, mas sim instituir um novo regramento geral para o assunto, não há que se falar em violação constitucional.

A proposta de especialização de juízos, com exceção de poucas iniciativas no âmbito dos tribunais de justiça, ainda encontra-se restrita ao plano teórico, porém, pelos benefícios que poderia ocasionar, sobretudo por permitir que o Supremo Tribunal se dedique integralmente à análise de questões de natureza constitucional, para as quais é vocacionado, deveria ser cuidadosamente considerada.

5.3.2 O recebimento de denúncias pelo Supremo Tribunal Federal

Trata-se de proposta que diminui a competência da Corte Suprema, criando uma espécie de “foro mitigado”. Neste caso, caberia ao Tribunal tão-somente o recebimento da peça acusatória, para análise da viabilidade de instauração da ação. Esta, entretanto, seria processada e julgada no juízo ordinário competente para a questão.

A idéia consta da Proposta de Emenda à Constituição n.º. 130/2007, incorporado o substitutivo do Relator do projeto, que se encontra atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Na justificativa que acompanha a Proposta, relata-se que tal providência poderia ser rotulada como uma “denúncia privilegiada”, na medida em que a denúncia será ofertada por uma autoridade constitucionalmente especificada e recebida pelo órgão maior do Poder Judiciário³⁹⁶. Só então, ultrapassada esta fase, é que o processamento e decisão serão realizados pelo juízo de primeiro grau, com tramitação regular e recursos aos tribunais superiores.

Interessante destacar que, por definição, o ato de recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário denota, ainda que implicitamente, ser esta “perfeita”, no sentido de preencher todos os requisitos legais para a proposição da ação penal³⁹⁷. Não se revela incomum, porém, na

³⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. IV. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 395.

³⁹⁶ Parecer do Relator, deputado Regis de Oliveira, à Proposta de Emenda à Constituição n.º. 130, de 2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574377.pdf>> Acesso em 18 dez. 2008.

³⁹⁷ Os requisitos para oferecimento da denúncia constam do artigo 41, do Código de Processo Penal, segundo o qual “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou

prática forense, o provimento de recursos que pugnem pelo reexame da peça inicial e reconhecimento de sua inépcia pela falta de um ou alguns daqueles requisitos. Indaga-se qual será o posicionamento de órgão de segunda instância frente a tais pleitos, já que, a encampação da tese defensiva implicará em adotar postura de desacordo com o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, sob o fundamento de que teria a Corte se equivocado. A questão, de índole essencialmente pragmática, não deve ser menosprezada, tendo em vista as sérias implicações jurídicas para o exercício da defesa.

O mesmo ocorreria em relação às providências cautelares, que se submeteriam a um exame prévio pelos tribunais antes da efetiva implementação, com o objetivo de evitarem-se excessos, sobretudo, acredita-se, por motivações políticas:

De outro lado, para evitar-se que haja constrangimento desnecessário, impõe-se que as denominadas providências cautelares, por exemplo, os tipos provisório e preventivo de prisão, a quebra de sigilo bancário e telefônico, a autorização para gravação telefônica (“grampo”), todas sejam tomadas livremente pela autoridade judicial competente, mas com exame prévio da presença dos requisitos pelo Tribunal superior.

O magistrado de primeiro grau fica, assim, livre para tomar qualquer decisão que queira, desde que presentes os requisitos que a embasam, mas deve tomar, preliminarmente, a providência de expor a situação a magistrado de instância superior. A consulta prévia objetiva evitar excessos que possam ser tomados com grave prejuízo para a ordem pública e para a imagem de personalidades do Judiciário, do Ministério Público e políticas³⁹⁸.

Ou seja, em última instância, o tribunal funcionaria como um “filtro” para a proposição de demandas em face de determinadas autoridades que hoje detêm foro constitucional especial. Não se pode deixar de pontuar as vantagens da sistemática, que, mesmo tendo o mérito de afastar a Corte da necessidade de adentrar os inúmeros detalhes processuais de cada demanda, não desconsidera a importância dos elementos políticos que podem influenciar situações desta natureza. Deste modo, o Supremo Tribunal, dotado de experiência nesta seara, contribuiria para que não fossem cometidos atos arbitrários e abusos.

Por outro lado, é de se notar que tal proposta não exonera por completo o Tribunal, que, de certa forma, permanece vinculado à realização de uma tarefa que não lhe deveria ser atribuída como regra, tendo em vista a vocação recursal dos órgãos superiores. Ademais, muito embora a proposta não tenha esta amplitude, deve ser ressaltado que, neste desenho, não se mostraria viável incluir as ações por improbidade administrativa, uma vez que, pela grande quantidade destas demandas, sobretudo se considerados os membros do Congresso

esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Para alguns doutrinadores, a denúncia também deve conter o requisito da “justa causa”.

