



Gabriel Kaique Castro de Mello

**FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DOS
PARLAMENTARES FEDERAIS: uma análise à luz do
ativismo e da autocontenção judicial**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação da Professora
Helena Hime Funari.**

SÃO PAULO

2019

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Miriam de Castro e Adelcio Robson, pelas boas energias e apoio nessa jornada de estudos.

Eu sou muito grato à Professora Helena Funari, por me orientar com dedicação ímpar, pela criteriosa e sofisticada maneira com que me auxiliou pró-ativamente neste trabalho, ao tutor Tárik Jarouche pelas proveitosas reuniões no início do trabalho e a arguidora Natalia Pereira Lana pela dedicação na banca e nas revisões do trabalho.

Agradeço aos meus amigos Jeferson da Silva, Camila Zhang e Giovana Mauad pelo apoio emocional ao longo da monografia e da vida, e aos amigos das Arcadas: Leandro Rangel, Flávio Di Monaco e Vinícius Mota pelas grandes contribuições e reflexões em torno do tema pesquisado.

Registro minha enorme satisfação em fazer parte da Escola de Formação na turma de 2019, e agradeço a todos os envolvidos pela oportunidade de realizar, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, esse grande curso de "culinária jurídica".

Agradeço em especial ao amigo Bruno Hideo que me auxiliou, com muito cuidado, ao longo de todo o ano na EF e neste trabalho, e pelas conversas nos almoços comigo junto com a brilhante acadêmica Amanda Navajas. Também agradeço aos amigos Leonardo Cleston, Felipe Natil e Matheus Oliveira, pelos debates diversos que se estendem do início das aulas até o fim da companhia nas viagens de volta para casa; e também, junto com Júlia Batista, Bruno Grando, Leandro Alves, Isaac Conti e João Pedro, pelos intervalos tomando chá e pelas risadas após as aulas.

Agradeço aqueles que deram sugestões de aprimoramento no pré-projeto: professor Conrado, Flávia Faraco, Gabriel Schoroeder, além das alunas Sofia Gutierrez, Ana Luiza, Vitória Sanchez, Letícia Chagas, Thais Cardoso e André Curiati pelo cuidado em sempre perguntar "*eaí, como está o trabalho?*", além de compartilhar as experiências pessoais na monografia. Por fim, a contribuição primorosa em sala das alunas e alunos infra referidos: Giovana

Agútolí, Caio Xavier, Laís Youssef, Leif Sinclair, Juliana Araújo, Ricardo Barnabé e Isabella Castro.

Não posso deixar de também agradecer as coordenadoras do curso Ana Gajardoni, Mariana Vilella e ao coordenador Yasser Gabriel, pelos apontamentos assertivos de melhoria e “nortes” na pesquisa.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Resumo: Esta monografia objetiva entender os fundamentos da decisão da Ação Penal 937 no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Ela teve por objeto de provocação o julgamento criminal de um deputado federal, mas na prática trouxe questões de competência do próprio órgão e de todo o judiciário na busca de uma maneira correta de julgar políticos. Na AP 937 decidiu-se que os parlamentares federais apenas serão processados inicialmente no STF quando cometerem crimes no cargo e que tiverem relação com o mandato, e se a fase de produção de provas, contra o deputado federal ou senador, não estiver concluída. O estudo de caso contou com a reconstrução da decisão por meio da categorização dos argumentos dos ministros. Além disso, observou parcela da literatura sobre o ativismo e autocontenção judicial.

Partiu-se da hipótese de que a discussão central se daria em torno de posições dos ministros do STF que se dividiriam em duas correntes: favoráveis e desfavoráveis ao foro especial. Os favoráveis reclamariam para si competências processuais para punir autoridades que cometessem crimes penais, ainda que isso ultrapassasse as prerrogativas institucionais do STF, denotando uma postura ativista. Ao contrário, os desfavoráveis afastariam as competências do STF ao máximo, tendo uma postura autocontida. A conclusão se inclina para resultado parcialmente diverso, visto que se, de um lado, a discussão se deu predominantemente em torno de mitigar as competências do STF, por parte da corrente vencedora, e de reafirmar as competências do STF de acordo com a vencida, isso não impediu que a primeira corrente inovasse na legislação e a segunda permanecesse com a defesa de que o órgão responsável por alterações processuais é o legislativo. Com isso, a Corte decidiu por não decidir a respeito do foro, “delegando” competências processuais para as instâncias inferiores, refutando a leitura constitucional literal dos artigos concernentes ao foro especial.

Palavras-chave: competência originária; foro por prerrogativa de função; ativismo; autocontenção; parlamentares federais; Supremo Tribunal Federal

Lista de Abreviaturas

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AI – Ato Institucional
AP 937 – Ação Penal 937
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CPC – Código de Processo Civil
FGV – Fundação Getúlio Vargas
GB – Guanabara
HC – Habeas Corpus
MP – Ministério Público
PR – Presidente da República
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCE – Tribunal de Contas do Estado
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ – Tribunal de Justiça
TCM – Tribunal de Contas do Município
TRE – Tribunal Regional Eleitoral
TRF – Tribunal Regional Federal
PGR – Procurador Geral da República

PGR – Procuradoria Geral da República

Sumário

1	Introdução: O STF e a AP 937	8
2	Marco Teórico: uma visão sobre a literatura do ativismo, da autocontenção judicial e do foro por prerrogativa de função	15
2.1	Ativismo Judicial e Autocontenção	16
2.2	Definição Doutrinária de Foro Privilegiado	23
3	Metodologia: Objetivos e Perguntas de Pesquisa	25
3.1	Da Construção do Trabalho	25
3.2	Do Anterior Estado da Arte e da Pergunta de Pesquisa	27
3.3	O Significado e a Relevância do Estudo de Caso	29
3.4	A Formulação de Categorias Indutivas	31
3.5	Forma de Análise dos Argumentos	31
3.5.1	Recorte da Pesquisa	31
4	Posição dos Ministros sobre a Competência do Foro por Prerrogativa de Função.	32
4.1	Os Fundamentos dos Votos na AP 937	33
4.1.1	Princípio da Igualdade e Princípio Republicano	34
4.1.2	Mutação Constitucional	34
4.1.3	Gestão Processual	34
4.1.4	Argumentos Históricos	35
4.1.5	Competência	35
4.1.6	Desenho Institucional e Opinião Pública	35
4.1.7	Legislação Comparada e Nacional.	36
4.1.8	Consequencialismo	36
5	Reconstrução da Decisão	36

5.1	Objeto da AP 937 e a Posição do STF	40
6	A Divisão em Correntes	42
6.1	Preocupações dos Ministros	43
6.1.1	Corrente Vencedora	43
6.1.2	Corrente Vencida	44
6.2	A Presença dos Fundamentos nos Votos dos Ministros	46
6.3	Argumentos da Corrente Vencedora	48
6.3.1	Princípios da Igualdade e Princípio Republicano	49
6.3.2	Mutação Constitucional	54
6.3.3	Gestão Processual	57
6.3.4	Argumentos Históricos	61
6.3.4.1	Construção do Foro Privilegiado nas Constituições Brasileiras	62
6.3.4.2	Descrição da Corrente Vencedora sobre o Foro nas Constituições	66
6.3.5	Competência	72
6.3.5.1	A Redistribuição e a Prorrogação de Competências	72
6.3.5.2	Duplo Grau de Jurisdição e Competência	75
6.3.5.3	O Juiz Natural e a Restrição de Competências	77
6.3.6	Desenho institucional e Opinião Pública	78
6.3.7	Legislação Comparada e Nacional	82
6.3.8	Consequencialismo	84
6.4	Argumentos da Corrente Vencida	85
6.4.1	Princípios da Igualdade e República	85
6.4.2	Mutação Constitucional	86
6.4.3	Gestão Processual	88
6.4.3.1	Gestão Processual e Diálogo com a Academia	92

6.4.4	Argumentos Históricos	96
6.4.4.1	Críticas às Teses do Relator	101
6.4.5	Competência	104
6.4.5.1	Autocontenção e Impossibilidade de Alteração de Regras de Competência via STF	107
6.4.5.2	Duplo Grau de Jurisdição e Juiz Natural	111
6.4.6	Desenho institucional e Opinião Pública	114
6.4.6.1	A Busca Pela Honra no STF	123
6.4.6.2	Argumentos de Separação de Poderes	125
6.4.7	Legislação Nacional e Comparada	125
6.4.8	Consequencialismo	127
7	Aproximação entre as Correntes	129
8	Conclusão	132
9	Bibliografia	140

1 Introdução: O STF e a AP 937

Esta pesquisa tem por objetivo tratar sobre as posturas ativistas¹ e autocontidas² do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, aborda-se o caso da Ação Penal ³937, que enquanto objeto central, trata da restrição do foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais. Entretanto não é predominantemente sobre o “foro” que essa pesquisa concentra seus esforços. Mas sim, sobre como ocorre o posicionamento dos ministros no momento decisório quando fixam entendimentos sobre determinados artigos constitucionais, que abordam a competência do STF em julgar crimes cometidos pelo legislativo federal.

Este caso chama atenção, pois se trata de uma causa criminal e que possuiu ao longo do julgamento desta ação declaração de repercussão geral⁴ pelo ministro relator Luís Roberto Barroso. Ou seja, a decisão que este trabalho mostrará que foi proferida pelo STF em favor ou desfavor do réu acima terá validade para casos semelhantes quando apreciados novamente pelo órgão. Nessa perspectiva muito embora o STF tenha estendido esse alcance decisório, o fez por meio de mecanismo processual que não comporta,

¹ Quando o órgão do judiciário age de maneira extralegal e oblitera a participação do legislativo na tomada de decisões jurídicas.

² Quando o órgão do judiciário age tomando em consideração a literalidade legal, permitindo a participação do legislativo na tomada de decisões jurídicas.

³ Termo definido na doutrina* por estar dentre aquelas ações que se justificam por terem na polaridade passiva pessoas que detém o poder administrativo do Estado e, em virtude dos cargos que ocupam, respondem judicialmente pela imputação de crimes em órgãos colegiados do Poder Judiciário. O elenco de ações originárias pode ser verificado na Constituição de 1988 nos artigos 102, I, b; 105, I, a; 108, I, a e 96, III e 29, X. Mas em termos procedimentais coube a lei 8.038 de 28 de maio de 1.990 disciplinar o modo dessas ações junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). * *AS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE.*

⁴ Cumpre destacar que explicitamente, o regramento da lei 8.038/90 se limita a dizer que as ações penais originárias compreendem a tríade processual clássica: autor(es), réu(s) e juiz, com a vinculação da decisão entre as partes. Ou seja, não traz a lei acima, elementos que fundamentem o uso da repercussão geral em ações penais originárias, tal como ocorre, e aqui sim, consoante a legalidade, em preliminares de recursos extraordinários ao STF ou ADI e ADIn.

ao menos teoricamente⁵, tamanha extensão de eficácia conforme se verificará com os críticos dessa interpretação.

Por ora basta entender que a ação penal enquanto instrumento é diferente de outros meios processuais típicos do Controle Concentrado de Constitucionalidade, como é o caso da ADC e da Adin. Além disso, trata-se de uma ação que foi julgada em primeiro grau pelo maior órgão na hierarquia do judiciário, o que também não configura algo tão natural quando se pensa no acervo processual do STF, haja vista que ele geralmente quando não julga ações originárias realiza atividade predominantemente recursal⁶.

Entretanto, esse julgamento ocorreu no Supremo porque o réu possuía como última atribuição a de deputado federal, o que implicou na atração da regra de competência⁷ do foro por prerrogativa de função⁸ prevista no artigo 102, I, b⁹ da Constituição Federal. Essa regra se limita a dizer que, no caso dos deputados federais e senadores, qual órgão existente dos três poderes deve

⁵ *Ibidem*.

⁶ V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado. Joaquim Falcão [et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁷ Em teoria*, o exercício da jurisdição constitui para a doutrina processual a vontade concreta do Estado após a atividade geral e abstrata de construção legal feita pelo legislativo. Nesse sentido a medida da jurisdição se traduz por regras de competência, que expressam essa parcela do poder do judiciário em agir diante de determinadas demandas. Por isso se diz que a competência é a medida (parcela) da jurisdição. *MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos Especiais*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. Pp. 3-7.

⁸ *Como regra geral, quando alguém é acusado sobre a tentativa ou a consumação de uma prática delituosa criminal, após a denúncia, se inicia o caminho processual penal na primeira instância do judiciário. Por conseguinte, os atores do processo seguem na cadeia recursal, na busca em conseguir a aplicação do direito que mais lhes convém. Para isso, os envolvidos dispõem de um leque de possibilidades de pedidos em juízo, tais como a condenação, absolvição, redução da pena, etc. Entretanto, o foro por prerrogativa de função ilustra uma exceção do procedimento geral supra referido. Isso ocorre, uma vez que por previsões legais que apontam para um recorte específico de pessoas, o início do trâmite processual delas após denunciadas é feito em outro "andar" da estrutura judiciária, que não o primeiro grau. *BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Competência. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 213-269.

⁹ 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;

julgar estes membros do Congresso por crimes penais em primeiro grau, indicando para essa tarefa o STF.

Esta diferença salta aos olhos, porque consiste em dizer que a regra do foro por prerrogativa de função traz uma exceção no tratamento jurídico dado para determinadas pessoas, pois quando as regras de foro dizem que não só o deputado da AP 937, mas todos os parlamentares federais serão julgados inicialmente no STF e não no foro penal comum dos outros réus surge inevitavelmente uma diferença na ideia geral de igualdade formal¹⁰.

Diante disso, logo surge como demanda deste trabalho ao menos a necessidade de compreender o posicionamento dos ministros para sustentar esse tratamento diverso. Isto é possível por intermédio de duas justificativas dessa excepcionalidade trazida por esse instituto. A primeira delas é que somente os parlamentares deveriam ser julgados enquanto estivessem ocupando os seus cargos, ao passo que a segunda, diz que uma vez iniciada a fase saneadora do processo no STF, não será mais possível novas discussões sobre competência, que poderiam resultar nos declínios de competência.

De forma geral, a questão necessária ao defrontar-se como uma exceção de uma regra geral é saber o "*por quê*" isso ocorre. No caso do foro especial dos parlamentares federais, isso se aplica mediante a indagação do "*por quê*" esses políticos são originariamente julgados no STF ao serem acusados de determinado delito. E, uma vez sendo assim, o passo seguinte é atender a uma segunda questão: "*como*" deve ser operacionalizada essa exceção ao ser aplicada pelo judiciário. No caso do foro especial dos parlamentares federais, essa questão indica "*como*" esses políticos devem ser processados, leia-se, por meio de quais etapas processuais e órgãos judiciais.

Tamanha a relevância dessas dúvidas para discutir o caso do deputado federal na ação penal 937, que os ministros as fizeram ser o centro do julgado. Ou seja, elas foram muito além de um mero debate preliminar da causa, porque se tornaram efetivamente o mérito da ação processual 937. Prova disso

¹⁰ Aquela que diz que todos são iguais perante a lei devendo ter os mesmos tratamentos pelo direito positivo.

é que os ministros até se atentaram em observar como a Corte vinha se posicionando em *cases* semelhantes já transitados em julgado, com o propósito de alongar as discussões em torno dessas duas questões.

As respostas retiradas das pretéritas interpretações da própria atividade jurisdicional da Corte Suprema nesse assunto contaram inclusive com ideias de ministros que não estão mais na Corte. Elas podem a princípio parecer uma mera contingência, já que cada ministro pode ter uma opinião sobre o assunto.

Entretanto a análise desse trabalho demonstra que é possível identificar constantes nesses posicionamentos da Corte. Assim, apesar de se poder dizer que, quanto ao "*por quê*", os ministros na ação penal 937 perceberam que os posicionamentos envolvidos nas duas questões sobre o foro ao longo do tempo são variados, este trabalho consegue enxergar uma generalização em duas razões principais que justificam o instituto aos parlamentares federais, segundo a visão dos ministros. As razões desse "*por quê*" também prevalecerão como duas fortes posições na própria AP 937.

A primeira delas é a de que o foro constitui um privilégio pessoal conquistado por determinadas alas políticas, e a segunda é a de que o foro especial existe para ser um meio de garantia de continuidade dos cargos políticos. Assim, ainda que quem ocupe tais posições tenha eventualmente atitudes ilícitas, os cargos eletivos não podem deixar de existir nem as atividades advindas deles, segundo a corrente de ministros que justificam o foro nessa vertente.

Diante da ideia de "*por quê*" essa competência do foro existe faz-se necessário responder "*como*" ela deve ser exercida por um tribunal. Por exemplo, os ministros do STF que entendem que o foro especial existe para evitar prisões arbitrárias de deputados, o veem como garantia e não privilégio. Disso, deduzem logicamente que o foro deve ser maximizado pelo ordenamento jurídico. Tal visão, portanto, repele o pensamento presente na época da ditadura militar, em pela ausência do foro direitos políticos dos deputados federais eram tolhidos facilmente pelo executivo.

Ao revés, para a corrente defensora do foro, essa competência presente na Constituição de 1988 deve ser aplicada para crimes penais cometidos pelos parlamentares, independentemente de quais forem os motivos do delito, desde que o tempo do ajuizamento de uma determinada ação no STF corresponda ao do intervalo de duração do mandato parlamentar. Isso responde ao "como" os deputados federais devem ser julgados para esse grupo de ministros.

Mais do que isso, nessa visão só podem ser ajuizadas ações criminais de deputados no STF se a casa legislativa do parlamentar assim autorizar mediante notificação prévia do STF. Posteriormente viu-se que esse requisito caiu por própria emenda constitucional do congresso, indicando novas mudanças na forma de se compreender o foro especial que, neste caso, também influenciaram em "como" ele deve ser exercido: uma ação penal contra deputado federal pode agora ser proposta diretamente no Supremo sem o requisito da autorização do Congresso.

A constatação de como não é consensual para os ministros da Corte justificar as razões do legislador para a existência do foro especial – o "porquê" – é muito importante para este trabalho. Logo, ao perceber essa controvérsia não se almeja nesse espaço responder qual a melhor justificativa para o foro especial: a de que ele é privilégio ou garantia. Todavia, se buscará demonstrar, como se viu no exemplo acima, que a depender da maneira como os ministros respondem essa primeira questão, a seguinte – "como" – corresponderá a uma dada interpretação institucional do STF sobre o exercício jurisdicional da competência do foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais.

De um lado, se o foro constitui um privilégio para uma determinada corrente de ministros, conseqüentemente ele deverá ser para eles obliterado, repudiado, subsistindo poucos mecanismos – como – no STF para realizar o exercício dessa competência. De outro lado, para os ministros que entendem que o foro é uma garantia (a razão do foro é esta), o exercício dessa competência enquanto mecanismo processual – como – será incentivado e reclamado pelo STF para ser total ou predominantemente exercida pelo órgão quando possível.

A partir da descrição dessas duas linhas de pensamento, e observando qual delas prevaleceu no órgão na AP 937, este trabalho poderá finalmente dispor espaço para sua questão central. Isso porque as escolhas interpretativas que os ministros fazem ao responder essas duas questões podem estar de acordo com o que juridicamente previu o órgão legislativo ou não, ao escrever o artigo 102,I,b¹¹ da CF. Isso é, com o que este poder responde, sobre a ótica legal, a respeito da maneira que os próprios componentes dele (deputados federais e senadores) devem ser julgados pelo Supremo: em suma, o exercício da competência do foro por prerrogativa de função não só pelo STF, mas pelo judiciário como um todo.

Nesse sentido, sabendo que o STF é um dos órgãos dos três poderes da república¹² é certo que existam limites de sua própria atuação ao realizar suas atividades jurisdicionais. A partir dessa tese, o problema central que se busca discutir é *como o Supremo Tribunal Federal age ao (re)interpretar suas próprias competências estabelecidas na Constituição Federal?*

Essa questão central poderá ser auxiliada com outras reflexões ao longo do trabalho, em torno dos conceitos de ativismo e autocontenção judicial. Tais definições pretendem funcionar como parâmetros de atuação do Poder Judiciário, na medida em que quando manifestados através dos posicionamentos dos ministros, o STF realiza um diálogo com o poder legislativo de duas maneiras.

¹¹ 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;

¹² Como o trabalho centra-se na ideia de competência que, por definição, representa uma parcela de poder exercida por alguma instituição do Estado, a divisão clássica da separação de poderes, ainda que amplamente rediscutida e criticada, é usada neste trabalho, por intensificar as posturas ativistas e autocontidas nos termos teóricos em que elas são apresentadas. Assim, como ensina o professor Cretella Junior, o critério funcional da divisão de poderes "consiste na partilha da administração, legislação e jurisdição em três órgãos diversos não com exclusividade mas com preponderância". Assim, enquanto o legislativo tem a função patente de criação e formação do direito, os outros dois poderes estão mais centrados na execução, o judiciário na aplicação contenciosa da lei e o executivo, na aplicação da lei de ofício, ou seja, independentemente de provocação e de maneira não casuística como no judiciário.

Em uma primeira possibilidade, os argumentos dos ministros sinalizam o extravasamento das competências judiciais existentes, sendo, portanto o caso do ativismo judicial. Seria o exemplo do STF criar uma hipótese legal não expressa em lei anteriormente pelo legislador. Em uma segunda opção, determinados argumentos demonstram o cumprimento das competências legais tal como definidas *a priori* pelo próprio legislativo, no caso da autocontenção judicial. Nessa linha, os ministros tentam se ligar ao máximo ao *status quo* do ordenamento jurídico, sem inová-lo, ou seja, defendendo que o STF interprete de maneira mais literal possível dada previsão legal.

Para alcançar tais respostas este trabalho trará como contribuições uma leitura teórica sobre parcela da literatura sobre ativismo e autocontenção judicial. Em uma análise clássica da separação de poderes¹³, a literatura indica parâmetros para se enxergar o uso das competências do poder judiciário, e fornece um parâmetro de compatibilidade ou não de suas definições com a prática observada na argumentação da AP 937. Nisso será possível futuramente analisar em que medida na argumentação da AP 937 posturas ativistas ou autocontidas aconteceram por parte dos ministros.

Na segunda seção deste trabalho é apresentada a metodologia a partir da qual a decisão é reconstruída. Assim será possível explicitar com mais detalhes o entendimento recente do STF na matéria quanto ao "*por quê*" e ao "*como*" do foro especial dos parlamentares federais, de acordo com os próprios ministros. Para responder a esses questionamentos, tem-se a metodologia utilizada na pesquisa que explica a construção das categorias indutivas¹⁴ como forma de análise dos argumentos da AP 937.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Para este trabalho, categorias indutivas podem ser definidas como centros conceituais extraídos a partir de um exercício interpretativo deste autor que se debruçou sobre questões "particulares" levantadas na argumentação dos ministros, para assim, "generalizar" os pensamentos de cada um deles sobre determinado assunto. Mais do que isso, ressalta-se que essa leitura foi anterior a uma posterior análise indutiva, que conseguiu encaixar estruturalmente as "categorias indutivas" em dois: de plano na corrente vencedora, escolhida para estar nessa posição, pelo maior grau de vinculação lógica, ou seja, agrupar os argumentos eficazes da decisão, e, como antípoda, a corrente vencida

Essas categorias têm por objetivo demonstrar, como se estabeleceram as duas correntes argumentativas sobre a competência do foro por prerrogativa de função no julgamento da AP 937. Quer dizer, a partir de argumentos comuns de ministros de uma corrente de pensamento, quais ideias podem ser extraídas de maneira geral quando a categoria for individualmente elaborada. Após fazer isso com as duas correntes, o passo seguinte será entender as aproximações e distâncias dos argumentos das duas correntes entre si, quando forem analisadas comparativamente.

Depois disso, se descreve os argumentos da corrente vencedora, seguidos dos argumentos da corrente vencida, contando inclusive, com focos nas teses centrais de cada fundamento dos votos, para, após isso, concluir quais são os argumentos pertencentes à *ratio decidendi*¹⁵. Por fim será possível ler os argumentos da AP 937 a luz dos conceitos do ativismo e da autocontenção judicial na decisão, diante de uma análise que confronte a lente teórica com o que foi possível descrever a partir da coleta dos dados empíricos.

2 Marco Teórico: uma visão sobre a literatura do ativismo, da autocontenção judicial e do foro por prerrogativa de função

O marco teórico observado na decisão desse trabalho visa nortear a pesquisa com parcela da literatura que traz os conceitos sobre o ativismo e a autocontenção judicial, além de aspectos básicos sobre o foro por prerrogativa de função, sob o viés dogmático. Torna-se relevante a utilização deles, para que funcionem como pontos de partida de análise da decisão judicial da Ação Penal 937, e como critério para, se possível, concluir em que medida ao auto(re)definir suas competências, o STF se mostrou ativista ou autocontido.

Contudo, eles não serão utilizados de modo a exaurir o tema, uma vez que a formulação de categorias visa, justamente, esclarecer a decisão a partir dos fundamentos das correntes vencedora e vencida. Assim, elas buscam demonstrar quais são os aspectos centrais que chamam a atenção dos

¹⁵ Extraída a partir dos argumentos centrais dos ministros, e que dizem respeito não às generalizações, mas sim à *potencialidade de uso* desses argumentos em outros julgamentos.

ministros no momento do julgamento, e mais que isso, o que esses fundamentos dizem sobre o teor dos votos e das divergências entre as correntes.

2.1 Ativismo Judicial e Autocontenção

Ao observar a literatura do ativismo e da autocontenção, Soraya e Dimoulis¹⁶ entendem que, seja pelas definições que se propõem a diferenciar ambos os conceitos entre si, seja no esforço de trazer critérios de cada um deles em separado, não há uma definição unânime entre os estudos acadêmicos dessas ideias.¹⁷ Por essa razão, os dois dizem que uma satisfatória maneira de compreender essas expressões identifica, na verdade, “posturas” ativistas e autocontidas nas deliberações dos juízes. Para fins desse trabalho, esses conceitos serão utilizados a partir da realidade empírica da decisão, ou seja, por meio da averiguação do viés argumentativo dos ministros, será possível identificar posturas ativistas e autocontidas nas correntes vencedora e vencida.

O termo “judicial activism” é utilizado pela primeira vez pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr, quando ele escreveu um texto na revista *Fortune*, intitulado “The Supreme Court: 1947”¹⁸. O primeiro uso do termo “*judicial activism*” serviu para demonstrar justamente uma posição da Suprema Corte Norte Americana na metade do século XX, época do *New Deal*. Naquele contexto, o historiador fez uma crítica a atuação *progressista* da Corte.

Parte dos juízes que a compunham entendiam que o Judiciário deveria ser promotor do bem-estar em sua atuação – ativismo -, enquanto que outra ala, prescrevia que este papel seria de outros poderes, a ser efetivado por meio de

¹⁶ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: André Luiz Fernandes Fallet; Daniel Giotti de Paulo; Marcelo Novelino. (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 459-475.

¹⁷ *Op cit.* 461.

¹⁸ *Op cit.* 460.

políticas públicas. Isso porque, para essa segunda vertente, o *discriminem* tanto entre escolher quais são os direitos fundamentais a serem efetivados administrativamente, quanto qual a política social ideal, cabe aos poderes eleitos e não ao judiciário. A essa última postura, deu-se o nome de autocontenção.

Ainda de acordo com Soraya e Dimoulis, uma segunda parcela da literatura se dedica à definição do ativismo e da autocontenção a partir do viés *quantitativo*. Essa linha afirma que, pelo número de declarações de inconstitucionalidade no controle do judiciário, seria possível identificar o ativismo. Assim, a autocontenção no viés *quantitativo* seria identificada no número de vezes em que cortes constitucionais se abstém em apontar as ações em que os legisladores atuam como violadores da Constituição em suas atividades, expressando assim, um *passivismo* dos ministros que contribuiria para o enrijecimento constitucional.

