

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

FRED SECUNDINO GOMES

O FORO PRIVILEGIADO EM MATÉRIA PENAL À LUZ DO GARANTISMO DE
LUIGI FERRAJOLI

FORTALEZA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

FRED SECUNDINO GOMES

O FORO PRIVILEGIADO EM MATÉRIA PENAL À LUZ DO GARANTISMO DE
LUIGI FERRAJOLI

ORIENTADOR: PROFESSOR MESTRE WILLIAM PAIVA MARQUES JUNIOR

FORTALEZA

2013

FRED SECUNDINO GOMES

O FORO PRIVILEGIADO EM MATÉRIA PENAL À LUZ DO GARANTISMO DE
LUIGI FERRAJOLI

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Mestre William Paiva
Marques Junior

FORTALEZA

2013

FRED SECUNDINO GOMES

O FORO PRIVILEGIADO EM MATÉRIA PENAL À LUZ DO GARANTISMO DE
LUIGI FERRAJOLI

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Mestre William Paiva
Marques Junior

Aprovada em _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.Mestre Wiliam Paiva Marques Junior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando em Direito Ronaldo Felipe Rolim Nogueira

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando em Direito Alisson José Maia Melo

Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha esposa e filho, com
muito amor.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará, pelo fornecimento dos meios necessários para a criação e disseminação do conhecimento.

Ao Professor William Marques, pela paciência e excelente orientação.

Aos mestrandos integrantes da Banca Examinadora Ronaldo Felipe Rolim Nogueira e Alisson José Maia Melo, pelo tempo, pelas valiosas contribuições à realização deste trabalho.

Aos colegas de turma, pelos inesquecíveis momentos de companheirismo.

Liberdade! Liberdade!

Abre as asas sobre nós

E que a voz da igualdade

Seja sempre a nossa voz.

Samba Enredo G.R.E.S. Imperatriz Leopoldinense, 1989

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão do foro por prerrogativa de função sob a ótica da teoria do Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli. A metodologia empregada consistiu em análise de doutrina, consulta à legislação e à jurisprudência nacional e internacional. Inicia-se a monografia com uma introdução seguida do histórico do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro após 1822. O segundo capítulo consiste em estudo de Direito Comparado em que se disserta sobre o instituto nos ordenamentos de Portugal e Estados Unidos da América, o terceiro capítulo aborda a Teoria Garantista nos seus fundamentos e na sua relação com o foro por prerrogativa de função, são abordados também a relação do foro privilegiado e os Princípios da Liberdade e da Igualdade na Constituição Federal de 1988. Na conclusão é defendida a necessidade de abolir o instituto do ordenamento jurídico em função da sua inconstitucionalidade, pois vai de encontro ao Princípio da Igualdade e ao direito ao segundo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Direito Penal, Foro Privilegiado, Constitucionalismo Garantista.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of the privileged jurisdiction from the perspective of theory of Constitutionalism Author Luigi Ferrajoli. The methodology used consisted of analysis of doctrine, refers to the legislation and national and international case law. Monograph begins with an introduction followed by the history of the Forum by prerogative of function in the Brazilian legal system after 1822. The second chapter consists of the study of comparative law that talks about the Institute on the orders of Portugal United eEstados of America, the third chapter addresses the author shows in their fundamentals and Theory in its relation with the Forum by prerogative of function, are also addressed the relationship of privileged forum and the principles of freedom and equality in the Federal Constitution of 1988. In conclusion is defended the need to abolish the Office of the legal system on the basis of its unconstitutionality, because it goes against the principle of equality and to the second level of jurisdiction.

Keywords: Privileged Jurisdiction, Constitutionalism, Criminal Prosecution.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
1. EVOLUÇÃO DO FORO PRIVILEGIADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
1.1A Constituição de 1824.....	17
1.2 A Constituição de 1891.....	18
1.3. A Constituição de 1934.....	19
1.4. A Constituição de 1937.....	20
1.5. A Constituição de 1946.....	23
1.6. A Constituição de 1967.....	25
1.7. A Constituição de 1988.....	26
2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM PORTUGAL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	32
2.1.Foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico de Portugal.....	32
2.2. Foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América.....	35
3. A TEORIA GARANTISTA E SUA RELAÇÃO COM O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	38
3.1 Constitucionalismo Principlalista	39
3.2 ConstitucionalismoGarantista.....	42
3.3 O foro privilegiado e a teoria do Constitucionalismo Garantista.....	45
3.4 A Constitucionalidade do foro por prerrogativa de função.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O foro privilegiado é um instituto jurídico consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador brasileiro regula a matéria de forma bastante detalhada, estabelecendo competências originárias em matéria penal para o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. O foro por prerrogativa de função é instituto que diferencia os sujeitos passivos da ação penal em virtude de uma característica que o legislador considera como suficiente para que determinado indivíduo possua o direito de ser julgado por um tribunal especial criado para tal fim ou por um tribunal pré-existente, esta diferenciação pode ser condicionada por fatores como gênero, origem, classe social, profissão ou cargo público, dentre outras a serem definidas pelo legislador.

A questão do foro privilegiado é em primeira análise uma questão de competência para exercer a jurisdição. A ideia de foro por prerrogativa de função existe para garantir às autoridades que exercem as mais elevadas funções de Estado o privilégio de serem julgados por cortes que possuem a missão de exercer jurisdição de segundo grau. É o caso dos Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Tratando-se a jurisdição como uma unidade e a competência como a medida dada a cada órgão para exercer este poder uno do Estado, esta medida é determinada pelo ordenamento jurídico. No caso brasileiro, determinada por um conjunto complexo de normas: Constituição Federal, leis ordinárias (de organização judiciária e processuais), constituições estaduais, regimentos internos de tribunais. Imprescindível não esquecer a complexa estruturação do Poder Judiciário no Brasil. Dois órgãos situados acima dos demais: Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a existência de órgãos componentes de cada sistema autônomo de jurisdição, as justiças especiais (militar, eleitoral e do trabalho) e a justiça comum, ainda os órgãos jurisdicionais superiores e inferiores dentro de cada sistema.

Outros fatores que não podem ser ignorados quando se aborda o tema da competência em matéria criminal tem relação com a qualidade das partes, com o exercício de determinados cargos públicos, natureza da infração penal, local onde

ocorreu a infração, o objeto da providência jurisdicional solicitada. Também é fator a determinar a competência para exercer a jurisdição como a relação de acessoriedade da ação penal com outra em que se evidenciem elementos da mesma contenda. Os critérios mencionados anteriormente constituem os principais quesitos com os quais se estabelece a medida da jurisdição atribuída aos órgãos do Poder Judiciário, tendo a Constituição Federal como pedra fundamental de todo o sistema normativo que rege as normas de competência em matéria criminal.

Este trabalho, entretanto, destina-se principalmente a analisar especificamente a questão do foro privilegiado em matéria criminal e a sua compatibilidade com um sistema constitucional que tem a igualdade entre os cidadãos como seu principal sustentáculo filosófico e programático. Os objetivos secundários deste trabalho são estabelecer uma análise da evolução do foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira e fazer uma análise comparativa dos sistemas normativos de Portugal e Estados Unidos da América com o ordenamento jurídico nacional. A opção por fazer uma análise histórica e de Direito Comparado justifica-se no sentido de obter mais elementos contextuais para questionar a viabilidade da manutenção do foro por prerrogativa de função em matéria penal no Brasil. O termo foro privilegiado é, por sua vez, passível de questionamento, pois teoricamente não é plausível considerar *a priori* um privilégio, algo expressamente combatido pelo Estado Democrático de Direito instalado pela Constituição de 1988, contudo não se pode olvidar a histórica desigualdade socioeconômica existente no País, algo que consequentemente seria reproduzido no sistema jurídico. Assim defende ROSENN (1998, p.50):

O Brasil sempre teve uma regra para a elite e outra, muito diferente, para a massa popular. Apesar da retórica constitucional de igualdade no Brasil, assim como em muitos outros países do mundo, o 'status' e as ligações sociais são variáveis específicas na determinação de uma efetiva aplicação da lei.

Baseado na citação acima, o fato de o foro por prerrogativa de função não ter sido criado para proteger a pessoa que exerce o cargo público tutelado por tal norma de competência, mas para resguardar o cargo em si, proteger de eventuais pressões políticas infelizmente mais comuns na jurisdição de 1º grau. Esta é a justificativa para a criação do foro privilegiado. No entanto o instituto reflete a realidade de distinção do cidadão em categorias: aqueles protegidos pela lei e aqueles a quem a lei se aplica.

Por outro lado, um argumento favorável ao foro por prerrogativa de função consiste no fato de que são os tribunais que predominantemente conhecem as questões em grau de recurso exercem a jurisdição de 1º grau, é nesta faculdade que o caráter de privilégio pode ser afastado no foro por prerrogativa de função, uma vez que a possibilidade de recurso diminui consideravelmente ou é afastada, como na hipótese de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Baseado neste fato, a competência por prerrogativa de função não seria um privilégio, mas uma opção política do legislador em resguardar determinados cargos públicos da jurisdição de 1º grau¹. Esta opção está tão consolidada em nosso ordenamento jurídico que mesmo a ação penal tendo iniciado quando o réu não ocupava cargo protegido pela prerrogativa de foro, a competência é deslocada para o órgão superior, não sendo prejudicados os atos já praticados.

Durante longo período de tempo, a interpretação dominante consistia em que a competência originária dos tribunais superiores deveria permanecer mesmo que o processo iniciasse após o réu ter deixado de ocupar o cargo público. Esta posição deu origem à Súmula nº 394 do STF². Por ocasião do julgamento do Inquérito nº 687-4-SP, mudou-se o entendimento até então predominante com base na tese de que a prorrogação da competência por prerrogativa de função era ampliado, ao passo que o texto constitucional não o fazia. A competência dos tribunais superiores é uma regra especial dentro do sistema e por isso deve ser especificada, aquilo que não estiver explicitamente determinado será matéria de competência da jurisdição de 1º grau.

¹Em sentido diverso, sustenta Marcelo Semer que “o foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor a noção de autoridade do que ao princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares das Constituição [...] Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares. (...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade”. (A síndrome dos desiguais. Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia, ano 6, nº 29, jul.-set. de 2002, p. 11-12)

² STF Súmula nº 394 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279. Crime Durante o Exercício Funcional - Competência Especial por Prerrogativa de Função - Cessação do Exercício. **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.** (Cancelada "ex nunc" pelos Inq 687 QO-RTJ 179/912, AP 315 QO-RTJ 180/11, AP 319 QO-DJ de 31/10/2001, Inq 656 QO-DJ de 31/10/2001, Inq 881 QO-RTJ 179/440 e AP 313 QO-RTJ 171/745) Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400 >Acesso em 26/01/2013.

Esta nova interpretação serviu de sustentáculo para justificar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, últimos dias do governo de Fernando Henrique Cardoso. A referida lei deu nova redação ao artigo 84³ do Código de Processo Penal. O § 1º manifestamente amplia a competência do STF e do STJ por meio de norma infraconstitucional, já o § 2º aborda matéria fora dos limites do processo penal ao introduzir normatização de matérias não penais relacionadas a infrações de natureza administrativa.