³⁹⁸ Parecer do Relator, deputado Regis de Oliveira, à Proposta de Emenda à Constituição n.º. 130, de 2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574377.pdf>> Acesso em 18 dez. 2008.

Nacional, haveria o risco de se inviabilizar o curso normal dos trabalhos no Supremo, mesmo que sua tarefa se restringisse à análise da existência de condições para instauração da ação.

Considerando, então, que a sistemática descrita já se encontra, sob o aspecto formal, estruturada na forma de uma Proposta de Emenda à Constituição, em adiantado estágio de tramitação no Congresso Nacional, é possível crer que há, portanto, reais chances de que o instituto do foro diferenciado passe a vigor em tal formato em um futuro próximo.

5.3.3 A restrição de julgamento às demandas relacionadas com o exercício do mandato

A idéia de limitar a competência originária dos tribunais ao processo e julgamento de demandas relacionadas com o exercício do mandato surgiu em 1999, quando dos debates no julgamento do Inq. n.º. 687-4/SP, que resultou no cancelamento do verbete n.º. 394, da Súmula do Supremo Tribunal Federal³⁹⁹. Trata-se, portanto, de sugestão, a princípio, limitada aos detentores de mandato eletivo.

Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence propôs a edição de uma nova súmula, que substituiria a de n.º. 394, que declarasse que “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”. É dizer: só os crimes “propter officium” seriam julgados perante um foro diferenciado.

O ponto interessante desta construção é o fato do tribunal poder se dedicar ao exame de situações cujo lapso temporal encontrar-se-ia bem definido – a duração do mandato do agente político – sem receber o passivo de eventuais demandas criminais anteriormente propostas em face daquele indivíduo, as quais, de certa forma, acabam por perturbar a rotina do órgão. Ademais, em se tratando de membros do Poder Legislativo, o julgamento de crimes estritamente relacionados com o desempenho da função pública prestigia a boa utilização do instituto das imunidades parlamentares, na medida em que, tanto quanto aquelas, resguarda o agente durante o tempo em que exerce uma atividade que tem como fim último o bem da coletividade, não lhe estendendo tratamento diferenciado se esta condição não mais subsiste.

Em sentido semelhante, apresentou o deputado Paulo Rubem Santiago, em 2007, Proposta de Emenda à Constituição buscando alterar o parágrafo 1º, do artigo 53, da

³⁹⁹ STF, Inq. n.º 687-4/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, julgamento em 25-08-1999, D.J.: 09-11-2001.

Constituição da República, de modo a estabelecer que os deputados e senadores, desde a posse, serão processados e julgados pela Corte Suprema “nos casos relacionados com o exercício do mandato⁴⁰⁰”. Convém observar o caráter genérico e atécnico de tal proposição, eis que não se oferece explicação sobre a abrangência de “casos”: a referência se limitaria aos crimes, seguindo a sistemática atualmente vigente, ou busca-se uma extensão para ações de natureza cível, como as referentes à improbidade?

Difícil, ainda, será definir quais os “casos” ou, mais especificamente, as condutas criminosas, efetivamente relacionadas com o exercício do mandato, eis que tal juízo não necessariamente pode ser realizado de modo objetivo. A complexidade do assunto foi apontada pelo Ministro Sidney Sanches, também no exame do Inq. n.º. 687-4/SP, utilizando como exemplo a conduta de emissão de um atestado falso por um deputado, por restar incerto se é função de um deputado emitir atestados ou se este é um ato estranho à atividade parlamentar.

Outro aspecto que gera dúvidas refere-se à providência que deverá ser tomada ao encerrar-se o mandato do agente político. De acordo com a tese sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal seria competente para examinar demandas de ex-ocupantes de funções públicas, desde que o fato tivesse ligação com a atividade anterior. A hipótese afigura-se perigosa, já que, por vias transversas, seria reeditada o antigo verbete n.º. 394, pela qual ex-ocupantes de funções públicas mantinham o foro especial no Supremo Tribunal. A questão não é abordada pela PEC acima mencionada. O mais recomendável, acredita-se, em homenagem ao princípio constitucional da isonomia, seria que, encerrado o mandato, os processos existentes em face do ex-agente político fossem remetidos ao juízo ordinário competente para a questão.