Ocorre que, para Soraya e Dimoulis, essas linhas se mostram insuficientes para elucidar o que seria uma postura ativista ou autocontida de uma Corte Constitucional.¹⁹ No que tange a alta incidência da declaração de inconstitucionalidade, o legislador pode sistematicamente violar a Constituição por edição de leis e, em reação, o Supremo declará-las inconstitucional, o que não importaria em uma postura extravagante das competências do judiciário²⁰. A autocontenção pelo viés *quantitativo*, também se torna insuficiente para os autores.

Isso porque, não se pode dizer que os juízes são *passivistas* pelo simples fato de se absterem de dizer em quais ações o legislador agiu contrariamente à Constituição. Isso porque não há o dever dos juízes em conhecer os graus de inconstitucionalidade das leis, ou seja, os ministros não devem dizer que dada lei é “pouco” ou “muito” inconstitucional, uma vez que eles não só declaram a inconstitucionalidade de uma parcela de leis manifestamente contrárias ao ordenamento: àquelas que violam “pouco” a constituição, também são inconstitucionais. Quando eles constatarem que a norma é inconstitucional, devem censurá-la, sem necessariamente dizer sobre

¹⁹ *Op cit* 470.

²⁰ *Op cit* 468.

a maior ou menor violação, e sem o dever de agir obrigatoriamente de modo autocontido.²¹

Por isso, as linhas que melhor explicam o ativismo e autocontenção, são aquelas que se atém aos aspectos *qualitativos*²². Uma sugestão seria entender que o ativismo qualitativo ocorre quando os juízes invadem o espaço da conformação normativa estabelecida, dessa vez, ao deformarem ou distorcerem dado marco normativo constitucional. Isso ocorre com base em justificações excessivamente criativas. Tais fundamentações não necessariamente invalidam leis do legislativo, mas podem instituir novos marcos interpretativos, superar decisões anteriores da Corte e a própria jurisprudência outrora sedimentada sobre o mesmo tema do caso discutido pelos ministros.²³

Logo, entre as formas igualmente legítimas de atuação do parlamento e do povo, as decisões ativistas realizam o *enforcement* da interpretação de princípios ou previsões constitucionais baseadas em preferências pessoais dos juízes, orientações ideológicas ou interesses políticos, de maneira cumulativa ou não.²⁴ Ocorre que, os ministros se encontram mais vinculados ao sistema jurídico como um todo, diferentemente do legislador, que possui, por definição, um maior grau de discricionariedade. *Nesse sentido, cumpre destacar que para os fins desse trabalho adota-se a postura clássica da separação de poderes*²⁵.

²¹ *Op cit* 468.

²² *Op cit* 470.

²³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos* – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, capítulo 03, pp. 106-131.

²⁴ HEIN, Michael. "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe." Martin Belov (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Abingdon, Routledge, forthcoming (2019): n. pag. 01-22.

²⁵ *Como o trabalho centra-se na ideia de competência que, por definição, representa uma parcela de poder exercida por alguma instituição do Estado, a divisão clássica da separação de poderes, ainda que amplamente rediscutida e criticada, é usada neste trabalho, por intensificar as posturas ativistas e autocontidas nos termos teóricos em que elas são apresentadas. Assim, como ensina o professor Cretella Junior, o critério funcional da divisão de poderes "consiste na partilha da administração, legislação e jurisdição em três órgãos diversos não com exclusividade mas com preponderância". Assim, enquanto o legislativo tem a função patente de criação e formação do direito, os outros dois poderes estão mais centrados na execução, o judiciário na aplicação contenciosa da lei e o executivo, na aplicação da lei de ofício, ou seja, independentemente de provocação e de maneira não casuística como no judiciário.*

Assim, ainda que não seja possível observar claramente confrontos frontais entre esses poderes no momento decisório, as posturas ativistas e autocontidas em determinados temas e tempo político fornecem pistas dessa diferenciação, na medida em que, representam atitudes anômalas ou extravagantes das competências de cada um deles.

A autocontenção, por sua vez, seria a antípoda do ativismo judicial nesse entendimento. Nos termos de Michel Hein, a autocontenção significa que uma Corte Constitucional age na revisão judicial, sem desnaturar ou substituir a atuação do legislativo e dos canais de democracia pelo povo nas decisões.²⁶ Sob o aspecto *qualitativo*, a autocontenção convida os julgadores a absterem-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui critérios claros e podem comprometer o equilíbrio dos outros poderes.²⁷

Partindo do pressuposto de que as decisões judiciais não são elaboradas livremente, devendo estar de acordo com as formas processuais próprias – para condenar ou absolver alguém, por exemplo, usa-se a “Ação Penal” –, e que, segundo Elival, a discricionariedade do juiz é menor quando comparada à discricionariedade do legislativo²⁸, cumpre tentar observar quais seriam as sugestões de *critérios qualitativos* de ativismo/autocontenção.

O cientista político Michael Hein, imerso em um contexto que avaliava o crescimento do controle pelas cortes das emendas constitucionais na ordem de 30% das decisões entre 1945 e 2016, identificou critérios ativistas/autocontidos que formam termômetros que os tribunais utilizam para a declaração de (in) constitucionalidade normativa.²⁹

Apesar do método usado na pesquisa de Hein³⁰ ser restrito ao controle de “emendas constitucionais”, as motivações para justificar ou não uma

²⁶ *Op cit.* 5.

²⁷ *Cf.* Dimoulis 471.

²⁸ *Cf.* Elival 123.

²⁹ *Cf* Hein 18.

³⁰ HEIN, Michael. “The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe.” *In: Martin Belov (Ed.), Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary, Abingdon, Routledge, forthcoming*, p. 06-22, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/38635212/The_Least_Dangerous_Branch_Constitutional_Review_of_Constitutional_Amendments_in_Europe>. Acesso em: 24 set. 2019.

“mudança constitucional” por outro ator, que não o legislativo, podem ter fundamentos semelhantes aos argumentos de controle de emendas. Seria o caso de uma corte constitucional que além de interpretar também pode expressar essa mudança via “mutação constitucional”. Isso de acordo com a ideia de que, em última análise, trata-se de uma corte constitucional averiguando a validade de uma mudança da Constituição por vias institucionais.

Isso porque nas duas mudanças constitucionais – mutação constitucional e emendas - os ministros do STF serão os últimos a se pronunciarem sobre a interpretação das normas jurídicas, quando versarem sobre a possibilidade de adequação da alteração constitucional ao sistema jurídico. No caso da AP 937, por exemplo, existe uma ampla divergência entre a restrição do foro ser feita via legislativo por “emenda”, com controle de constitucionalidade *ex post* ao processo legislativo, ou via “mutação constitucional”, no momento presente ao julgamento, e conforme os critérios trazidos pelos ministros. A fundamentação utilizada para cada uma dessas ideias, contarão com posturas “ativistas” e “autocontidas”.

Mais que isso, trazer os achados do estudo de Hein visa situá-los como um dos possíveis esforços teóricos para preencher os critérios *qualitativos* que Soraya e Dimoulis disseram serem necessários para melhores parâmetros quanto ao teor das posturas ativistas e autocontidas de uma Corte.

A seguir, os critérios de Michel Hein, para o controle de constitucionalidade de emendas, são melhor detalhados. Primeiro, busca-se saber como a Corte responde se o procedimento feito pelo legislador ocorreu de acordo com os critérios processuais ou não.³¹ A segunda questão é se a Corte usa suas competências para decidir de maneira extravagante aquelas competências definidas pela Constituição.³² A terceira, se a corte utiliza o Direito Internacional para barrar a atuação do legislativo.³³ A quarta questão é

³¹ *Op cit* 7.

³² *Op cit* 8.

³³ *Op cit* 8.

se ela faz uso ou não das “teorias de poderes implícitos”.³⁴ Por fim, se os ministros barram a atuação do legislativo com base em “cláusulas pétreas” e na “vontade popular” de acordo com o que eles acreditam.³⁵

No contexto das emendas, Hein busca responder à questão: a emenda foi realizada formalmente seguindo os passos previstos? Se sim, restava caracterizada a constitucionalidade nesse quesito, e a Corte permitia a livre vontade do parlamento proposta pela emenda, não configurando nesta postura, o ativismo judicial e sim a autocontenção.

Depois disso, o supracitado autor adentrava na análise do direito material. Nesse ponto, a discussão se dava em torno da competência. É a pergunta se a Corte é competente ou não para o julgamento da ação, nos ditames explícitos ou implícitos da Constituição. Caso a Corte não fosse competente e agisse, se afloraria o ativismo, do contrário a autocontenção.

Após isso, a questão a ser feita é se o teor da emenda violava ou não o direito internacional. Com isso, poderiam os ministros garantir a supremacia das leis internacionais frente às leis nacionais e, desde que os dispositivos internacionais não violassem a Constituição, estaria afastada a hipótese de ativismo.

Entretanto, a depender do grau desse critério, as cortes europeias analisadas por Hein conseguiram, ainda que não explicitamente, fazer com que o legislativo se abstivesse em produzir novo texto legal que alterasse a correspondência do direito interno anterior em relação ao direito internacional posto, no que se refere aos tratados e convenções já firmados e em vigor, por meio das próprias decisões que firmem um dado entendimento da Corte de forma imanente, ou seja, com reduzido grau de ônus argumentativo: “o direito é assim e pronto”.

Pelo mesmo procedimento, os ministros também tinham a alternativa de impedir a revogação de um tratado internacional em vigência, impedindo transformações legislativas no direito doméstico, ainda que os objetivos dessas mudanças não necessariamente violassem cláusulas pétreas. Tal postura da

³⁴ *Op cit* 9.

³⁵ *Op cit* 9.

Corte, ao querer forçar uma interpretação com o objetivo de impedir a atuação do órgão legislativo é ativista, uma vez que a Constituição possui valores a serem relativizados de acordo com casos concretos na atuação judicial, e não de maneira abstrata e geral.

Ainda dentro da análise do direito material, os tribunais verificavam a possibilidade de invocar uma "*teoria de limitações implícitas do texto constitucional*". Nesse sentido, a deliberação dos ministros se basearia na interpretação de regras, que, ainda que não fosse explicitamente obtidas em uma leitura literal, seriam relevantes para a compreensão constitucional e para que elas pudessem ser efetivadas. Interessante notar que a argumentação com base nessa teoria constitui uma racionalização *ex post* por um pequeno grupo não eleito - uma Corte -, sendo seu uso, típica forma de ativismo judicial.

O quinto e último critério para avaliação do ativismo/contenção judicial pelas cortes estava na inovação jurídica, no que no constitucionalismo brasileiro chama-se de "cláusulas pétreas"³⁶. O mais importante nos termos daquela pesquisa foi observar quando a utilização de cláusulas pétreas torna uma decisão judicial ativista ao serem usadas para barrar a atuação legislativa de maneira absoluta e incontestada pela Corte.

Ou seja, sem reconhecer que interpretações constitucionais igualmente legítimas sobre o caso em análise poderiam ser obtidas, e que elas seriam melhor escolhidas pela via do legislativo através de emendas - postura autocontida. Por exemplo, uma Corte ao utilizar do "direito a vida" como cláusula pétrea, pode impedir determinadas propostas legislativas para dinamizar a gestão da saúde pública, sendo ativista. Pode também, como fez a Corte Irlandesa³⁷, utilizar apenas com base na ideia que "todo o poder emana do Povo", a prerrogativa em não responder se há ou não direito natural a vida, quando indagada pelos outros poderes, postura esta, autocontida.

Esses critérios, além de possibilitarem ao autor a verificação da presença do ativismo nas decisões judiciais, pode responder a ele que a revisão judicial

³⁶ *Op cit* 10.

³⁷ *Op cit* 14.

está em conformidade com as demandas democráticas. Na pesquisa de Hein³⁸, ele concluiu negativamente, uma vez que as decisões ativistas representam o dobro da amostra das decisões autocontidas. Por isso ressalta que o ativismo judicial, nesses termos, corresponde uma ameaça à democracia.

2.2 Definição Doutrinária de Foro Privilegiado

No que se refere a competência do foro por prerrogativa de função, essa pesquisa se baseou em algumas obras³⁹ para trazer a abordagem convencional da doutrina a respeito do tema. Geralmente quando se aborda esse assunto, existe a insistência na ideia de que a prerrogativa visa a proteção da função institucional parlamentar, não se confundindo com a manutenção de privilégios pessoais.⁴⁰

Ademais, o foro por prerrogativa de função está inserido no campo mais amplo das inviolabilidades processuais e materiais. Dizer sobre as inviolabilidades materiais, consiste na ideia de que, determinados fatos típicos deixam de se constituir como crimes, porque englobam determinados dispositivos constitucionais que retiram a incidência de norma penal⁴¹. Ademais, as imunidades materiais excluem, além da responsabilidade penal, as punições civis, administrativas ou disciplinares aos congressistas, desde que decorrentes de votos, palavras e opiniões realizados no exercício do mandato.

Assim, ainda que o parlamentar federal termine o mandato, caso tenha cometido alguma ilegalidade nessas áreas, enquanto esteve no exercício do

³⁸ HEIN, Michael. "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe." Martin Belov (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Abingdon, Routledge, forthcoming (2019): n. pag. 01-22.

³⁹ STRECK, L. L.; CANOTILHO, J. J. G. ; MENDES, Gilmar F. ; SARLET, I. W. . *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. 2.503p .
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. 928p.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. Foro Privilegiado no Brasil. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. (2/211), v. 10, 2015.

⁴⁰ Cf Afonso 535.

⁴¹ Cf Afonso 535.

cargo, estará imune de responsabilização pelo que praticou⁴². Entretanto, a imunidade material não alcança candidaturas ou pronunciamentos eleitorais, mesmo que sejam esses últimos atos realizados por políticos que planejam a reeleição e portanto, ainda são investidos de poder político⁴³.

Já em relação à perspectiva processual, a imunidade (ou inviolabilidade) processual não exclui o crime⁴⁴, ao contrário, o pressupõe, e a partir disso, impede o curso do processo. Logo, verifica-se que essa imunidade trata de maneira diferenciada a prisão ou processo instaurado com réu congressista em comparação com os demais cidadãos⁴⁵. Porém, a doutrina referida concentra seus esforços em dizer que a prerrogativa de foro será atribuída na constância do mandato. Dessa forma é possível admitir deslocamentos processuais, tanto no caso de o processo estar em trâmite antes da diplomação do político em órgão de sobreposição judicial, quanto no caso de o político terminar seu mandato, e ser necessário levar o processo para graus de primeiras entrâncias.

Para os parlamentares serem processados pelo STF antes da EC 35/01 deveria ser necessária a licença prévia da Casa Legislativa, mas hoje esse procedimento não é mais um requisito. Entretanto, a doutrina afirma que para processar algum parlamentar, o deputado federal ou senador pode notificar a Mesa Diretora respectiva, que no prazo máximo de 45 dias após tal aviso, avaliará o pedido de sustação processual em qualquer que seja a fase do processo⁴⁶. Ademais, votação que aprecie a sustação será por meio aberta e não sigilosa, uma vez que a constituição não determina o contrário⁴⁷.

De modo geral, o foro por prerrogativa de função, nos termos doutrinários aqui elencados, consiste na reserva de uma parcela da jurisdição para o processamento e julgamento de determinadas pessoas por juiz ou Corte prevista pela Constituição⁴⁸. A defesa do instituto visa, de um lado, assegurar

⁴² Cf Streck 1150.

⁴³ *Op cit* 1152.

⁴⁴ Cf Afonso 535.

⁴⁵ Cf Streck 1151.

⁴⁶ Cf Afonso 540.

⁴⁷ Cf Streck 1152.

⁴⁸ Cf Calixto 2-3.

a liberdade de opinião – *freedom of speech* – e, de outro, a vedação à prisão arbitrária – *freedom from arrest*.⁴⁹

Como regra geral, quando alguém é acusado sobre a tentativa ou a consumação de uma prática delituosa criminal, após a denúncia, se inicia o caminho processual penal na primeira instância do judiciário. Por conseguinte, os atores do processo seguem na cadeia recursal, na busca em conseguir a aplicação do direito que mais lhes convém. Para isso, os envolvidos dispõem de um leque de possibilidades de pedidos em juízo, tais como a condenação, absolvição, redução da pena, *et cetera*.

Entretanto, o foro por prerrogativa de função ilustra uma exceção do procedimento geral supra referido. Isso ocorre, uma vez que, por previsões legais que apontam para um recorte específico de pessoas, o início do trâmite processual delas após denunciadas é feito em outro “andar” da estrutura judiciária que não o primeiro grau. Assim, essa fatia de julgamentos pode partir do segundo grau de Tribunais de Justiça (TJ), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou diretamente no Supremo Tribunal Federal (STF). Importa destacar que esse grupo de pessoas possui geralmente altos cargos na administração pública, e que o instituto não contempla exclusivamente um dos Poderes.

3 Metodologia: Objetivos e Perguntas de Pesquisa

3.1 Da Construção do Trabalho

A escolha pelo estudo de caso da AP 937 neste trabalho deu-se a partir da inquietação de “*como*” os ministros do STF realizaram a mudança interpretativa do conceito jurídico processual de competência penal originária para os parlamentares federais.

Verifica-se a importância da definição da competência originária no STF, justamente pela formulação dos critérios diferenciados que o julgamento trouxe para esses atores diante da eventual responsabilização dos congressistas. Isso porque, a condenação criminal, por exemplo, pode trazer a

⁴⁹ *Ibidem*.

pena privativa de liberdade, além de poder causar outras consequências aos políticos, como a inelegibilidade e a perda do mandato a partir de sua responsabilização no judiciário.

Para apreender essa transformação traça-se um percurso interpretativo. Ele consiste, em primeiro lugar, na sistematização dos conceitos de ativismo e autocontenção judicial, que são justificados, a partir da possibilidade de tencioná-los com os dados empíricos desta ação penal, o que significa, um esforço analítico sobre os argumentos dos ministros.

Posteriormente a essa conceitualização, reconstruiu-se o teor da ação penal 937, tendo como ferramenta o manejo de “categorias indutivas” (leia “A Formulação de Categorias”). Elas são definidas aqui, como centros conceituais extraídos a partir de um exercício interpretativo deste autor que se debruçou sobre questões “particulares” levantadas na argumentação dos ministros, para assim, “generalizar” os pensamentos de cada um deles sobre determinado assunto. Mais do que isso, ressalta-se que essa leitura foi anterior a uma posterior análise indutiva, que conseguiu encaixar estruturalmente as “categorias indutivas” em dois: de plano na corrente vencedora, escolhida para estar nessa posição, pelo maior grau de vinculação lógica, ou seja, agrupar os argumentos eficazes da decisão, e, como antípoda, a corrente vencida.

Ao observar essas correntes, o trabalho mostra mais do que as pretensões analíticas – uso de teorias – e empírica – documento normativo da ação penal 937 – o seu caráter descritivo. Isso porque, além da interpretação do teor dos votos de cada ministro partícipe do pleno existiram escolhas na maneira como esses dados foram apresentados. Essa decisão, por ser algo de cunho subjetivo transcende ao aspecto puramente empírico. Exemplo disso está na pretensão em mostrar os dados de forma diferente da ordem habitual do acórdão da AP 937 e no uso de tabelas.

Uma delas em especial, com a finalidade de mostrar a incidência quantitativa delas, de modo a explicitar a prevalência maior ou menor em cada corrente. Isso além de ressaltar o caráter descritivo possibilitou que explicitamente se demonstrasse os “contra-ataques” da corrente vencedora,

que agiu quando provocada pelas ideias antagônicas nos votos da corrente vencida.

Nesse ponto, importa destacar que não se optou por restringir as ideias contidas em cada corrente, mas por estruturar a leitura pelas categorias indutivas e demonstrar as especificidades e aproximações delas nos votos entre si, e, ainda que implicitamente, com a corrente oposta. Até porque elas foram extraídas como fonte empírica na Ação Penal 937, descritas, tanto através da organização dessas ferramentas, quanto na sistematização dos resultados achados na corrente vencedora e vencida, para, por fim, de posse das teorias levantadas no início do trabalho, serem enquadradas, com as devidas ressalvas, nos conceitos de “autocontenção” e “ativismo” judicial.

3.2 Do Anterior Estado da Arte e da Pergunta de Pesquisa

No que tange o “estado da arte” antes da AP 937, lançam-se olhares para o que os próprios ministros disseram a respeito do modus operandi de decidir temas pertinentes ao foro especial, e com isso, contrasta-se com os posicionamentos díspares levantados por outros ministros discordantes desse status quo. Mais claramente, os julgadores pertencentes a corrente vencida desenharam o “estado da arte” até o final da decisão, ao passo que os ministros da corrente vencedora, colocaram um “novo marco” interpretativo no tema.

Feita essa importante ressalva, a AP 937 traz como dados e, portanto, aqui descreve-os, que o ato institucional nº 5, no artigo 5º inciso I revogou o foro por prerrogativa de função dos políticos. Após isso, a própria emenda 1/1969 no artigo 32 § 2º retoma essa previsão, mas apenas na Constituição de 1988, nos artigos 102, I, a) e 53 § 1º, a previsão do foro especial aos parlamentares no Supremo será explícita. Ocorre que, por uma atitude do próprio legislador, o artigo 53 §1º foi alterado, de modo a não se exigir previa autorização da casa legislativa para processar no STF os parlamentares federais.

Paralelamente a isso, o Supremo, desde 1964, possuía o entendimento de que o foro especial aos políticos que o detivessem possibilitaria que eles

fossem julgados de plano no supremo, ainda que a ação penal fosse ajuizada após o término do mandato, desde que o crime fosse realizado no exercício funcional. Esse modo de agir da Corte, expresso na súmula 394⁵⁰ durou até o inquérito 687-4 de 99 de relatoria do ministro Sidney Sanches.

Em curtas palavras, o relator disse que a Constituição de 88 não comporta uma interpretação ampliada das competências nela descritas, ou seja, a súmula, ao estender temporalmente a possibilidade do foro especial dos parlamentares, estaria em movimento contrário aos preceitos constitucionais, quando diz que “[...] prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Descontente, o poder legislativo em reação editou a lei 10628 de 2002, reafirmando o teor da súmula 394. Tal documento normativo fora objeto de ação direta de inconstitucionalidade em 2005 (ADI 2767), espaço em que, o relator Sepúlveda Pertença, acompanhado de outros ministros, disse que a lei é inconstitucional pois representa uma tamanha violação ao poder do Supremo, que chegou a considerá-la uma “usurpação” – violando a separação dos poderes⁵¹

Assim, pode-se dizer que o Supremo não aplicava a literalidade da lei e nem era omissivo ao assunto, mas, antes de analisar a AP 937, sabe-se que ao menos o foro por prerrogativa de função dos parlamentares é aplicado para crimes, independentemente de quais sejam eles, desde que o tempo do ajuizamento corresponda ao do mandato parlamentar, e essa atitude, independe de autorização do poder legiferante. Mais do que isso, independentemente do estado do processo, os crimes imputados aos parlamentares, atendidas as especificações anteriores, devem ser julgados no STF.

⁵⁰ Ainda que não tenha-se dados para ver como essa súmula era aplicada nos casos que envolviam o foro, por estar em prazo de vigência e ser indicada nos votos dos ministros na Ação Penal 937, tem-se indícios de que ela, assim como os dados subsequentes, corroboram para o “estado da arte” antes da AP 937.

⁵¹ HEIN, Michael. “The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe.” Martin Belov (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Abingdon, Routledge, forthcoming (2019): n. pag. 01-22.

Neste trabalho tem-se a seguinte pergunta de pesquisa:

I – Como o Supremo Tribunal Federal (re)definiu suas competências na AP 937?

Esta pergunta principal de pesquisa, por sua vez, desdobra-se nas seguintes subperguntas de pesquisa:

1. Como ocorre a utilização do conceito de competência pelos ministros do STF no julgamento?

- a.** Em que medida o STF age de maneira deferente ao legislativo na decisão?
- b.** O STF faz uso de cláusulas pétreas e do direito processual para legitimar a argumentação do manejo de suas competências?
- c.** O STF realiza o uso de teorias implícitas ao ordenamento para firmar algum entendimento?
- d.** O STF planeja influenciar a atuação do legislativo em algum sentido no que tange às competências processuais penais?
- e.** Restringir competências implica necessariamente em uma postura autocontida pela Corte?
- f.** Quais as discrepâncias entre os argumentos das correntes vencedora e vencida entre si?

2. Quais os critérios formulados para fixação de competência no STF de crimes penais de parlamentares federais?

- a.** Qual o objetivo da formulação desse critério?

3. Quando é correta a aplicação do foro por prerrogativa de função de acordo com os argumentos da decisão?

3.3 O Significado e a Relevância do Estudo de Caso

Maira Machado compreende o objetivo do estudo de caso como revelador de um fenômeno jurídico, que convida o pesquisador a mergulhar profundamente em um acontecimento e observá-lo por meio de variadas

fontes e perspectivas⁵². O caso da Ação Penal 937 – AP 937 – foi julgado em maio de 2018, restringindo as hipóteses de cabimento do foro por prerrogativa de função no STF aos parlamentares federais.

A escolha do estudo de caso é feita neste trabalho com base em duas ideias. A primeira de que ele consiste em uma maneira intensiva de estudar uma única unidade – o que se constata como a modificação de competência penal originária pelo STF para parlamentares federais - apta a informar o que se realiza em uma classe mais ampla de unidades que possuem afinidades entre si⁵³.

Segundo Jay, entende-se que essa classe não se refere aos argumentos isolados que um ministro venha a utilizar no futuro, mas ao contexto que permitiu a diferenciação de aplicação do instituto jurídico pelo STF, e que diz que as decisões dos ministros são suscetíveis a determinados nexos de ligação de desenho institucional do país, por exemplo.

Não se trata substancialmente das ideias isoladamente que podem ser utilizadas no futuro, mas do estudo de caso como um marco no tempo e no espaço que é descritivo, profundo e que traz dados concretos de maneira possibilitar a formulação de generalizações na *maneira de aplicação* do direito pelos ministros em contextos semelhantes.

A segunda está na pretensão em obter na decisão a *ratio decidendi*, esta sim extraída a partir dos argumentos centrais dos ministros, e que dizem respeito não às generalizações, mas sim à *potencialidade de uso* em outros julgamentos, colocando em segundo plano aqueles argumentos – *obiter dictum* - que, ainda que tragam questões contextuais, extravasam aquilo que definitivamente será usado para a decisão do caso e para casos futuros⁵⁴.

⁵² Machado, Maíra Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

⁵³ What Is a Case Study and What Is It Good for? Author(s): John Gerring Source: The American Political Science Review, Vol. 98, No. 2 (May, 2004), pp. 341-354, especialmente 344.

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão. Pp: 1-12. In: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Link: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-

3.4 A Formulação de Categorias Indutivas

Diante dessas duas possibilidades, busca-se desenhar a pesquisa a partir da leitura da AP 937 de forma temática, a partir de categorias. Dessa forma, elementos pertinentes da leitura de uma peça judicial são extraídos a partir da reconstrução da decisão não na ordem convencional da publicação do Acórdão, mas sim, de maneira tipológica⁵⁵.

Para isso, a autora Camila Duran⁵⁶ propõe o que denomina de *case brief*, um modelo tanto "físico" de observância da peça processual quanto "mental", que possibilita checar a consistência dos argumentos dos ministros. Adapta-se o modelo de maneira a confeccionar, primeiramente, um fichamento convencional de toda a Ação Penal analisada, colocando ao lado de cada argumento o seu "*fundamento*"⁵⁷, entendido como aqui o elo de ligação de determinado(s) "*dado(s)*" que os ministros trazem como premissas e, de forma dedutiva, retiram determinada(s) "*afirmação(ões)*".