Baseado no mesmo argumento de que o legislador ordinário não pode ampliar competências que o constituinte estabeleceu em caráter excepcional o artigo 2º da Lei nº 11036/2004:

Art. 2º O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado. Parágrafo único. A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública.

A constitucionalidade deste parágrafo único é questionável, pois uma análise teleológica permite supor que os objetivos da Lei nº 10628/2002 e da lei nº 11036/2004 são semelhantes: garantir foro privilegiado após o exercício de função pública, usurpando da Constituição o poder de regular a matéria.

Neste trabalho serão analisados dois aspectos relacionados ao foro por prerrogativa de função. O primeiro diz respeito à possibilidade de o órgão superior transferir a competência para o juiz de 1º grau quando o réu perde ou renúncia ao cargo que lhe dava direito ao foro privilegiado, Nesta situação, o questionamento reside na faculdade do tribunal em declinar da competência ou na sua obrigação em permanecer com o processo, uma vez que no início da ação penal, o réu gozava da prerrogativa de foro. O segundo aspecto é o poder exercido pelo tribunal de julgar réus não

³Art. 1º - O art. 84 do Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. "Art. 84 - A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. § 1º - A competência especial por prerrogativa de função relativa a atos administrativos do agente prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º - A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º. (Brasil. Lei nº 10.628 de 24 de dezembro de 2002 *Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União de 26 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm> Acessado em 26/01/2013.)

contemplados com o foro privilegiado em crimes conexos ou em concurso com réus detentores do benefício processual.

Este trabalho analisará os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e eventualmente a jurisprudência dos países que serão objeto do estudo de Direito Comparado. Será realizada uma análise de sua jurisprudência pós-CF/1988 por se entender que as principais normas e jurisprudências a respeito da matéria foram perpetradas sob a égide da atual Carta Magna.

Outro método a ser utilizado pelo presente trabalho será a consulta e consequentes comentários à doutrina abalizada sobre a temática. Importante destacar que o âmbito de abordagem deste trabalho ficará na área penal, embora seja necessário, em algum momento, recorrer à jurisprudência e doutrina relacionadas à Lei nº 8429/1992, que define os atos de improbidade administrativa e as penas aplicáveis aos agentes públicos que realizarem a conduta típica dos delitos nela previstos. Esta opção se dá pela proximidade existente entre o tema do crime de responsabilidade e o do delito penal, pois a possibilidade deste ser uma consequência daquele não é algo a desprezar.

A questão do foro privilegiado, neste trabalho, será analisada com base na teoria do Constitucionalismo Garantista em oposição ao Constitucionalismo Principialista, termos elaborados pela Teoria Garantista, defendida por Ferrajoli (2012, p.18). O mestre italiano assim define as duas concepções de Constitucionalismo:

A primeira orientação (*constitucionalismo principialista*) caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. A segunda orientação (*constitucionalismo garantista*), entretanto, caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias. [Grifos do autor]

A opção deste trabalho pela teoria garantista e mais especificamente pelo Constitucionalismo Garantista justifica-se principalmente pela separação entre Direito e Moral, pela equiparação conceitual entre princípio e regra. A separação entre Direito e Moral inicialmente corre o risco de ser concebida como um regresso na efetivação dos direitos fundamentais e da equidade jurídica, todavia ocorre justamente o oposto. Um ordenamento jurídico em que suas leis são interpretadas e aplicadas de acordo com uma

moral específica arrisca-se a não aceitar determinados padrões morais com os quais não concorde, é daí que se originam os regimes de exceção. Enquanto a total dissociação entre Direito e Moral em tese comportaria no ordenamento jurídico todas as noções de Moral, resguardados o direito à vida, tanto do indivíduo quanto de um grupo. Esta opção coaduna com a visão multicultural, que tem a faculdade de possibilitar uma melhor convivência entre os grupos humanos.

O segundo motivo para este trabalho adotar a teoria garantista é a ênfase na força da norma positivada no ordenamento jurídico como principal alicerce tanto da interpretação quanto da aplicação do Direito. A excessiva recorrência aos princípios para solucionar as questões que apresentam um nível maior de dificuldade pode levar a uma hipertrofia de “princípios” criados mesmo sem estarem previstos na Constituição.

Neste contexto, a presente monografia será dividida em cinco seções. O primeiro abordará o aspecto histórico do instituto do foro privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo capítulo será dedicado a um estudo de direito comparado entre os sistemas normativos mais afins ao ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro terá o enfoque na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O quarto capítulo será a conclusão, na qual serão elencadas propostas de solução para as eventuais assimetrias observadas na análise jurisprudencial.

1. EVOLUÇÃO DO FORO PRIVILEGIADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O estudo da evolução histórica do instituto do foro por prerrogativa de função tem como principal objetivo identificar o desenvolvimento que o foro privilegiado teve na história constitucional do País. A escolha por fazer um estudo da evolução deste instituto justifica-se pela necessidade de determinar qual a tendência adotada pelo legislador constituinte no que se refere ao foro privilegiado.

O estudo histórico de limitará aos diplomas legais do Brasil Pós-Independência, pois a legislação em vigor no Brasil não era fruto do processo político brasileiro. A legislação era ditada pela metrópole colonial. A análise histórica é necessária, pois para estabelecer uma concepção sistêmica do instituto do foro por prerrogativa de função, é fundamental ter uma visão histórica de sua evolução no ordenamento jurídico pátrio.

1.1 A Constituição de 1824

A primeira Constituição brasileira, apesar de ter sido outorgada por D. Pedro I, era expressamente contrária ao foro privilegiado. Assim estabelecia seu artigo 179, XVI: “Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública.”

A primeira Constituição surgiu em um contexto de transição entre o Estado Liberal e o Estado Absolutista, o que levou a um caráter aparentemente contraditório da Carta de 1824, contudo fundamental para manter a integridade do Estado então recém-criado. Bonavides e Andrade(2006, p. 105) explicam o caráter dual da Constituição de 1824:

Teve a Constituição, contudo, um alcance incomparável, pela força de equilíbrio e compromisso que significou entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o *status quo* e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o *reformismo nas instituições*. O primeiro era descendente da Revolução Francesa, o segundo da Santa Aliança e do absolutismo. [...] Pelo conteúdo também, porque a Constituição mostrava com exemplar nitidez duas faces incontrastáveis: a do liberalismo, [...], mas que mal sobrevivia com o texto outorgado, não fora a declaração de direitos e as funções atribuídas ao Legislativo, e a do absolutismo, claramente estampada na competência atribuída ao Imperador, titular constitucional de poderes concentrados em solene violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo. [Grifos do autor]

No inciso XVIII do mesmo artigo 179, o texto constitucional é bastante incisivo: “À exceção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na

conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas causas civeis, ou crimes.” Havia uma nítida opção contra o foro por prerrogativa de função. A competência era determinada em razão da matéria, não em razão da qualidade do réu.

Todavia, é fundamental destacar que, apesar de não prever o foro privilegiado em seu texto, a Constituição de 1824 em relação ao Imperador ia mais além: sequer previa foro para ele. Importante ver o artigo 99: “A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” Tal posicionamento era típico da Carta de 1824, constitucional na forma, absolutista na essência.

1.2 A Constituição de 1891

A primeira Constituição da República estabelecia, em seu artigo 59:

Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originária e privativamente: o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52; a) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

A existência de foro privilegiado em matéria penal para o Presidente da República e para os Ministros de Estado e Diplomáticos. Não estabelecia foro privilegiado para deputados, senadores, presidentes de província e deputados provinciais. Como a competência para o foro privilegiado deve ser prevista de forma específica, ficando a jurisdição de 1º grau com a competência residual.

O princípio republicano norteou a elaboração deste dispositivo legal ao prever para todas as autoridades do país a possibilidade de serem julgados por crimes de natureza penal ou de responsabilidade, estes enumerados no artigo 54 da mesma Constituição.

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 1º) a existência política da União; 2º) a Constituição e a forma do Governo federal; 3º) o livre exercício dos Poderes políticos; 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais; 5º) a segurança interna do País; 6º) a probidade da administração; 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso. § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial. § 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento. § 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

O estabelecimento do foro privilegiado para o Presidente da República e para os Ministros de Estado, por si só, é um considerável avanço rumo ao Estado de Direito e, relação à total irresponsabilidade civil e penal gozada pelo Imperador na Constituição de 1824.

É importante frisar que à época não existia o Superior Tribunal de Justiça, estava distante a formulação de seu conceito. Havia a Justiça Federal, cuja competência era principalmente de natureza cível. O artigo 60, alínea *h*⁴ restringia a atuação penal da Justiça Federal aos crimes de natureza internacional. Opção lógica do legislador ao conceber que só a União é uma personalidade jurídica com poder de atuar legitimamente no plano internacional, noção que perdura até o momento atual.

A Constituição de 1891 curiosamente estabelece no artigo 72, parágrafo 23, que: “À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.” Observa-se que o legislador elegeu a natureza da causa como critério de especificidade da competência, não uma qualidade pessoal do réu. Fato que, de certa forma, entra em contradição com a previsão de foro por prerrogativa de função estabelecida para o Presidente, Ministros de Estado e Ministros Diplomáticos.

1.3. A Constituição de 1934.

A Carta Magna de 1934 marca uma ruptura com a ordem constitucional predominante nos primeiros trinta e cinco anos da República, conhecidos como República Velha. Esta Constituição inova bastante em relação à de 1891 na matéria do foro por prerrogativa de função, esta inovação incide principalmente na ampliação da competência da Corte Suprema em relação às funções contempladas pelo foro privilegiado, determinando, dessa forma:

Art. 76 - À Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;

O acréscimo de outras funções além da de Ministro de Estado revela uma preocupação do legislador em ampliar as hipóteses de foro privilegiado, visando resguardar as mais graduadas autoridades da nova ordem constitucional então nascente.

A principal novidade é a criação de um Tribunal Especial para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, uma importante inovação se comparada à de 1891. Governadores de Estado, Deputados e Senadores ainda não

⁴Art 60. Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:[...] h) as questões de direito criminal ou civil internacional;

gozavam de foro privilegiado na Corte Suprema. Não havia sido criado um tribunal superior com a competência de julgar os litígios em relação à legislação federal, o atual Superior Tribunal de Justiça. Outro avanço consistente proporcionado pela Constituição de 1934 foi a criação da Justiça Eleitoral, motivada pelas suspeitas constantes existentes nos pleitos da República Velha.

Além da ampliação das hipóteses de foro privilegiado, a Constituição de 1934 desceu às normas processuais no julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, algo que a constituição de 1891 não havia priorizado. O artigo 58⁵ normatizava o rito.