Sem desmerecer a proposta, o que se observa é o fato de existirem nela muitos aspectos mal resolvidos, que requerem estudos mais aprofundados antes que se possa considerar sua efetiva utilização – inclusive sobre a possibilidade de inclusão de outros agentes públicos que não os detentores de mandato eletivo –, porém suas premissas têm a virtude de evidenciar a necessidade de priorizar como foco o desempenho da função pública e não uma proteção injustificada à pessoa do seu ocupante.

⁴⁰⁰ Proposta de Emenda à Constituição n.º. 78/2007, do deputado Paulo Rubem Santiago. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/466419.pdf>> Acesso em 05 ago. 2008.

5.3.4 A descentralização do procedimento e os juízes convocados

Nesta hipótese, seriam mantidas as linhas gerais do instituto do foro especial por prerrogativa de função, tal como constante na Constituição da República, porém seria incentivada a realização de uma espécie de “divisão de tarefas” no interior do Tribunal, na tentativa de agilizar e otimizar os trabalhos relativos à instrução criminal dos processos, acompanhada do auxílio ao Relator de juízes especialmente convocados para tal tarefa.

Entrevê-se como uma potencial vantagem desta proposta o fato de restar preservado um sistema que tem raízes muito antigas no ordenamento jurídico brasileiro e que prioriza a experiência do Supremo Tribunal Federal na apreciação de questões que, além do aspecto da infração em si, muitas vezes guardam estreita ligação com elementos políticos. Não se quer com isto afirmar que os juízes ordinários não possuem capacidade técnica para realizar julgamentos isentos, mas sim que, em função da própria vocação como guardião da Constituição, supõe-se que o órgão máximo do Poder Judiciário detenha uma ótica diferenciada (e, talvez, mais abrangente) sobre as demandas que lhe são postas acerca de determinadas autoridades.

Em termos práticos, portanto, tal como hoje, o tribunal continuaria a deter a competência para processar e julgar originariamente as autoridades arroladas na Constituição nas infrações penais comuns. A diferença estaria na tramitação interna do Tribunal, tendo em vista que os diversos atos ligados ao processamento do feito poderiam ser realizados por juízes de primeira instância em diversos locais do país, já que, em regra, são estas atividades que retardam a obtenção do efetivo desfecho da ação. Some-se a isto a possibilidade de agregar à estrutura da Corte o saber e a experiência de diversos juízes, especialmente convocados para trabalharem nestes feitos, em especial em se tratando de matéria penal, na qual, ao menos pelas informações que se têm do Supremo, não há um especialista no Tribunal⁴⁰¹.

Ao liberar os onze ministros da Corte do trabalho de oitiva de testemunhas, interrogatórios, determinação de diligências e outros atos típicos da instrução criminal, por exemplo, espera-se que, em um espaço de tempo mais curto e já municiados de todas as

⁴⁰¹ Segundo o “Anuário da Justiça 2008”, publicação do “Consultor Jurídico”, essas são as áreas de especialização dos atuais membros do Supremo Tribunal Federal: Ellen Gracie (Direito Administrativo); Carlos Britto (Direito Constitucional); Cármen Lúcia (Direito Constitucional, do Estado e Empresarial), Celso de Mello (Direito Constitucional); Cezar Peluso (Direito Civil); Eros Grau (Direito Público); Gilmar Mendes (Direito Público); Joaquim Barbosa (Direito Público e Direito Comparado); Marco Aurélio de Mello (Direito Constitucional); Menezes Direito (Direito Civil e Constitucional) e Ricardo Lewandowski (Direito Público).

informações técnicas pertinentes, possam se dedicar exclusivamente à análise do mérito da questão e, por fim, julgar de forma segura.

Longe de se restringir a uma suposição teórica, a convocação de juízes já foi implementada pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em novembro de 2007, uma alteração no regimento interno do Tribunal, aprovada pelos membros da Corte, acrescentou dispositivo permitindo “designar magistrados para atuação como juiz auxiliar do Supremo Tribunal Federal em auxílio à presidência e aos ministros, sem prejuízo dos direitos e vantagens de seu cargo, além das que são atribuídas aos juízes auxiliares do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰²”. Muito embora não tenham sido fornecidas maiores informações sobre os reais encargos destes magistrados, razoável supor, como apontado, que atuarão junto aos ministros na análise técnico-jurídica das demandas, o que se justificaria, inclusive, como exemplo de realização do princípio constitucional da eficiência⁴⁰³.