Após o fichamento, cada "*fundamento*" ganhou o *status* de "*categoria*", e os argumentos dos ministros foram realocados dentro desses eixos temáticos. Mais do que isso, reescreveu-se as "premissas" em forma de perguntas, que tiveram cada uma as "afirmações" dos ministros e, eventualmente, "ressalvas", como exceções, que os próprios traziam. Conseguiu-se com isso identificar tanto os argumentos centrais quanto os periféricos, além de uma observação mais acurada do contexto decisório em análise.

3.5 Forma de Análise dos Argumentos

3.5.1 Recorte da Pesquisa

%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-
%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf

⁵⁵ DURAN, Camila Villard. Como ler decisões judiciais?, Banco de materiais: Ensino Jurídico Participativo FGV Direito SP, 2016. Pp. 1-10. Integra do material disponível em: <http://ejurparticipativo.direitosp.fgv.br/portfolio/como6ler6deciso6es6judiciais>.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ WILLIAMS, Joseph M; WAYNE C. Booth; COLOMB Gregory G. A arte da pesquisa: tradução Henrique A. Rego Monteiro – 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2005. PP. 113-191.

A partir da constatação de que o artigo 102, I, b⁵⁸ da Constituição Federal é lacunar tanto no espaço temporal de alcance do foro por prerrogativa de função quanto em responder quais os fatos que os políticos realizam são passíveis ou não de serem responsabilizados no Supremo, ou em outros órgãos do judiciário, surgiu o interesse em observar de que maneira o Supremo interpretou a Constituição de modo a afunilar as hipóteses de cabimento do foro por prerrogativa aos políticos.

4 Posição dos Ministros sobre a Competência do Foro por Prerrogativa de Função.

A partir da metodologia proposta, tem-se a definição de 8 (oito) categorias, que, apesar de singularizadas, em muitos argumentos se interpenetram e se relacionam. Elas sintetizam as posições dos ministros ao discutirem a competência do foro por prerrogativa de função aos deputados federais e senadores.

Em síntese, o que as categorias compreendem são fundamentos. Estes nada mais são do que a ferramenta que conecta as afirmações dos julgadores aos dados por eles trazidos. Por exemplo, o que o dado de que existe o artigo 102,I,b tratando de competências originárias da Corte significa ao ministro Alexandre de Moraes? Que as hipóteses de competências são taxativas e inalteráveis via judicial. E para Barroso? Que se pode utilizar de “competências implícitas” e alterar-se a interpretação literal do inciso. Observa-se nesse ponto que, ainda que eles usem diferentes afirmações e diante da “certeza” trazida pelo artigo, o eixo de conexão entre essas duas variáveis são idênticos e carimbam a mesma categoria no final, ou seja o “fundamento”. No artigo

⁵⁸ 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;

102,I,b⁵⁹, foi trazido por ambas as correntes que existe a previsão do foro especial. Entretanto, uma afirma que esse artigo deve ser interpretado restritivamente e a outra, taxativamente. O fundamento, leia-se, a categoria dessa argumentação se liga à discussão da “competência”, predominantemente.

Em seguida, aponta-se a predominância das oito (8) categorias nos votos de cada ministro. Com isso, é possível conceber-se outra ideia relevante: as categorias, enquanto fundamentos que são utilizados por todos os ministros, possuem votos com “afirmações” diferentes a partir de mesmo dado ou conjunto de dados.

Por exemplo, no âmbito da categoria “competência” tem-se tanto a ideia de que mudar o artigo 102,I,b implica aumento da impunidade – e menos prescrições –, como diz Barroso, quanto a “afirmação” de que existirá uma confusão no sistema com mais impunidade e prescrições, conforme aponta Moraes. Também será possível depreender que existem categorias que possuem um grau de predominância maior em uma das posições do julgamento, ou seja, pertencem em maior medida ou a corrente vencedora ou a corrente vencida.

Por fim, o desenvolvimento desse estudo de caso contará com a descrição dos argumentos dos ministros da corrente vencedora, seguida da corrente vencida, ao menos em três momentos. Nesse caso, acredito que o manejo desses dados servirá como focos que traduzam com mais proximidade as divergências dos ministros.

4.1 Os Fundamentos dos Votos na AP 937

O estudo da AP 937 gerou as seguintes categorias argumentativas: *Princípio da Igualdade e Princípio Republicano, Mutação Constitucional, Gestão*

⁵⁹ “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.”

Processual, Argumentos Históricos, Competência, Desenho Institucional e Opinião Pública, Legislação Comparada e Nacional e Consequencialismo.

4.1.1 Princípio da Igualdade e Princípio Republicano

O princípio da igualdade e o princípio republicano representam ideais de tratamento equânime entre os cidadãos pelo poder judiciário, conforme a legalidade. Mais que isso, se existem e quais são as justificativas de diferenciação entre pessoas, tanto no aspecto substancial como formal.

Essas respostas constituem parâmetros para impedir a desfiguração do sistema federativo vigente, pois essas regras o diferenciam de outros momentos históricos vivenciados pelo Brasil, como é o caso da monarquia, em que o princípio da igualdade e o princípio republicano não se demonstravam na completude da atual conformação política. Na república, o crivo da legalidade e o poder representativo são os marcos perseguidos. Assim, busca-se observar em que medida o foro por prerrogativa de função estaria ou não de acordo com os ideais desses princípios.

4.1.2 Mutação Constitucional

Aspecto doutrinário usado para justificar a restrição do foro privilegiado pela corrente que o defende e para refutar o uso e a aplicação dele pela corrente vencida. Esse instituto foi utilizado por alguns ministros de modo a mencionar uma mudança atual na sociedade que se tornou incompatível com a interpretação de parcela literal do texto constitucional, ou com o entendimento predominante da Corte na mesma matéria em momento anterior. Dessa forma, seria justificada uma alteração na interpretação do significado do texto constitucional, para que este se adeque à nova realidade social. Ideia contrariada pela corrente vencida.

4.1.3 Gestão Processual

Visa identificar quais os impactos, principalmente relativos à celeridade, de restrição ou não do foro privilegiado no órgão judiciário de cúpula e nas primeiras instâncias da justiça criminal. Mais que isso, auxilia no entendimento de como os atores do STF se posicionaram em relação aos estudos realizados pela FGV – Supremo em Números -, sobre os impactos empíricos da aplicação

do foro por prerrogativa para parlamentares no STF e no judiciário. Isso porque houve nas duas correntes um diálogo com os questionamentos de índole processual levantados pela pesquisa. Por fim, levanta questionamentos referentes ao próprio cabimento ou não do remédio processual em uso como instrumento do STF apto para discussão do foro privilegiado na AP 937, e se não deveria ser outro como ADI, a ser utilizado para o fim de analisar o foro.

4.1.4 Argumentos Históricos

Objetiva identificar o peso valorativo que outras constituições e precedentes possuem na conformação do foro especial. Mais que isso, apresenta modelos doutrinários de como o foro deve ou não ser entendido em relação aos congressistas, além de julgados da própria Corte. Os ministros demonstram como foro privilegiado foi interpretado ao longo do tempo, e quais as questões reflexas que ele envolve, como a possibilidade ou não da simetria dessa previsão nas constituições estaduais.

4.1.5 Competência

A interpretação da competência preocupa-se no caso em definir qual órgão do judiciário tem o dever de julgar os atores políticos e autoridades institucionais. Mais que isso, visa identificar qual a melhor conformação dos órgãos internos do judiciário para processar devidamente casos que envolvam o foro por prerrogativa aos parlamentares, sob o parâmetro do juiz natural. Aprofunda, por fim, a indagação de ser ou não coerente a existência de um julgamento em um único órgão de cúpula de parlamentares, questionando, nesses termos, a (in)coerência do foro privilegiado no STF, em violação ou não do duplo grau de jurisdição.

4.1.6 Desenho Institucional e Opinião Pública

Identificação de diálogos com os outros poderes, em especial do legislativo com o STF, mas sem deixar de realizar considerações acerca de como o STF enxerga a atuação dos órgãos de instâncias inferiores e dos controladores – MP e Polícia – na atuação quanto ao foro. Também nessa linha de raciocínio, visa consubstanciar aspectos positivos, tanto de produção processual quanto de valores morais e da “honra”, quer seja do STF enquanto instituição, ou dos ministros individualmente considerados, como a auto

produtividade reclamada por Toffoli sobre seus trabalhos. Por fim, insere a discussão do foro privilegiado na “separação de poderes”, buscando os limites de interferência do poder judiciário na ação do legislativo.

4.1.7 Legislação Comparada e Nacional.

Na vertente comparada, busca entender como os outros países democráticos atuam diante do foro por prerrogativa de função, e os impactos que esses arranjos devem ou não ter, no entendimento brasileiro sobre a matéria. Já na perspectiva nacional, esse fundamento analisa os artigos de lei, principalmente da Constituição Federal de 1988, que ensejam discussões sobre a interpretação ampliativa ou restritiva do foro aos parlamentares e aos outros órgãos da República – magistratura, MP, *et cetera*.

4.1.8 Consequencialismo

Essa categoria inclui os argumentos dos ministros que levantam hipóteses sobre quais seriam as consequências da decisão da Corte na realidade social, por exemplo: abrangência do foro, extensão ou não a outros políticos, etc. Ou seja, o que ocorrerá se o STF mudar determinado posicionamento? Ou qual a implicação do STF ter feito determinada ação? São argumentos que se utilizam de conjecturas e afirmações probabilísticas, predominantemente.

5 Reconstrução da Decisão

Realiza-se nesse trabalho o estudo de caso da Ação Penal 937 (AP 937). Esta recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) debateu diversos aspectos, dentre os quais a restrição de competência originária do STF em torno do instituto do foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais.

Para isso, o Ministério Público⁶⁰, seguido da defesa e do órgão julgador, ao verificar que se trata de crime eleitoral, questiona se o imputado deveria ser acusado em segundo ou primeiro grau. Essas questões auxiliam a saber como ocorre o exercício da chamada jurisdição em relação aos crimes praticados. Em teoria, a jurisdição constitui para a doutrina processual a vontade concreta do Estado após a atividade geral e abstrata de construção legal feita pelo legislativo⁶¹. Assim, todo o juiz que, por definição, é investido de jurisdição, poderá realizar a atividade jurisdicional quando provocado caso a caso, aplicando a lei em seus julgamentos.

Entretanto, em uma tentativa de organização administrativa para esse exercício, torna-se necessário traduzir o âmbito legítimo do exercício dela em cada órgão jurisdicional. Senão, seria admissível entender que um juiz localizado em São Paulo seria o responsável em julgar crimes ocorridos no Oiapoque, município localizado no extremo norte do país na região do Pará.

A defesa, a acusação ou o órgão julgador estariam chamados a observar o conteúdo do artigo 29, X da CRFB/88, quando se indagassem sobre a questão de qual é a instância competente do réu enquanto prefeito:

Art. 29 "O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

*X- Julgamento do Prefeito **perante o Tribunal de Justiça;**" (grifou-se).*

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1230p.

⁶¹ MARCATO, Antonio Carlos, Procedimentos Especiais. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. Pp. 3-7.

Nesse caso, a conclusão é que por ocupar o cargo de prefeito, o imputado deterá um marco de competência pelo foro por prerrogativa de função no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, órgão de segundo grau. De fato, tal órgão recebeu a denúncia em 31/03/2013. Ocorre que pelo fator tempo, o prefeito terminou o seu mandato sem ter sido julgado pelo TRE-RJ. Esse fenômeno de fato aconteceu, e com isso, não havia mais razões para o artigo 29, X da CRFB/88 reger a fixação de competência no órgão de segundo grau. A AP 937 relata que houve declínio de competência para a 256ª Zona Eleitoral do RJ mas, posteriormente, o TRE-RJ anulou a denúncia em sede de *habeas corpus*.

No primeiro grau, em 14/04/2014 nova denúncia foi oferecida pela 256ª vara e as fases processuais penais foram acontecendo, a ponto inclusive de encerrar-se a instrução, momento de produção de provas para verificar se houve ou não o fato imputado. Todavia, em 2015 a vida política de Marcos da Rocha Mendes iniciou uma nova etapa, por ser investido do cargo de suplente de deputado federal em razão da vitória nas eleições com o titular Eduardo Cunha (10/02/2015).

A Procuradoria Geral da República então invocou o julgamento do Supremo, conforme o art. 12, da Lei n. 8038/1990⁶² em 15 de junho de 2015 na presidência de Janot, no contexto da Operação Lava Jato⁶³. Em meados de

⁶² Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte: (Vide Lei nº 8.658, de 1993) I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação; II - encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.

⁶³ Segundo site do Ministério Público Federal: 'A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro, em São Paulo e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Ainda há equipes da operação atuando nos Tribunais Regionais Federais das 2ª (RJ/ES) e 4ª (RS/SC/PR) Regiões. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos

dezembro 2016 os autos foram conclusos ao revisor Fachin por parte do Relator Luís Roberto Barroso, para quem o processo havia sido distribuído.

Assim, como deputado federal, a lei estipula uma diferença de tratamento, conforme prevê o artigo 102,I,b da Constituição Federal:

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." (grifou-se)

Ocorre que posteriormente a conclusão ao revisor, em 05 de janeiro de 2017 o legislativo enviou carta de renúncia ao cargo de "Marquinhos". Nela a presidência de Rodrigo Maia noticiou que em 01/01/2017 Marcos teria renunciado ao cargo de deputado federal.

Nesta decisão interlocutória de fevereiro de 2017 o ministro afirmou que existiam três razões para submissão do caso ao pleno: as filosóficas, pelas "reminiscências aristocráticas" que o julgamento desse político imprime, razões jurídicas, uma vez que o Supremo deve ser "um tribunal de teses" e não um tribunal que analisa casuisticamente processos penais, e por fim, por razões de justiça, para "evitar a manipulação de jurisdição" que o réu estaria tentando fazer. Após esse despacho, a procuradoria aceitou o que o relator decidiu e houveram os pedidos de vista de Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, para só depois, o julgamento do pleno ocorrer em 23/11/2017.

esquemas de corrupção investigados." Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>.

5.1 Objeto da AP 937 e a Posição do STF

A AP 937 contempla dois questionamentos a respeito do imputado: A fase processual da ação movida contra o réu na primeira instância importa para fixar a competência absoluta naqueles órgãos? E a segunda: O crime que ele realizou deve possuir competência originária do foro por prerrogativa de função no STF?

Dois posicionamentos foram obtidos sobre essas questões, pela maioria dos votos sobre as competências do STF. Tanto a corrente vencedora quanto a corrente vencida trouxeram argumentos a respeito do foro por prerrogativa de função, que avaliaram a maneira como os atores do legislativo e da Corte se posicionaram na matéria na história recente. É possível observar, juntamente com os dispositivos dos documentos constitucionais de 1967 em diante, que o foro teve um crescimento do número de agentes contemplados.

Ocorre que, ao analisar as decisões de ministros precedentes, os atuais concluíram que houve uma mitigação do foro com base nos dados infra referidos. Contudo, o que os votos mostram é que a motivação dessa restrição – e o alcance dela – é diferente para cada corrente: maiores serão as restrições para a corrente vencedora e menores para a corrente vencida – limitada a saber que não é mais dever do STF comunicar a Casa Legislativa ao instaurar processo penal contra parlamentares federais, por exemplo. Como parte desses dados, tem-se que, segundo a Constituição de 1988, faz parte da competência originária do STF o julgamento de membros do Congresso Nacional, de acordo com o artigo 102, I, b. Isso significa que todos os trâmites processuais dos crimes penais comuns dos parlamentares federais deveriam ser iniciados na Corte.

Mas essa competência originária se materializou a partir da inspiração do Poder Constituinte Originário na emenda constitucional 01/69, uma vez que antes dela vigorava tanto súmula 398 do STF quanto a previsão legal do Ato Institucional número 05 (AI-5). Esses entendimentos afirmavam que não seria de competência originária do STF o julgamento de deputados e senadores. Em especial o AI-5, inserido no ordenamento jurídico após a súmula 398, ia além, extinguindo a previsão de competência por foro de todas as autoridades.

No que se refere à exclusão do foro aos parlamentares federais, a súmula 398 foi deferente a todas as outras constituições republicanas nacionais. Isso porque, segundo Celso de Mello⁶⁴, "*os membros do Congresso Nacional jamais tiveram prerrogativa de foro, em matéria penal [...]*"

Portanto, atualmente, a interferência do legislativo nos processos contra seus membros em nível federal só tem a possibilidade de ocorrer na sustação do processo, pois assim prevê a emenda constitucional nº 35. Nesse aspecto, diz Toffoli que a casa legislativa passou de um controle prévio para um controle posterior, e sobre o uso da sustação diz ser "*algo que o parlamento jamais fez*"⁶⁵.

Outra alteração interpretativa que é muito mencionada, anterior ao julgamento da AP 937 encontra-se no entendimento do relator Sydney Sanches no inquérito 687. Na ocasião, o ministro disse que a súmula 394⁶⁶ não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Isso fez com que o Supremo deixasse de ser espaço para julgar ex-parlamentares, ainda que a prática delituosa houvesse sido praticada no exercício funcional. Assim, de um grande espaço proporcionado ao STF, pela volta do foro como um todo após a revogação do AI-5, o Supremo colocou um limite temporal nessa decisão, ou seja, terá o foro privilegiado no STF o deputado ou senador que tiver correspondência temporal entre o exercício do seu mandato e o início do processo criminal.

Inconformado, o Poder Legislativo editou a lei 10.628/02, praticamente reescrevendo a súmula 394 cancelada pelo STF em 99. Como reação, o STF na ADI 2767 de 2005, interpretou como uma "usurpação" a edição de lei ordinária contrária ao entendimento constitucional.⁶⁷ Na ideia do relator Sepúlveda Pertence, isso faria com que o judiciário fosse apenas um órgão que

⁶⁴ Página 233 da Ação Penal 937.

⁶⁵ Página 268 da Ação Penal 937.

⁶⁶ "*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.*"

⁶⁷ Nesse sentido, ver voto de Sepúlveda Pertence na ADI 2767: "[...] *Usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador [...]*"

referendasse todas as decisões do legislativo. A partir dessa questão, o STF declarou inconstitucional a lei, não sendo recepcionado pela Constituição o artigo 84 do código de processo penal.⁶⁸

Estabelecidas essas premissas, o ministro Barroso consegue expor seus posicionamentos na AP 937. Como observado anteriormente, além do critério de prorrogação de competência na instauração processual criminal, Barroso trouxe a tese de que os crimes penais de competência originária no STF aos membros do Congresso seria aqueles realizados no cargo e em função do mandato.

6 A Divisão em Correntes

A proposta de separar os argumentos dos ministros em “corrente vencedora” e “corrente vencida” faz parte da escolha metodológica *descritiva* deste trabalho (*ver “Da Construção do Trabalho”*). Nesse sentido, para distribuir os ministros nesses dois grupos fez-se o uso predominante de *critérios formais*: quais ministros acompanharam o relator e quais abriram divergências ou as seguiram em sentido contrário ao voto condutor da decisão.

Corrente Vencedora	Corrente Vencida
Luís Roberto Barroso	Gilmar Mendes
Cármen Lúcia	Ricardo Lewandowski
Rosa Weber	Alexandre de Moraes
Luiz Fux	Marco Aurélio
Edson Fachin	Dias Toffoli
Celso de Mello	

Importante deixar claro que não se atribui espaço de privilégio ao voto “deste” ou “daquele” ministro nessa *parcela descritiva* do trabalho, mas que pelas características de vinculação da decisão, eficácia jurídica e maior espaço

⁶⁸ Lei 10628: “Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941-Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente prevalece ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. [...]”

argumentativo no próprio voto a menção a determinados ministros e as respectivas ideias que os acompanham será inevitavelmente maior em detrimento de outros que são mais sucintos.

6.1 Preocupações dos Ministros

A partir dessa divisão extraída como dado da AP 937 será possível observar com mais vagar os aspectos substantivos dos votos. Mas antes disso, resta ainda o necessário registro das preocupações centrais que cada ministro terá em seu voto. Isso porque, justamente com as especificidades de cada voto, é que se pode tencioná-las para realizar as categorias indutivas e a análise que se propõe.

6.1.1 Corrente Vencedora

Em primeiro lugar, no voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso existe a preocupação central com a impunidade dos políticos. Por isso, o ministro realiza um esforço argumentativo para tratar das competências que a Constituição de 1988 trouxe ao Supremo em julgar os parlamentares federais com a própria realidade prática dos tribunais em prolatar decisões. Mais do que isso, o assoberto número de pessoas contempladas com o foro especial na Constituição, e a incompatibilidade do texto de 1988 com o que ele percebe na realidade brasileira atual, tornaram-se alvos de atenção do ministro.

A ministra Cármen Lúcia, por sua vez, se preocupa com o choque entre os direitos fundamentais da igualdade de todos perante a lei de um lado, e de outro, com a conformação dos poderes republicanos no que tange às competências de cada órgão estabelecidas na Constituição. Para tanto, a preocupação da ministra está em usar do princípio da proporcionalidade para ajustar princípios conflitantes no ordenamento jurídico.

Os ministros Luiz Fux e Rosa Weber se atém mais a questão do descompasse entre o texto constitucional de 1988 ao prever o foro por prerrogativa de função com a realidade brasileira. Entretanto, Fux é um pouco mais extenso por identificar que o Supremo já realizou interpretações diferentes da literalidade da Constituição, sem com isso revolucionar a ordem política ou emendar a constituição tal como o legislativo.

Nesse aspecto, o ministro Fux enquadra como possível a mudança constitucional feita por interpretação do Supremo como uma categoria autônoma – *mutação constitucional*-, ao lado dessas duas outras. Faz isso, por entender que na conformação anterior ao julgamento, a igualdade, enquanto matriz de outros direitos, estaria comprometida com o estado do foro por prerrogativa de função. Rosa Weber, ao seu turno, se ateve apenas a “mutação constitucional” como preocupação, fazendo no seu voto diversas menções aos posicionamentos do ministro Barroso.

Por fim, apresentam-se as preocupações dos ministros Fachin e Celso de Mello. O ministro Fachin procurou ao longo do seu voto solucionar a incompatibilidade entre a previsão do foro por prerrogativa de função com os tratados internacionais.

Enfim, importa destacar que, se os tratados internacionais preveem o duplo grau de jurisdição, e o Brasil é signatário deles, o que fundamenta restringir o duplo grau ao instituir-se o foro no Supremo aos parlamentares federais? Esse será o mote do voto deste ministro. Ao seu tempo, Celso de Mello fará uma contraposição entre os privilégios nobiliárquicos dos tempos monárquicos, abalados com os pilares de um sistema republicano, para assim verificar a incompatibilidade do atual sistema de foro por prerrogativa de função.

6.1.2 Corrente Vencida

De início, cumpre destacar que os votos dos ministros da corrente vencida possuem um caráter de resposta e contra-argumento aos votos emanados da corrente vencedora. Logo, funcionam com uma visão crítica a algumas das soluções propostas pelos ministros da corrente vencedora.

O ministro Gilmar Mendes por exemplo, se preocupa em defender a atuação do Supremo Tribunal Federal frente a outros órgãos de jurisdição criminal do judiciário. Nesse sentido, o papel dado ao legislador por esse ministro ter papel destacado, além do combate às críticas acadêmicas de que o Supremo estaria propiciando a impunidade por meio dos seus votos ou da delonga de seus

trabalhos. Na verdade, o ministro realoca esse ônus aos órgãos do ministério público e da polícia, dizendo que eles é que demoram em suas diligências.

Mais do que isso, um aspecto que chama a atenção é o fato de o ministro transcender o caso e, apesar de todos eles terem feito isso, Mendes faz em um aspecto diferencial. Refere-se ao fato dele dizer que se há uma preocupação do foro por prerrogativa de função como um privilégio e essa for a justificativa para sua mitigação aos parlamentares federais, também inúmeros privilégios dos órgãos da magistratura e das promotorias e procuradorias devem ser mitigados. Aliás, o ministro chega a propor essa divergência como proposta para votação aos outros integrantes do Tribunal.

O ministro Ricardo Lewandowski se preocupa em legitimar o foro por prerrogativa de função, a partir da ideia de que ele não se configura um privilégio pessoal, mas algo construído para salvaguardar os três poderes. Mais do que isso, o ministro entende que no escopo da Ação Penal 937 não haveria competência processual do Supremo para revogar o foro aos parlamentares federais e que, se isso fosse feito, na pretensão de melhorar o sistema de foro, na verdade como a queda de um *castelo de cartas*⁶⁹ acabaria por desorganizar algo que foi amplamente discutido e consolidado na Constituição de 1988.

A preocupação do ministro Alexandre de Moraes está centrada na ótica da separação de poderes. Nesse sentido o ministro afirma que o desenho de competências permite que a alteração do foro seja feita apenas via emendas constitucionais do poder legislativo. O ministro apresenta a restrição do foro especial como uma falácia, justamente porque existe na Constituição um amplo sistema de imunidades penais que garantem inviolabilidades aos parlamentares federais.

Além disso, é muito crítico junto com Gilmar Mendes a respeito da transferência de competências penais para outros órgãos do judiciário criminal brasileiro. Isso porque se o Supremo não julgar os parlamentares federais outros juízes deverão fazer isso. E será que vão fazer de forma a não interferir

⁶⁹ Página 340 da AP 937.

incoerentemente nos outros poderes? Vão fazer uso de interceptações telefônicas e o uso de buscas e apreensões como métodos invasivos?⁷⁰

Finalmente, tem-se os ministros Toffoli e Marco Aurélio. O primeiro, se refere muito aos trabalhos que seu gabinete fez em diminuir quantitativamente o número de ações penais. Mais do que isso, o ministro traz ao debate questões que envolvem a simetria das previsões do foro especial estipuladas na Constituição Federal em relação as Constituições Estaduais, e por isso entende que transcrever para estas constituições novas previsões de foro, traduzem-se em “normas de reprodução vedada”. O ministro Toffoli também se preocupou com questões atinentes ao modo como o Supremo é enxergado, e por isso faz um esforço argumentativo em dizer que antes os ministros sequer poderiam julgar os parlamentares federais, e por isso é descabido falar que o STF atua favorecendo a impunidade.

O ministro Marco Aurélio terá uma preocupação eminentemente processual, apesar de se comportar de maneira contida, como se verificará. Ele afirma que o foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais causa um “sobe e desce” processual, porque, ora o réu tem essa garantia, ora não, em função das contingências políticas. Entretanto, apesar de ver esse problema, o ministro vai contra a ideia de Luís Roberto Barroso de que as competências no Supremo deveriam ser fixadas após concluída a fase de produção de provas, ou seja, independentemente do político deixar de ocupar o posto de deputado federal, por exemplo, será julgado no Supremo após concluída essa fase.

6.2 A Presença dos Fundamentos nos Votos dos Ministros

Com a categorização dos argumentos dos ministros existe a possibilidade de identificar quais foram as atenções especiais de cada um deles. A partir de uma análise comparada dos fundamentos utilizados por eles para a decisão, representa-se por meio de tabelas a relevância de cada argumento em ordem decrescente do espaço ocupado no voto, observando-se a tabela de cima para baixo.

⁷⁰ Página 278 da AP 937.

Caso a categoria não esteja abaixo do nome do ministro, significa que ele não a utilizou em nenhum momento da decisão. Outra ressalva é que categorias no mesmo patamar representam importância muito próxima, dada as mesmas relevâncias que apresentam entre si, por ocuparem idêntico, ou quase idêntico espaço no voto para a decisão.