1.4. A Constituição de 1937

Três anos após a promulgação da Constituição de 1934, uma Carta Magna democrática, fruto das reivindicações do movimento Constitucionalista de 1932, um confronto armado entre as tropas do Estado de São Paulo e o Exército da União, a Carta de 1937 insere-se como um momento de inflexão no Constitucionalismo brasileiro, uma vez que a tendência dos documentos de 1891 e 1934 era a trajetória para uma ordem constitucional e democrática, interrompida pela guinada autoritária iniciada com o regime do Estado Novo.

Em decorrência do regime de arbítrio implantado por Getúlio Vargas, o foro por prerrogativa de função sofreu alterações substanciais se comparado à Constituição

⁵Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade. § 1º - Far-se-á a escolha dos Juízes do Tribunal Especial por sorteio, dentro de cinco dias úteis, depois de decretada a acusação, nos termos do § 4º, ou no caso do § 5º deste artigo. § 2º - A denúncia será oferecida ao Presidente da Corte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Corte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Câmara dos Deputados, eleitos anualmente pelas respectivas corporações. § 3º - A Junta procederá, a seu critério, à investigação dos fatos argüidos, e, ouvido o Presidente, enviara à Câmara dos Deputados um relatório com os documentos respectivos. § 4º - Submetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento. § 5º - Não se pronunciando a Câmara dos Deputados sobre a acusação no prazo fixado no § 4º, o Presidente da Junta de Investigação remeterá cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decrete, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia. § 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo. § 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie.

anterior. Foi criado Conselho Federal, composto por representantes dos estados e por dez membros designados pelo Presidente da República. A composição do Conselho era tipificada da seguinte forma na Carta Magna:

Art 50 - O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos. Parágrafo único - Cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, elegerá um representante. O Governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembléia; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembléia. Art 51 - Só podem ser eleitos representantes dos Estados os brasileiros natos maiores de trinta e cinco anos, alistados eleitores e que hajam exercido, por espaço nunca menor de quatro anos, cargo de governo na União ou nos Estados. Art 52 - A nomeação feita pelo Presidente da República só pode recair em brasileiro nato, maior de trinta e cinco anos e que se haja distinguido por sua atividade em algum dos ramos da produção ou da cultura nacional.

A leitura do dispositivo legal é bastante elucidativa quando se tem a informação de que os Governadores de Estado eram denominados interventores, nomeados por Getúlio Vargas. Como um dos requisitos para ser membro deste conselho era ter sido Governador por período mínimo de quatro anos, o universo de opções restringia-se consideravelmente, em outras palavras, só ocuparia uma cadeira no recém-criado Conselho Federal alguém que tivesse um alto nível de comprometimento com o sistema político.

Esta nova instituição criada pela Carta de 1937 absorveu a competência do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal em duas matérias fundamentais: nomeação dos ministros do Supremo e a celebração de acordos entre os Estados da União. Assim determinavam os artigos 54 e 55:

Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: a) tratados e convenções internacionais; b) comércio internacional e interestadual; c) regime de portos e navegação de cabotagem. Art 55 - Compete ainda ao Conselho Federal: a) aprovar as nomeações de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas, dos representantes diplomáticos, exceto os enviados em missão extraordinária; b) aprovar os acordos concluídos entre os Estados.

Além de absorver a competência do Parlamento em matérias pertinentes ao pacto federativo, o Conselho Federal ganhou a prerrogativa de iniciar a discussão sobre tratados internacionais do qual o Brasil viria a fazer parte. Um órgão cujos membros eram eleitos indiretamente agora tinha a competência de deliberar sobre os acordos internacionais celebrados pelo País. Apesar de ser um órgão colegiado, este Conselho

não passava de uma manobra de Getúlio para emprestar alguma legitimidade ao regime então imposto à nação.

Durante a vigência da Constituição do Estado Novo, o Conselho Federal era a única instituição com competência para julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade, conforme seu artigo 86:

Art. 86. O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

O Presidente da República era na prática intocável pelo ordenamento jurídico, pois mesmo que o Congresso declarasse procedente a ação, o órgão julgador não teria a isenção necessária para proceder a um julgamento idôneo por ter membros escolhidos diretamente pelo próprio réu, eleitos de forma indireta e ainda referendados pelos interventores nos Estados. Vale ressaltar que esta competência refere-se apenas aos crimes de responsabilidade. Nos crimes comuns, a Constituição no artigo 87 determinava que: “O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas”. Fica, dessa forma, bem delineado o tom autoritário deste Diploma Constitucional, transferindo para o ordenamento jurídico o caráter personalista do regime então instalado. A Constituição sequer previa a possibilidade de o primeiro mandatário da nação ser processado e julgado por delitos comuns.

A competência do Supremo Tribunal Federal foi sensivelmente alterada com a Constituição de 1937. República. Com relação ao foro privilegiado, o texto constitucional determinava:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: a) os Ministros do Supremo Tribunal; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;

A partir da interpretação da norma acima transcrita, é possível afirmar que, na prática, a competência do STF foi esvaziada se comparada à Constituição de 1934. O Presidente da República saiu do raio de ação da Corte Suprema e passou apenas

formalmente a se submeter ao Conselho Federal. Esta é uma alteração normativa substancial que repercutiu profundamente no sistema político, pois na prática tonou a figura do Presidente da República inatingível pelo ordenamento jurídico.

Outra mudança digna de menção introduzida pela Carta de 1937 foi a extinção da Justiça Federal. Apesar de não relacionar-se diretamente com a questão do foro privilegiado, é importante mencionar uma vez que a Justiça Estadual absorveu a competência para as causas em que a União porventura fosse parte⁶.

Diante de todas as alterações normativas trazidas pela Constituição, é possível afirmar que em tese a questão do foro privilegiado foi substancialmente relativizada para as autoridades que não tivessem sua função diretamente relacionada ao mandato presidencial, como Ministros de Estado e Ministros do STF. Com relação a deputados, senadores e governadores de Estado, a Justiça Estadual ficou competente para receber as ações relacionadas a delitos de natureza penal ou crimes de responsabilidade. Se não fosse o contexto de um regime de arbítrio, autoritário e personalista, seria possível afirmar que as normas que regiam o foro para as autoridades mencionadas no período anterior eram uma evolução em relação à Constituição de 1934.

1.5. A Constituição de 1946.

A vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) tornou injustificável a permanência de um regime de exceção no Brasil, que havia enviado tropas para lutar ao lado das potências que defendiam a democracia, com exceção da União Soviética. Logo após o conflito, o Estado Novo teve seu fim e seu principal representante, Getúlio Vargas, foi removido do poder, inaugurando o maior período verdadeiramente democrático da República até então.

Deu-se início então à elaboração de uma Constituição em um ambiente democrático. Esta Carta Magna, do ponto de vista ideológico fez a junção dos avanços

⁶Art 107 - Excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios. Art. 108 - As causas propostas pela União ou contra ela serão aforadas em um dos Juízes da Capital do Estado em que for domiciliado o réu ou o autor. Parágrafo único - As causas propostas perante outros Juízes, desde que a União nelas intervenha como assistente ou oponente, passarão a ser da competência de um dos Juízes da Capital, perante ele continuando o seu processo.

sociais conquistado com a Carta de 1934 e os ideais democráticos suprimidos pela Constituição anterior.

Quanto ao foro por prerrogativa de função, houve uma evolução considerável se o referencial for a Constituição de 1937. Ao Senado Federal foi atribuída a competência de julgar o Presidente da República, o Procurador Geral da República, os Ministros de Estado e os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, conforme o artigo 62:

Art 62 - Compete privativamente ao Senado Federal: I - julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade. c) os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;

O Supremo Tribunal Federal recuperou a competência perdida para o Conselho Federal na Constituição anterior. Como a Carta Magna de 1946 refletia o espírito democrático da época, a possibilidade de o Presidente ser tocado pelo ordenamento jurídico foi restabelecida, tornando a competência originária do Supremo⁷ em matéria penal bastante semelhante com o regime atual. A principal variação foi a inclusão dos Desembargadores dos Tribunais da Justiça Estadual.

A Carta de 1946 resgatou a ordem democrática e o Estado Democrático de Direito e manteve o foro por prerrogativa de função. Apesar de trazer vários avanços como a detalhada tipificação das competências do Senado, da Câmara e, principalmente do Supremo, ela não rompeu com a tradição da legislação brasileira de separar os cidadãos por classe, nesse caso mais específico em natureza penal. A prisão especial e o

⁷Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República nos crimes comuns; b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; c) os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;

foro privilegiado são as manifestações mais evidentes deste tratamento diferenciado que o ordenamento jurídico dispensa às elites intelectual e econômica.

1.6. A Constituição de 1967

O Golpe Militar de 1964 tornou a democrática Constituição de 1946 inconveniente. Era inconcebível para as autoridades “revolucionárias” manter uma Carta liberal e democrática quando o governo era norteado pelo arbítrio, autoritarismo e violência. Entre 1946 e 1961, ano em que se iniciou a crise política e institucional que resultou no Golpe de 1964, houve apenas cinco emendas num período de 15 anos, algo a ser exemplo até nos dias atuais. Já no período de 1961 a 1966, houve treze emendas⁸. A renúncia de Jânio Quadros e a subsequente crise política e institucional são as causas para esta repentina produtividade legislativa. Os Atos Institucionais já haviam desfigurado completamente a Constituição de 1946, outorgando-se a Carta de 1967 como o embasamento legal do regime instalado três anos antes. Dessa forma, o Poder Executivo tornou-se o legislador de fato, de todos os Atos Institucionais, o AI-5 foi o mais autoritário, permitindo ao Presidente da República fechar as duas Casas do Congresso, cassar mandatos e suspender direitos políticos sem o devido processo legal, suspender as garantias dos membros do Poder Judiciário e suspender o *habeas corpus* em caso crimes contra a segurança nacional, ordem econômica e economia popular.

Durante o período do Regime Militar, nos anos de 1968 e 1969, houve um recrudescimento do autoritarismo, iniciado com o AI-5 e atingindo o ápice com a Emenda Constitucional nº 01. Este trabalho não vai considerar a Emenda nº 01 como um fenômeno constituinte autônomo. Não houve uma ruptura da ordem Constitucional vigente à época. A excessiva produção de Atos Institucionais refletia uma necessidade imperativa que o regime possuía de alguma forma legitimar suas ações. Uma nova Constituição deve ser antecedida por uma profunda alteração na ordem jurídica e institucional, foi assim em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1988.

Com relação ao foro privilegiado, O texto da Constituição de 1967 estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

⁸ Informação disponível em :<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-norma-pl.html>> Acesso em 26/01/2013.

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente;

Não se percebe alteração substancial em relação à Constituição de 1946, a principal mudança consistiu na inclusão dos membros das magistraturas nas justiças especiais. A Emenda nº 01/1969 modificou sensivelmente as normas de competência originária do STF, todavia é fundamental não desprezar o contexto político da época. Existia a lei, mas não havia uma sistemática de aplicação, o arbítrio era a regra. A referida Emenda determinava em seu artigo 119 a nova competência do STF:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Pela primeira vez no texto constitucional, os Deputados e Senadores são incluídos como beneficiários do foro por prerrogativa de função. A evolução do tratamento dispensado ao foro privilegiado pelos textos constitucionais anteriores à Carta Magna de 1988 evidencia que houve um sistemático aumento das funções beneficiadas pela excepcionalidade da regra de competência originária em matéria penal. Houve um interesse por parte do Constituinte em ampliar o quantitativo de funções beneficiadas pelo foro privilegiado.