Quanto à descentralização no processamento dos feitos, o exemplo mais famoso do uso da medida ocorreu no denominado “caso mensalão”, em que foram denunciadas cerca de 40 (quarenta) pessoas, acusadas de envolvimento em um esquema de pagamento de altos valores a parlamentares, para que votassem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo. Dentre estas, muitas possuíam foro especial criminal perante o Supremo Tribunal Federal que, a partir do recebimento da denúncia, se viu diante da necessidade de instruir um processo com inúmeros detalhes e complexidades. A solução, então, foi distribuir o encargo de realizar os interrogatórios entre juízes de primeira instância em vários Estados, aliviando a tarefa do Relator e prezando pela celeridade na condução das atividades.

Se, contudo, como demonstra a experiência do Supremo Tribunal, há vantagens na adoção desta sistemática, muitos são os questionamentos acerca da atribuição de tarefas de instrução criminal a juízes outros que não os ministros da Corte, com fundamento em uma possível violação dos postulados do juiz natural. Isso porque, sendo a competência da Corte o **processo** e julgamento das ações criminais ajuizadas em face de certas autoridades, como constante do artigo 102, inciso I, do documento constitucional em vigor, a transferência para a

⁴⁰² Artigo 13, inciso XVI-A, acrescentado pela Emenda Regimental n.º 22, de 30-11-2007.

⁴⁰³ A atualidade e relevância do tema restaram demonstradas quando da divulgação do teor do II Pacto Republicano, assinado em abril de 2009 pelos representantes máximos dos três Poderes da República. Consta do texto do anexo ao referido Pacto, o qual elenca as “matérias prioritárias” referentes à agilidade e efetividade da prestação jurisdicional, em seu item 2.5, a normatização da convocação de juízes para instrução de ações penais originárias nos tribunais superiores. Na ocasião, o senador José Sarney, na qualidade de Presidente do Senado Federal, se referiu expressamente ao foro constitucional, ao observar que o pacto permite a definição de um novo sistema para julgar autoridades, ao regulamentar a convocação de juízes para instrução de ações penais originárias nos tribunais superiores. FALCÃO, Márcio. Sarney defende a manutenção do foro privilegiado. Folha Online, 13 abr. 2009. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u549880.shtml>> Acesso em 13 abr. 2009.

primeira instância de tarefas que se caracterizem como parte inerente ao processamento da ação poderia ser reputada como inconstitucional.

Um exame mais acurado, entretanto, demonstra que, a princípio, há amparo legal para a adoção deste procedimento, dispondo o artigo 9º, parágrafo 1º, da Lei nº. 8.038/90 (lei que institui normas procedimentais para os processos em curso nos tribunais superiores) que, nas ações penais originárias, o relator poderá delegar a realização de interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem. Ademais, consta do artigo 21, inciso XIII, do regimento interno da Corte a possibilidade do relator delegar atribuições a outras autoridades judiciárias. Deste modo, restariam afastadas possíveis alegações de violação ao correto trâmite destas ações ou mesmo da existência de inconstitucionalidades.

Por outro lado, convém lembrar que, recentemente, no ano de 2008, foi editado um conjunto de normas que alteraram em diversos aspectos a sistemática até então vigente no âmbito da legislação processual penal. Dentre estas, é de se destacar a Lei nº. 11.719/2008, que inovou o ordenamento jurídico pátrio ao introduzir o novo parágrafo 2º ao artigo 399, do Código de Processo Penal, segundo o qual “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Trata-se, na verdade, da adoção no processo penal do “princípio da identidade física do juiz”, já vigente na seara cível, pelo qual a sentença criminal deveria ser proferida apenas pelo magistrado que interrogou o réu e inquiriu as testemunhas. Com tal vinculação, que implica em um acompanhamento continuado do feito, espera-se que sejam minimizadas as possibilidades de erros e decisões mais bem ajustadas a cada situação sejam alcançadas⁴⁰⁴. A adoção do procedimento descentralizado nas ações penais originárias, portanto, tal como descrito, iria de encontro a tais ideais, o que poderia gerar questionamentos sobre a validade jurídica da opção⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Sobre o tema, vide, dentre outros: MACHADO, Paulo Afonso Leme. A identidade física do juiz no processo penal – inovação necessária. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 2, p. 105-108, outubro/2008. PIMENTEL, João Paulo Garrido. O princípio da identidade física do juiz no processo penal e a Lei nº 11.719/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1874, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11606>>. Acesso em 25 abr. 2009.