Corrente Vencedora:

Barroso	Cármem	Fux	Fachin	Celso	Weber
Competência	Princípio da Igualdade e Princípio Republicano	Princípio da Igualdade e Princípio Republicano/ Mutaçao Constitucional	Competência	Desenho Institucional e Opinião Pública	Mutaçao Constitucional
Argumentos Históricos	Desenho Institucional e Opinião Pública	Gestão Processual	Argumentos Históricos	Princípio da Igualdade e Princípio Republicano	Competência/ Argumentos Históricos
Gestão Processual	Argumentos Históricos	Desenho Institucional e Opinião Pública	Mutaçao Constitucional	Argumentos Históricos	
Desenho Institucional e Opinião Pública	Competência	Argumentos Históricos	Princípio da Igualdade e Princípio Republicano	Legislaçao Comparada e Nacional	
Princípio da Igualdade e Princípio Republicano	Mutaçao Constitucional		Gestão Processual	Gestão Processual	
Legislaçao Comparada e Nacional	Legislaçao Comparada e Nacional/ Gestão Processual		Desenho Institucional e Opinião Pública		
Consequencialismo / Mutaçao Constitucional			Legislaçao Comparada e Nacional		

Corrente Vencida:

Gilmar	Moraes	Toffoli	Ricardo	Marco
Desenho Institucional e Opinião Pública	Argumentos Históricos	Competência	Desenho Institucional e Opinião Pública	Competência
Gestão Processual	Desenho Institucional e Opinião Pública	Desenho Institucional e Opinião Pública	Argumentos Históricos	Argumentos Históricos
Competência	Gestão Processual	Argumentos Históricos	Competência	Legislaçao Comparada e Nacional

Argumentos Históricos	Consequencialismo/ Legislação Comparada Nacional	Legislação Comparada Nacional	Gestão Processual	Gestão Processual/ Desenho Institucional e Opinião Pública
Consequencialismo	Competência	Gestão Processual	Mutação Constitucional	
Legislação Comparada Nacional	Mutação Constitucional	Consequencialismo	Consequencialismo	
Princípio da Igualdade e Princípio Republicano		Princípio da Igualdade e Princípio Republicano		
Mutação Constitucional e Opinião Pública				

A análise comparada das tabelas permite extrair algumas observações relevantes, como a prioridade que a “corrente vencedora” possui na utilização de “argumentos principiológicos”, do uso da “mutação constitucional” e das questões envolvendo “competência”. Por outro lado, a corrente vencida preferiu investir maiores energias em argumentos fundamentados nos “argumentos históricos”, nos relacionados ao “desenho institucional” e nas questões envolvendo “competência”. Ademais, ambas as correntes fundamentaram seus argumentos com base na “gestão processual”. Por fim, argumentos “consequencialistas” são predominantes no grupo dos vencidos.

6.3 Argumentos da Corrente Vencedora

Os principais argumentos da corrente vencedora se inserem na necessidade de reinterpretação do artigo 102, I, b da Constituição. Dentre os argumentos, esses ministros criticam veementemente o uso da competência do foro dos parlamentares federais na Corte. E isso se faz pelo reconhecimento de que o STF não tem sido um bom combatente da corrupção dos políticos, que o número de processos criminais do legislativo são enormes na Corte e que devem existir critérios racionais que excepcionem a aplicação dessa competência especial: a de que apenas parlamentares “no cargo, e em função do cargo” sejam julgados no STF, bem como a ideia de que após a fase

saneadora do processo existirá a “prorrogação de competências” na Corte, não sendo mais admissível o declínio de competências.

6.3.1 Princípios da Igualdade e Princípio Republicano

A corrente vencedora, apesar de interpretar os princípios da “igualdade” e “república” com diferentes perspectivas e pontos de vista têm em comum a ideia de que essas previsões constitucionais justificam a restrição de competências do STF no julgamento dos parlamentares federais. Entretanto, o teor argumentativo de cada ministro para trazer essa afirmação desdobra-se em critérios bem distintos:

Ministro	Objetivo dos Princípios	Critério que justifica a Restrição de Competências
Barroso	Maximizar a superioridade do Princípio Republicano e da Igualdade	Interpretação Restritiva das Exceções
Cármem	Resolver o Conflito de Princípios entre Igualdade e República	Ponderação de Forma Harmônica
Fachin	Garantir o livre funcionamento da república	Apenas se houver justificativa objetiva para afastar o devido processo legal/duplo grau.
Fux	Garantir a Legitimação do Poder Público	Evitar a impunidade
Celso	Evitar o desequilíbrio das relações entre os cidadãos	Legalidade: ser súdito da lei

Como se percebe da leitura da tabela, o ministro Barroso entende que, o critério que justifica a restrição de competências do STF é que a leitura do 102,I,b não deve ser feita literalmente. Isso porque, se esse for o caso, o STF teria de julgar os parlamentares irrestritamente. Porém esta ideia é

inadmissível, na medida que essa regra assim compreendida é hierarquicamente inferior diante dos princípios da igualdade e da república. Portanto, para que a hipótese do foro por prerrogativa de função permaneça em harmonia com esses princípios, a forma correta de interpretar a competência do STF é a interpretação restritiva.

Observe que o ministro em nenhum momento diz que o foro por prerrogativa de função é violador dos princípios da igualdade e da república. Ao revés, afirma que a leitura do artigo 102, I b e c⁷¹, deve ser feita de forma restritiva justamente para maximizar esses dois princípios, tamanha a superioridade deles no ordenamento jurídico frente à regra de competência do foro, que por sua vez, na verdade, se torna mera exceção desses princípios.

Como esses princípios são valores hierarquicamente superiores ao que prevê essa regra de competência, o ministro Barroso diz que quando o intérprete se depara com essa regra, ele deve dizer qual o real alcance dela. Contudo, o preenchimento dessa “lacuna oculta” se faz com os parâmetros dos princípios em questão. Logo, aplicado ao caso concreto, de um lado o princípio republicano indica que os políticos que cometerem ilícitos em função do cargo devem ser responsabilizados por seus atos.

De outro lado, o princípio da igualdade diz que todos são iguais perante a lei e, por isso, o foro por prerrogativa de função não deve ser eterno, mas limitado ao exercício do cargo. Eis então a compatibilização do foro com esses princípios: só podem ser julgados no STF originariamente os parlamentares que estiverem sendo acusados de ilícitos cometidos “no cargo” e “em função do cargo”.

Em uma análise diferente da feita pelo ministro Barroso, a ministra Cármen Lúcia entende que esses princípios entram em colisão aparente quando o caso envolve o foro por prerrogativa de função. Essa situação se verifica porque, à primeira vista, parece existir uma contradição entre a perseguição dos valores republicanos de proteção do cargo dos políticos e a

⁷¹ 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;

ideia de que todos são iguais – e que a desigualdade só deve existir para assegurar a própria igualdade.

Nesse caso, a primeira vista não seria possível admitir a compatibilização do foro com a igualdade, visto que até historicamente os fidalgos que ocupavam cargos administrativos no início da Idade Moderna eram julgados pelos reis, o que expressa que o foro especial, na verdade, expressaria mais a ideia de autoridade do que de igualdade.

Diante disso, para solucionar esse conflito de princípios, a ministra utiliza como critério o método da ponderação que traz como resultado uma das duas respostas: qual desses princípios deve prevalecer no caso concreto ou como assegurar a presença conciliatória de ambos, também no caso concreto. Ao optar pela segunda resposta na AP 937, a ministra afasta o cabimento de uma hierarquia estanque entre esses dois princípios a ser aplicada indistintamente a todos os casos com foro especial. Ao contrário, ela sustenta existir uma “hierarquia móvel” desses direitos fundamentais conflitantes, que em cada caso requererá um ônus argumentativo do intérprete diferenciando-se, nesse ponto, do que defende o ministro Barroso⁷².

Porém essa diferença não denotou implicações práticas diversas da tese que o ministro já havia colocado, pois a ministra também concorda que os parlamentares federais devem ser julgados no cargo e em função do cargo. Isso porque a forma conciliatória de interpretar esses princípios nesse caso concreto consiste em dizer que nem o foro por prerrogativa de função deve ser um privilégio odioso, nem a exceção da igualdade deve ser a regra, outrossim, sempre será excepcional.

Especificamente quanto a esse último ponto, a ministra entende ser plenamente admissível a interpretação restritiva do artigo 102, I b. Isso porque, ampliando essa competência de forma absoluta, não seria possível ao intérprete socorrer-se ao método da Ponderação de conflitos. Por conseguinte, isso implicaria que o Poder Judiciário não poderia dar eficácia a um dos direitos fundamentais conflitantes no caso concreto, muito menos a ambos na tese da

⁷² “Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais.” Página 37 da Ação Penal 937.

“hierarquia móvel”, como deve ocorrer nesse caso segundo a ministra, ou seja, maximizar o princípio republicano e a igualdade. Nesse sentido para salvaguardar a eficácia dos direitos fundamentais, uma regra constitucional de competência originária pode ter seus efeitos mitigados, segundo a ministra.

Viu-se que esses dois primeiros ministros focam em aspectos que envolvem o direito material envolvido nesses princípios e, mais do que isso, eles recorrem ao direito doméstico nesse ponto, para a realização de suas análises. Não será o caso do ministro Fachin, que ressalta em seu voto a diferença que ocorre no plano processual, entre admitir a presença do foro por prerrogativa de função ou não, e por trazer elementos do direito internacional que recomendam que as hipóteses do foro especial devem ser claras.

No que se refere ao aspecto processual, Fachin entende que o foro especial consiste em uma exceção ao devido processo legal porque os imputados que estão contemplados com essa hipótese de competência não possuem o “duplo grau de jurisdição” como os demais denunciados. Nesse sentido, o princípio da igualdade estaria restringido, uma vez que os parlamentares federais veem mitigados os meios recursais e de defesa.

Justamente por isso o ministro aponta que o Comitê de Direitos Humanos incentiva que os crimes contemplados com o foro devem ter justificativas claras e não muito elásticas, sob pena não de restringir, mas de violar a igualdade. Portanto, buscando atender a esse critério da clareza, o ministro diz que a competência originária do STF para julgar esses parlamentares está legitimada apenas para garantir o “livre funcionamento dos poderes da república”.

Ou seja, a competência do foro por prerrogativa de função deve ser restrita não para proteger o cargo ou a pessoa, mas a própria relação harmônica entre os três poderes. Do contrário, se de maneira indistinta houvesse a restrição do duplo grau de jurisdição e o devido processo legal a esses políticos, tanto o princípios da igualdade quanto o da república seriam abalados.

Ao seu turno, o ministro Fux constrói sua argumentação sobre aspectos sociais, como quando utiliza o conceito de “força normativa da Constituição”.

Essa situação, segundo ele, é detectada a partir do sentimento que o povo possui em relação à realidade constitucional. Assim diz que não existe violação do princípio da igualdade no tratamento desses políticos nos tribunais superiores, mas há insubordinação ao texto constitucional quando há uma “generalização da impunidade” por prescrições da pretensão punitiva estatal.

Nesse sentido, o ministro consolida o entendimento de que a impunidade não deve ser a regra no trato do judiciário para com as autoridades públicas. Chega a essa conclusão, a partir da decomposição do princípio republicano, que visa garantir as liberdades civis, políticas e a legitimação do poder político. Porém, a efetiva legitimação do poder público só se concretiza, segundo o ministro, quando existe a real e concreta possibilidade de responsabilização dos parlamentares federais ao praticarem delitos. Nesse sentido, a restrição de competências para Fux encontra como critério o dever de o Poder Judiciário evitar a impunidade daqueles políticos que praticam delitos.

O último ministro da corrente vencedora que trabalha com a restrição de competências à luz dos princípios da igualdade e da república é Celso de Mello. Ele o faz, à luz da legalidade, porque, segundo o ministro, o foro por prerrogativa de função deve ser controlado pelo judiciário para que as hipóteses de cabimento não aumentem, uma vez que o foro consiste em um resquício aristocrático ainda presente na Constituição de 1988.

Apesar disso, as hipóteses de foro são admitidas na Constituição se forem aplicadas em situações excepcionais, uma vez que, segundo ele, essa competência, quando utilizada, derroga o princípio da igualdade. Além disso, quanto ao princípio republicano, o ministro diz que a sucessão de constituições brasileiras resultou na gradativa superação dos privilégios de nascimento, que garantiam em tempos remotos títulos de nobreza e de diferenciações hierárquicas naquela sociedade desigual.

Logo, admitir irrestritamente as hipóteses de foro no sistema republicano implicaria em desestabilizar as relações entre os próprios cidadãos. Portanto, segundo o ministro, apenas a lei em caráter universal deve nivelar todas as pessoas, inclusive os deputados e senadores, e cabe ao judiciário

afastar ao máximo as hipóteses de cabimento do foro para garantir a harmonia social.

Percebe-se que a presença dessa categoria na argumentação dos ministros está presente para justificar a restrição de competência do STF no julgamento dos parlamentares federais. Isso ocorreu pela defesa da técnica da ponderação de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a partir do princípio da proporcionalidade ou da interpretação da lacuna oclta que enxerga nessa regra apenas aplicação excepcional ou, como outra alternativa, para evitar a impunidade, garantir o duplo grau de jurisdição e a legalidade.

Nesse sentido existe por base a preocupação da corrente vencedora em garantir um senso de igualdade entre os cidadãos. Ou seja, distanciar o instituto do foro enquanto um privilégio, superando a premissa que eles mesmos demonstraram ter, de que o atual status de posições do STF demonstra que esta competência é tratada pela Corte como um subterfúgio de políticos e, por consequência, como condescendente com desigualdades.

6.3.2 Mutação Constitucional

Os argumentos da corrente vencedora em torno da muta o constitucional visam justificar a mudança interpretativa que ocorre no artigo 102, I b da Constitui o diante da a o penal 937: a de que o STF neste caso e *ex nunc* apenas pode julgar parlamentares federais em crimes que tenham sido a eles atribuídos "no exercício cargo" e "em fun o do cargo". Ou seja, que guardem uma pertinência com o tempo de dura o do mandato e que só por conta do cargo possam ter ocorrido.

Entretanto, dando um passo atrás na escolha desses critérios, importa destacar que o STF sempre no controle de constitucionalidade está diante de duas op es: ou a declara o de inconstitucionalidade de dada lei ou parte dela, riscando, por assim dizer, do ordenamento jurídico inteiramente ou em parte um texto normativo ou ainda, como segunda op o, fixando sobre um texto uma dada interpreta o com a pretensão de amplo alcance a demais casos semelhantes.

Nesse sentido, a categoria da mutação constitucional conseguiu precisamente mostrar a opção por esse segundo modo interpretativo, o que se prova nitidamente ao verificar-se que a maioria dos votos fundamentou na mutação constitucional um novo modo de ler o 102,I,b da CRFB/88.

Todavia, o que se torna mais relevante é a roupagem que esses ministros trouxeram para a restrição de competência do foro por prerrogativa de função com o uso dessa categoria. Em resumo pode-se dizer que o fato de ser necessária, segundo a corrente vencedora, a fixação desses critérios restritivos de competência do STF por fundamentos diversos, isso não implica dizer que o STF estaria inovando abruptamente no ordenamento jurídico ou fazendo algo além das competências do judiciário.

Isso porque, apesar dos critérios “no cargo” e “em função do cargo” serem para os membros da corrente vencida um entendimento que não poderia ser fixado pelo STF, mas apenas por meio de emendas constitucionais do Congresso ou por uma revolução social que implicasse alteração do texto constitucional, como meios ordinários de mudança constitucional como aponta o voto de Fux, na realidade cabe sim ao STF dispor de um mecanismo que faça com que os acontecimentos imprevisíveis na letra fria da lei tornem-se previsíveis e compatíveis com o ordenamento jurídico como um todo. Para explicar essas entrelinhas é que a corrente vencedora fez uso da mutação constitucional.

Quer dizer, a fixação desses critérios restritivos do foro que para os intérpretes da corrente vencida são inusitados e incompatíveis com o que pode fazer o judiciário ao interpretar a competência originária do foro especial no artigo 102,I,b, na verdade se tornam para a corrente vencedora uma imprevisibilidade prevista e dentro das competências do judiciário. Nesse sentido, a interpretação constitucional dos ministros do STF legitima uma leitura do texto constitucional que não seja estritamente agarrada a literalidade, mas sensível a mudanças ocorridas na realidade social.

Logo, para discutir o cabimento ou não da mutação constitucional ao caso, os ministros da corrente vencedora apontam essas mudanças na realidade social, e os ministros da corrente vencida dirão que elas não

ocorreram, e que em matéria de competências originárias da Corte, não se aplica a mutação constitucional.

No que tange à corrente vencedora, dentre as ideias de alteração da realidade social o ministro Barroso menciona três elementos da mutação constitucional no tema do foro especial ocorridos com a AP 937:

(i) O primeiro elemento o ministro denominou de “mudança da realidade fática⁷³”. Essa alteração ocorreu, segundo ele, porque o constituinte originário não havia previsto que cerca de 1/3 do Congresso Nacional estaria envolvido em crimes, como na época do julgado.

(ii) No segundo elemento, o ministro declara que houve com o foro a obstrução da justiça diante das “consequências práticas negativas com a interpretação anterior”, por conta da demora no julgamento das instâncias superiores em julgar os casos com foro, e pelo alto número de prescrições.

(iii) O último elemento diz sobre o tempo da decisão, uma vez que esse intervalo gera um mau julgamento da sociedade sobre os órgãos do judiciário. Isso porque, o STF demora 581 dias para o recebimento de uma denúncia desses políticos, em comparação às 48h que a justiça de primeiro grau demora em receber qualquer denúncia penal.

De modo a ratificar a mutação constitucional, a ministra Rosa Weber traz algumas diferenças em relação ao voto anterior. A primeira diferença é que ela vê a “mudança da realidade fática” a partir da ideia de que o foro especial gera impunidade e, portanto, a fixação dos critérios “no cargo” e “em função do cargo” é admitida. Quanto à “percepção social do direito”, ela diz que existe na sociedade um desprestígio pelos órgãos de justiça que também permite o STF alterar o entendimento sobre o que literalmente prevê o artigo 102,I,b da CRFB/88. Por fim, na questão das “consequências práticas negativas com a interpretação anterior”, o foro continuaria a contribuir para a disfuncionalidade de todo o sistema penal, se esses critérios não fossem colocados.

⁷³ Página 95 da AP 937.

Fachin, Fux e Cármen Lúcia também são defensores da aplicação da “mutação constitucional” na AP 937. Entretanto, além de justificativas diferentes, eles não necessariamente preenchem os três critérios do relator, mas focam no que consideram mais relevante.

Fux diz que a “mudança da realidade fática” e da “percepção social do direito” ocorre pelos precedentes da Corte. Lembra, inclusive, que em outros momentos a Corte já fez uso da mutação constitucional⁷⁴, sendo um dos exemplos mais nítidos o caso do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF na ADI 4277. Naquele momento houve, segundo ele, uma desconsideração da literalidade do artigo 226 §3º⁷⁵ da CRFB/88, que previa uma proibição da união. Ou seja, naquele momento a Corte conseguiu nessa matéria ouvir a voz da sociedade e interpretar a Constituição de maneira orgânica. Carmén Lúcia, finalmente, faz uma referência secundária ao instituto, quando diz que a interpretação restritiva proposta pela corrente vencedora é *per se*, a própria mutação.

O instituto da “mutação constitucional” da forma como foi usada pela corrente vencedora se preocupa em constituir um substrato que justifique a mudança de alteração das competências processuais via Supremo. Isso coloca o ônus argumentativo com uma ideia absoluta, como se o instituto jurídico fosse o próprio fenômeno jurídico em si, traduzido por: “aconteceu a mudança da Constituição”, além de imprimir uma ideia de evolução e aderência do direito à atualidade.

6.3.3 Gestão Processual

Os argumentos de gestão processual são utilizados por quase todos os ministros da Corte, com exceção de Rosa Weber. A tabela a seguir, demonstra

⁷⁴ Cita nesse ponto o inquérito 687 que versou sobre a impossibilidade de garantir uma condição igualitária a todos, com a previsão de que, mesmo após o término do cargo, inquéritos e ações penais contra deputados e senadores pudessem ser abertos no STF. Ao lado disso, lembra que Celso de Mello no HC 96772 buscou a norma mais favorável no plano interno e internacional para a abolição da prisão do “depositário infiel”, aplicando o princípio *pro homine*. Por fim, diz que o STF entendeu ser cabível a hipótese “embargos infringentes” em ações penais originárias contra os deputados federais e senadores, como forma de compensar a recusa ao duplo grau de jurisdição.

⁷⁵ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

quais são as principais preocupações dos julgadores da corrente vencedora nessa questão:

Barroso e Cármen Lúcia	Barroso e Fux	Barroso, Celso de Mello e Fux	Cármen Lúcia e Fux
Prorrogação de competências do órgão julgador	O STF como um Tribunal de teses jurídicas	Celeridade processual	Extensão do foro privilegiado aos corrêus

É possível perceber que a fundamentação baseada na “gestão processual” terá como objeto mais contundente de discussões os tópicos da “celeridade processual” e do “STF como um tribunal de teses”. Ademais, diferentemente dos pontos relativos aos princípios debatidos no tópico precedente, que não são alvos de discussões acirradas, a gestão processual é discutida de maneira mais frontal entre as correntes.

Isso ocorre, em especial, pelas provocações feitas em torno do diálogo com uma pesquisa acadêmica, em torno do papel do STF perante o foro especial, e da delonga de suas atividades nessa matéria de competência originária que pode ensejar a impunidade de políticos, segundo a pesquisa da FGV-Rio⁷⁶.

O primeiro ponto trata da “prorrogação de competências do órgão julgador”. Diz-se que existe a “prorrogação de competências”, no contexto da AP 937, quando um processo não pode mais ser deslocado para outra instância do judiciário. Trata-se da fixação de competências no órgão julgador. A discussão que o envolve é mais pacífica diante dos ministros, com exceção da posição de Marco Aurélio, que ocupa quase a totalidade de seu voto discordando do relator Barroso nesse ponto.

Aliás, esse critério possui um consenso maior quando comparado com os critérios que Barroso elenca quanto ao foro especial ser fixado em função do

⁷⁶ V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado. Joaquim Falcão [et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

cargo e no exercício dele. Mas, no que se refere ainda à prorrogação, o relator inclina-se mais às questões de gestão processual, diferentemente de buscar o artigo 2º⁷⁷ do CPP, como faz Cármen Lúcia.

A ministra, ainda que concorde com ele de que no momento da instrução processual o foro especial não é mais passível de declínio de competência, acrescenta, com base no artigo referido, que o “juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença⁷⁸”. Todavia, Barroso diz que a prorrogação de competências serve como garantia dos princípios constitucionais da efetividade e da racionalidade da prestação jurisdicional. Mais que isso, traz uma motivação pragmática para a prorrogação: evitar a manipulação de jurisdições independentemente de o indivíduo assumir novo cargo ou não⁷⁹.

Na visão de como deve proceder o STF enquanto órgão julgador, ou seja, como um “tribunal de teses”, Barroso entende que o foro na atual conformação é disfuncional porque faz com que o órgão realize uma boa prestação jurisdicional, tal qual a justiça de primeiro grau. É o caso das 69 sessões demandadas para julgar o mensalão na AP 470.

O Supremo, entretanto, deve ser, segundo o relator, um “tribunal de teses” e não de provas. Consoante com essa tese, Fux diz que o foro atrapalha as tarefas de julgar mais casos de controle concentrado e recursos com repercussão geral, em virtude dos casos envolvendo o foro especial. O relator, porém, enfoca mais na ideia de que os juízes de primeiro grau têm mais propriedade para julgar crimes por estarem mais próximos dos fatos e das provas.

⁷⁷ “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

⁷⁸ Lei 11.719/2008, com a introdução do § 2º no art. 399 ao CPP.

⁷⁹ Em litigância estratégica, a leitura literal do artigo 102, I, b da CF fornece a ideia de que deputados e senadores serão julgados no STF quando ocuparem esses pontos. Entretanto a vida política desses políticos pode levá-los a assumir outros cargos que não contemplam foro no STF. Como quando um deputado federal assume um posto de prefeito. A segunda hipótese, é de um deputado que perde o cargo. Em ambas, ocorre o fenômeno do declínio de competências. No primeiro caso, seria do STF para o TJ, no segundo do STF para a justiça comum. As consequências desse declínio são múltiplas, entre elas a realização de novas diligências processuais, a anulação de decisões e procedimentos anteriores e a prescrição da pretensão punitiva, como aponta a corrente vencedora.

Fux, no que tange à “celeridade processual”, diz que a competência por matéria do STF é causadora das 900 decisões que o órgão julga por mês, ao contrário de varas especializadas que emitem em média 10. Por isso o STF tem duração razoável já que, como ele considera, a justiça instantânea seria uma utopia⁸⁰. Barroso, por sua vez, alega que a prerrogativa de foro alcança o total de 37 mil autoridades⁸¹, nesse sentido, o relator cita a pesquisa do Supremo em números da FGV, dizendo que ao menos 10% dos processos existentes criminalmente sobre o assunto restariam na Corte, caso não houvesse foro no STF.

Ademais, problematiza que mais processos – decorrentes do foro por prerrogativa de função – entram do que saem no STF, o que, além de congestionar os tribunais superiores, implica na raridade de julgamentos e de condenações de mérito. Outro ponto na questão da celeridade, não pensado por esses ministros, é de que, segundo Celso de Mello, o foro cria “processos multitudinários” que tumultuam a agenda de julgamentos do STF.

Por fim, quanto à “extensão do foro especial aos corrêus”, apesar de não estar prevista inicialmente pelo relator, a questão é levantada estrategicamente como pergunta por alguns ministros da corrente vencida, na tentativa de superar as teses da corrente vencedora e dizer que os critérios restritivos do foro aos parlamentares não preveem toda a abrangência de fenômenos que podem acontecer, deixando de responder, por exemplo, o que ocorrerá com um assessor que venha a cometer um crime relacionado ao mandato, se deverá ou não ser julgado junto ao parlamentar federal. Mas Fux e Cármen Lúcia adequam a tese do relator nesse ponto, dizendo que o foro especial se aplica aos corrêus.

O ministro Fux diz que pessoas que cometem crimes em coautoria e participação devem ter foro para (i) evitar decisões conflitantes, (ii) em prol do interesse público e (iii) para garantir os julgamentos de casos em que não é possível provar o cometimento do delito sem o corrêu. Nessa linha, a ministra Cármen Lúcia cita o precedente da AP 396, no qual foi decidido pela

⁸⁰ Página 82 da Ação Penal 937.

⁸¹ Ver tabela em “A Construção do Foro Privilegiado nas Constituições Brasileiras”

possibilidade da admissão do foro aos corrêus a fim de evitar o desmembramento do crime de quadrilha ou bando.

Portanto, o que se percebe é que a corrente vencedora apresentou propostas interventivas não existentes de forma explícita na legislação, como foi o caso da “prorrogação de competências no STF”. Nela, com base na compreensão de que o STF é um tribunal de teses, os ministros observaram, na prorrogação de competências após a instrução probatória, uma forma de evitar a impunidade e de reduzir quantitativamente os casos penais de políticos no STF, e, assim, fazê-los mais céleres.

Isso também ocorreu com a fixação dos critérios “no cargo” e “em função do cargo” que acabaram por ser tornar critérios formais de admissão processual, uma vez que o órgão judiciário só se manifestará sobre a condenação ou absolvição do réu quando preenchidos esses elementos. E, para que não haja maiores problemas procedimentais, inclusive os corrêus deverão acessoriamente ser contemplados com a hipótese do foro especial.

Todavia, a crítica que se fará pela corrente vencida é a de que ao invés de se tornarem critérios formais de admissão processual que facilitem o julgamento, na verdade, a mudança de entendimento da Corte fará com que casuisticamente o STF se posicione, sempre que provocado, se o réu parlamentar cometeu o crime no cargo e/ou em função dele e porque isso ocorreu ou não. Quer dizer, esses critérios serão alvos de impugnações pelas partes. E se isso ocorrer, ao invés de melhorar a prestação jurisdicional, na verdade a pretendida restrição de competências do foro ocasionará um efeito contrário ao pretendido: longas discussões de mérito sobre critérios de competência estabelecidos pelos próprios ministros.