1.7. A Constituição de 1988.

O principal sustentáculo do Regime Militar foi o crescimento rápido da economia ocorrido nos anos 1970 do século passado. Como não era um crescimento sustentável e o Brasil não era autossuficiente em energia, principalmente em petróleo, dessa forma a crise do petróleo em 1973 fez com que o Brasil gastasse muito com importação de derivados de petróleo causando um déficit da balança comercial e consequentemente aumentando a dívida externa brasileira. Esta conjuntura mergulhou o

Brasil numa espiral inflacionária acrescida de crescimento econômico negativo já no final dos anos 1970. Esta conjuntura retirou do Regime Militar sua principal base de apoio junto à população, a insatisfação mostrou-se evidente com as imensas greves no ABC paulista em 1979. O governo deu mostras de abertura com a Lei de Anistia no intuito de manter o poder ou ter o controle do processo de distensão do regime. Com o aprofundamento da crise econômica no início da década de 1980, as reivindicações pelo fim da Ditadura tornaram-se constantes e sistemáticas, culminando com o movimento das Diretas Já em 1984.

O Governo, de certa forma, alcançou seu objetivo de ter o controle do processo de abertura política, afinal foram os próprios militares que editaram a Lei de Anistia, perdendo os próprios crimes. A rejeição da Emenda Dante de Oliveira no Congresso Nacional rejeitando as eleições diretas para Presidente da República já em 1984 adiou os planos de redemocratização do País para as eleições presidenciais de 1989.

Era este o ambiente instável no qual ocorreu a transição para a Nova República. Nas eleições de 1986, quando foram escolhidos novos governadores, deputados federais, estaduais e senadores também foi convocada uma Assembleia Constituinte, cuja origem foi bastante questionada por não prever a própria dissolução após a conclusão dos trabalhos para os quais foi destinada. Outro traço marcante desta Constituinte foi a inclusão na Carta Magna de matérias perfeitamente reguláveis por legislação ordinária. Este ímpeto por constitucionalizar temas como divisão de receitas de impostos, aposentadorias e até *status* do Colégio Pedro II no Rio de Janeiro justificava-se pelo temor de que as conquistas obtidas com a queda do Regime Militar tivessem um nível de dificuldade maior para serem modificadas, proteção que a emenda constitucional em tese daria.

No que se relaciona ao Poder Judiciário, a criação do Superior Tribunal de Justiça em substituição ao Tribunal Federal de Recursos trouxe novas regras para o foro privilegiado, incluindo os Governadores de Estado. Ficou dessa forma definida a competência do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal e nos crimes de responsabilidade:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) 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;

Em comparação com a Constituição de 1967, o Supremo não mais possui competência para julgar os membros dos Tribunais da Justiça Comum nos Estados, das justiças especializadas, dos Tribunais de Contas dos Municípios e dos membros do Ministério Público da União que oficiem nos Tribunais. A criação do Superior Tribunal de Justiça foi de fundamental importância para desconcentrar do Supremo Tribunal Federal a competência para julgar ações penais contra as autoridades mencionadas no artigo 105 da Carta Magna. Foi a primeira vez que os Governadores de Estado entre as autoridades com direito ao foro por prerrogativa de função foi incluída no texto constitucional. Trata-se de fato que revela a tendência do legislador ao longo da história constitucional do País de ampliar o foro por prerrogativa de função. Importante perceber que, mesmo com o aumento do respeito aos direitos individuais e coletivos, com a instalação de um Estado Democrático de Direito, o privilégio de determinadas funções exercidas pelos detentores do poder só fez aumentar. Uma contradição do ordenamento jurídico, pretensamente justificada pelo argumento de que o juiz de primeira instância é mais suscetível a pressões políticas a despeito de sua inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos. Digno de menção é o sistema nos Estados Unidos da América, que mesmo os juízes e promotores sendo eleitos pelo voto direto, não há o foro por prerrogativa de função, ou seja, um país que não garante estabilidade nem vitaliciedade aos seus magistrados não possui o foro privilegiado enquanto o ordenamento jurídico brasileiro, que dá estas garantias aos seus juízes de 1º grau, não permite que se julguem os detentores do poder por estes mesmos juízes.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, sua competência em matéria penal e nos crimes de responsabilidade ficou estabelecida no artigo 102 da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...]b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

A leitura das normas dos artigos 102 e 105 permite concluir que foi a intenção do Constituinte repartir de forma sistemática as competências dos tribunais no que se refere ao foro privilegiado. Na sistemática definida na Carta Magna vigente os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados também tiveram sua competência delimitada pela Constituição de 1988. Desta maneira ficaram definidas as competências relativas ao foro privilegiado:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) 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; [...] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Em observância ao princípio federativo, o constituinte delegou aos Estados a determinação das competências dos Tribunais de Justiça. A título de conhecimento, a Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei nº 14258/2008) determina assim a competência originária do Tribunal de Justiça em matéria penal:

Art. 34. Ao Tribunal de Justiça compete: II - processar e julgar, originariamente: e) nos crimes comuns e de responsabilidade, o Vice-Governador, Deputados Estaduais, Juízes Estaduais, membros do Ministério Público e os Prefeitos Municipais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; f) os crimes contra a honra em que for querelante o Prefeito da Capital, o Procurador Geral do Estado, o Chefe do Gabinete do Governador, o Chefe da Casa Militar, o Comandante da Polícia Militar, o Comandante do Corpo de Bombeiros, os Deputados Estaduais, o Procurador Geral da Justiça, os Juízes de primeiro grau e os membros do Ministério Público; (Ceará. Lei nº 14.258 de 04 de dezembro de 2008. *Aprova alterações na Lei nº 12.342, de 28 de julho de 1994 – Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará e dá outras providências.* Diário Oficial do Estado, Fortaleza, 09 de dezembro de 2008)

Há autores que defendem uma interpretação abrangente do dispositivo contido no §1º do artigo 125 da Carta Política, que atribui ao Constituinte estadual a faculdade de determinar as pessoas que poderão ser processadas e julgadas pelos tribunais em questão:

Os Estados-Membros, [...], atribuem aos Tribunais de Justiça poderes para o processo e julgamento de determinadas pessoas que, a seu critério, desempenham funções de relevo no âmbito estadual. Por essa razão entendemos, malgrado não seja esse o entendimento majoritário, que as Constituições locais podem conferir aos Tribunais de Justiça poderes para processar e julgar determinadas pessoas, sem qualquer vinculação com o princípio da simetria. (TOURINHO, 2009, p.153)

O posicionamento citado é passível de questionamento uma vez que se o princípio da simetria com os cargos em nível federal não for observado, haverá uma distorção nos princípios que o Constituinte optou por adotar. Vale ainda salientar que a Carta Magna não é um documento normativo destinado apenas à União, mas a todos os entes federativos, seja Estado-Membro, município ou Distrito Federal. É fundamental que os princípios e direcionamentos aos quais a União se obriga a observar sejam também seguidos nos níveis estadual e municipal para que o ordenamento jurídico seja sistêmico e conseqüentemente previsível.

O princípio da simetria é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a competência originária para julgar Prefeitos. Assim determina a Súmula nº 702 do Supremo Tribunal Federal⁹. Outra conclusão a se delinear a partir da leitura da súmula retro mencionada é o fato de que a competência por prerrogativa de função é sempre exercida no 2º grau de jurisdição.

A afirmação anterior leva a um questionamento importante relativo à competência do Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida cujos agentes têm direito a foro por prerrogativa de função concedido exclusivamente pela Constituição Estadual. Apesar de o Tribunal do Júri ter competência determinada pela Constituição Federal, a competência para julgar os titulares de foro privilegiado concedido exclusivamente por Constituição Estadual é do Tribunal de Justiça ao qual o réu está vinculado. No caso específico da Constituição do Estado do Ceará, A Lei de Organização Judiciária reproduz fielmente o que determina a Constituição Estadual¹⁰. O Constituinte Estadual não se distanciou dos parâmetros da Constituição Federal, mantendo simetria com o modelo da Carta Política.

Conclui-se este primeiro capítulo, que consiste basicamente em um estudo diacrônico do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico do Brasil em todas as suas Constituições. Optou-se também analisar os dispositivos relacionados à

⁹Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 702.** A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência caberá ao respectivo tribunal de segundo grau. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800 acesso em 26/01/2013.

¹⁰Art. 108. Compete ao Tribunal de Justiça: (...)VII – processar e julgar, originariamente:a) nos crimes comuns e de responsabilidade, o Vice-Governador, os Deputados Estaduais, os Juizes Estaduais, os membros do Ministério Público, os Prefeitos, o Comandante Geral da Polícia Militar e o Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

matéria na Constituição do Estado do Ceará para exemplificar como o Estado-Membro normatiza o tema.

No próximo capítulo, será feito um estudo de Direito Comparado e respeito do foro por prerrogativa de função em dois países: Portugal e Estados Unidos.

2. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM PORTUGAL ENOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

Antes de dissertar especificamente sobre as características do foro privilegiado nos países acima mencionados, torna-se necessário explicar as razões da escolha destes três ordenamentos jurídicos.

A importância deste estudo de Direito Comparado reside na necessidade de se averiguar em dois ordenamentos que influenciam substancialmente o legislador brasileiro o instituto do foro por prerrogativa de função. A metodologia empregada neste estudo será a análise do texto constitucional no caso português. No caso norte-americano serão analisados tanto o texto da Constituição dos Estados Unidos da América quanto a jurisprudência da Suprema Corte, saliente-se que antes de se iniciar a abordagem do instituto nos Estados Unidos da América, serão feitas breves considerações sobre o sistema inglês, do qual os norte-americanos herdaram a sistemática do *common law*.

A escolha de Portugal se deve além da proximidade linguística ao contexto histórico em que a Constituição Portuguesa e Brasileira surgiram, ambas sucederam regimes de arbítrio e têm muito em comum nos seus princípios.

O sistema norte-americano baseado no *common Law* e que tem a jurisprudência como principal fonte do Direito mostra-se substancialmente diferente do sistema brasileiro apesar de o ordenamento jurídico pátrio ter se aproximado da sistemática estadunidense por meio do instituto da súmula vinculante e da Repercussão Geral. A seguir, iniciaremos esse capítulo de Direito Comparado pela Constituição de Portugal.