⁴⁰⁵ A aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal não está imune a críticas. Argumenta-se que a pretendida vinculação do magistrado ao feito poderia redundar em mais um motivo de procrastinação da prestação judicial e, por consequência, do prolongamento indefinido dos processos, com prejuízos para os próprios acusados, sobretudo se estiverem submetidos ao regime de privação de liberdade. Por outro lado, a não observância do princípio poderá acarretar um vício processual, o qual pode ser entendido como uma nulidade relativa (conforme estabelecido no Código de Processo Penal) ou como absoluta, caso se entenda ter ocorrido violação ao juiz natural. A diferença reside no fato de que, sendo relativa, deverá ser argüida pela parte, com a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa do réu, sob pena de preclusão. Ou seja, caso a parte interessada não se manifeste sobre esta situação, o processamento do feito continuará normalmente. Sendo absoluta, independente da demonstração de prejuízo ou do momento em que seja alegada, anulam-se todos os atos realizados a partir da ocorrência do vício.

Afigura-se sustentável, entretanto, a tese segundo a qual a nova lei tem caráter geral, regulando, portanto, os feitos submetidos aos procedimentos ordinários, enquanto a Lei n.º 8.038/90 tem o objetivo especial de regulamentar situações específicas, quais sejam, as ações penais originárias nos tribunais superiores. A corroborar tal argumento saliente-se que no âmbito da legislação processual penal são encontrados outros exemplos de tratamento diferenciado, seja em função das características particulares da ação (tal como o procedimento instituído pela Lei n.º 9.099/95 para o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo) ou do próprio réu (tal como o procedimento especial para os servidores públicos, inscrito no artigo 514, do Código de Processo Penal). Assim, mesmo que, no futuro, a questão venha a ser mencionada, acredita-se existir amparo suficiente para prosseguir com a sistemática, que muito auxilia na tramitação dos feitos mais complexos apresentados ao Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, o que não se pode deixar de admitir é que a descentralização dos procedimentos relativos às ações criminais de competência originária do Supremo Tribunal Federal, mais que uma inovação, reflete a premente necessidade de promover uma mudança imediata na atual formatação do foro constitucional perante a Corte. Assim, poder-se-ia argumentar que, em última análise, não se trata de uma alternativa, mas sim de um claro indício da falência do atual modelo.

Vale ressaltar que deixamos de considerar dentre as possíveis alternativas para alteração da sistemática atualmente adotada para o instituto do foro especial por prerrogativa de função as propostas que sustentam a ampliação de seu escopo, tal como consta da Proposta de Emenda Constitucional n.º 358/2005, que veicula diversos aspectos da denominada Reforma Política e traz, dentre seus dispositivos, a previsão de extensão da competência dos tribunais para abarcar também as ações de improbidade administrativa e os ex-ocupantes de funções públicas.

Se, como se verifica ao longo da exposição, há dificuldades em administrar o quantitativo de processos sob responsabilidade dos tribunais, entende-se não ser prudente partilhar uma iniciativa que implique em um significativo aumento nesta carga de trabalho. O objetivo, portanto, é apresentar sugestões que possam favorecer o bom andamento dos feitos de competência originária dos tribunais e sirvam de inspiração para a revisão do tema, priorizando a redução no tempo de processamento das demandas, sem desbordar da realização de uma justa análise meritória e, por consequência, buscando afastar a desagradável pecha de impunidade que usualmente acompanha o instituto.

6 CONCLUSÃO

Em um Estado de Direito não se justificam privilégios. Em uma sociedade democrática não podem existir cidadãos de primeira ou segunda classe, devendo prevalecer a idéia de igualdade entre todos. Qualquer sugestão de tratamento diferenciado, portanto, só será aceita se implicar em benefícios para o sistema vigente e, por conseqüência, para toda a coletividade, já que “há casos em que a igualdade entre os cidadãos pode ser eliminada numa democracia, para utilidade da própria democracia⁴⁰⁶”.

Considerando que os ocupantes dos altos cargos na Administração Pública assumem a responsabilidade de conduzir os destinos do Estado e, por extensão, da sociedade, entendeu-se necessário resguardar tais indivíduos para que, livres do temor de serem diretamente afetados por cada ato ou decisão, pudessem se dedicar plenamente à realização dos fins públicos, o que traria proveitos para o grupo.

Assim, foram estabelecidas regras diferenciadas para este grupo dirigente, com a concessão de alguns privilégios, tal como a previsão de que, em caso de prática de crime comum e/ou de responsabilidade, poderiam ser julgados não em juízos ordinários, aos quais todos os cidadãos se submetem, mas sim em órgãos colegiados, geralmente de mais alta hierarquia. Trata-se da competência por prerrogativa de função, mais conhecida como “foro privilegiado”, voltada especificamente para a proteção do cargo e não da pessoa que o ocupa.