6.3.4 Argumentos Históricos

Os argumentos históricos focam em três aspectos, tanto por parte da corrente vencedora quanto da corrente vencida: (i) análise da descrição das constituições a respeito do foro por prerrogativa de função; (ii) observação das vertentes doutrinárias que tratam do assunto e formaram “modelos

hermenêuticos” e; (iii) se a interpretação proposta na AP 937 encontra respaldos nos precedentes do STF.

6.3.4.1 Construção do Foro Privilegiado nas Constituições Brasileiras

Os argumentos dos ministros em torno da previsão da competência constitucional do foro ao longo das constituições brasileiras é de que o foro não existe apenas aos parlamentares federais, e que o foro especial não surgiu na Constituinte de 1988. O juízo de valor sobre cada um desses fenômenos encontrará espaço no manejo desse dado histórico, ou seja, em o que ele significa aos ministros de cada corrente. Entretanto, o fato histórico de que determinadas pessoas já foram contempladas ao longo das constituições com o foro não diz por si como e em qual proporção numérica o foro por prerrogativa de função deve acontecer na Constituição atual.

Portanto, quem relaciona que o fato de que determinadas pessoas por serem contempladas com o foro em constituições pretéritas inevitavelmente resultam em um grande número das que são contempladas atualmente, e mais do que isso, que desse grande número decorre a impossibilidade da alteração de interpretação de competências no que tange aos parlamentares federais, são os ministros da corrente vencida. Assim, a história é vista como justificativa para que esse grupo de ministros defenda a permanência do *status quo* da competência dos parlamentares federais.

Do mesmo modo, esse fato histórico referido não diz nada sozinho sobre o tempo presente ser mais democrático ou não. Mas a corrente vencedora usa como fundamento argumentos de tema histórico para dizer que a Constituição Federal de 88 expressa que a prerrogativa de foro dos parlamentares deve ser interpretada de maneira diversa das constituições predecessoras. Isso porque, segundo esses ministros, historicamente o foro sempre foi um privilégio “odioso”, e hoje estes privilégios devem existir em uma proporção mínima, em virtude da defesa dos valores democráticos, outrora presentes de maneira inferior ou quase nula nos sistemas de governo brasileiros.

Com essa análise, não se pretende dizer que a história não tem um potencial de evidenciar a permanência de dadas estruturas ao longo do tempo. Porém, permanências ou transformações não são fenômenos inequivocamente

comprovados, mas resultados de interpretações contestáveis. De maneira exemplificativa, não poderia o constituinte de 1824 e 1934 pensar que a competência do foro especial seria restrita na constituição de 1988 ou ampliada em função do surgimento dos valores democráticos ou, no segundo caso, em virtude da diversidade de pessoas na administração pública que são contempladas com as hipóteses do foro que cresceram ao longo das constituições.

Por isso que a opção por um posicionamento ou outro depende do objetivo que se tem em trazer um fato histórico ao debate, que pode ser bem diverso, mas nesse estudo de caso se resume a restrição ou ampliação de competências do STF. A tabela a seguir permite elucidar esses objetivos. Nela é possível entender que Dias Toffoli traz inúmeros exemplos de cargos administrativos contemplados com o foro especial. O ministro visa nesse sentido, fazer um desenvolvimento histórico do instituto nas constituições, da Monarquia à República, adiante será possível entender que o objetivo dele é dizer que as hipóteses de foro são permanentes na história constitucional brasileira. Barroso, ao seu turno, se concentrou apenas nas hipóteses do foro que a Constituição de 1988 trouxe, o que fará com que este ministro tenha outro olhar sobre a história constitucional desta competência⁸²:

Constituições e Cartas Políticas/ Artigos	Competência do Foro por Prerrogativa de Função.
<p>1824:</p> <p>Arts: 99; 179, XVI; 47,I e II; 164, II.</p>	<p>A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada, por isso, não é sujeito a qualquer responsabilidade.</p> <p>Privilégios que não fossem essenciais aos Cargos por utilidade pública deveriam ser extintos.</p> <p>Senado: julga família real, ministros e</p>

⁸² A tabela também contou com os argumentos do ministro Fachin, ao tratar sobre a importância do foro para assegurar a *funcionalidade* dos poderes.

	<p>conselheiros de Estado, Senadores e Deputados na Legislatura, Secretários e Conselheiros de Estado.</p> <p>Supremo Tribunal de Justiça: julga Corpo Diplomático e Presidentes das Províncias.</p>
<p>1891: Arts: 53; 52 § 2º; 59,I,a; 72, § 2º.</p>	<p>A República desconhece privilégios de nascimento, foros de nobreza e extingue ordem honoríficas, títulos nobiliárquicos e de conselho.</p> <p>A Câmara julga o presidente em crimes comuns e o Senado em crimes de responsabilidade – <i>impeachment</i>, bem como os conexos ao presidente.</p> <p>STF: crimes comuns dos Ministros de estado, e comuns e de responsabilidade dos Ministros Diplomáticos.</p>
<p>1934: Art. 76, I, alíneas a, b e c.</p>	<p>Ampliação no STF: Ministros da Suprema Corte, Ministros de Estado, PGR, juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação, os ministros do Tribunal de Contas, os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, além dos juízes federais e seus substitutos, nos crimes de responsabilidade.</p>
<p>1937: Arts: 86-100, alínea e.</p>	<p>Criação do Conselho Federal para processar o PR, e ministros do STF nos crimes de responsabilidade.</p> <p>Primeira previsão de foro por prerrogativa estadual para juízes nos tribunais de apelação.</p>
<p>1946: Arts: 101, I, a,b e c; 124, IX.</p>	<p>Reestabelecimento de Competência do STF: PR nos crimes comuns, Ministros, PGR, Juízes dos Tribunais Superiores Federais, Desembargadores Estaduais e do Distrito</p>

	<p>Federal e Territórios, Ministros do TCU e Chefes de Missões Diplomáticas.</p> <p>TJ's tinham competência privativa para processar juízes de instâncias inferiores nos crimes comuns e de responsabilidade.</p>
<p>1967: Art. 5º-I.</p>	<p>Manteve os mesmos moldes até extinguir por completo o Foro por Prerrogativa de Função no AI-5.</p>
<p>1969: Art. 119, I, a.</p>	<p>Volta das competências outrora previstas, além de novas: vice-presidente, deputados federais e senadores.</p>
<p>1988: Art. 29,X; 102,I,b; 53 §1º; 52, I; 102,I,c; 105,I,a; 96,III; 108,I,a.</p>	<p>37 mil autoridades com foro: no STF: PR, Vice, Deputados Federais e Senadores, Ministros de Estado; de Tribunais Superiores e do TCU, Comandantes Militares, Chefes de Missão Diplomática Permanente.</p> <p>STJ: Governadores, Conselheiros dos TCE's e TCM's, membros dos TJs, TRFs e TRE's.</p> <p>Há também aqueles que possuem foro nos TRF's e TJ's.</p>

A corrente vencida nesse sentido é bem mais exaustiva no exame das previsões constitucionais do foro, o que forneceu a ela o contra-argumento de que a mudança de competências pela Corte do foro aos parlamentares federais, não se restringiu apenas ao artigo 102,I,b na eventualidade da Corte fixar o entendimento conforme os critérios defendidos pela corrente vencedora. Do contrário, essa restrição de competências produzirá efeitos reflexos no modo como o judiciário entenderá todas as outras hipóteses de competência do foro, e isso poderá ter tamanhas proporções negativas que parcela expressiva do texto Constitucional nessa matéria pode tornar-se corrompida pelo judiciário.

6.3.4.2 Descrição da Corrente Vencedora sobre o Foro nas Constituições

Como se viu acima, um fato histórico não diz nada sozinho no momento de sua constatação sobre como a realidade atual deverá ser ou é, pois quem faz isso são intérpretes de acordo com as mais diversas razões e conveniências. Essas motivações, ainda que sobre um mesmo fato histórico, demonstram a presença de divergências nas correntes.

No âmbito da corrente vencedora o ministro Barroso alega que a Constituição de 1988 é incoerente com as que a precederam na conformação do foro especial. Isso ocorre, segundo ele, porque nas outras constituições não existiam tantos cargos com foro especial, contrariamente ao que vê a corrente vencida. Nesse sentido, esse aumento de hipóteses de foro na Constituição de 1988 antes de ser um resultado histórico é uma contradição da história das constituições. Além disso, a razão de quase metade dos processos no Supremo serem relacionados ao foro se deve ao respaldo especialmente dado a esse tema pela Constituição de 1969, em um período não democrático.

Todavia, se antigamente o foro servia para que o processo penal não fosse utilizado politicamente contra as autoridades eleitas, hodiernamente tal justificativa é inócua. Isso porque, para Carmen Lúcia, todos os juízes detêm as mesmas garantias da independência e da imparcialidade, independentemente do grau de jurisdição, o que fortalece as instâncias inferiores do judiciário, na mesma medida que as instâncias superiores, de modo que ambas possam suportar igualmente⁸³ qualquer pressão política.

Na sua análise, o ministro Fachin diz que os artigos que preveem o foro especial para prefeitos, governadores e membros dos tribunais de justiça, bem como a competência originária do STF para julgar presidentes e ministros, sempre estiveram presentes em todas as Constituições do país⁸⁴. Ocorre que a

⁸³ A ministra cita nessa linha Guilherme Nucci, com o objetivo de dizer que não é possível entender que os órgãos de primeira instância são mais suscetíveis a pressões políticas. A evidência disso, segundo o doutrinador, é que todos os magistrados são dotados de imparcialidade e as pressões políticas podem ocorrer em qualquer órgão da justiça.

⁸⁴ Ver tabela em “A Construção do Foro Privilegiado nas Constituições Brasileiras”: EC 35/01: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a

inovação histórica da CRFB/88 está em incluir os membros do Congresso Nacional nesse rol, como forma de mitigar a previsão de licença prévia para julgá-los nos processos do STF.⁸⁵

Quer dizer, a previsão do foro a esses políticos para Fachin ao invés de beneficiá-los, como os outros ministros da corrente vencedora afirmam, na verdade faz com que eles sejam tratados de maneira diversa, como se percebe entre outras razões⁸⁶ por esse procedimento da licença prévia. Nesse sentido, Fachin chega a mesma conclusão que os ministros da corrente vencedora, a de que o foro deve ser restringido, mas por outras razões, dentre elas, inclusive as de tema histórico.

Ainda na análise das constituições, Celso de Mello faz duas observações. A primeira, de que um motivo histórico justificou até 1967 a ausência de julgamento no STF de deputados federais e senadores. A segunda é que existem marcantes diferenças entre a proposta da Constituição de 1824 e a atual na competência do foro, uma vez que a primeira leva a crer uma maior defesa desse instituto, ao passo que a segunda deveria o repudiá-lo, mas não o faz da maneira adequada.

No primeiro aspecto, o ministro diz que a súmula 398⁸⁷ trouxe como premissa a incompetência do STF em julgar originariamente os parlamentares federais. Entretanto, a emenda 01/69 instituiu o foro e só a partir desse momento o Supremo pode ser provocado por essa questão.

Quanto às diferenças entre a Constituição de 1824 e a de 1988, por sua vez, tem-se que, enquanto a imperial colocou apenas 4 hipóteses de foro, a de 88 além de ampliar para 20, permitiu a presença de mais hipóteses contempladas por esse instituto a partir dos dispositivos das constituições

expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal."

⁸⁵ Ver tabela em "Quadro de Interpretações da Corte e Alterações Legais"

⁸⁶ Já se verificou ao longo desse trabalho que esse ministro revisor da Ação Penal 937 enxerga no foro por prerrogativa de função, uma competência que é exceção ao duplo grau de jurisdição enquanto valor presente no devido processo legal.

⁸⁷ *O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, deputado ou senador acusado de crime.*

estaduais. Esses apontamentos servem para Celso de Mello dizer que, apesar da Constituição Federal de 1988 estar inserida no momento histórico “republicano” traz privilégios que seriam mais adequados para o momento “monárquico”, mas que nem mesmo lá foram encontrados com tamanha expressividade.

Finalizadas as críticas e observações quanto aos textos constitucionais, a corrente vencedora observa os modelos hermenêuticos que influenciam a visão do foro especial. Nesse ponto, chamam a atenção de que o direito penal não tem desempenhado um papel satisfatório e de que a Constituição pode ser “recriada” por meio dos julgamentos, ou seja, interpretada a fim de trazer novas interpretações, sem comprometer as competências atribuídas ao STF. No primeiro ponto, Barroso interpreta que a mácula do sistema punitivo ineficiente no Brasil, enquanto decorrência da impunidade é resultado pela falha do direito penal na sua função de “prevenção geral”.

Nesse ponto compara que assim como a sonegação tributária não imputa os mais abastados, o sistema penal criado restringe-se a punir pessoas que ganhem menos de cinco salários mínimos. Não pode, nesses termos, o foro especial figurar como uma proteção corporativa, mas sim em prol do interesse público, ou como reitera Rosa Weber, para garantir a dignidade do cargo.

Ou seja, esses ministros compreendem que não só existe o comprometimento negativo da gestão dos processos e de princípios constitucionais com o entendimento literal do artigo 102, I, b da CRFB/88, mas que o foro dos parlamentares é ainda mais danoso. Isso porque uma competência ampla desse instituto se insere no contexto histórico maior de impunidade dos políticos e das falhas do direito penal.

Os ministros da corrente vencedora que também utilizaram modelos hermenêuticos para tratar o foro não dialogam diretamente com a função histórica do direito penal, mas sim com o próprio método de interpretar o texto constitucional. Cármen Lúcia, inspirada pelo viés doutrinário de Canotilho, diz que as constituições rígidas reclamam por uma interpretação flexível. Isso porque, no ínterim entre a interpretação flexível e as normas postas, surge não só a revisão formal da lei, mas a formulação de uma nova Constituição.

Nesse sentido, essa possibilidade de interpretação flexível permite as inovações de competência pela atividade do STF. Essa tese ganha mais força com Celso de Mello, que diz que apesar do Supremo não estar imune às críticas de uma sociedade aberta, é o único órgão que detém o “monopólio da última palavra⁸⁸”.

O fundamento dos argumentos históricos, contou também com a análise dos precedentes da Corte. Interessam nesse momento os argumentos pertinentes à corrente vencedora:

Barroso	Cármem	Celso de Mello	Fachin
Casos que já usaram a restrição de competências e envolveram o requisito do “nexo de causalidade”	ADI 815 permite reconhecer a constitucionalidade do foro	Critérios de fixação de competência que vieram da AP 470	Casos que demonstram a importância da funcionalidade dos poderes
	ADI 2797 da revogação da lei 10628 que ia contra interpretação do STF	Monopólio da última palavra do STF na revogação da lei 10628	

Quanto à primeira subcategoria, nos casos que já usaram a restrição de competências e que envolveram o requisito do “nexo de causalidade”, Barroso diz que quando o STF analisou o tema da imunidade parlamentar material ficou assentado na Corte que a admissão desse instituto seria possível apenas no exercício do mandato e não com qualquer conduta.

Outro exemplo do uso de restrições pelo STF esteve na ADI 02, a qual determinou que apenas as normas editadas após a Constituição são passíveis do controle de constitucionalidade, enquanto as anteriores podem ser

⁸⁸ Página 238 da AP 937.

declaradas compatíveis ou serem revogadas. Assim, percebe-se que as competências previstas ao STF, para o ministro, condicionam uma tomada de atitude finalística, por meio da qual os valores perseguidos devem ser dados pelos ministros.

Na segunda subcategoria, ao tratar do elemento “constitucionalidade do foro por prerrogativa de função”, a ministra Cármen Lucia reconhece que o foro está contido na Constituição e não pode ser retirado de lá. Sobre esse assunto, a própria Corte na ADI 815 impossibilitou que um artigo da Constituição fosse declarado inconstitucional. Também, segundo esse julgado, não é possível estabelecer hierarquia de cláusulas pétreas em relação às regras constitucionais, e em uma Constituição rígida como a de 1988, pois as regras originárias constitucionais não podem declarar a inconstitucionalidade de outras regras igualmente constitucionais.

Porém a fixação de um entendimento sobre o artigo 102,I,b da Constituição é plenamente admissível, inclusive porque já foi feito em outros momentos pelo próprio STF. Na ADI 2767, por exemplo, a ministra entendeu que o órgão ao fixar o entendimento da súmula 394 de que as ações penais e inquéritos iniciados após o término do mandato estariam impedidos de ter competência originária no STF seria um entendimento já consolidado e apto para afirmar o cabimento dos critérios “no cargo” e “em função do cargo”

Celso de Mello vai além, ao citar parte do voto de Sepúlveda Pertence na ADI 2767⁸⁹ para dizer que a interpretação de competências pelo STF implica vedação ao próprio ato de legislar. Isso porque, se o STF interpreta uma norma como inconstitucional e a afasta do ordenamento jurídico e o legislativo depois a refaz, na verdade, a Corte estaria sujeita ao referendo do legislador.

Mais que isso, afetaria o monopólio da última palavra por usurpação de poder do judiciário por parte do Congresso. Essa análise leva a crer que a corrente vencedora entende que quando o STF interpreta suas competências o faz de maneira definitiva e nem mesmo nova lei posterior a essa interpretação vinda do legislativo pode alterar a materialidade dessa coisa julgada.

⁸⁹ Ver tabela em “Quadro de Interpretações da Corte e Alterações Legais”

Ainda na perspectiva histórica dos precedentes da Corte, o ministro Celso de Mello destaca que os critérios de fixação de competências por ele trazidos na AP 470 já demonstravam a necessidade dos julgamentos dos congressistas serem feitos no cargo e em função dele⁹⁰. Nesse ponto interessa analisar que, para sustentar esses critérios de fixação de competência o voto condutor do ministro Barroso também fez menção a esse posicionando do ministro, ou seja, como se o convidasse a votar no mesmo sentido compondo a corrente vencedora.

Por último, ainda na análise dos precedentes históricos da Corte, Fachin traz ao julgamento parte da Rcl. 473 para continuar defendendo a hipótese excepcional do foro por prerrogativa de função, que para ele é cabível apenas quando a funcionalidade dos poderes da república estiver ameaçada⁹¹. Esse caso, portanto relembra ao ministro este propósito que segundo ele, o ministro Victor Nunes Leal também defendia: o foro existe para garantir o bom funcionamento dos cargos políticos e a garantia de um julgamento imparcial e com garantias constitucionais.⁹²

No caso do foro, a funcionalidade surge enquanto discussão a partir da introdução do fator tempo. Ou seja, seria disfuncional entender que um parlamentar que saiu do cargo pudesse a qualquer hora ser julgado no STF. Assim, quando a Corte cancela a súmula 394, impondo a barreira para admissão da competência originária até o fim do mandato dos congressistas, visa garantir a funcionalidade do instituto do foro.

⁹⁰ Página 34 da AP 937: "a prerrogativa de foro merece nova discussão, [...] uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados **in officio** ou **propter officium**, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que nós não estejamos a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles alegadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais."

⁹¹ As questões envolvendo "cláusulas de barreira", "restrição do exercício da liberdade religiosa nas redes públicas" e "impossibilidade do direito à greve por policiais civis" demonstram julgados contemporâneos do STF em que garantir o livre funcionamento dos poderes é a motivação por detrás dos votos.

⁹² Página 68 da Ação Penal 937: "a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse das pessoas, do ocupante do cargo, mas **no interesse do seu bom exercício**, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade"

O que se pode dizer sobre a interpretação histórica obtida nos votos dos ministros da corrente vencedora é a necessidade predominante de superação histórica. Ou seja, essa parcela de ministros entende que há um compromisso do STF em virar a página no que se refere aos privilégios e tratamentos diferenciados a determinados políticos. E não é vedado ao Supremo interpretar essa transformação porque não está retirando o foro da Constituição literalmente, mas realizando uma interpretação nova, com a prerrogativa da última palavra que têm. Assim, a análise desses argumentos demonstra que para esses ministros o STF é um órgão competente para interpretar as suas próprias competências seja para o bom funcionamento dos poderes ou para a própria legitimação do direito.

6.3.5 Competência

A categoria da competência tem como pano de fundo duas ideias centrais na presença dos votos dos ministros da corrente vencedora: a primeira trata-se de uma questão processual no plano da distribuição de responsabilidades internas dos órgãos do poder judiciário na apreciação dos crimes e a segunda é discussão em torno do poder do STF em restringir a sua competência, seja através da justificativa do “juiz natural”, ou do “duplo grau”:

Barroso, Fachin: Redistribuição de competências às primeiras instâncias	Fachin, Barroso e Cármen: Prorrogação de competências na fase de instrução processual	Barroso e Fachin: O Duplo Grau de Jurisdição	Barroso e Cármen Lúcia: Princípio do Juiz Natural
--	--	---	--

6.3.5.1 A Redistribuição e a Prorrogação de Competências

A aplicação dos critérios de que os parlamentares federais devem ser julgados “no cargo” e “em função do cargo” implica redistribuir as competências entre os próprios órgãos do judiciário para saber qual deles deverá julgar um político denunciado. No caso da AP 937 essa necessidade se verificou a partir do entendimento de Barroso de que o crime cometido pelo

imputado não preencheria os critérios necessários à aplicação da competência do foro.

O ministro generaliza a ideia de que nenhuma competência originária do STF prevista na Constituição deve ser lida de maneira totalmente literal. Portanto, não atendidos os critérios que legitimam a fixação de competências apontadas pelo próprio Supremo, outros órgãos do Poder Judiciário serão responsáveis pelo julgamento desses ex-políticos, ou políticos que cometerem crimes não relacionados ao cargo, como uma lesão corporal em um contexto familiar, por exemplo.

No tocante à prorrogação de competências, em regra o STF não deveria ter iniciativa processual para esse entendimento, segundo os ministros da corrente vencedora. Entretanto, diante dos valores da racionalidade e da efetividade da prestação jurisdicional postas em alguns precedentes⁹³ tal ideia que vedaria *a priori* essa ação pelo STF é relativizada.

Por essa razão, ainda que caracterize matéria de direito estrito, o STF já se inclinou em sentido diverso sobre a prorrogação de competências. E nessas ocasiões, acabou auto perpetuando suas competências, sob a justificativa de que o processo deveria ser mais célere. Além disso, segundo Barroso, não faria sentido uma revisão constitucional ampla de conflitos reiterados que dados atores venham a fazer, neste caso de crimes idênticos feitos por parlamentares, ou conforme outros casos da Corte, como aqueles conflitos que se dão entre entes federativos e que não possam abalar o sistema federativo⁹⁴, e os problemas derivados de magistrados e servidores⁹⁵, etc. Diante desses

⁹³ A seguir, os precedentes serão mencionados: Cabimento de julgamento de ADI's apenas para leis editadas posteriormente à Constituição; A competência do STF restará apenas aos casos de conflitos que envolvam o pacto federativo nos conflitos entre União e Estados; A competência do STF em julgar o CNJ, restará apenas no julgamento de atos positivos que o Conselho fizer, e sem possibilidade recursal; A competência do STF em julgar magistrados será mantida, desde que não envolva conflitos com outros servidores;

⁹⁴ Pode-se pensar em um conflito que envolva atritos de competência tributária por exemplo, em que dois entes da federação discutem a legitimidade pela cobrança de mesma exação.

⁹⁵ Nesse caso, não seriam problemas tão graves quanto o de magistrados contra magistrados, e assim dispensariam uma atuação do STF podendo ser resolvidas e instâncias inferiores.

casos também o STF reduziu suas competências originárias transferindo-as para instâncias inferiores.

Segundo o relator, o próprio cancelamento da súmula 394⁹⁶ importou na caracterização da competência restritiva. Logo, se em outro momento poderia se entender que a competência originária seria a regra, a súmula a introduz como exceção. Esse processo de redução de competências, contudo, não pode ser entendido como pioneiro.

Importa analisar, mais do que essas hipóteses de restrição de competências, que o STF também já realizou a prorrogação de competências no caso "Natan Donandon" – AP 396. Nesse julgado, um deputado que renunciou ao cargo pouco antes de ser julgado no plenário, com vistas a tentar fraudar a jurisdição, com o declínio de competências, para assim, ganhar mais tempo e impulsionar o prazo prescricional de sua prática delitiva não obteve êxito estratégico. Nesse caso, a relatora Cármen trouxe a tese da "perpetuação da jurisdição", evitando a prescrição e a impunidade⁹⁷.

Nesse sentido, a "perpetuação de competências" sinaliza um marco temporal objetivo que não permite a manipulação de jurisdições, nem a discricionariedade dos tribunais no manejo do "declínio de competências". Resta o argumento de que a perpetuação de competências garante a identidade física do juiz, regra legal do parágrafo 2º do artigo 399 do CPP.⁹⁸

Outra questão é que para o relator Barroso o foro especial tem como um dos maiores gargalos a questão da competência. Isso porque a maioria dos processos por foro inicia-se em outras instâncias judiciais e caem no STF, sendo apenas 5,94% a amostra de inquéritos iniciados na Corte que seguem como ações penais originárias para o STF.

⁹⁶ "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."

⁹⁷ Outro exemplo que o relator traz sobre a prorrogação de competências é a prática de tribunais de justiça a que usam dessa ferramenta processual logo no início do julgamento, para evitar essas intempéries. A perpetuação de competências também encontra outros precedentes, segundo o relator, como a ação Penal 470 em que o Supremo decidiu por não desmembrar a ação, porque seria prejudicial à elucidação dos fatos e a ação penal 634, em que se entendeu que a partir do primeiro voto em sede de apelação criminal nos tribunais prorroga-se as competências.

⁹⁸ "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

Segundo Barroso, essa questão evidencia duas anomalias na atividade jurisdicional do STF: primeiro que, ao invés do órgão ser um tribunal de questões constitucionais, acaba tendo preponderância como um tribunal recursal, e segundo, mais de 90% de processos iniciados no órgão sofrem com declínio de competências e não com a resolução do processo no órgão.

Outro problema que a ausência da prorrogação de competências no STF gerava era a aplicação da literalidade do artigo 32 parágrafo 2º da EC 01/69, que prescrevia que *"nos crimes comuns, os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal"*. Como Fachin relembra, o entendimento da Corte era o de que a competência do STF nessa questão se deslocava *ex tunc*, e por consequência, todas as decisões anteriores de outros órgãos judiciais eram nulificadas.

Entretanto, houve uma mudança nesse entendimento a partir do inquérito 571, uma vez que, de acordo com o ministro, atos anteriores ao deslocamento de competência ao Supremo seriam válidos no estado em que o processo se encontra, a fim de ressignificar o procedimento do declínio de competências.

6.3.5.2 Duplo Grau de Jurisdição e Competência

Existem dois argumentos na corrente vencedora, no que se refere ao duplo grau de jurisdição na Ação Penal 937:

Barroso	Fachin
O STF deve buscar a padronização internacional em matéria de duplo grau	Afastar o duplo grau requer hipóteses claras

Barroso aponta que, apesar de a Corte ter se posicionado sobre o status supralegal e infraconstitucional dos tratados, ainda assim é importante trazer uma harmonização da legislação local em relação aos padrões internacionais. Esse argumento ficará mais claro no tópico da "legislação nacional e comparada", mas, por ora, cabe dizer que há valorização do duplo grau por parte da corrente vencedora dentro do entendimento a respeito da restrição do

foro. Nessa questão, o ministro cita a previsão do duplo grau pelo Pacto Internacional de Direitos Civis⁹⁹ e a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰⁰

Todavia, o ministro que mais exaustivamente adentra nessa discussão é Fachin. Ele relata que o Brasil, ao assinar esses dois tratados, não tem permissão em agir discricionariamente enquanto Estado parte sobre o alargamento das hipóteses do foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais. Tanto é que o julgamento da Corte sobre os políticos contemplados com essa competência não supre, como regra, a falta de uma revisão judicial e a plena satisfação do duplo grau.