2.1. Foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico de Portugal

Inicialmente, faz-se necessária uma análise a respeito da organização do Poder Judiciário em Portugal para em seguida abordar a questão do foro por prerrogativa função. A estrutura judiciária portuguesa é composta pelo Tribunal Constitucional, pelo Supremo Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Administrativo o Tribunal de Contas¹¹. Saliente-se que a competência dos Tribunais administrativos e dos tribunais

¹¹ Artigo 209. (Categoria dos tribunais) 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais d primeira e segunda

de contas é específica, tipificada em lei a competência dos Tribunais de Justiça é residual, equivalendo em parte à Justiça Comum no Brasil. O Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 221 da Constituição Portuguesa, “é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional”. Há uma clara definição da competência do Tribunal Constitucional no artigo 223:

Artigo 223.º(Competência)1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes. 2. Compete também ao Tribunal Constitucional: **a)** Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; **b)** Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º; **c)** Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei; **d)** Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º; **e)** Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei; **f)** Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral; **g)** Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas; **h)** Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei. (Portugal. *Constituição da República Portuguesa*. VII Emenda Constitucional. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> . Acesso em: 02.10. 2012)

Interessante perceber que a legislação ordinária pode modificar a competência do Tribunal Constitucional como consta no parágrafo terceiro do artigo 223. Quanto ao foro privilegiado, o número de autoridades beneficiadas com o instituto é bastante menor que no ordenamento jurídico brasileiro. Os membros do governo só podem ser processados em matéria criminal se for autorizado pela Assembleia da República nos

instância; b) O Superior Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. (...) 4. Sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.(Portugal.*Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>Acesso em 02.10.2013

termo do artigo 196¹². As mesmas condições de procedibilidade da ação penal são aplicadas aos deputados da Assembleia da República, nos termos do artigo 157, § 2 e § 3¹³. O governo em Portugal é composto pelo Primeiro-Ministro, pelo vice-primeiro-ministro, pelos secretários e subsecretários de Estado. Foro por prerrogativa de função nos moldes como é utilizado no Brasil só o Presidente da República tem direito, entretanto vale destacar que não é o Tribunal Constitucional o órgão competente para julgar o Presidente da República em matéria penal, esta prerrogativa é do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 130 da Constituição Portuguesa, que determina:

Artigo 130.º(Responsabilidade criminal)1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça. **2.** A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções. **3.** A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição. **4.** Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns. (Portugal, Idem.)

Analisando os dispositivos constantes na Carta Magna de Portugal no que se refere à competência para julgar as principais autoridades da República em matéria penal, é possível contatar que a sociedade lusitana está em um estágio mais avançado na questão do foro privilegiado uma vez que o restringiu a apenas uma autoridade, o Presidente da República, os critérios de procedibilidade em relação aos membros do governo e da Assembleia da República são proporcionais e decorrentes da imunidade

¹²Artigo 196.º(Efectivação da responsabilidade criminal dos membros do Governo) 1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito. 2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior. (Portugal, Idem)

¹³Artigo 157.º(Imunidades) (...)2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos. 3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito. (Portugal, Ibidem)

dos parlamentares por suas palavras e opiniões no exercício do mandato. Percebe-se na Carta Magna Portuguesa uma intenção constante de igualar sempre que possível todos os cidadãos perante a lei. Em matéria penal esta busca pela equidade carrega um simbolismo muito forte, pois uma das principais maneiras de distinguir determinadas classes sociais é garantir foros específicos em matéria penal.

2.2. Foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América.

Antes de discorrer especificamente sobre o instituto do foro por prerrogativa de função nos Estados Unidos, é conveniente expor como esta questão é abordada no sistema inglês, com o qual o sistema norte-americano guarda óbvia relação de origem e muitas afinidades.

O exame do Direito Constitucional da Inglaterra não revela nenhum mecanismo de foro privilegiado. A estrutura judiciária inglesa, composta pela *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*, não admite competência originária em matéria penal em nenhuma dessas cortes. O alcance penal quanto às autoridades públicas não existe quando se refere às autoridades da Coroa (Soberano e Ministros), chefes de Estado e diplomatas estrangeiros. DAVID (*apud* BELÉM, 2008, p. 89) comenta o procedimento das cortes inglesas:

Ressaltamos, enfim, que próprio soberano desfruta de uma imunidade de jurisdição: pode-se mover uma ação contra o *Attorney General* como representante da Coroa, mas não se pode fazê-lo para comprometer a responsabilidade pessoal de Sua Majestade a Rainha. A Coroa, sob diversos aspectos, foi colocada numa situação privilegiada em relação aos cidadãos. A obrigação de exhibir em justiça documentos apresenta, no que a concerne, particularidades: não há prescrição em relação a ela como há em relação aos particulares. A matéria das formas de execução, sobretudo, encontra-se inteiramente modificada aqui: não se pode obter contra a Coroa nenhuma ordem judiciária, nenhuma ordem de execução forçada, não se pode impetrar contra a Coroa nenhum mandado de segurança, nenhuma execução forçada, nenhuma penhora.

Em relação ao ordenamento jurídico inglês, a conclusão a que se pode chegar é que as autoridades da Coroa são imunes ao procedimento penal, entretanto, quando não possuem mais a qualidade de representantes da Coroa, igualam-se aos outros cidadãos em matéria de competência originária em matéria penal. Uma pergunta se impõe ao se conhecer a organização jurídica do Reino Unido: como se procederia em relação ao soberano em matéria penal? A resposta está no próprio sistema do *common law*, a

jurisprudência é a principal fonte do Direito, como não há jurisprudência de ações penais contra o rei ou rainha do Reino Unido, não há uma regulamentação do tema.

O sistema norte-americano guarda muitas semelhanças com o sistema inglês, todavia, é salutar o reforço de que há algumas diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos. O principal destaque no sistema penal dos EUA em relação ao ordenamento jurídico brasileiro é a presença do Tribunal do Júri em todos os processos em matéria penal. É o que se extrai da leitura do artigo III, seção 2 e da Emenda VI:

Em qualquer processo criminal, o acusado terá direito de ser julgado rápida e publicamente, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime tenha sido cometido, devendo o dito distrito ser previamente determinado por lei, ser informado da natureza e dos motivos das denúncias que pesam sobre ele, direito de ser acareado com as testemunhas de acusação, direito de citas testemunhas de defesa; direito de se beneficiar da assistência de um advogado para sua defesa.¹⁴ (Tradução nossa)

Existe um privilégio neste dispositivo da Constituição dos EUA, no entanto ele é aplicado a todos os cidadãos. No Brasil, apenas os crimes dolosos contra a vida têm competência originária para seu julgamento no Tribunal do Júri. O constituinte dos EUA optou por conferir a todos o privilégio de ser julgado por um colegiado. O posicionamento de não ampliar a competência da Suprema Corte por meio que não fosse a Emenda Constitucional foi consolidado através do *leading case* *Cohens versus* Estado da Virgínia, é de salutar importância deste trecho da decisão do ilustre magistrado da Suprema Corte John Marshall (1903, p. 177,178):

Depois de fazer cuidadoso estudo do assumpto, o Tribunal sente escapar-lhe qualquer razão deduzida da qualidade das partes para admittir uma excepção que a Constituição não fez; e somos de parecer que o Poder Judiciario, conforme foi originariamente outorgado, se estende a todas as causas derivadas da Constituição ou de alguma lei dos Estados Unidos, quaesquer que sejam as partes. Tambem se objectou que esta jurisdicção, si deferida, é originaria e não póde exercer-se por via de apellação. A Constituição assim se exprime: Em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros publicos e consules e naquellas em que fôr parte um Estado, o Supremo Tribunal terá jurisdicção originaria. Em todas as outras causas acima mencionadas terá o Supremo Tribunal jurisdicção em grão de recurso. Este distincção entre jurisdicção de unica ou primeira instancia e jurisdicção de segunda instancia exclue, disse-se, em todas as causas o exercício de uma quando é dada a outra. A Constituição dá ao Supremo Tribunal jurisdicção originaria em certas e enumeradas causas, e dá-lhe em todas as outras jurisdicção em grão de recurso. Entre as causas em que a jurisdicção deve

¹⁴Article VI. *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.* (PRITCHETT, C. Herman. *The American Constitution*. New York: McGraw-Hill, 1959, p.512)

exercer-se em segunda instancia estão as derivadas da Constituição e leis dos Estados Unidos. Essas disposições das Constituições são igualmente obrigatórias e devem ser respeitadas. E mais causas, portanto, o Supremo Tribunal não pôde exercer jurisdição originária. Em qualquer outra causa, isto é, em toda causa a que se estende o poder judicial, e em que a jurisdição originária não é dada expressamente, o poderjudicial será exercido tão somente por via de recurso. A jurisdição originária deste Tribunal não pôde dilatar-se, mas a sua jurisdição gráo de recurso pôde exercer-se em toda a causa susceptível de ser submettida, nos termos do art. 3º, ao conhecimento dos tribunales federaes, e em que a jurisdição originária não tem cabimento;

O voto do magistrado americano influenciou decisivamente o Direito Constitucional do Brasil em virtude de ter estabelecido peremptoriamente que nem o legislador ordinário nem a jurisprudência inferior podem atribuir competência originária à Suprema Corte. Mesmo a questão que suscitou o voto não pertencer ao tema do foro privilegiado, a decisão eliminou a hipótese de a Suprema Corte ter sua competência alterada por qualquer norma infraconstitucional.

Outro fator de influência decisiva a Suprema Corte dos EUA não possuir competência originária em matéria penal é o regime federalista deste país. Cada Estado-Membro tem o suas regras de Direito Penal e Processual Penal, vide a questão da pena de morte, na qual cada Estado regula o assunto maneira diferente. Neste sentido afirma SOARES (*apud* BELÉM, 2008, p. 93):

Deve ser notado que as matérias da *Criminal Law* e do *Criminal Procedure* são, na sua esmagadora maioria, de pertinência do direito dos Estados-membros, e que por isso mesmo refogem a qualquer uniformidade nos EUA. Já nos referimos ao fato de que a legislação de processo criminal da Corte Suprema, portanto válida para as justiças federais, o Code of Criminal Procedure de 1946, pouca influência teve nas legislações estaduais. Por outro lado, dada a diversidade entre os próprios Estados-membros, no que se refere à política penitenciária, as características locais dos regimes de aplicação e gradação das penas fazem com que a diversidade dos Direitos de Processo Penal seja muito grande e de ta l maneira locais, que são muito ferrenhamente conservados na sua tipicidade, em função das individualidades dos Estados federados.

Concluindo, o que seria um privilégio passou a ser direito de todos no ordenamento jurídico norte-americano o julgamento em matéria penal por um colegiado. O instituto que realmente herdamos do direito norte-americano foi o *impeachment*. Dessa forma, os únicos casos em que a Suprema Corte terá competência originária serão os que envolverem diplomatas estrangeiros em território dos Estados Unidos¹⁵.

¹⁵Artigo III, Seção 2. O poder judiciário estender-se-á a todos os casos de direito e de equidade que se possam produzir sob esta Constituição, às leis dos Estados Unidos ou tratados concluídos, ou que venham

3. A TEORIA GARANTISTA E SUA RELAÇÃO COM O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.

O foro por prerrogativa de função é um instituto primordialmente estabelecido pela Constituição Federal e de acordo com ela deve ser interpretado. O desafio consiste em como interpretar e conseqüentemente aplicar as normas constitucionais para as situações concretas. A depender da opção adotada pelo intérprete, a aplicação do Direito pode variar consideravelmente. Torna-se imprescindível estabelecer neste trabalho o posicionamento adotado para a interpretação das normas constitucionais.