As imunidades parlamentares também se inserem neste contexto, prevendo-se que os representantes do povo gozarão de uma esfera de liberdade de ação mais ampla que os cidadãos comuns, exatamente para que possam defender e até ampliar o rol de liberdades públicas. São, assim, invioláveis pelos votos, palavras e opiniões enunciadas no desempenho da função, previsão que, com pequenas alterações, é encontrada na maioria dos Estados que se dizem democráticos. Ao lado destas, chamadas de imunidades materiais, existem também as imunidades formais ou processuais, que lhes concedem tratamento diferenciado em caso de prisão e, em alguns países, para o foro de julgamento.

A concessão de foro especial para os deputados e senadores, como espécie de imunidade processual, só passou a vigor no Brasil a partir da Emenda Constitucional n°. 1/1969 e, nos últimos tempos, passou a ser objeto de grande polêmica quanto à necessidade de sua manutenção.

⁴⁰⁶ DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean Le Rond. *Verbetes políticos da Enciclopédia*. Tradução: Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial; Unesp, 2006, p. 63.

Se, como originalmente concebido, o foro visava fornecer uma garantia para permitir o desempenho da função pública de forma mais eficiente, impedindo qualquer possível coação, materializada na instauração de um procedimento penal infundado que limitaria a independência das mais altas autoridades do Estado e, desde 1969, também dos membros do Poder Legislativo, hoje, especialmente quanto a estes últimos, o instituto tem sido apontado como sinônimo de odiosa impunidade.

A sucessão de escândalos relacionados com a malversação de verbas públicas, recebimento indevido de subsídios e outras situações indecorosas, envolvendo os membros do Parlamento, nas diferentes esferas de poder, sem a correspondente punição, levaram a opinião pública a transferir para o foro especial a responsabilidade pelos males governamentais, como se a existência do instituto maculasse o bom nome das instituições republicanas.

Surge, assim, uma interessante discussão sobre a real natureza do foro por prerrogativa de função, na qual se questiona se se trata de um injustificável privilégio que reclama imediata abolição ou de uma necessária garantia ao exercício das funções públicas no cenário democrático.

Encampar a tese do privilégio sem considerar todos os aspectos que norteiam o instituto do foro especial é ignorar o nobre histórico do instituto, engendrado, em última análise, como forma de proteção à própria democracia. Mesmo porque não se pode perder de vista a importância da manutenção de mecanismos que garantam a segurança jurídica e o exercício pleno das funções públicas do Estado.

Questão diversa é a análise das funções às quais foi concedido tal tratamento. E neste ponto é que se coloca o problema da extensão da prerrogativa de função aos parlamentares.

Ainda que se admita que a existência do instituto encontra-se em consonância com os postulados democráticos, não perde seu caráter de exceção e, deste modo, deve permanecer restrito às hipóteses em que se revele absolutamente indispensável. Por esta linha de raciocínio, seriam poucas as pessoas que dele deveriam gozar, dentre as quais se incluiriam, por exemplo, os principais representantes de cada um dos Poderes da República, dada a necessidade de manter a estabilidade institucional e a própria governabilidade do Estado. Ressalte-se que, em países com histórico democrático mais antigo e consolidado que o brasileiro, em regra, o instituto é muito restrito, como na Itália, ou praticamente inexistente, como nos Estados Unidos, de onde se depreende não ser ele elemento indispensável para a sustentação de um sistema de governo estável.

Na contramão destas idéias, entretanto, em 1969, sem que tivessem sido fornecidos maiores detalhes sobre o assunto pelos instituidores da Emenda Constitucional n.º 1,

passaram os membros do Congresso Nacional a contar com um foro especial perante o Supremo Tribunal Federal, em caso de prática de infração penal comum, sistemática que foi reproduzida na Constituição de 1988 e vige até os dias de hoje.

Especula-se que a extensão da prerrogativa aos parlamentares tenha decorrido do fato de haver sido dispensada a prévia licença da Casa Legislativa para que respondessem a processo criminais, de modo que a concentração do foro evitaria fossem eles demandados em diferentes juízos por todo o país, o que poderia causar prejuízos às atividades de representação popular.

Porém, se, no início, poucos eram os processos de parlamentares perante a Corte, ao longo do tempo observou-se um significativo incremento neste número, o que gerou a dificuldade de um tribunal, destinado a cuidar de questões constitucionais, ter o encargo de analisar inúmeras ações penais originárias e os complexos trâmites de uma instrução criminal.

Contribuiu para tal aumento a aplicação aos detentores de mandato eletivo do verbete nº. 394, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, resultado da interpretação conferida a diversos artigos da Constituição de 1946, segundo o qual subsistiria o foro por prerrogativa de função para os ex-ocupantes de cargos públicos, desde que o crime tivesse sido cometido durante o exercício funcional. Ou seja, ainda que se deixasse a função pública, seria possível manter o foro especial perante a Corte, o que, previsivelmente, acarretava a este tribunal uma carga maior de trabalho.