Portanto, esta deve ser a regra, ao passo que o foro especial se comporta como uma exceção. Para o ministro Fachin esse entendimento está de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que no protocolo 7 no artigo 2º¹⁰¹ concorda com a excepcionalidade do foro, ao dizer que a regulação legal no plano do direito doméstico pode comportar exceções ao duplo grau.¹⁰²

O ministro ainda se preocupa em adequar a competência do foro com a previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos em assegurar o princípio *pro homine*¹⁰³. A aplicação desse princípio diz que quando há uma

⁹⁹ 14 inciso 5 “*Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.*”

¹⁰⁰ “*Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.*”

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Exemplifica nesse ponto, com base no critério “exercício das funções”, o caso *Crociani e outros v. Itália*, em que o ministro italiano *Crociani* foi julgado originariamente por uma alta Corte, não se violando, segundo ela, o duplo grau pela exceção do foro. Página 188 da AP 937.

¹⁰³ “*Artigo 29 - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.*”

norma mais favorável no direito doméstico sobre o assunto da convenção, deve o direito interno prevalecer.

Nesse sentido o duplo grau justifica a restrição de competências do foro no artigo 102,I,b porque prevalece sobre os obstáculos materiais e processuais do direito doméstico.

Assim, o ministro consegue valorizar sobremaneira o duplo grau em relação ao foro, inclusive na insistência de que, apenas ao se violar a “funcionalidade” dos poderes, o devido processo legal pode ser alterado para ter uma única instância no julgamento dos políticos. Mostra que essa escolha interpretativa não se faz permanente apenas no controle de constitucionalidade, mas também no âmbito internacional. Isso porque a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, na interpretação da imunidade parlamentar, desconsidera a competência do foro especial em crimes que não guardam íntima relação com o cargo.

6.3.5.3 O Juiz Natural e a Restrição de Competências

O tema do juiz natural na corrente vencedora encontrou vozes nos votos do ministro Barroso e da ministra Cármen Lúcia. O argumento de Barroso se dá no sentido de entender a exceção do juiz natural como algo que deve ocorrer apenas quando se está de acordo com a jurisprudência do STF¹⁰⁴. Cármen Lúcia, por sua vez, trata do juiz natural em uma perspectiva mais relacionada à teoria geral do processo.

A ideia dela é de que, apesar da jurisdição ser una, a administração da justiça requer a repartição de competências. Isso implica que um só juiz não pode exercer a jurisdição em todo o território nacional. Assim, se de um lado se pode pensar que o juiz natural surge por regra, a partir do local da consumação do delito, no caso do foro especial isso ocorre de maneira diversa, em função da atribuição do cargo político que os parlamentares federais possuem. Entretanto essa interpretação segundo a ministra deixa de ter

¹⁰⁴ Exemplifica o posicionamento da Corte na matéria, através da ADI 2587, que proibiu o foro por prerrogativa de função ao delegado de polícia, conforme uma constituição estadual previa. Isso afirmou que a restrição do foro não se conformou como opção política, mas sim como um rígido sistema de jurisdição excepcional, que visa assegurar o estado democrático de direito.

sentido, na medida em que as razões do foro especial deixam de existir: hoje, todos os órgãos do judiciário possuem as mesmas aptidões para sofrer pressões políticas, e por isso essa exceção ao juiz natural se torna cada vez mais rara.

Diante desses argumentos de competência percebe-se que para a corrente vencedora importa uma atuação pró ativa do Supremo frente às ações penais originárias. Isso se vê, por exemplo, na própria prorrogação de competências que o Supremo pode fazer, como feito em diversos casos. Além dessa própria *praxis* do tribunal existe a necessária padronização com a legislação internacional ainda que isso modifique o que o próprio Supremo venha decidindo.

Isso porque as decisões do STF devem se compatibilizar com as realizadas pelas democracias mais fortalecidas, além de expressarem os efeitos dos acordos internacionais com o Brasil. Ademais, a ideia de que o juiz natural dos delitos penais fixa a competência do órgão judicial no local do cometimento do delito também desestimula que o STF julgue todos os parlamentares federais.

6.3.6 Desenho institucional e Opinião Pública

Ao contrário do que se constatou na corrente vencida, os argumentos de desenho institucional não figuram como os mais usados pela corrente vencedora.¹⁰⁵ Mas ambas as vertentes, ainda que com justificativas diferentes, buscam pela legitimidade dos órgãos judiciários diante da opinião pública, demanda esta que dialoga com a necessidade em se manter o prestígio social do STF, e o equilíbrio nas relações envolvendo a separação de poderes.

Para enxergar a relação existente entre as competências do STF e o que seria o exercício satisfatório das funções judiciais, de um lado os ministros analisam a principal causa dos problemas que são trazidos ao STF e de outro, se os órgãos judiciários estão estruturados para resolvê-los. No primeiro caso, o ministro Barroso afirma que existe uma “crise sistêmica de corrupção” no Brasil e que ela se mostra de maneira multipartidária nos partidos políticos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ver tópico em “A Presença dos Fundamentos nos Votos dos Ministros”

¹⁰⁶ “[...] se não fizesse diferença o foro privilegiado, não haveria esse empenho em manter - isso é **multipartidário**, a grande vantagem dessa crise brasileira e da

Diante dessa perspectiva, o ministro compreende que o foro por prerrogativa de função é um instituto objetivamente criado para ser disfuncional. Ou seja, o fato dele ser utilizado por políticos para mitigar as condenações por corrupção resulta em uma distorção no resultado esperado da atividade judiciária e que deve ser corrigida pelo Supremo.

Por essa razão, a tese de fixação de competências em função do cargo e no cargo deve ser centrada nos parlamentares federais, por não haver precedentes que envolvam gritantes distorções nas hipóteses de foro que abrangem outros cargos administrativos.¹⁰⁷ Além disso, ao se admitir um alcance amplo das hipóteses de foro aos parlamentares, o STF perde o seu poder correccional, pois suprime uma primeira análise que as primeiras instâncias do judiciário poderiam ter sobre esses processos.

Esse argumento de estrutura é ainda mais trabalhado no voto de Celso de Mello. Segundo o ministro, não é justificável a existência do foro por prerrogativa de função para não permitir que alguma autoridade seja impedida de ter seus atos julgados em primeira instância. Isso porque todos os funcionários que estejam compromissados atuam com responsabilidade em suas atribuições, e ele mesmo, segundo Cármen Lúcia, se sujeitaria a ser julgado por juízes de primeiro grau¹⁰⁸. Na realidade a diferença entre essa atuação primária e a do STF é que o último órgão tem o papel de prolatar, com definitividade, seus entendimentos e, assim, impor um termo final às controvérsias. Ou seja, a função institucional atribuída ao STF é que ele seja não o órgão inicial das controvérsias jurídicas, mas o ponto terminal, por deter logicamente o “monopólio da última palavra.”

corrupção sistêmica é que não dá para apontar o dedo para um e para outro, não foram falhas pontuais, foram falhas institucionalizadas de arrecadação e de distribuição por tanta gente, que é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil. [...]” Página 129 da Ação Penal 937.

¹⁰⁷ Ou seja, não há que se discutir nesse ponto, a mitigação do foro por prerrogativa de função ao Ministério Público ou Magistratura, pois nos 528 inquéritos e ações penais existentes no STF, não há nenhuma amostra de atores desses órgãos no Supremo, restando um número irrisório de 15 ações no STJ. Página 153 da Ação Penal 937.

¹⁰⁸ “Ministro, acho que o exemplo de Vossa Excelência é extremamente feliz, porque um Ministro do Supremo Tribunal Federal afirmar, como nós estamos afirmando, pelo menos nos votos que acompanharam o Ministro-Relator, que seria da nossa compreensão que devêssemos ser julgados nos crimes comuns, se algum viesse a praticá-lo, por um juiz é um atestado de que o Supremo Tribunal Federal acredita no juiz brasileiro”. Página 248 da AP 937.

Quanto à opinião pública especificamente, a legitimidade do direito e do Poder Judiciário perante a sociedade ocupa espaço nos argumentos da corrente vencedora, cada qual, com uma preocupação específica da função do órgão ao exercitar suas prerrogativas institucionais:

Barroso	Celso de Mello	Cármem Lúcia	Fachin
Dimensão simbólica do Direito Penal	Última palavra supera o requisito democrático	O judiciário é uno	Inexiste grau de pressão no judiciário

O desprestígio do STF, segundo Barroso, ocorre tanto na falta de eficácia e racionalidade da gestão processual – sobe e desce de inquéritos, prescrições de processos, etc – quanto na falta de credibilidade do sistema penal, uma vez que os réus manipulam a jurisdição para evitar a punibilidade. Essa situação acaba por afetar a “dimensão simbólica”¹⁰⁹ da justiça, constatável, segundo o ministro, ao “*abrir os jornais para saber que manter a jurisdição do Supremo é uma benção*”¹¹⁰.

Celso de Mello, como dito acima, estressa por sua vez a argumentação do “monopólio da última palavra”. De acordo com o ministro, a legitimidade do STF é consagrada por essa questão, uma vez que as discussões podem ter foros judiciais e extrajudiciais na sociedade, diversas opiniões e posicionamentos, mas é a Corte que tem o poder de fazer em abstrato o controle de constitucionalidade.

Os comentários de Celso de Mello abriram espaço para que Cármem Lúcia pudesse valorizar a atuação do juiz brasileiro de primeiro grau. Para ela, quando Celso de Mello insiste na ausência de temor de qualquer autoridade diante da primeira instância, além de enviar um voto de confiança na magistratura brasileira demonstrou que o poder judiciário é uno e, portanto,

¹⁰⁹ Cármem Lúcia também compreende a dimensão simbólica do direito. Ela lembra da AP 396 em que um deputado federal renunciou o mandato com vistas a driblar a jurisdição. Mesmo assim, o STF auto fixou competência para julgá-lo, prorrogando competências e retirando da sociedade o sentimento de impunidade.

¹¹⁰ Página 129 da Ação Penal 937.

apto para julgar senadores e deputados federais nas primeiras instâncias, assim como o STF.

Ou seja, o argumento de que o judiciário é uno objetiva dizer à opinião pública que não existem diferenças de tratamento entre os órgãos de justiça no julgamento dos políticos e que toda estrutura do judiciário é apta para exercer essa competência, salvo a exceção do foro especial segundo os critérios “no cargo” e “em função do cargo”.

Essa ideia de isenção do poder judiciário ganha ainda mais destaque no voto do ministro Fachin quando interpreta normas de direito internacional. Nesse viés, o Pacto de São José da Costa Rica, segundo ele, não permite cogitar graus distintos de isenção do judiciário, visto que toda a estrutura dele está sujeita a pressões políticas. Nesse sentido, o que o foro especial objetiva, na verdade, é a proteção da separação de poderes entre o legislativo e o judiciário de forma harmônica, tal como previsto na lógica da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹¹.

Em uma síntese conclusiva, os argumentos pertinentes ao diálogo institucional e à opinião pública demonstraram a preocupação da corrente vencedora com a corrupção sistemática que transcende aos partidos e chegou ao Supremo por meio do equivocado uso de suas competências. Diz-se equivocado tendo em vista que a corrente vencedora percebe que o uso da competência do foro no Supremo pelos parlamentares federais acusados, ao invés de ser algo temível, é desejável diante das prescrições, declínios de competências e demora no julgamento. Logo, a reinterpretação delas é um mote que vem acompanhado com a certeza de que todo o judiciário deve estar empenhado no julgamento dos parlamentares federais ao cometerem ilícitos.

Desse modo, como não se pode enxergar defeitos estruturais no judiciário, em vista de sua unidade de objetivos comuns, além de todas as instâncias

¹¹¹ Fux, por sua vez, ao mencionar a separação de poderes complementa esse argumento de forma exemplificativa ao dizer que o juiz de primeira instância deve primeiramente ouvir a Casa Legislativa antes de efetivamente dar a voz de prisão aos parlamentares federais, uma vez que as imunidades materiais subsistem ao foro. Tese, aliás, que é muito mais referendada pela corrente vencida.

possuírem jurisdição e serem capazes de suportar externalidades, como é o caso das pressões políticas que possam querer afetar o julgamento, qualquer desses órgãos poderia a princípio julgar os parlamentares federais como regra.

Porém, a presença da regra de competência do foro presente no artigo 102,I,b, além do caráter moralizador do direito penal e do STF como órgão que supera as desavenças no plano democrático, fornece subsídios teóricos para que se tornem, ainda que excepcionais, o julgamento originário dos parlamentares federais no STF preenchidos os requisitos “no cargo” e “em função do cargo”.

6.3.7 Legislação Comparada e Nacional

O uso dessa categoria pela corrente vencedora teve o papel de mostrar que a legislação brasileira deve extinguir progressivamente as hipóteses de foro especial, assim como ocorre nos países vizinhos do continente e nas nações europeias¹¹². Para sustentar essa afirmação, o próprio Fachin disse que a restrição de competências no que tange ao foro nesses países, não compromete o exercício democrático, ou seja, o que ele quer dizer é que essa competência não consiste um elemento fundamental para a permanência do Estado Democrático de Direito.

Os exemplos desses países que são tomados como modelos no âmbito da discussão dessa competência são relacionados nesta tabela:

	Celso de Mello	Barroso
Países mencionados	Argentina, Bolívia, Espanha, Colômbia, Estados Unidos, França Itália e Portugal	Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá/ França, Portugal e Holanda
Extensão do foro	Esses países demonstram	O primeiro bloco

¹¹² Marco Aurélio menciona o caso do ex-presidente Clinton, que foi julgado em tribunal de júri na primeira instância nos Estados Unidos. Celso de Mello diz que naquele país, a imunidade processual só existe enquanto durar o cargo independentemente do modo como a finalização do mandato venha a ocorrer: *impeachment*, renúncia ou não reeleição. Ou seja, para ambos os ministros esses são bons exemplos do uso dessa competência pelos países citados.

	a progressiva extinção do foro.	contempla democracias que não preveem o foro. França e Portugal só preveem para Presidente, Chefe e Ministros de Estado.
Restrição do foro	Nos Estados Unidos, só há imunidade do presidente enquanto durar o cargo.	Nos países do segundo bloco, além do número de autoridades ser menor, a abrangência dos ilícitos também: apenas os feitos "no cargo".

Após essa visão global das competências em outros países, a corrente vencedora conseguiu responder como, no caso brasileiro haveria a compatibilização das imunidades processuais com a previsão do foro. Melhor dizendo, uma vez que as imunidades processuais subsistem no Brasil, ainda que os ordenamentos de outros países operem de maneira contrária ao foro, por parte do STF faz-se preciso um meio termo. E assim, os extremos de uma Corte que abranja muitas hipóteses de foro ou que, ao contrário, não albergue nenhuma hipótese, sejam ambas reprováveis pelo judiciário.

Por isso, para Barroso, na interpretação do artigo 53 parágrafo 3º¹¹³ da Constituição Federal deve haver um "nexo de causalidade" entre o surgimento da competência originária a partir de um caso concreto e manutenção dessa competência no STF¹¹⁴ sempre quando o parlamentar cometer crime no cargo

¹¹³ "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação."

¹¹⁴ Não haveria manutenção de competência originária no STF, de acordo com o Relator, quando, mesmo que o imputado realize crime no cargo e em função dele, termine o mandato antes da fase de instrução processual. Nesse caso será necessário declinar a competência para primeiras instâncias, salvo quando na presença de algum

e em função do cargo, ressalvando a hipótese de prorrogação de competências na instrução processual ter sido constatada em outro órgão da justiça.

Por todo o exposto vê-se que a corrente vencedora entende que, mesmo que a legislação nacional tenha sido impactada após o período ditatorial predecessor com um “boom” de hipóteses de foro na Constituição de 1988, essa abrangência de competência não é uma tendência mundialmente incentivada. Mas não só isso, para essa corrente, esse alargamento de competências fez com que o sistema de julgamento não funcionasse de maneira satisfatória após 88.

Diante dessa situação a Corte deve mudar a concepção do direito, e isso é de tamanha urgência na visão do STF, que faz com que através do caso em análise ela possa ultrapassar a eficácia decisória das partes nele envolvidas para restringir as competências do órgão a todos os parlamentares federais, a exemplo do que ocorre em outros ordenamentos nacionais com democracia forte.

6.3.8 Consequencialismo

Os argumentos consequencialistas utilizados pela corrente vencedora procuram diante de todo o esforço das ideias anteriores expostas demonstrar como os critérios de restrição de competências são positivos, uma vez que garantem o aperfeiçoamento não só do modo como a Corte deve julgar casos nessa matéria, mas melhoram todo o sistema judicial reduzindo a impunidade e a seletividade do direito penal.

Entretanto, essa redução da impunidade não acabará, segundo os ministros, por uma maior apreciação de casos e de trabalhos pela Corte, mas será resultado do exemplo trazido pelos políticos que serão presos aos parlamentares que, eventualmente, possam se direcionar para um passo posterior à cogitação dos crimes, praticando-os efetivamente.

Isso não significa dizer que a restrição de competências visa acabar com a impunidade dos políticos pelo maior número de condenações do STF, mas

vício nesse término de mandato, ou seja, para fraudar a jurisdição como no caso da AP 936 em que o imputado renunciou no dia do julgamento.

sim que, com a fixação de competências da Corte apenas em determinados casos irá ajudar a evitar a má impressão do STF. Até porque, no âmbito das justiças de primeiro grau não existe essa má visão da justiça, o que possibilita sem prejuízos recursais ao STF, que os parlamentares sejam julgados por esses órgãos.

6.4 Argumentos da Corrente Vencida

6.4.1 Princípios da Igualdade e República

Os ministros da corrente vencida que mencionam diretamente os princípios da Igualdade e da República são Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Apesar disso, o fazem com objetivos distintos da primeira corrente. Gilmar Mendes utiliza esse argumento com o objetivo de refutar o preenchimento de “lacuna oculta” na interpretação constitucional do foro por prerrogativa de função por parte do intérprete, como defendido por Barroso.¹¹⁵ Toffoli, por sua vez, ao analisar esses princípios diz que eles estão presentes na Constituição com o objetivo de assegurar as regras no estado em que elas se encontram.

Assim, o uso dessas categorias pela corrente vencida demonstra a impossibilidade da restrição de competências, tal como pretendida pela outra corrente, no que se refere ao artigo 102,I,b da CRFB/88, ainda que com argumentos diferenciados. Por uma vertente, Gilmar Mendes diz que não é lógico ao STF buscar uma teleologia da norma.

Segundo ele, uma leitura feita dessa forma concede demasiado valor ao princípio da igualdade. E isso teria como consequência uma colisão com normas constitucionais de igual peso, tal como a que prevê o foro por prerrogativa de função. Ou seja, segundo o ministro, o que Barroso faz é dar ao princípio da igualdade uma hierarquia acima de normas constitucionais expressas.

Ou seja, para refutar os argumentos de que os princípios da igualdade e república seriam superiores às normas de competência extraídas do texto, no que tange ao foro, os ministros dessa corrente estiveram diante de duas opções: ou achar uma contradição no uso específico deles, como se viu acima,

¹¹⁵ Ver tópico 4.1

ou ainda simplesmente afirmar que uma posição hierárquica dos princípios frente às regras, inclusive potenciais conflitos com a competência do foro, não existem.

O ministro Toffoli trabalhou esse ponto, ao dizer que, ao invés dessa diferença hierárquica ou da presença de colisões, os princípios estão de maneira paralela às regras, ao serem usados pelo intérprete. Isso se verifica quando ele diz que o princípio republicano e o da isonomia já são contemplados quando da formação de regras constitucionais que, por isso, não caberia ao intérprete evidenciar qualquer conflito. Aliás o fato de esses princípios estarem inseridos nas regras *a priori* auxiliam na formação de “enfeixamento harmônico”¹¹⁶ dos preceitos da Constituição. Com isso, eles assumem o espaço de premissas que não podem ser mudadas pelas interpretações como as que o relator propõe, sob pena de invalidação de todo o sistema de competências do instituto do foro especial.

Nesse sentido a corrente vencida enxerga que a postura do STF não deve ir contra ao foro em si e que a tendência a querer alterar essa competência, de maneira diversa da Constituição, não deve ser aceita, pois isso afetaria reflexamente e negativamente o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, não é possível pensar de maneira destacada e assim realizar a restrição de apenas uma regra de competência, pois esse instituto tem uma amplitude maior. Assim, esse instituto só pode ser apreendido em consonância com o ordenamento.

6.4.2 Mutação Constitucional

Os ministros da corrente vencida não vislumbram nenhuma alteração de índole social que seja tamanha desde a formação da Constituição de 1988, a ponto da interpretação sobre a competência originária em matéria do foro aos parlamentares ser diferente em relação ao que os constituintes fixaram naquele momento.

¹¹⁶ “O conceito de sistema pressupõe as noções de ordem e de unidade, de enfeixamento de princípios e regras num todo lógico, um complexo harmônico.” Página 297 da AP 937.

Portanto, a argumentação dessa corrente expõe a inviabilidade de dizer que a regra do 102,I,b da CF sofreu com a mutação constitucional no momento do julgamento da AP 937. E mais do que isso, parte da corrente complementa que não só é descabido enquadrar mudanças sociais pretendidas pela corrente vencedora nesse conceito, como também mesmo que se elas existissem, a ferramenta processual “ação penal” não permite uma decisão que se expanda em eficácia de forma a ensejar a repercussão geral.

Nesse sentido, três ministros da corrente vencida se contrapõem à tese da “mutação constitucional”: Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. O primeiro traz como tese central a vedação de auto restrição das competências originárias pelo STF, pois isso não se compatibiliza com a vontade do constituinte originário de 1988.

Esse argumento é reforçado pelo segundo ministro, o qual afirma que não houve nenhuma mudança de contexto fático capaz de justificar a presença da mutação constitucional no artigo 102, I, b da CF. Na verdade, o que houve, segundo Gilmar Mendes, foi apenas a configuração da EC 35/01¹¹⁷, que dispensou a autorização das duas casas legislativas para iniciar o processo contra parlamentares federais sem, entretanto, gerar a alteração de nenhuma das competências do STF.

Finalmente, o terceiro ministro, além de concordar com os outros dois, entende que o mecanismo da “Ação Penal”, enquanto sede processual, não seria capaz de admitir sequer a discussão da mutação constitucional. E por isso o STF não teria a iniciativa processual que justificasse a alteração de suas próprias competências sob a lógica desse instituto.

Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski reforça que as questões de ordem quando trazidas ao pleno do STF não visam a solucionar aspectos do direito material, como seria o caso do cabimento ou não da mutação constitucional, mas apenas enfrentar questões processuais. E essa limitação do STF ao exercício do mérito de questões complexas, que existe nesse meio processual, não necessariamente existirá em outros. Ademais, segundo o

¹¹⁷ Ver tabela em “Quadro de Interpretações da Corte e Alterações Legais”

ministro, essas limitações existem justamente para que o STF não realize uma função anômala.

Isso porque não cabe ao órgão usar de um conceito com aparência em solucionar um conflito de direito com o objetivo de na verdade atingir outro propósito. Especificamente neste caso, não cabe manejar a mutação constitucional com vistas a diminuir o acervo de processos do STF em matéria de foro dos parlamentares federais. Isso porque tal iniciativa é de competência do Congresso através das emendas constitucionais.

Em suma, os ministros da corrente vencida, ao fazerem a análise dos princípios constitucionais nessas duas últimas categorias, especificamente na categoria de mutação constitucional, caminham em um sentido contrário aos da corrente vencedora. Isso porque, ao invés dos princípios aplicáveis ao caso estenderem a interpretação de uma regra de competência com o objetivo de restringir as competências do STF em matéria do foro, a corrente vencida evidencia que eles servem, na verdade, para limitar a leitura das competências do órgão a uma leitura literal do artigo 102,I,b.

6.4.3 Gestão Processual

A leitura dessa categoria, de acordo com a corrente vencedora, indicou que a gestão processual do STF melhoraria significativamente se a regra geral de competências para julgar os parlamentares federais fosse no sentido de levar o maior acervo possível de processos às outras instâncias da justiça, uma vez que elas não estão desprestigiadas como o STF perante a sociedade em matéria de julgamento de políticos.

Acontece que a corrente vencida nega que as instâncias iniciais da justiça penal do país realizem uma satisfatória gestão processual. E mais do que isso, também não se pode dizer que a gestão processual não está sendo realizada de maneira absolutamente regular pelo STF no uso de suas competências.

Entretanto, quando os ministros dessa corrente dizem sobre a correta aplicação da gestão pelo órgão, isso não significa dizer que não existam problemas no âmbito da aplicação do direito em suas decisões, uma vez que elas são influenciadas diretamente pelos trabalhos de outros órgãos de controle, como o Ministério Público e a Polícia Federal. E justamente esses

controladores também têm falhas estruturais que atrapalham a atividade da Corte.

Observando mais detidamente essas argumentações sobre a crítica ao primeiro grau, o ministro Alexandre de Moraes afirma que muitas varas estão abalroadas com 10 mil processos para um juiz e dois escreventes, e que não é possível convencer-se como pesquisas acadêmicas apontam, como a pesquisa da FGV, de que a alteração do foro diminuiria em 90% os processos da Corte. Isso porque, segundo ele: "*dos meus 23 inquéritos e 11 ações, acaba com uma ação e dois inquéritos.*"¹¹⁸ Não só esse ministro procura demonstrar como seu trabalho tem sido eficiente em julgamentos envolvendo a competência do foro, como também o faz o ministro Toffoli com uma análise exaustiva do exercício de suas próprias atividades na Corte¹¹⁹.

Entretanto, essa crítica ao primeiro grau ganha ainda mais destaque quando Gilmar Mendes relaciona os problemas das primeiras instâncias do judiciário com outros órgãos que participam do processo penal. Quando o ministro se indaga sobre a eficiência da justiça de primeiro grau, ele exemplifica que o Brasil, apesar de ser o país que mais comete homicídios, tem uma taxa de julgamentos da ordem de 8%.

Relembra que, quando ele era presidente do CNJ, o estado de Alagoas era conhecido como o "*paraíso do crime de mando*", com cinco mil homicídios sem inquérito aberto¹²⁰. E como último exemplo, refere-se à AP 470 para apontar que a maioria dos inquéritos que foram mandados para a primeira instância não resultaram em investigações de acordo com a PGR. E isso, além de contradizer as afirmações de que a primeira instância faria melhor uso da competência para julgar os políticos, ainda comprova, segundo ele, que o STF

¹¹⁸ Página 217 da Ação Penal 937.

¹¹⁹ Nesse ponto, diz que das 35 ações penais que teve, 26 foram solucionadas, restando 9 em que cita uma por uma. Com essa amostra, o ministro planeja mostrar a celeridade e eficiência de seu trabalho e do STF. Listando-as tem-se, a AP 618 em que aguarda diligências para julgamento, a AP 647, em que já teve a fase de instrução concluída e aguarda julgamento, sem risco de prescrever, a AP 907, traz apenas uma questão de embargos, a AP 928 já foi por ele liberada para julgamento, a AP 986 está em início da instrução processual, a sexta ação também está nessa fase, a sétima, aguarda diligências da secretaria do STF, a oitava, está na PGR e a nona, também está guardando diligências da secretaria.

¹²⁰ Página 09 da Ação Penal 937.

diante dos inquéritos criminais originários serve como protagonista em um efetivo controle de gestão processual.

Quanto aos argumentos que mais detidamente se referem aos outros atores que participam do processo penal, além do STF no uso da competência do foro, o ministro Gilmar Mendes diz que muitos inquéritos são abertos e não encerrados pelo Ministério Público e pela Polícia Federal. Outros ainda são abertos com propósitos escusos, como intimidar membros do judiciário, por exemplo.

De acordo com o ministro, como exemplos do primeiro caso tem-se que a mesma PGR que abre inquéritos pode ficar anos sem pleitear pedido de arquivamento ou mesmo julgamento, devido à ausência de suporte probatório capaz de resultar em ação penal propriamente dita. Ainda pode a Polícia Federal e o Ministério Público se alongarem em suas diligências de maneira altamente morosa. E como exemplo de casos que servem para a intimidação dos magistrados, o ministro cita um inquérito que pretendia verificar se houve obstrução de justiça na nomeação dos ministros Falcão e Marcelo Navarro do STJ,¹²¹ o que segundo o ministro é inconcebível.