Neste contexto, os conceitos de norma, regra e princípio são um índice importante para se direcionar o posicionamento deste trabalho. A partir deste ponto, relaciona-se intrinsecamente aos conceitos adotados pelo intérprete sua postura ao aplicar as normas aos casos concretos.

Considerar regra e princípio como espécies do gênero norma resulta em uma diferença substancial em relação a posicionar o princípio acima da categoria regra na hierarquia normativa. Esta diversidade nas concepções está vinculada decisivamente à

a sê-lo, sob a sua autoridade; a todos os casos concernentes aos embaixadores, outros ministros públicos e cônsules; a todos os casos do almirantado e da jurisdição marítima; a controvérsia entre dois ou mais Estados; entre um Estado e cidadãos de um outro Estado; entre cidadãos de diferentes Estados; entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões de diferentes Estados, e entre um Estado, ou os seus respectivos cidadãos, potências, cidadãos ou súbditos estrangeiros. Em todos os casos concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e naqueles em que um Estado for parte, a Corte Suprema terá a jurisdição de primeiro grau. Em todos os outros casos acima mencionados a Corte Suprema terá jurisdição de apelo, tanto de direito como de fato, com exceções, e sob regulamentos, que caberá ao Congresso estabelecer. O julgamento de todos os crimes, exceto nos casos de impeachment, deverá ser por júri, e deverá ocorrer no Estado onde os referidos crimes tiverem sido cometidos; mas quando não cometidos em território de nenhum Estado, o julgamento deverá ocorrer no lugar ou lugares que o Congresso, por uma lei, houver indicado. [Tradução nossa].

No original: "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects. In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed..(PRITCHETT, C. Herman. *The American Constitution*. New York: McGraw-Hill, 1959, p. 615)

corrente adotada por quem interpreta e aplica o preceito constitucional, se Constitucionalista Principialista ou Constitucionalista Garantista. Não se objetiva aqui criar um juízo de valor entre as duas formas de interpretar as normas da Constituição e até mesmo determinado ordenamento jurídico como um todo, mas chegar a melhor estratégia para analisar as implicações jurídicas do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico do Brasil e se sua manutenção ainda é conveniente dado o nível de amadurecimento das instituições políticas e da democracia representativa no País.

Nas posteriores subdivisões deste capítulo, o enfoque será no Constitucionalismo Principialista e no Garantista, analisando suas bases teóricas e suas influências na forma como se interpreta a Carta Magna, com destaque à questão do foro por prerrogativa de função.

3.1 Constitucionalismo Principialista

A distinção entre regra e princípio é um dos alicerces do Constitucionalismo Principialista em virtude de ser fundamental para a teoria em análise que estes dois conceitos sejam distintos e, principalmente, que o princípio esteja acima da regra na interpretação de determinado ordenamento jurídico. Compreender a função do princípio na interpretação do Direito e mais ainda na aplicação do Direito Constitucional é fundamental para a correta análise do Constitucionalismo Principialista. Neste sentido estabelece BONAVIDES (2006, p. 258):

A caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subsequentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.

A separação entre Direito e Moral sempre foi um dos principais pontos de divergência na doutrina. O Jusnaturalismo defende a necessária vinculação entre Direito e Moral baseando-se na concepção de que as normas jurídicas devem ter obrigatoriamente relação com a Moral, pois iniquidades inaceitáveis poderiam ocorrer quando o Direito justifica-se exclusivamente pelo fato de o principal sustentáculo para a legitimidade de determinada norma é a autoridade de quem a sanciona. O Jusnaturalismo justificava a necessária relação entre Direito e Moral com a traumática experiência da Alemanha Nazista, onde o ordenamento jurídico fundamentado

exclusivamente na autoridade produziu iniquidades indescritíveis conhecidas e detalhadamente documentadas na História.

Quando as Constituições, principalmente nos Estados Democráticos de Direito, passaram a incluir em seus textos princípios que reproduzem na essência os postulados da Declaração Universal dos Direitos do Homem como o direito à igualdade, à liberdade à dignidade da pessoa humana, passaria a não haver mais distinção entre Direito e Moral uma vez que esta não estaria mais externa ao Direito, pois princípios morais haviam sido positivados no ordenamento jurídico por meio das Constituições.

Outra concepção a fundamentar o Constitucionalismo Principlista é de que a positivação de princípios de natureza ético-política mesmo positivados não perdiam sua faculdade de princípios morais externos ao Direito. Sua observação seria condicionada a um processo de ponderação quando eventualmente em conflito. O princípio seria uma norma cuja inobservância não implicaria necessariamente a sua ineficácia, o princípio afastado em um determinado caso prevaleceria em outro. Esta visão conecta o próprio conceito de Direito à sua aplicação prática, uma vez que associa totalmente a aplicação e a interpretação do Direito a conceitos de ordem moral. A solução para conflitos estaria sempre na ponderação entre os dois princípios em questão. É justamente essa concepção que segundo FERRAJOLI (2012, p.45):

A ideia de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação ao invés de aplicação, ou pior, de que podem ser ponderados com princípios morais inventados pelos juízes gera evidentemente um perigo – do qual nem sempre os defensores desta tese parecem conscientes – para a independência da jurisdição e para a sua legitimação política.

Ferrajoli refere-se à quantidade incomum de princípios criados pela jurisprudência sem que, entretanto, estejam expressos na Constituição Federal. Dentre eles podemos enumerar o “princípio da precaução”, tão mencionado no Direito Ambiental, o surreal “princípio da cooperação das partes no processo”, que busca cooperação mútua em uma relação antagônica na sua essência, afinal às partes não interessa um bom processo, mas o atendimento de sua respectiva demanda. Outro princípio mais insidioso criado pela jurisprudência brasileira é o “princípio da conciliação nacional” criado para justificar a constitucionalidade da Lei de Anistia, criada pelos militares para perdoar os próprios crimes contra a humanidade realizados na Ditadura Militar de 1964 a 1985. Mesmo que crimes contra a humanidade, como a

tortura, sejam imprescritíveis, criou-se um princípio para justificara constitucionalidade de uma lei que protege os perpetradores de um reconhecido crime contra a humanidade.

À primeira vista o Constitucionalismo Principlalista pode parecer atraente por tentar associar os valores morais ao Direito, contudo é importante lembrar que a Moral não é única, cada indivíduo tem os seus conceitos e pré-conceitos estabelecidos no que se refere a valores morais. Esta mesma diversidade aplica-se a classes sociais, faixa etária, período histórico, grupos nacionais, ou seja, as variantes são inúmeras. É plausível afirmar que por mais odioso que sejam as normas de um ordenamento jurídico como o da Alemanha Nazista, por exemplo, sempre vai conter algum valor moral para determinado grupo de indivíduos, e este é justamente um dos riscos de associar intrinsecamente o Direito à Moral. Outra situação digna de menção é levantada por FERRAJOLLI (2012, p.45):

Se, na verdade, sustenta-se que os juízes não devem limitar-se a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados, eles mesmo, a criá-las – ainda que através da ponderação de princípios -, então resulta violada a separação de poderes.

Em um ordenamento jurídico no qual impera a interpretação do Direito através da ponderação de princípios é bastante tentador para o magistrado não só dizer o Direito, mas criar a própria norma. Além destes riscos, FERRAJOLLI (2012, p. 55) adverte que:

O Constitucionalismo Principlalista, da mesma forma como o realismo e o neopandectismo, comporta, portanto, um enfraquecimento e, virtualmente um colapso da normatividade dos princípios constitucionais, além de uma degradação dos direitos fundamentais neles estabelecidos em genéricas recomendações caráter ético-político.

O cenário delineado na citação anterior tem grande probabilidade de resultar, nas próprias palavras de Ferrajoli (2012,p.55) , em um processo de “*discrecionalidade judicial*”. A lei deixa de ser a fonte primordial do Direito, perdendo espaço para a jurisprudência e a doutrina, caracterizando um regresso na efetividade da aplicação e interpretação do Direito, levando o avanço trazido pela positivação do Direito ideal em determinado contexto histórico a ser concebido como uma espécie de Direito fundamentado na jurisprudência, algo muito semelhante ao que acontecia em tempos anteriores às próprias Constituições dos Estados de Direito.

Entretanto, é bom salientar que este fenômeno não se deve apenas ao uso da ponderação entre os “princípios” para a solução de conflitos de natureza constitucional, ele também deve muito de sua existência a uma legislação vaga, ambígua e à excessiva produtividade legislativa. Estas são causas externas ao Direito, a responsabilidade é, em grande parte, da Política. Não se objetiva isentar a cultura jurídica de responsabilidade pelo atual cenário de excessiva proliferação legislativa e até de “princípios” criados unicamente pela jurisprudência e doutrina olvidando o disposto na Constituição Federal.

Torna-se, dessa maneira, imprescindível observar, segundo Ferrajoli (2012, p.56):

[...]o reconhecimento de uma *normatividade forte* nas Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente como um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ela em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever a ele correspondente, que compete à esfera pública.

Ferrajoli não aponta uma solução instantânea para a problemática originada pela aplicação da técnica da ponderação de princípios na solução de conflitos de natureza constitucional, ele defende maior critério e racionalidade na produção legislativa e na “criação” de princípios não elencados nas normas constitucionais. A distinção entre norma e princípio e a associação entre Direito e Moral logo após a Segunda Guerra Mundial constituiu realmente um avanço em relação ao positivismo centrado apenas na autoridade do Estado em impor a lei. Entretanto este modelo esgotou-se a partir do momento em que os “princípios” começaram a ser concebidos apenas como normas programáticas sem uma eficácia imediata e os avanços previstos nas Constituições poderiam ter sua efetividade ameaçada pelo arbítrio do legislador ordinário.

3.2 Constitucionalismo Garantista

A corrente do Constitucionalismo Garantista tem uma concepção completamente diversa do Constitucionalismo Principlista. Uma primeira comparação entre as duas concepções leva a superficial visão de que se trata da velha dicotomia Positivismo/Jusnaturalismo, todavia, a questão é mais complexa, pois envolve uma discussão sobre a forma como os direitos fundamentais estão sendo viabilizados através do Poder Judiciário, pois a opção entre uma das duas correntes de pensamento influencia decisivamente na aplicação prática das garantias tipificadas na Constituição.

A teoria do Garantismo não pode ser considerada como uma superação do Positivismo Jurídico, mas como um reforço de suas ideias, uma ampliação dos seus postulados. FERRAJOLI (2012, p.22) defende que Constitucionalismo Garantista :

Representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o 'ser', mas também o 'dever ser' do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade.