A consequência natural foi a lentidão no processamento de feitos, acompanhada da falta de punição dos réus submetidos a julgamento no Supremo, fatos que, naturalmente, revoltaram os cidadãos, que passaram a ver no foro especial a principal causa do comportamento indigno da função desempenhada pelos parlamentares, já que, sem receio de receberem uma punição, não possuem incentivo para modificar suas atitudes.

Necessário analisar, entretanto, a real dimensão do problema, pois o foro constitucional, na verdade, antes de ser causa, representa sobretudo um reflexo da crise pela qual passa a instituição legislativa. Aparentemente esquecidos de que a representação popular, por essência, implica no controle dos atos do representante pelos representados, aos quais periodicamente deve prestar contas, muitos parlamentares usam o cargo para o seu único e exclusivo benefício ou, pior, para locupletarem-se com o dinheiro público.

Não significa isto dizer que o tema do foro especial não mereça revisão, já que, se, por um lado, vislumbra-se uma crise de natureza política, que demanda uma análise específica, por outro, há um sério problema relacionado à falta de estrutura dos tribunais superiores em processar um sem número de feitos criminais, grande parte relativos a parlamentares.

Levantamento realizado em 2007, no âmbito da própria Câmara dos Deputados, demonstrou que, na ocasião, existiam cerca de quinhentos procedimentos criminais instaurados contra parlamentares (incluindo tanto deputados quanto senadores) no Supremo Tribunal Federal, número bastante expressivo, ainda que não se possa afirmar, por óbvio, que em todos haja culpados. No início do ano de 2009, o próprio Supremo divulgou levantamento, apontando que, no total, registram-se 378 procedimentos contra autoridades com foro especial, sendo que, deste montante, 275 são inquéritos judiciais e 103 são ações penais⁴⁰⁷. Ainda que não tenha sido destacado quantos destes se refiram a parlamentares, não se mostra improvável, dado o histórico recente, que grande parte lhes seja relacionado.

Verifica-se, portanto, de forma objetiva, que, nos últimos tempos, o acúmulo de procedimentos criminais envolvendo membros do Poder Legislativo tem se mostrado como um dos principais responsáveis pelo aumento na demanda de feitos originários no Supremo Tribunal Federal, sem que se vislumbrem razões que justifiquem ser imperiosa a manutenção desta sistemática para o bom desempenho de suas funções.

Se, no passado, quando foi concedida a extensão do foro constitucional aos parlamentares, o cenário político de exceção vivenciado no Brasil justificava o temor de que, durante o mandato (e mesmo após seu encerramento), perseguições políticas ocorressem, inclusive por meio de acusações criminais, hoje este receio não mais existe. Se, por conseqüência, um tratamento diferenciado era então admitido como verdadeira garantia, atualmente se apresenta muito mais como um privilégio e um problema para a Corte Suprema.

Sendo assim, entende-se ser medida salutar encampar a posição daqueles que pugnam pela extinção da prerrogativa de foro para os parlamentares, que passariam a responder pela prática de infrações penais comuns perante os juízos ordinários competentes para o feito, sem prejuízo da manutenção do instituto para determinadas autoridades, as quais, por ocuparem posição de relevo na ordem democrática do país, devem ser resguardadas.

Saliente-se que tal decisão não implicaria em absoluto em um completo abandono das garantias conferidas aos parlamentares ou na possibilidade de que possam ser arbitrariamente demandados no âmbito criminal, já que, por disposição constitucional (artigo 53, parágrafo 3º, com a redação da Emenda Constitucional nº 35/2001), a Casa Legislativa, cumpridos certos requisitos, poderá, até a decisão final, sustar o andamento de uma ação. Logo, caso se entenda não haver motivos reais para processar o agente político, há mecanismos que continuam a lhe conferir a devida proteção.

⁴⁰⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103916&caixaBusca=N>>. Acesso em 28 fev. 2009.

Propõe-se, em paralelo, alterar o modelo vigente para o foro especial, considerando alternativas que, sem resvalar na tentação simplista de defender a extinção absoluta do instituto, considerada a importância de sua existência para algumas autoridades, possam contribuir para seu aprimoramento. Na prática, verifica-se que várias são as possibilidades de mudança, umas já transformadas em propostas legislativas ou procedimentos adotados pela Corte Suprema, outras ainda no plano da teoria, cada qual com suas vantagens e desvantagens, mas todas, acredita-se, capazes de servir como ponto de partida para um debate amplo sobre o uso mais racional do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro.