Por isso que apesar do ministro reconhecer a desfuncionalidade no sistema do foro, ao observar que o constituinte não esperava a presença de 500 ações no STF, reconhece que o maior problema de gestão processual é a atribuição de competências que o artigo 102,I,b confere ao STF. Os problemas na verdade são externos ao STF, pois, além da questão dos inquéritos paralisados¹²², sequer existe a ciência do número de processos que tramitam no Brasil e muito menos as matérias que estes tratam.

Do contrário, o STF segundo o ministro Dias Toffoli comporta um bom número de dados para identificar o uso específico da competência do foro no órgão. Primeiro, o ministro diz que houve de 1988 até 2001 apenas 6 ações na

¹²¹ Página 304 da Ação Penal 937

¹²² Como exemplo tem-se um caso, em que o ministro lembra, que já tramita há 12 anos, que acusa um prefeito que se tornou senador, mas que as testemunhas e outras pessoas indiciadas morreram nesse intervalo de tempo, prejudicando o curso do processo. Outro exemplo seria dos "inquéritos escusos" com propósitos de "intimidar ministros" como no caso do inquérito aberto contra os ministros do STJ pelo ministério público, com vistas a invalidar a nomeação de dois deles escolhidos para atuarem naquela Corte.

Corte envolvendo parlamentares federais. Esse cenário, todavia, mudou a partir da emenda constitucional 35/01, com 661 ações penais ocorrendo de 2002 até 2018. Nesse momento a gestão processual do STF teve de se readaptar, inclusive deslocando do pleno para as duas turmas os julgamentos, o que faz crer que a Corte age com celeridade no julgamento dos parlamentares federais.

Então, a partir da identificação dos reais problemas, segundo a corrente vencida, da aplicação do instituto do foro, a argumentação dela nesse momento se direciona em fazer uma análise de futuros problemas que a fixação do entendimento de que os parlamentares federais devem ser julgados “no cargo” e “em função do cargo” resultariam.

Para isso, primeiramente Alexandre de Moraes em intertexto com os problemas apontados por Gilmar Mendes diz que, se o STF está no uso regular e esperado de suas competências, alterá-las nos moldes do planejado pela corrente vencedora, ao invés de diminuir o número de processos, desorganizaria a gestão processual do STF, por implicar em aumento de recursos no STF. Além disso, ensejaria a insegurança jurídica, a prescrição e a impunidade.

Além desse diagnóstico de implicações negativas ao STF, a mudança dessa competência do foro daria às autoridades locais prerrogativas potencialmente mal utilizadas. Isso significa dizer que os juízes de primeiro grau ao julgar os parlamentares poderão, segundo Toffoli, utilizar da apreensão domiciliar, interceptações telefônicas, além da condução coercitiva de forma errônea¹²³. Quer dizer, além da paralisação de processos com essas medidas, a alteração das competências do STF ensejará em grande contingente de nulidades, o que segundo Toffoli, não soluciona o problema da impunidade.

Também para este ministro, a ideia de que há um número impossível de ações para o STF julgar, sem considerar as alterações da EC 35/01 torna-se

¹²³ Isso porque até o momento do julgamento da AP 937 essas medidas ainda não foram pacificadas pelo Supremo, com a ausência do término de julgamento das ADPF's 395 e 444.

uma “lenda urbana¹²⁴” e ofensiva aos ministros de ontem e hoje da Corte. Isso porque, para ele, apesar do aumento de números de casos do STF, nada impede o funcionamento da Corte, que vem gradativamente, ano a ano, reduzindo seu acervo processual de maneira satisfatória. Entretanto, não se pode assegurar que a mudança de competências fará com que a justiça do primeiro grau corresponda à altura. Nisso, em termos de gestão processual, a própria AP 470 demonstrou que na hipótese de desmembramento de processos de vários réus políticos, talvez sequer o mensalão fosse julgado se não fosse a atuação do STF.

Para reforçar esse último ponto, ao dizer que essas alterações de competência pleiteadas pela corrente vencedora são oferecidas, o ministro Ricardo Lewandowski diz que o uso das ferramentas processuais do STF deve ser defendido de maneira ritualística para que inclusive artigos taxativamente postos da Constituição não sejam feridos.¹²⁵ Portanto, isso significa dizer que impedir mudanças “heterodoxas” fazem parte das prerrogativas do STF em matéria processual.

6.4.3.1 Gestão Processual e Diálogo com a Academia

No trato da gestão processual, parte da corrente vencedora manteve esforços para refutar substancialmente o estudo “*V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado. Joaquim Falcão [et al.]. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017*”.

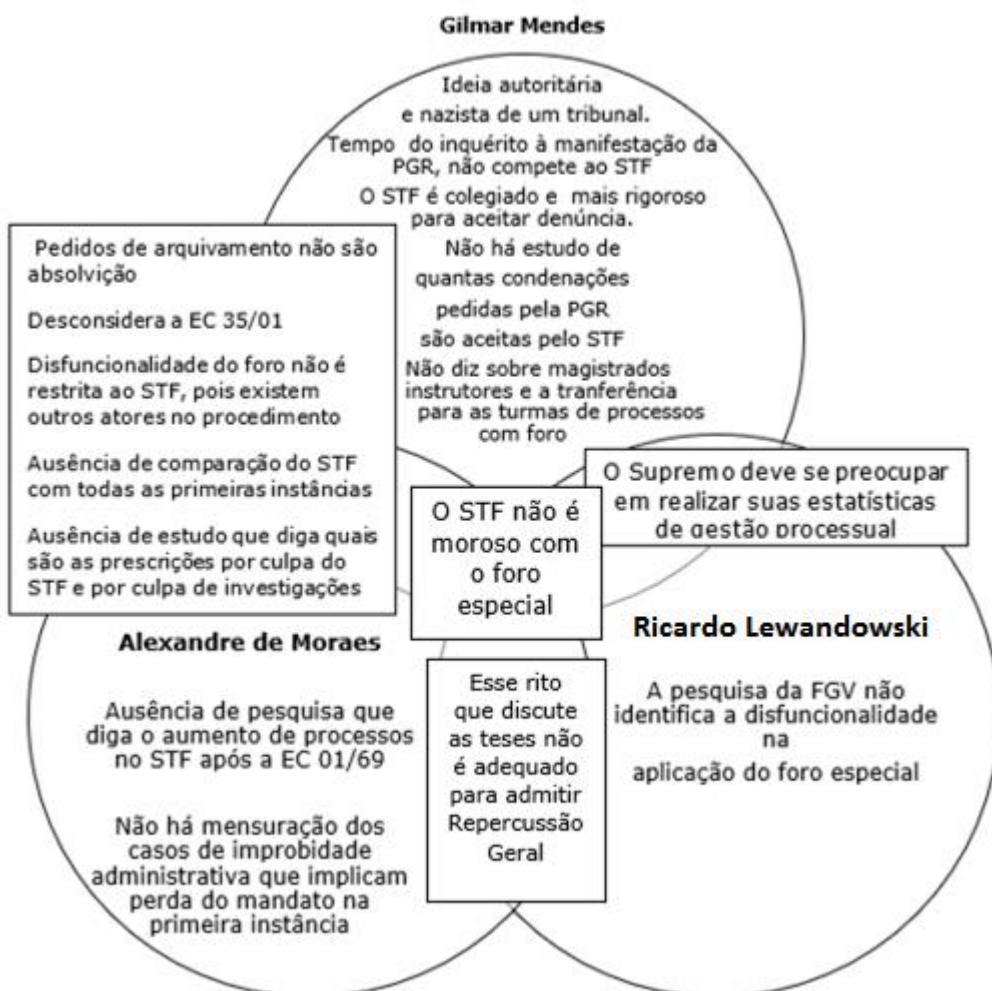
Importante notar o incômodo que a pesquisa gerou neles, e em como isso influencia na decisão não só quanto ao aspecto meramente descritivo dos argumentos que ela traz, mas em como a mídia os utiliza para realizar o seu controle social das atividades do STF.¹²⁶

¹²⁴ Página 222 da Ação Penal 937.

¹²⁵ “[...] Longe de compreender apenas aspectos ritualísticos da atuação dos juízes, advogados, membros do Ministério Público e servidores, a boa ordem dos trâmites forenses garante a observância do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas, dentre outros princípios. [...]” Página 319 da Ação Penal 319.

¹²⁶ “[...] Um estudo intitulado “O Supremo e o Foro Privilegiado”, ligado à FGV, é sempre mencionado para afirmar a inoperância do STF em matéria penal. O estudo, “vazado” ao jornal “O Globo” em 16.2.2017, um dia depois da decisão que afetou esta questão de ordem ao julgamento do Pleno, distorce informações, no intuito de

Para melhor ilustrar os argumentos em torno desse tópico, a síntese argumentativa da corrente vencida diante do estudo da FGV é mostrada pelo seguinte diagrama:



127

Como se percebe da leitura das principais críticas à pesquisa pelos ministros da corrente vencida, os votos deles na ação penal 937 tiveram uma real preocupação em legitimar a gestão processual do STF, nem que para isso, como fizeram, fosse necessário criticá-la. O teor dessa crítica girou em torno dos conceitos que ela, ainda que implicitamente, traz de que um órgão de

demonstrar supostas inoperância e parcialidade do STF [...].” Página 378 da Ação Penal 937.

¹²⁷ Fonte: Elaboração própria.

justiça satisfatório no uso de suas atribuições seria aquele que não tivesse um grande acervo de processos.

Nesse ponto, os ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes dizem que a pesquisa desconsidera a diferença de dados antes e depois da EC 35/01. Eles ressaltam que a queda do requisito de aviso à casa legislativa fez com que o STF tivesse de se readaptar com o aumento de processos, chamando juízes instrutores e passando para as turmas o julgamento de casos com foro. Além disso, Alexandre de Moraes em especial diz que faltam estatísticas que provem o aumento de casos do foro também antes e depois da EC 01/69.

Por isso não se pode dizer que a criação da hipótese de foro aos parlamentares federais no STF fez com que o número de casos de competência do foro no geral aumentasse. Para ele, também os crimes de improbidade administrativa atestam que a dupla responsabilização civil e criminal na primeira instância não demonstra que ela tem sido tão efetiva na criminalização dos políticos.

Ou seja, outro erro da pesquisa, para esses ministros, encontra-se no fato da pesquisa generalizar informações e desconsiderar outras variáveis, como quando ela faz crer que o STF seria um órgão insuficiente em comparação ao primeiro grau. Essa informação, segundo esses ministros, estaria equivocada porque a pesquisa não comparou essa hipótese com o que é possível se encontrar nos números que correspondem às atividades dos órgãos de primeiro grau do judiciário, simplesmente porque não analisaram esses números.

Para o ministro Gilmar Mendes, não é possível sequer admitir que a primeira instância é mais rigorosa que o STF. Primeiro, porque não há estudo que diga quantos dos pedidos de condenação da PGR são atendidos, segundo que, de acordo com dados do CNJ em 2016, 71% dos casos penais da primeira instância que estavam em trâmite há mais de um ano, não tinham sido julgados. O STF, por sua vez, demora uma média de 1 ano e nove meses a 2 anos e três meses em seus julgamentos.

Para os ministros, a pesquisa da FGV também desconsiderou que não cabe a mera análise de afastamento da denúncia em caso de causa “manifesta” ou “evidente” pelo STF, tal qual consegue a primeira instância em sua gestão processual, que assim faz de acordo com o 395 e 397 do CPP¹²⁸. Isso porque, o STF é um órgão colegiado e faz uma análise mais profunda da matéria.

Por fim, como última crítica apresentada pela corrente vencida em torno da pesquisa está no fato dos dados quantitativos e estatísticos que são atribuídos para o STF, ao ver dos ministros, também são errôneos. E por essa razão, os ministros Ricardo e Gilmar insistem na necessidade do Supremo ter suas próprias estatísticas, para não ficar refém de outros dados que não dos órgãos de justiça.¹²⁹

Nesse último ponto, por exemplo, Gilmar Mendes afirma que a pesquisa da FGV teve dificuldades em diferenciar, na mensuração de seus dados, o que seria inquérito e processo criminal. Por isso que não cabe a ela trazer o ônus de absolvição, segundo o ministro, exclusivamente ao STF nos inquéritos que são abertos e arquivados pela PGR. Além disso, tanto o tempo de autuação do inquérito até o relatório da polícia federal, quanto o tempo desse até o relatório da PGR para o arquivamento ou oferecimento da denúncia extravasam da gestão processual do STF. Mais que isso, a pesquisa desconsidera as variáveis relacionadas aos pedidos de defesa relacionados à extinção da punibilidade, arquivamento, falecimento, suspensão condicional, e

¹²⁸ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.” “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.”

¹²⁹ No que tange ao diálogo com a academia, Barroso diz que apesar da obra da FGV, como toda pesquisa, possuir metodologias questionáveis, existem dados relevantes. O primeiro é de que duas a cada três ações penais no Supremo sofrem com o declínio de competências, e com isso, o órgão não consegue adentrar no mérito da lide. O segundo que 5% dos processos criminais do STF resultam em prescrição. Mais que isso, os próprios declínios de competência também contribuem para as prescrições. Outro dado relevante é que apenas 10% das ações penais que circulam no STF sobre o foro ocorrem por crimes “em razão do cargo” e em 2006, 19 de cada 20 ações seriam processadas em outro órgão da justiça na eventualidade de existir tal critério.

por isso, esses dados não deveriam ser contabilizados com a alcunha de “absolvição” pelos pesquisadores.

A corrente vencida conclui que o meio processual que desenha a “ação penal originária” é limitado e não adequado para alterar questões de competência constitucional do STF. Mais do que isso, os ministros dizem que atuam de forma muito satisfatória com o tempo de processamento das ações penais e com qualidade dos julgamentos diante de tal competência penal, contrariando os dados da pesquisa da FGV.

Essa refutação ocorre por parte dos ministros da corrente vencida quando eles apontam três tipos de erros da pesquisa: erros conceituais, erros que ignoram outras variáveis comparativas, e por fim, erros estatísticos. Ao fazer isso, contudo, ela não objetiva apontar a perfeição no *status quo* da competência do foro aos parlamentares no Supremo. Porém, apenas dizer que eventuais dificuldades do judiciário nessa matéria devem ser superadas através de mudanças do legislativo.

6.4.4 Argumentos Históricos

Como visto são três matérias encontradas nos votos dos ministros, no que tange à categoria histórica, independentemente da vertente de julgamento. O primeiro se refere a como o foro especial aparece na história das constituições brasileiras; o segundo os entendimentos doutrinários relevantes trazidos pelos ministros em matéria do foro, e o terceiro se a interpretação dos ministros na AP 937 está de acordo com a jurisprudência da Corte.

Assim, na reinterpretação de fatos históricos, surgem três significados: no que se refere à competência do foro por prerrogativa de função o que é possível se extrair ao observar a sucessão ou interpretação de normas da(s) Constituição(ões), os posicionamentos doutrinários e os julgados da Corte.

Quanto ao primeiro aspecto, Alexandre de Moraes diz que antes da EC 01/69, que instituiu o foro aos congressistas, e do alargamento das hipóteses de foro pela Constituição de 1988, a regra era a não criminalização da elite política. Nesses termos, esse argumento representa uma espécie de

“reconvenção” ao que a corrente vencedora trouxe: a de que a impunidade decorre da competência de julgamento dos parlamentares estar centralizada no STF.

Todavia, o ministro Alexandre concluiu que na falta da competência do STF na matéria havia ausência total de efetividade criminal, e isso era inclusive perceptível no senso comum da sociedade, em frases como “rouba mas faz” e “justiça criminal funciona com 3 Ps”¹³⁰. Por essas, o ministro é categórico ao dizer que é impossível do ponto de vista histórico, sociológico ou jurídico realizar uma análise de causa e efeito entre a impunidade e o foro por prerrogativa de função. Da mesma forma que é impossível ligar o aumento da criminalidade ao desprestígio do STF.

Segundo ele, dentre as razões históricas, o foro especial cresceu muito na república, para justamente retirar as influências das justiças locais que atuavam em compadrio com as lideranças da era imperial. Assim a prerrogativa de foro existiu desde a Constituição de 1824 para garantir a autonomia e independência das atribuições constitucionais. A Constituição de 1988, por sua vez, com amplo debate e de maneira consciente fixou a competência originária do STF nesses casos. Na Assembleia Constituinte Originária, além das prerrogativas aumentadas com o 102, I, b, houve 143 propostas revisionais ao artigo 53 que pretenderam, em geral, manter a imunidade material.

Portanto, do ponto de vista da história das constituições, ela impõe a competência ampla do foro por prerrogativa de função. Aliás, o surgimento do controle de constitucionalidade nos EUA já demonstrava que as competências são expressas e taxativas no texto constitucional, e essa ideia foi importada para o constitucionalismo brasileiro.

O ministro Alexandre então conclui sua análise normativa sobre a Constituição de 1988 quando diz que o arranjo constitucional faz sentido inclusive ao observar a ação de improbidade em inquéritos civis. Necessitou-se nessa matéria atribuir ao procurador geral a prerrogativa dessa competência, para evitar que promotores processassem juízes de primeira instância como

¹³⁰ Página 63 da Ação Penal 937.

forma de perseguição política ou outros interesses escusos. E foi justamente nesse contexto que também a EC 35/01 fixou como termo inicial para julgamento de parlamentares federais a “diplomação”, bem como houve o acréscimo da inviolabilidade civil e penal na imunidade material dos políticos. Ou seja, a ampliação da competência de foro no STF teve essa conformação para evitar atitudes arbitrárias contra os políticos.

Ainda quanto aos aspectos constitucionais, Gilmar Mendes afirmou que o propósito da Constituição de 1988 foi justamente conciliar o “princípio da esperança” com o “princípio da razão” naquele contexto histórico. Entretanto, quando se verificou a aplicação do texto, a sociedade percebeu que ela não assegurou ao longo dos anos estabilidade econômica e política¹³¹. Nisso, questiona Gilmar Mendes, qual foi o propósito histórico do estabelecimento da competência do foro na Constituição de 1988.

A ideia do foro era justamente, segundo ele, superar o modelo autoritário vigente na época política anterior. Naquele momento, a cassação de mandatos e a instabilidade institucional eram presentes e o foro agora seria uma atitude radical do constituinte para estabelecer a estabilidade. Todavia, o tempo mostrou que essa prerrogativa ganhou contornos corporativos que raras vezes permitiu ao STF processar um deputado.

Para Gilmar Mendes os processos constituintes “são momentos em que os partícipes equiparam-se a Deus¹³².” Justamente por isso alguns exageros podem ocorrer, como um grande número de pessoas contempladas com a hipótese do foro. Mas isso não significa, segundo o ministro, que o judiciário pode alterar a Constituição.

Uma última análise sobre as constituições e a hipótese do foro esteve com a leitura estrutural que Toffoli realiza sobre a sucessão das constituições. O ministro diz que existe uma tendência pendular: ora entre a centralização do poder – entendido como legitimidade e competência da União – ora de

¹³¹ Isso pode ser visto com a necessidade de modificação de regras da aposentadoria. Na opinião de Gilmar Mendes a Constituição de 1988 foi generosa em prever de início, a aposentadoria aos 30 ou 35 anos. Isso porque apenas depois é que os estudiosos começaram a se preocupar com a sustentabilidade financeira do Estado para a garantia desse direito.

¹³² Página 361 da Ação Penal 937.

descentralização, na concentração de poder nas elites locais¹³³. E esse movimento inclui a competência em julgar autoridades políticas.

Mais especificamente quanto ao foro especial dos parlamentares federais, o ministro diz que a Constituição de 1988 não se traduz em um privilégio. Isso porque ele aponta que de 1824 até 2001 inexistia a imunidade formal para deputados e senadores, sendo necessária a prévia licença das casas legislativas para processar os congressistas.

E segundo ele, mesmo que se pudesse afirmar que essa competência sofra com o corporativismo e estratégias processuais para que Supremo julgue esses políticos, com raridade a EC 35/01 alterou a imunidade formal, não sendo mais necessária essa permissão legislativa. Essa mudança implicou em um maior protagonismo do STF por um aumento quantitativo de processos e fez com que o Supremo alterasse seu modo de funcionamento nas turmas e com o incremento de juízes instrutores. Portanto, nesse ponto, o alto número de processos para o ministro não é algo negativo como o é para a corrente vencedora.

Quanto aos modelos de interpretação dos ministros, ou seja, as vertentes doutrinárias, Alexandre de Moraes adjetiva Barroso como realista¹³⁴, o que significa dizer que o ministro Barroso baseia seu entendimento sobre o direito a partir da prática decisória dos tribunais. Todavia, os ministros da corrente vencida fazem outra escolha interpretativa ao optarem pela literalidade da norma nesse caso.

Isso é comprovado quando se vê que Lewandowski afirma que uma Constituição Republicana deve ser interpretada de modo estrito com competências taxativamente elencadas. Ou ainda, quando Gilmar Mendes diz que as últimas três constituições copiaram entre si, de modo quase idêntico, as prerrogativas de foro, caindo por terra o argumento da "lacuna oculta".

¹³³ Assim, a Constituição de 1824 centralizava as prerrogativas no imperador, a descentralização em 1891 permitiu o "coronelismo", em Vargas houve uma nova centralização, e assim por diante. O que importa é entender que para o ministro, essa estrutura pendular ainda continua a oscilar.

¹³⁴ Página 62 da Ação Penal 937.

Dias Toffoli se posiciona, em relação à literalidade, mencionando Canotilho e Eros Graus para dizer que a norma deve ser limite negativo na interpretação, sendo vedado aos ministros a subversão do texto constitucional pela liberdade interpretativa.

A partir desse viés doutrinário, o ministro apela para a jurisprudência da Corte e estabelece uma ligação nesse momento com uma classificação de normas constitucionais a partir da leitura que faz da ADI 4764/AC para qualificar o foro especial como uma "norma de reprodução vedada."

O que para esse ministro significa dizer isso e o que essa tipologia diz sobre as competências estritas em matéria do foro especial para ele? É que, de acordo com a ADI 4764/AC, existem normas na Constituição Federal que são de "reprodução obrigatória"¹³⁵ para as constituições estaduais e outras que, de maneira contrária, são normas de "reprodução vedada"¹³⁶ as quais o poder constituinte decorrente não pode copiar.

Assim, no que tange ao foro por prerrogativa de função conclui-se que as normas que preveem simetria do foro da União em âmbito estadual são tão específicas para este ente que denotam uma "reprodução vedada"¹³⁷. Quer dizer, a norma de competência do foro especial aos parlamentares federais é tão específica que não pode ser nem ao menos copiada para as outras constituições, quanto mais alterada pelo STF via uma interpretação *ad hoc*.

O ministro Ricardo Lewandowski também cita um precedente da Corte - o MS 34.609/DF - mas com um objetivo argumentativo diverso. Para ele, o foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais não constitui um privilégio, porque as diferenciações que ele traz enquanto regra de

¹³⁵ Logo, os entes federados não podem obstar, por exemplo determinados arranjos institucionais e a utilização de normas processuais. Como sub-grupo existem as normas de reprodução implícita aos estados. Dentre elas, a ADI 374 previu a mesma composição do Tribunal de Contas da União aos tribunais de contas estaduais.

¹³⁶ Como exemplo se tem aquelas que tentam trazer simetria das normas referentes ao presidente para os governadores. Por fim existem as normas de reprodução facultativa. Nelas o ente federativo pode escolher utilizar ou não as regras da Constituição Federal. Essas regras conferem autonomia e permite a auto-organização dos estados.

¹³⁷ Seria o mesmo caso da impossibilidade de prisão em flagrante, temporária ou preventiva do presidente da república ser estendida aos governadores.

competência não são tão grandes assim quanto à competência penal comum presente nos outros casos sem o foro.¹³⁸

O ministro Lewandowski, entretanto, reconhece outro caso na jurisprudência da Corte que aponta uma virada jurisprudencial de posicionamentos, a AP 396/RO. Ele lembra que o réu desse caso renunciou ao mandato parlamentar, apenas após a inclusão na pauta de julgamento. E fez isso visando o declínio de competências e expiração da prescrição. A partir desse caso o ministro conclui que a tese da "prorrogação de competências" no momento da finalização da instrução é compatível com o foro.

Por outro lado, isso não significa afastar a hipótese de foro como um todo, porque o ministro diz que o STF já verificou que seu uso se faz necessário, uma vez que as primeiras instâncias são mais suscetíveis a pressões políticas, como Vitor Nunes se manifestou na Rcl. 473/GB que se tornou jurisprudência sobre a matéria na Corte. Essa condescendência com a "prorrogação de competências" também se verificará nos votos dos outros ministros da corrente vencida, mas sempre como algo acessório à competência do foro, de forma literal, ou seja, nos moldes gramaticais da leitura do 102,I,b da CF.

A corrente vencida nesse sentido se resume a dizer que diversas constituições previam o foro e por isso não cabe ao Supremo descartá-las, mas entender os limites de sua aplicação. Até porque historicamente as possibilidades de foro servem para evitar a pressão de tribunais inferiores e para salvaguardar os interesses institucionais e não para constituir privilégios pessoais aos políticos.

6.4.4.1 Críticas às Teses do Relator

¹³⁸ Em primeiro lugar, o foro não afasta processualmente a necessidade do inquérito policial, seguido de investigação do Ministério Público. Em segundo lugar, continua a existir o indiciamento na polícia judiciária, a possibilidade da decretação de prisão cautelar quando for preciso. Mais que isso, permanecem as diligências de caráter probatório, como busca e apreensão, condução coercitiva, respeitado o direito a não autoincriminação. Em terceiro lugar, a permanência do foro não exige o acusado da acareação e do comparecimento quando intimado em juízo. Por fim, também permanece como potencialidades o sofrimento de afastamento cautelar ou suspensão do exercício de função pública quando o parlamentar cometer infrações penais, como a improbidade administrativa. Página 324 da Ação Penal 937.

Uma última visão sobre os precedentes da Corte possibilitou outras críticas por parte de Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes das teses encontradas na categoria “competência”. Especificamente, referem-se àquelas elencadas pelos ministros da corrente vencedora de que concluída a fase instrutória do processo, a competência do órgão julgador em que ele esteja seja considerada absoluta, e de que para algum parlamentar ser julgado no STF, os critérios de fixação de competência seriam aqueles que permitem aos ministros apreciarem o caso quando os congressistas realizem um crime “no cargo” e “em função do cargo”.

A tabela a seguir mostra de maneira mais detida como a interpretação dos *leading-cases* que envolvem a matéria do foro influenciam na compreensão de uma competência ampla em julgar os parlamentares federais no STF:

Marco Aurélio	Gilmar Mendes	Alexandre de Moraes
Impossibilidade de Prorrogação de Competências pelo Supremo na AP 937	O STF ao fixar as teses do relator agirá de forma voluntarista, de forma idêntica a outros momentos ativistas, a serem exemplificados	Ao fixar as teses do relator, o STF deixará comprometida a lógica das jurisdições sobrepostas
Inquérito 687 que revogou a súmula 394 e ADI 2767 não permitem a prorrogação	Ação de inconstitucionalidade dos precatórios; ação do financiamento eleitoral de campanha; homologação de delação premiada dos irmãos Batista	A AP 937 abre um precedente para novas interpretações sobre o foro, além de permitir que um juiz de primeira instância condene um juiz superior

No que tange a “prorrogação de competências” ao término da instrução penal, Marco Aurélio negou essa possibilidade, mesmo que o relator Barroso, em uma tentativa de fortalecer as teses da corrente vencedora tenha feito ao

longo do voto menções ao problema do “sobe e desce” processual, uma expressão utilizada por esse ministro da corrente divergente¹³⁹.