Saliente-se o destaque dado aos direitos fundamentais positivados, pois torna direito plenamente exigível e tipificado os princípios ético-políticos defendidos pela sociedade quando conferiu ao Poder Constituinte originário a missão de elaborar a Carta Magna do país. A legalidade não mais condiciona apenas a validade das normas infralegais, a própria legalidade tem sua validade condicionada pelo conteúdo das normas constitucionais. Reside aí a grande diferença entre o velho Positivismo e o Garantismo, a norma para ter validade não necessita apenas estar de acordo com a forma prevista no ordenamento para ter vigência e eficácia, o seu conteúdo deve estar de acordo com o modelo constitucional.

Neste sentido, Ferrajoli (2012,p.25) concebe três significados para o Constitucionalismo Garantista: como modelo de direito, teoria de direito e como teoria política.

Seu significado como modelo de direito se dá através da positivação dos princípios que devem servir de sustentáculo a todas as normas produzidas no ordenamento jurídico. Estes princípios constituem-se como um limite para a produção legislativa, a não observância dos princípios positivados leva a leis sem validades. Deve-se entender os limites impostos pelos princípios em questão como uma tarefa do controle de constitucionalidade, que também tem a função de identificar as omissões do legislador em emitir normas que viabilizem a real e efetiva implementação dos direitos fundamentais ao solicitar o preenchimento do vazio legislativo por meio da elaboração da norma pelo Poder Legislativo, sem usurpar deste sua função primordial, não caracterizando assim intervenção de um Poder nas funções originárias de outro.

O Constitucionalismo Garantista como teoria do Direito busca o diálogo entre as normas constitucionais, principalmente os direitos fundamentais positivados e o

conjunto de normas produzidas pelo legislador ordinário. Validade e vigência são conceitos distintos para o constitucionalismo garantista, pois é plausível conceber a existência de uma norma vigente, que atendeu a todos os requisitos formais e procedimentais na sua criação e esta mesma norma ser inválida por não ser compatível com os princípios positivados na Constituição. A ideia de legitimidade se impõe nesta análise, pois está intimamente relacionada com a observância das normas constitucionais e, principalmente dos que tipificam os direitos fundamentais. A noção de legitimidade também se associa ao procedimento de produção de normas que regulamentem ou viabilizem o exercício dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo Garantista concebido como teoria política estabelece uma relação muito próxima com a democracia, não a democracia concebida como uma teoria ou apenas um programa de governo democrático. A prioridade é uma democracia de conteúdo e de forma. Afinal, um modelo de constitucionalismo que defende veementemente o respeito aos direitos fundamentais positivados na Constituição, pois estes são resultados de um processo histórico lento e gradual no avanço do respeito aos direitos fundamentais e no intuito de garantir não só ao indivíduo, mas aos grupos sociais.

Apesar da finalidade de garantir por meio do respeito aos princípios positivados na Constituição, é fundamental ressaltar a separação que a teoria garantista estabelece entre Direito e Moral, fato que pelo menos em tese impede o “ativismo judicial” e a criação de inúmeros artifícios interpretativos que se camuflam de princípios causando distorções na aplicação do Direito ao caso concreto, artifícios que levam o nome de princípios, mas não passam de manobras muito eficientes no cotidiano das decisões judiciais, mas que se consideradas sistematicamente enfraquecem a Constituição dia a dia.

STRECK (2012, p.65) enumera uma lista consistente destes “princípios” criados ao largo da legislação: princípio da simetria, princípio da precaução, princípio da não-surpresa, princípio da afetividade, princípio do fato consumado (um verdadeiro incentivo ao desrespeito á lei utilizando como argumento o simples passar do tempo), princípio da cooperação processual (surreal no sentido de tentar impor cooperação numa relação essencialmente antagônica, mais interessante ainda sua aplicação no âmbito penal), princípio da confiança no juiz da causa (presumir boa-fé é totalmente diferente

de aceitar todas as decisões de um juiz durante um processo baseado unicamente em um princípio não positivado), princípio da situação excepcional não consolidada (junto com o princípio do fato consumado são um verdadeiro incentivo ao não cumprimento da lei). Esta é uma lista incompleta e desatualizada uma vez que o a jurisprudência e doutrina pátria têm sido produtivas no que se refere à elaboração destes “princípios”.

O Constitucionalismo Garantista configura-se como um novo modelo juspositivista. Enquanto o “Paleopositivismo” priorizava determinar se os autores das normas jurídicas possuem legitimidade para tanto e se o processo de formação das normas foi ou não legítimo de acordo com cada ordenamento jurídico. A positivação dos direitos fundamentais tornou-se decisiva para que o Estado Democrático de Direito fosse consolidado na estrutura jurídico-política do Estado. A principal contribuição da teoria garantista consiste na ideia de que os princípios positivados conferem uma legitimação das normas produzidas no ordenamento jurídico interno. Quando se analisa a congruência de determinado enunciado normativo, pensa-se de acordo com o que está positivado na Constituição e apenas na Constituição, pois este documento é o mais próximo que se pode chegar de “vontade do povo” em um Estado Democrático de Direito numa democracia representativa, pois foi elaborada pelos representantes de uma sociedade democraticamente eleitos por meio do voto direto, tornando-se dessa forma representantes do Poder Constituinte originário.

Na próxima seção, será abordada a relação da do foro por prerrogativa de função com a teoria do Constitucionalismo Garantista e se este instituto se justifica num contexto em que a prioridade é assegurar os direitos fundamentais e tendo os princípios da igualdade como um das bases do Estado Democrático de Direito.

3.3 O foro privilegiado e a teoria do Constitucionalismo Garantista

Os posicionamentos defendidos pelo Garantismo, como a absoluta conformidade entre os princípios positivados na Constituição e a máxima efetividade prática objetivando o cumprimento cotidiano e sistemático destes mesmos princípios e um cenário ideal onde os direitos fundamentais são garantidos a todos os membros da sociedade e o legislador ordinário elabora regras de acordo com os princípios positivados na Constituição.

Tal contexto ideal, mesmo que seja considerado inatingível, deve ser a meta dos representantes do Estado, sejam eleitos ou não. Dois princípios se sobressaem como os principais para a criação, manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito: o Princípio da Igualdade e o Princípio da Liberdade. A escolha destes dois princípios justifica-se pela sua fundamental importância para que a democracia seja mais do que um fim em si mesma, seja um meio para que cada cidadão tenha os meios adequados para garantir o mínimo necessário para uma vida digna. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2007, p. 211) corrobora com a importância do Princípio da Igualdade para a democracia:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime liberal simplesmente consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. [grifo do autor]

Liberdade e privilégio são as bases que sustentaram a democracia burguesa no final de século XIX e Início de século XX. A História mostra que tal modelo estava condenado à permanente contestação, seja pela criação de outro modelo, o comunista, que degenerou-se para o autoritarismo ou para a superação da própria democracia liberal com o advento do Estado do Bem-Estar Social. Não se quer aqui ignorar o avanço trazido pela democracia burguesa, principalmente se o referencial for o Absolutismo, pois o domínio da lei em relação à manifestação de vontade do governante é claramente uma conquista, uma evolução se comparada ao sistema anterior, em que predominavam os estamentos sociais.

O direito à liberdade, por razões muito caras ao Liberalismo, foi o mais defendido e buscado nas lutas revolucionárias que culminaram com a ascensão da burguesia ao poder. Era imprescindível que houvesse liberdade de ação para que o Capitalismo florescesse e busca pelo lucro fosse incentivada por um clima de relativa liberdade política, possibilitando ampla liberdade de iniciativa para empreender e a inamovível garantia da propriedade privada. Dissertar sobre liberdade no contexto da teoria Garantista torna-se fundamental para estabelecer a justificativa ou não para a existência do foro privilegiado em um ordenamento jurídico baseado numa Constituição elaborada por representantes da sociedade eleitos por voto direto. É preciso adotar um conceito de liberdade, por mais difícil que seja a tarefa de tipificar uma noção tão

subjativa para cada um, entretanto a o conceito adotado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no seu artigo 4º é uma conceituação válida e, principalmente, possível em um contexto de garantia dos direitos individuais e coletivos:

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

É um conceito escrito no auge do processo revolucionário, não foi plenamente aplicado por questões políticas específicas da época em que foi publicado. Retornando à temática do Garantismo, deve-se associar a liberdade de forma intrínseca ao conceito de legalidade e, principalmente, de legitimidade. O artigo 5º, *caput*, da CF/1988 determina que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Contudo, não se concebe apenas a legalidade como fonte da validade vigência da norma, ela precisa ser legítima, deve ser produzida pelos representantes eleitos diretamente em um regime democrático. O Brasil em sua atual conjuntura política possui esta característica apesar da necessidade de evolução de nosso sistema eleitoral.

A liberdade à qual este trabalho se refere é a liberdade ação, não a liberdade de qualquer ação. A ideia de liberdade deve estar sempre limitada pela lei, uma lei legítima, pois contra um ordenamento ilegítimo vale o *direito de resistência*, que apesar de não positivado na Constituição Brasileira, foi expresso na Constituição Portuguesa¹⁶. A ausência deste direito na Constituição Federal explica-se basicamente pela diferença entre os processos de redemocratização entre Brasil e Portugal. No caso brasileiro, houve uma “composição” que resultou na Lei de Anistia , bem diferente do processo ocorrido na Revolução dos Cravos, que foi realmente um movimento de ruptura com a o regime de arbítrio anterior.

A coatividade não é incompatível com a liberdade. A questão não é o indivíduo ou a sociedade ter o poder de exercer sua vontade sem nada que a restrinja, liberdade ocorre quando uma sociedade tem o poder de impor limites a si mesma de forma que seu ordenamento jurídico e os meios utilizados pelo aparato repressivo do Estado para

¹⁶**Artigo 21.º(Direito de resistência)**Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

garantir a eficácia de suas normas seja legitimado pelos cidadãos. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2007, p. 236) defende que:

A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada mediante processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada.

A liberdade será um direito satisfatoriamente observado em nossa sociedade quando o direito de igualdade, expressamente defendido e mencionado na Constituição Federal de 1988 for plenamente aplicado no ordenamento jurídico pátrio. O problema do foro privilegiado está diretamente relacionado com o direito de liberdade e com a legitimidade do ordenamento jurídico uma vez que só em uma sociedade democrática, na qual o povo goze de ampla liberdade de expressão, locomoção, participação política, é possível julgar as autoridades públicas com a devida isenção e garantindo aos réus todos os direitos fundamentais em matéria processual. Em uma sociedade na qual a liberdade não seja um princípio defendido na Carta Magna não há segurança jurídica necessária para que as autoridades públicas sejam devidamente julgadas em matéria penal.

A expressão máxima da prioridade que o Princípio da Liberdade ganhou força após a vitória das revoluções burguesas, principalmente na França, ideia que se irradiou por toda a Europa através de Napoleão.

Quanto ao Princípio da Igualdade, é importante abordar os conceitos de igualdade presentes na doutrina para que se tenha uma noção básica de como este princípio se relaciona com o instituto do foro por prerrogativa de função.