Há que se ter em mente, em última instância, que o foro especial constitui mais um, dentre os inúmeros mecanismos de que dispõe o sistema democrático para a realização de seus fins e, por seu caráter de exceção, deve ser usado com parcimônia, sob pena de, banalizado, ao invés de uma nobre garantia, transformar-se em injustificável privilégio, mormente em razão das complexas questões processuais suscitadas pelo instituto. O que se reveste de suma importância para a consolidação da democracia brasileira, na verdade, é perseguir a formação de uma cidadania livre e responsável, bem como um poder político consciente de seu papel e de que cada um de seus atos, tanto quanto os dos demais cidadãos, deve se restringir aos estritos limites legais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Imunidades parlamentares. *In: Revista Forense Eletrônica*, vol. 277.

BARBOSA, Rui. *A crise moral*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1962.

BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 356, p. 3-20, jul./ago. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Parecer nº. 01/2007. Gabinete da Procuradora-Geral. *Revista de direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 62, p. 348, jan./jun. 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista de Direito Administrativo*, 240: I-42, abr./jun. 2005.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988 (uma breve e acidentada história de sucesso). *In: Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores: la crisis de los "privilegios" parlamentarios*. Madrid: Civitas, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4 – tomo I.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *In: Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, 2004, nº. 61.

BITTAR, Eduardo C.B. *Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das idéias políticas*. São Paulo, Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Três ensaios sobre a democracia*. São Paulo: Cardim&Alario Editora, 1991.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

_____. *Dicionário de política*. v. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, Clara Maria Roman. “O Princípio do Juiz Natural como garantia de um processo penal democrático: uma breve análise da fixação da competência penal por prerrogativa de função”. In: CLÉVE, Clèmerson; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coord.) *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm Renault (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIAVARELI, Miguel Ângelo Nogueira dos Santos. *Imunidade jurídica: penais, processuais, diplomáticas, parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, p. 8, jan. 1999.

COSTA, Humberto Pimentel. Corrupção e Improbidade Administrativa. In: *Revista do Ministério Público – Alagoas*, n.15, jan./jun. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. vol. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Privilégios antidemocráticos*. Disponível em <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020925/pri_opi_250902_143.htm> Acesso em 19 nov. 2007.

DANTAS, Adriano Mesquita. A imunidade parlamentar formal: uma análise crítica da Emenda Constitucional nº 35. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005.

DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. Las garantías de los miembros del Parlamento vasco. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 46-47, jul-out. 1985, p. 245.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. Foro por prerrogativa de função. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula nº 394 do STF. Cancelamento. Enunciados. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Orgs.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Curso de Processo Penal Brasileiro Anotado*. vol. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Da imunidade parlamentar*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Paulo Braga. As imunidades parlamentares e a Emenda Constitucional nº. 35. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 360, p. 81-85, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 56, p. 2, dez. 2002.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KARAM, Maria Lucia. *Competência no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do instituto no Brasil*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Carolina Alves de Souza. “O duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos Tribunais em razão da prerrogativa de função”. *In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LÓPEZ, Eloy García. *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*. Madrid: Tecnos, 1989.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. A identidade física do juiz no processo penal – inovação necessária. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 2, p. 105-108, outubro/2008.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Responsabilidade civil do poder público pelo manejo indevido de ação de improbidade administrativa . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 477, 27 out. 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “O Foro por prerrogativa de função e a Lei nº. 10.628/02”. *In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, nº 18, fev-mar 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Manual de direito penal*. v.1. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973, Tomo III (Arts. 32-117).
- _____. *Comentários à Constituição de 1946*. v. IV. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. “A Competência por Prerrogativa de Função”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 93, volume 819, janeiro de 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Introdução à ciência política*. v.1. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

PAÇO, André Medeiros do. *Foro por prerrogativa de Função: Prefeitos Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PÉCHARMAN, Martine. A idéia do político. In: *Ensaio de filosofia política*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PIMENTEL, João Paulo Garrido. O princípio da identidade física do juiz no processo penal e a Lei nº 11.719/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1874, 18 ago. 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Prerrogativas do Poder Legislativo. In: *Revista Forense Eletrônica*, vol. 169.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

_____. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007c.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Disponível em <www.stf.gov.br>

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 2. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e Limites da interpretação. *In: Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007.

WEINERT, Iduna E. Prerrogativas do Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 18, n. 69, p. 59, janeiro/março 1981.

WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. *In: Revista Sequência* n°. 42, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, jul/2001, pp. 87-97.

ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Sílvia. (Coord.) *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.