Inicialmente, a grande discussão consistia na própria existência da ideia de igualdade no mundo real. A corrente *nominalista* defende o posicionamento de que a igualdade é apenas uma ideia, a diferença seria uma característica onipresente na existência, seria impossível tratar com igualdade indivíduos que são na essência diferentes. Por outro lado, a corrente *idealista* defende a ideia de igualdade absoluta, natural, decorrente de uma igualdade ligada ao estado de natureza, posição defendida por John Locke em *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Por sua vez Rousseau, postulava existirem duas formas de desigualdade entre os seres humanos, a desigualdade natural, que é condicionada por fatores como idade, sexo, dentre outros e a

desigualdade moral, condicionada por convenções culturais, no sentido antropológico do termo, por fatores econômicos e políticos. Importante destacar que as desigualdades culturais também são fortemente causadas pelas diferenças naturais, é o caso do tratamento dispensado às mulheres em muitas culturas.

Para que se aborde substancialmente a relação do instituto do foro privilegiado com o direito de igualdade é imprescindível discorrer mesmo que brevemente sobre a isonomia material e a isonomia formal. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (2007, p. 214):

Nossas Constituições, desde o Império, inscreveram o *princípio da igualdade* como *igualdade perante a lei*, enunciado, que na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.

A isonomia formal é insuficiente para garantir um tratamento igual a todos, pois já é uma assertiva amplamente consolidada na doutrina que os diferentes não podem ser tratados de forma igual uma vez que os mais abastados sempre levarão vantagem em relação aos grupos menos favorecidos. O principal destinatário do preceito constitucional que determina a igualdade de todos perante a lei é unicamente o legislador, o aplicador da lei ao por a norma em prática já deve, ao menos em tese, fazê-lo. Neste ponto, entra a questão do foro por prerrogativa de função, o legislador cria normas dentro da própria Constituição que relativizam uma dos principais sustentáculos da ordem constitucional vigente.

O sistema de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça Estaduais é incompatível com o foro privilegiado. A autoridade que nomeia o ministro ou o desembargador tem a possibilidade de no futuro vir a ser julgada por este mesmo ministro. Um argumento contrário a esta tese conste na hipótese de o próprio ministro se declarar impedido de atuar em tal processo, todavia por que condicionar o razoável funcionamento do sistema ao exame individual de consciência de um único magistrado. A recente Ação Penal 470, mais conhecida como o Julgamento do Mensalão, apesar de haver no plenário do STF ministros nomeados no governo do Partido dos Trabalhadores, agremiação política da maioria dos réus e principalmente por ter no plenário um ministro que advogou para o próprio partido político em questão, ministro este que em nenhum momento se declarou impedido de participar do julgamento. Este é o caso do ministro Dias Tofolli e estas são

as distorções criadas pelo ordenamento jurídico brasileiro quando se refere ao foro privilegiado.

Observa-se ao analisar a evolução do instituto do foro por prerrogativa de função na história constitucional brasileira que este só fez se ampliar, aumentando o número de autoridades beneficiadas, concedendo aos Estados-Membros o poder de conceder foro privilegiado às suas próprias autoridades, desde que se possa traçar um paralelo com a legislação federal. Mesmo o amadurecimento das instituições democráticas não repercutiu ainda no legislador a ponto de fazer uma real mudança no sentido de transmitir ao cidadão comum, que não dispõe de tal privilégio, tenha a certeza de que o mesmo juiz que porventura vai julgá-lo também pode fazê-lo em relação a deputado, a senador, até mesmo ao Presidente da República.

A seguir será apresentada a conclusão deste trabalho em que será levantada a questão da constitucionalidade do foro por prerrogativa de função e uma possível solução para a questão, que apesar de ir contra a tendência do ordenamento jurídico brasileiro, tanto em nível federal quanto estadual, é a que em tese, mais coaduna com os princípios positivados na Lei Fundamental e garantidos pela própria Constituição como cláusulas pétreas.

3.4 A Constitucionalidade do foro por prerrogativa de função.

Dentro do sistema normativo brasileiro, seria audacioso, mas não incongruente questionar a própria constitucionalidade do foro por prerrogativa de função. Apesar de ser uma norma constitucional, é possível arguir a constitucionalidade das normas que estabelecem a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em relação a princípios mais importantes positivados na própria Carta Magna. À primeira análise pode parecer incoerente questionar constitucionalidade de uma norma presente na Carta Magna, contudo existe uma hierarquia entre as normas constitucionais criada não só pela doutrina, mas expressa no texto da Lei Fundamental, criando as conhecidas cláusulas pétreas. Assim determina o artigo 60, § 4º da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

O texto constitucional estabeleceu hierarquia entre os dispositivos uma vez que proíbe expressamente o poder constituído de criar emendas à Lei Fundamental que contrariem as normas referidas pelo artigo 60. A partir desta afirmação, pode-se deduzir que o constituinte quis blindar principalmente os direitos fundamentais e a forma do Estado brasileiro.

A partir desta hierarquização das normas constitucionais, é plausível defender a possibilidade de existirem normas inconstitucionais dentro do próprio texto constituição. BACHOF (2008, p. 55) sustenta que:

Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito fundamental da Constituição: [...]

As normas que delimitam as competências originárias dos tribunais em matéria penal têm a sua constitucionalidade questionada com base no Princípio da Igualdade, expressamente positivado no *caput* do artigo 5º da CF/1988. Entretanto, a história do instituto fornece bastantes indícios de que este questionamento dificilmente ocorrerá no STF, uma vez que os principais beneficiados pelo foro por prerrogativa de função em sua maioria também são titulares do direito de impetrar a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em virtude deste fato, é bastante improvável que a médio ou longo prazo o foro privilegiado sofra substancial mudança no ordenamento jurídico do Brasil.

Mesmo com o cenário político e jurídico pouco receptivo a alguma mudança na matéria, é importante apontar possíveis sugestões com o intuito de adequar a questão da competência em matéria penal para julgar as autoridades públicas.

Inicialmente, a lei brasileira blinda de forma redundante as principais autoridades públicas. Existe uma barreira na procedibilidade seguida do foro privilegiado propriamente dito, é o que ocorre no caso do Presidente, Vice-Presidente da

República e seus ministros, que, nos termos do artigo 51¹⁷ da Constituição de 1988, só podem ser processados após aprovação da Câmara dos Deputados.

Esta redundância nos mecanismos de proteção à autoridade é incompatível com o Estado Democrático de Direito, que têm como um de seus principais alicerces a igualdade entre os cidadãos. Não se pretende aqui defender a exposição das autoridades do Estado a qualquer ação penal que venha a ser proposta em qualquer comarca. A proposta é garantir a tranquilidade necessária para a autoridade ao mesmo tempo em que o Princípio da Igualdade é garantido a todos os cidadãos. Neste sentido, as condições de procedibilidade da ação penal exercem um papel fundamental. A autorização do legislativo por maioria determinada em lei com consequente afastamento do cargo para em seguida acontecer a remessa dos autos para a primeira instância seja Federal ou Estadual a depender do caso. Nesta hipótese, estaria garantido o segundo grau de jurisdição e o juiz não corre o risco de ter sido escolhido diretamente pela autoridade. Um argumento contrário seria o fato de que o tribunal certamente conheceria o processo em grau de recurso, recaindo, dessa maneira, toda a influência política do réu e ameaçando a idoneidade do julgamento, entretanto é importante salientar que o colegiado teria que trabalhar em função de uma sentença já proferida e que, se bem fundamentada, a probabilidade de ser reformada diminuiria bastante.

¹⁷Artigo 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instalação de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e seus Ministros de Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo histórico da evolução do foro por prerrogativa de função em matéria penal no Brasil realizado neste trabalho teve o objetivo de demonstrar que o instituto em questão ampliou-se consideravelmente desde a primeira Constituição em 1824, chegando ao ápice com a Carta de 1988, que apesar de ser uma Constituição voltada para reduzir ao máximo as desigualdades sociais, aumentou substancialmente as autoridades beneficiadas e os tribunais com competência originária para conhecer ações penais de autoridades públicas especificadas na Constituição.

O estudo de Direito Comparado foi importante para se estabelecer um paralelo entre o Brasil e outros dois países que influenciam tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional. A legislação portuguesa restringe o Foro privilegiado ao cargo de Presidente da República, o ordenamento jurídico norte-americano, por sua vez, atribui ao Tribunal do Júri a competência de julgar todas as ações penais, estendendo o foro privilegiado a todos os cidadãos, opção que não se configura essencialmente como um privilégio, mas como um direito. Estes dois ordenamentos jurídicos poderiam servir não como modelo, mas como um referencial para uma eventual mudança na norma constitucional brasileira sobre a matéria.

O foro por prerrogativa de função é um instituto muito conveniente à estrutura de poder na política e na administração no Brasil. Apesar do fortalecimento do Estado Democrático de Direito após a promulgação da Constituição de 1988, não se identifica predisposição política para diminuir ou mesmo acabar com o foro privilegiado em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro destacando ainda a tendência de ampliação do foro por prerrogativa de função se analisadas todas as constituições da História brasileira. O que se observa é a ampliação do alcance do instituto ao longo da história constitucional brasileira, como foi visto no segundo capítulo deste trabalho. Percebe-se também que o Brasil está indo na contramão ao considerar o instituto sob a ótica do Direito Comparado. Os principais ordenamentos jurídicos que influenciam tanto doutrina quanto jurisprudência no País têm o foro por prerrogativa de função como uma exceção no caso português e mesmo a total ausência como no caso inglês e norte-americano.

Este instituto que não coaduna com a busca do legislador constitucional por isonomia no período de redemocratização. O ambiente político atual no País não é propício a nenhum recuo na questão do foro privilegiado, mesmo com o exemplo de ordenamentos jurídicos que influenciam consideravelmente a doutrina e a jurisprudência brasileira. A necessidade, contudo, de que este instituto excludente e anacrônico seja retirado do ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador constitucional é evidente, apesar de não ser vislumbrada a médio ou longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª Ed. São Paulo, 2007.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ªed. São Paulo: Malheiros2006

BELÉM, Orlando Carlos Neves. *Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função*. 2008, 166f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 8ª ed. Florianópolis: OAB Editora, 2006.

Constituições Estrangeiras. Tradutor José Luiz Tuffani de Carvalho. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal. VadeMecum Especialmente Preparado para a OAB e Concursos / Organização: Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Junior, 2 ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi .*ConstitucionlismoPrincipialista e Constitucionalismo Garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.)*Garantismo e (Neo)constitucionalismo: um Debate com Luigi Ferrajoli*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

LOCKE John. *Ensaio Acerca do Entendimento Humano.Segundo Tratado Sobre o Governo, Tradução 1ª parte: AnoarAiex; Tradução 2ª parte: Jacy Monteiro, 5 ed.* São Paulo: Nova Cultural, 1991.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionaes*. Traduzida por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 02.10. 2012

PRITCHETT, C. Herman. *The american constitution*. New York: McGraw-Hill, 1959.

ROSENN, Keith S. *O jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: precedido de Discurso sobre as ciências e as artes*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: *FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.) Garantismo e (Neo)constitucionalismo: um Debate com Luigi Ferrajoli*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 2009.