O “sobe e desce” processual seria uma categoria que resume o fato de muitos processos penais sofrerem declínio de competências ao longo do trâmite entre diversos órgãos judiciais. Apesar de Marco Aurélio verificar esse problema, ele diz que os precedentes da Corte como o inquérito 687, a revogação da súmula 394, e o julgamento da ADI 2767, não possibilitaram justificativas suficientes para a fixação de competência em uma fase processual – a instrução probatória¹⁴⁰. Entretanto essa divergência ao relator não foi acompanhada de outros ministros.

A crítica ao relator feita pelo ministro Gilmar Mendes por sua vez é a de que o STF assim como já mudou outras regras constitucionais em outros momentos estaria por contrariar negativamente e de novo, a deferência com o legislativo. E para explicar que a restrição de competências em matéria do foro não produziria os efeitos pretendidos, o ministro traz os exemplos jurisprudenciais apontados na tabela acima¹⁴¹.

E conclui que, apesar de não necessariamente ligados ao tema do foro, esses exemplos expressam que uma intervenção do STF em algo que o Congresso deveria fazer não soluciona problemas antigos, mas cria novos. Por exemplo, o fato do STF declarar inconstitucional o financiamento privado de campanhas, isso não resolveu o problema do corporativismo, mas abriu espaço

¹³⁹ Além do termo “sobe e desce” processual, o ministro Marco Aurélio também utiliza os termos “elevador processual” e “montanha-russa processual” para designar o fenômeno do declínio de competências em função da mudança de órgão jurisdicional competente para deliberar sobre o processo penal.

¹⁴⁰ Ou seja, não é porque o inquérito 687 decidiu que as infrações penais que sejam acusadas após o término do mandato não possuem foro no STF, e que a ADI 2767 tenha decidido que não cabe ao legislador alterar regras de competência originária, que esses julgados demonstram que um processo penal deve ter competência absoluta na Corte após terminada a fase de instrução probatória.

¹⁴¹ Exemplifica que a moratória prevista na EC 62/09 – que foi declarada inconstitucional pela alegação de que prejudicaria o direito dos credores – estava na prática funcionando nos estados, sendo uma intervenção indevida do STF. Também diz que, quanto aos irmãos Batista, o STF se manifestou pela impossibilidade de perdoar o chefe da organização criminosa. Assim, o ministro disse que sobre a tese da preclusão da homologação judicial deveria no caso prevalecer o primado da jurisdição no STF como preveem os documentos normativos.

para burla ao sistema de doações por pessoa física¹⁴². No caso do foro, ao invés de se corrigir os problemas de corrupção e má gestão, novos problemas surgiriam, conforme apontado em outras categorias deste trabalho pela corrente vencida.

Um desses novos problemas encontra-se no efeito em cadeia que os ministros da corrente vencida dizem que existe no caso da mudança da regra de foro aos parlamentares federais. Isso porque nada impediria que com a pretensão de melhoria no sistema penal, houvesse a subversão da lógica das jurisdições sobrepostas¹⁴³. Essa regra significa que, cargos com hierarquia superior, como o caso dos juízes, devem julgar atos daqueles que estão em instâncias inferiores. De maneira equivalente ao foro por prerrogativa aos parlamentares federais, um juiz estadual não deve criminalizar um senador, que este político se situa em cargo federal. Segundo, que a competência originária do foro especial está no STF.

Também os precedentes da Corte invalidam, segundo o ministro Moraes, a ampliação de competências do STF pelos próprios ministros. Isso porque uma virada jurisprudencial radical¹⁴⁴ como planeja o relator, segundo Moraes, não pode ser feita pela ação penal enquanto ferramenta processual limitada que inclusive não conta com a presença de audiências públicas para consultar a opinião da sociedade.

6.4.5 Competência

Enquanto a corrente vencedora defendeu a restrição de competências de acordo com precedentes judiciais e disse que a previsão do juiz natural seria

¹⁴² A declaração de inconstitucionalidade do financiamento empresarial abriu burla à regra de doações em campanhas. Isso porque, a partir dessa medida, pessoas físicas exclusivamente poderiam doar e nisso se viu várias irregularidades. Dentre as quais, 45.278 doações de pessoas físicas com bolsa família; 23.269 pessoas com renda incompatível com os valores doados; 89.723 doações de pessoas desempregadas; 290 doações de pessoas já falecidas e trocas de legenda por um maior fundo partidário.

¹⁴³ A preocupação ao usar esse pensamento está com em impedir invasões de competências. Para Gilmar Mendes, por exemplo, seria incabível, como já ocorreu, um juiz de fora decretar a prisão do presidente do Supremo ao descumprir ação civil pública. Nesse ponto, outras anomalias são citadas inclusive pela corrente vencedora: a possibilidade de foro especial para a lei Maria da Penha, como disse Rosa Weber e um juiz de primeiro grau, que decretou a prisão de ministro da Fazenda, segundo Cármen Lúcia.

¹⁴⁴ Página 142 da Ação Penal 937.

exceção e não regra, a corrente vencida se posicionou de maneira diversa nessa argumentação.

Com exceção de Marco Aurélio, os votos dos ministros da corrente vencida contaram com a realização de diversos questionamentos que não possuem resposta resolutiva ou satisfatória só com os critérios do relator Barroso. Esse esforço argumentativo pode ser visitado nas palavras de Ricardo Lewandowski que diz: "*nós estamos aqui tentando, nesta discussão, aprofundar essa problemática, irmos às últimas consequências*"¹⁴⁵.

A motivação desse estresse argumentativo é que se a restrição de competências aos parlamentares federais ocorrer nos moldes do que traz a corrente vencedora, o foro "*se transformará num verdadeiro castelo de cartas*"¹⁴⁶ que derrubará todas as outras hipóteses de foro especial que não se endereçam aos parlamentares federais¹⁴⁷.

Portanto, ainda que as questões que a corrente vencida faz não possuam respostas, elas conseguem auxiliar no objetivo de deslegitimar hipóteses de alterações de competência trazidas pelos ministros da corrente vencedora e assim, também impedir o mal maior que seria o efeito em cascata de transformação de todas as outras regras de competência de foro de outros cargos administrativos.

Iniciando com essas indagações, Toffoli pergunta qual seria o foro competente, na nova tese da corrente vencedora, de um deputado federal que ganhe eleições para senador, ou de um senador que vire governador, ou de um governador que se torne senador, e tenha no curso daquele mandato realizado crimes em função do cargo.

A segunda questão do ministro é o que ocorreria no caso do imputado ter mandatos sucessivos. Qual seria o órgão competente para julgar o parlamentar reeleito? A terceira questão visou testar o critério de que apenas

¹⁴⁵ Página 345 da Ação Penal 937.

¹⁴⁶ Página 340 da Ação Penal 937.

¹⁴⁷ Essas questões tem preponderância nos votos e discussões de Dias Toffoli e de Gilmar Mendes. Ambos com o objetivo de demonstrar a insuficiência das teses da corrente vencedora fizeram vários questionamentos. Além disso, essas questões pretenderam afirmar que o *status quo* do foro especial é o correto, salvo melhor juízo e elaboração legal do legislativo.

os congressistas que fizessem crimes em função do cargo e no cargo deveriam ser punidos. Nesse sentido, o ministro questiona se um deputado que venha a realizar ofensas à honra, fora da Casa Legislativa teria cometido crime em função do cargo ou não.¹⁴⁸

Continuando com as questões que o caso do julgamento despertou nos ministros da corrente vencida, o ministro Toffoli pergunta se um juiz de primeira instância seria competente para investigar um juiz do TJ ou STJ, por crime que seja anterior ou posterior à posse, mas sem relação com o cargo. Como se percebe, essa questão extravasa a discussão sobre a restrição de competências do foro aos parlamentares federais.

Outra questão que Toffoli coloca é a de qual seria o juízo competente para a imposição de medidas cautelares aos imputados, como aquela que os afasta da função pública. Nisso toca na questão sensível da legitimidade de interferência de um poder no outro, como é o caso de magistrados não eleitos terem a competência para intervir no mandato de políticos eleitos.

Gilmar Mendes, por sua vez, pergunta o que ocorreria no caso da adoção da tese da corrente vencedora, de que os crimes com competência no STF seriam apenas aqueles cometidos no cargo e em razão do cargo. Nesse caso, os delitos eleitorais são relacionados ao cargo ou possuem correspondência com algum ato de corrupção anterior a ele? Outra questão posta por este ministro é a de quais seriam os delitos abrangidos pelas inovações da corrente vencedora. Seriam apenas aqueles relacionados à administração pública ou conteriam os crimes de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas no gabinete?

Os ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski fazem um número menor de indagações. O primeiro se pergunta se a interpretação restritiva engloba ou não as hipóteses de conexão e continência, e se não seria uma contradição diminuir as competências do órgão, mas fazer uso de competências implícitas. Lewandowski, por sua vez, pergunta qual órgão

¹⁴⁸ Página 299 da Ação Penal 937.

julgará um réu que cometera crime no mandato após findá-lo, na hipótese proposta pelo relator.¹⁴⁹

Esse tópico de argumentos referentes à competência por parte da corrente vencida evidenciou que, para ela, a restrição de competências do foro dos parlamentares federais tal como pretendido pela corrente vencedora implica em uma alteração interpretativa que não responde claramente aos limites do cabimento ou não desse instituto aos próprios políticos em questão. Entretanto o estresse argumentativo dessa corrente ao discorrer sobre a competência é ainda maior, quando na verdade defende que ao invés de limites, a alteração da interpretação do 102,I,b da Constituição permite que reflexamente todas as outras hipóteses de competência da Constituição de 1988 também se tornem desorganizadas.

6.4.5.1 Autocontenção e Impossibilidade de Alteração de Regras de Competência via STF

Ricardo Lewandowski afirma que o Supremo Tribunal Federal não pode alterar as suas competências a seu bel-prazer, pela existência do “princípio da autocontenção”. Nessa linha, o ministro traz a discussão a AP 536-QO/MG em que Marco Aurélio diz que a competência constitucional de uma Corte apenas pode ser alterada pelo Poder Legislativo via emenda constitucional.

A partir dessa constatação, Lewandowski traz os critérios que são utilizados como marcadores da competência constitucional no STF em matéria do foro aos parlamentares. Primeiro, no que tange à jurisprudência do órgão, o ministro diz que é pacífico o entendimento de que o término do mandato denota cessação de competência, conforme o inquérito 687.

¹⁴⁹ Essa primeira parte de argumentações da corrente vencida sobre competências, não ficou imune às críticas de Barroso. Diante das questões postas que nem uma das duas correntes respondeu, ele assume que não consegue lidar com todas essas hipóteses que os casos concretos venham a trazer. Em resposta direta a Toffoli, se baseia em três argumentos: (i) diz que a discussão proposta, propositalmente se limita a adequar-se aos parlamentares federais; (ii) afirma que não objetivou formar uma teoria geral do foro especial, ainda que entenda que a regra geral de apreciação de delitos é a primeira instância; e por fim (iii) cita uma discussão da teoria geral do direito pertinente às zonas de penumbra, para dizer que no direito existem zonas de certeza e incerteza que cabem ao intérprete averiguar.

Segundo, a renúncia do mandato posteriormente à instrução não implica alteração de competência no Supremo, de acordo com a AP 396/RO. E o outro marco versa sobre a impossibilidade de processamento de ação penal, quando o delito for praticado antes do cargo. Todas essas conclusões impossibilitam mudar a conformação do foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais, tal com planejou a corrente vencedora.

Entretanto, pode existir uma zona nebulosa de casos, como seria o caso de um ex-político ser denunciado por praticar um crime durante o mandato. Também nesse caso, diz o ministro a revogação da súmula 394 do STF deixa claro que esse denunciado terá de ser julgado no local do cometimento do delito, inclusive como modo de evitar modificações sucessivas de competências, processo que Marco Aurélio denomina como “sobe e desce processual”.

Outra zona nebulosa seria a abordagem das hipóteses de conexão e continência. Isso porque, segundo o ministro Marco, Aurélio existe nesses casos a possibilidade do foro¹⁵⁰. Essa previsão para o ministro está de acordo com a Constituição, visto que se insere na ideia de modalidade estrita de leitura das competências do foro. Finaliza ele por dizer que a Constituição não pode ser interpretada restritivamente, uma vez que não se amplia ou restringe o que está no texto Constitucional.

Também os ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli ao identificarem essa competência originária do STF dizem que ela surge a partir da “diplomação” do mandato. Constatado esse momento, renúncia ou cassação do mandato são ineficazes na alteração de competência do foro. Apesar disso, eles não ignoram que a prorrogação de competências é plenamente possível. Por isso, mais detalhadamente conclui que após a fase de produção de provas, com a intimação para as alegações finais, o foro é fixado em termos absolutos.

Portanto, em termos de competência, a diferença entre ambas as correntes se resume em admitir ou não que os parlamentares federais devam

¹⁵⁰ Inclusive ele diz que na própria AP 470 apenas 3 deputados federais detinham o foro dos 40 que foram acusados e, em decorrência da conexão e continência, julgados no STF.

passar pelo filtro das hipóteses de cometimento de delitos “no cargo” e “em função do cargo”. E a tese da prorrogação é mais facilmente aceita pela corrente vencida, porque, segundo Toffoli, ela impede a multiplicidade de interpretações, uma vez que não será necessário que o STF diga se determinado caso que chega ao Tribunal atende aos critérios “no cargo” e “em função do cargo”.

Nesse sentido, esses requisitos de modificação da interpretação de competências do foro especial postas pelo Relator¹⁵¹ não seriam necessários, visto que a prorrogação é um marco objetivo, que compreende a existência do foro a partir da diplomação e que também consegue abranger os crimes de corrupção passiva e concussão, que se exaurem antes da autoridade assumir o cargo, mas não são realizados em função da existência do cargo ou no uso dele, segundo Toffoli.

Ocorre que chama a atenção o fato da tese da “prorrogação de competências” ser um critério processual tanto quando pretendido pela corrente vencedora ao falar dos critérios “no cargo” e “em função do cargo”. A diferença, no entanto, é que para a corrente vencedora esses dois últimos critérios de fixação de competência, além de serem uma inovação vedada quando vinda do STF, podem se tornar a própria discussão de mérito, ao invés de serem requisitos de admissibilidade de mérito analisados pelo STF. Quer dizer, enquanto a prorrogação de competências é algo mais consensual, os requisitos “no cargo” e “em função do cargo” podem gerar inúmeras discussões entre os ministros em casos futuros.

Logo, segundo Toffoli, esses critérios ao invés de auxiliar nos trabalhos do STF, gerariam ausência de efetividade, fricções entre os três poderes e tensões institucionais. Ao pensar nos órgãos de primeira instância, por

¹⁵¹ De que as acusações aos parlamentares federais deveriam ser apreciadas originariamente no Supremo Tribunal Federal, desde que fossem crimes praticados no “cargo” e em “função” do cargo. E também de que, após a instrução processual ser finalizada, não poderia o processo deslocar-se para outro órgão, diferente daquele que produziu as provas.

exemplo, haverá diluição dos processos em milhares de órgãos, importando em má administração do judiciário.¹⁵²

Outras questões nebulosas sobre as competências pertinentes ao foro por prerrogativa de função são analisadas pelo ministro Gilmar Mendes. Segundo ele, quando a Corte apreciou a ADI 2767 declarando inconstitucional uma lei que alterava um entendimento da Corte sobre o foro, ela assim o fez nos limites de sua competência, ou seja, com o que prevê o controle de constitucionalidade sobre o foro.

Diante dessa possibilidade, o ministro Gilmar Mendes faz algumas indagações a respeito desse mecanismo. Ele objetiva dizer que, até a presente ação penal 937, o Supremo tem feito um bom uso dessa prerrogativa no julgamento dos políticos. Entretanto, ele se questiona se é também a via do controle de constitucionalidade um meio adequado para tornar admissível a competência diferenciada dos magistrados e se os integrantes do CNJ e CNMP são contemplados com o foro.

Quanto a essa questão, o ministro diz que a competência diferenciada aos magistrados é que se comporta de maneira anômala, apesar de ser admitida pelo STF. Alarga esse pensamento, compreendendo que são inconstitucionais a previsão única de prisão por crime inafiançável no tribunal, e que assim também o é o recolhimento em sala de Estado-Maior definida por tribunal aos magistrados que cometerem delitos. Quanto ao CNJ e ao CNMP, o ministro afirma que, apesar dos integrantes do CNJ e CNMP terem uma personalidade jurídica híbrida, o STF tem julgados que admitem que a competência se limite as questões exclusivamente constitucionais, soando estranho aplicar a prerrogativa de foro a integrantes desses órgãos.

O objetivo do ministro em dizer que essas autoridades não são legítimas em ter o foro especial é uma estratégia argumentativa que demonstra o conceito de autocontenção pela corrente vencida. Isso porque, apesar da discordância com essas hipóteses de foro, o ministro não as declara inconstitucional via ação penal 937, o que não significa dizer que elas deixaram

¹⁵² Diluição em 5710 comarcas na justiça estaduais divididas em mais varas; 976 varas e juizados especiais federais e 3039 zonas eleitorais.

de servir como um argumento que quis demonstrar contradições no posicionamento da corrente vencedora. E esse argumento se traduz na seguinte ideia: se assim como é negativo ao STF ter a competência de foro aos parlamentares federais, assim também deve ser o posicionamento da Corte em relação aos cargos do próprio judiciário que são contemplados com a hipótese de foro na Constituição.

6.4.5.2 Duplo Grau de Jurisdição e Juiz Natural

O duplo grau de jurisdição é pouco abordado pela corrente vencida. Dos cinco ministros, apenas dois fazem referências a essa categoria. Não poderia ser muito diferente, uma vez que a presença do duplo grau de jurisdição quando lido de maneira literal ao lado da hipótese de competência do foro poderia trazer incompatibilidades no devido processo legal, como afirmou Fachin na corrente vencedora.

Portanto, para a corrente vencida ainda que a ideia de duplo grau de jurisdição seja afastada, não há uma anomalia jurídica. O ministro Dias Toffoli nessa linha diz que a ausência de duplo grau no caso do foro especial implica diretamente em um julgamento mais ágil, sem recursos, e inclusive com menos prescrições. E como difundido pelo precedente da Rcl. 473, o interesse público e a capacidade de resistência diante das pressões políticas explicam a razão do foro especial no STF ser imperativa, ao passo que o duplo grau pode ser relativizado.

Aliás, segundo o ministro Alexandre de Moraes, a relativização do duplo grau pode inclusive acontecer em outros contextos e neles o STF pode agir como instância única. Para este ministro, em quaisquer casos em que houver ameaça ou concreta violação dos direitos fundamentais das autoridades políticas ou quando essas mesmas pessoas estiverem violando direitos fundamentais de terceiros, o STF deve agir como instância única.

Nesses termos, o ministro realiza com o duplo grau algo parecido com o que a corrente vencedora fez ao interpretar os princípios da igualdade e da república. Naquela situação, os princípios foram colocados em tamanha superioridade que o texto literal da constituição no artigo 102,I,b foi reinterpretado ao restringir competências. Semelhantemente, essa afirmação

de Moraes sugere o abandono de uma leitura literal do duplo grau em dados contextos de violação a direitos fundamentais, em que a competência do STF pode se expandir legitimamente.

Quanto ao princípio do juiz natural, os ministros da corrente vencida que abordam o assunto são Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Observou-se que o princípio do juiz natural para a corrente vencedora se confunde com a própria competência que os juízes de primeiro grau podem ter ao julgar os parlamentares, em função que em local do cometimento do delito seja dada a competência para o julgamento.

Essa correspondência também está presente na corrente vencida. Para Moraes, a mudança de interpretação trazida pela corrente vencedora não assegura o princípio do juiz natural, mas o viola. Ademais, além de equivaler a uma livre interpretação da Constituição, a estabilidade do ordenamento jurídico e a segurança jurídica também restam abaladas.

Portanto, para Moraes é descabido reproduzir a máxima de que a restrição do foro está em conformidade com o princípio do juiz natural que possibilita inclusive o controle processual do STF em via recursal. Na realidade, o STF necessita de instrumentos processuais para dar efetividade à justiça, diante da competência originária do foro, tendo a iniciativa de lidar com alterações no processo penal. Assim, segundo ele, se atribuições processuais fossem dadas ao STF pelo legislativo, não haveria problemas em uma maior flexibilidade das definições de competência pelos próprios ministros da Corte.

O ministro Dias Toffoli diz em relação a esse princípio que a interpretação restritiva impede a concretização do juiz natural. Mais que isso, esses critérios restritivos podem existir desde que aplicados para todas as pessoas. Ou seja, o problema não está na restrição de competências por parte do STF, mas na extensão dessa medida. Porque do mesmo modo, a prorrogação de competências significa uma restrição às competências do STF, mas é para Toffoli, um dado mais objetivo, aplicável a todos os parlamentares federais sem grandes discussões.

Não se pode dizer o mesmo dos critérios “no cargo” e “em função” do cargo que por sua vez são subjetivos¹⁵³. E representam para esse ministro uma “subtração discricionária” de um procedimento pelo STF, e nesses termos uma violação ao juiz natural. Entretanto, contrariamente ao que disse acima o ministro Alexandre de Moraes, para Toffoli nem mesmo as técnicas legislativas que abrem margens para a discricionariedade para o STF dispor de matéria processual podem subsistir por esse princípio. Com isso, o princípio do juiz natural é sobremaneira valorizado pelo ministro, pois é uma garantia que todos os poderes do Estado devem respeitar.

A partir da compreensão de que o princípio do juiz natural não é incompatível com o foro, mas na realidade, se confunde com a importância em se assegurar a competência do STF, os ministros da corrente vencida partem para os problemas que o desrespeito a essa previsão podem implicar. E nisso se destacam com maior clareza na ação penal 937 dois deles, a especialização das justiças de primeiro grau no julgamento de políticos e a possibilidade do controlador ser julgado pelo controlado.

Quanto ao primeiro problema, o ministro Gilmar Mendes diz que o princípio do juiz natural é violado diante de ter-se uma câmara especializada para julgar crimes com foro especial, tal qual fez o Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, além de constituir uma “câmara de gás”¹⁵⁴. Logo, atribuir competências ao primeiro grau alegando uma maior eficiência não significa para o ministro uma atitude de respeito ao ordenamento jurídico.

O segundo problema está na insubordinação ao princípio do juiz natural, em um caso hipotético de um juiz de primeiro grau que, apesar de ser controlado pelo CNJ, puder processar os integrantes daquela instituição. Isso

¹⁵³ Para ser um critério objetivo Dias Toffoli diz que o sistema de foro privilegiado só seria preservado através da tese de crimes cometidos no cargo e em função do cargo, se os demais agentes públicos forem contemplados com essas hipóteses, o que não é o caso, pois existem outros numerosos cargos administrativos e políticos detentores da prerrogativa além dos parlamentares federais.

¹⁵⁴ “Mas há um outro fato muito curioso, que ocupou o Supremo em outro momento, que é a famosa chamada “câmara de gás” do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Exatamente para julgar as causas dos prefeitos, as matérias criminais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul organizou uma câmara especializada, e de lá saíram muitas condenações.” Página 339 da Ação Penal 937.

comprometeria esse princípio, porque para o ministro o controlador seria julgado pelo controlado.

Conclui-se que o Supremo não pode alterar suas competências processuais porque isso não está na Constituição e nem foi pensado pelo legislativo. Além disso, uma das garantias processuais já estabelecidas inclusive em termos de competência refere-se à prevalência do juiz natural como algo que promove a segurança jurídica, à previsibilidade de julgamentos e à fixação de limites de atuação mais claros, conforme pressupostos legais sem inovações ad hoc.

Por fim, houve ainda uma maior prioridade de valores do direito doméstico, contrariamente ao que fez a corrente vencedora, ao trazer inúmeros exemplos da aplicação das competências de judiciários de outros países no julgamento de políticos. A análise comparada dessas correntes também demonstra que o princípio do duplo grau não é tão relativizado naquela corrente quanto nessa, que, ainda que implicitamente, impõe uma hierarquia da competência do artigo 102,I,b ao duplo grau na ação penal 937.

6.4.6 Desenho institucional e Opinião Pública

Nessa seção, serão expostos os argumentos da corrente vencida pertinentes ao diálogo que esses ministros realizam com as outras instituições que trabalham ao lado do sistema judiciário. O que se pode dizer dessa categoria é que assim como a corrente vencedora, os ministros dessa corrente pretendem passar uma boa imagem pública do STF. Entretanto, essa tarefa não será feita com a mudança interpretativa de um dispositivo constitucional, tal como fez a corrente vencedora.

Isso porque, enquanto aquela vertente chegou a dizer que a sensação de impunidade diminuiria com a restrição de competências em matéria do foro, essa corrente preferiu refutar as responsabilizações negativas endereçadas ao STF no uso dessa competência do artigo 102,I,b CF. E uma das formas para operar isso foi atribuir a outros atores a responsabilidade por uma má prestação jurisdicional.

Nesse aspecto, o ministro Gilmar Mendes critica ferrenhamente os órgãos da primeira instância do poder judiciário, para com isso afirmar que deixar a competência para julgar esses políticos com as autoridades locais não trará êxito no combate à corrupção. O primeiro motivo está nas relações de “compadrio nas ações de improbidade¹⁵⁵”, quando ele aponta que parcela significativa de promotores locais tratam tais ações como forma de barganha política.

O segundo está no alto poder que os juízes de primeiro grau¹⁵⁶ terão ao realizar as diligências processuais com a restrição de competências, tais como busca e apreensão de deputados, etc. E isso se intensificará com as falhas tarefas do Ministério Público local, que gere de forma ruim os inquéritos policiais, ao abrir muitos com facilidade, mas não os arquivarem devida e celeremente quando necessário.

Quanto ao aumento de poder às primeiras instâncias, o ministro exemplifica que podem existir exageros por parte desses juízes ao diligenciarem sobre buscas e apreensões, detenções, quebras de sigilos e prisão aos parlamentares. Ademais, o ministro fala que essas situações devem ser analisadas sempre com muito compromisso, pois elas refletem em momentos de maiores tensões nas Casas Legislativas com o judiciário, o que pode resultar inclusive a corrupção¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Quanto à delonga nas ações de improbidade, o ministro relembra atuação da desembargadora Eliana Calmon na presidência do CNJ. Enquanto gestora do órgão, a corregedora fez uma denúncia ao dizer que as ações de improbidade não prosseguiram em função de documentos que apontavam compadrio de poderes do Estado. Diante desse embaraço, o ministro Mendes argumenta que o aperfeiçoamento dos órgãos justiça do primeiro grau passam pela resolução das mazelas da corrupção e do processamento de ações, e que o CNJ e o CNMP têm de cumprir o controle nesses casos. Página 158 da AP 937.

¹⁵⁶ Com relação ao judiciário, o ministro Gilmar Mendes acrescenta críticas pontuais, como o recebimento de auxílio moradia por parte do juiz Bretas e a censura, que muitos órgãos da magistratura fazem em jornais, quando estes veículos de informação criticam seus altos salários. Mais que isso, muitos problemas estruturais de varas de primeira instância são colocados, no que se refere ao grande contingente de processos e falta de funcionários.

¹⁵⁷ Nesse ponto, ele discute que a lei da ficha limpa, por si, constituiu prova de instrumento das instâncias inferiores para a corrupção, seja pela intersecção da política com o papel punitivo da jurisdição, seja pela pressão de terceiros, ocorrida pela prolação de sentença que prejudicasse as eleições de um dado réu, ou ainda, a pressão para julgar adversários em tempo hábil para exclusão do pleito eleitoral.

No que se refere ao papel do Ministério Público na abertura de inquéritos, o ministro cita um exemplo negativo do uso dessas prerrogativas por esse órgão controlador. É o caso dos inquéritos com propósitos escusos, como o que se processou contra o Ministro Falcão e Ministro Navarro do STJ: *"esse inquérito ficou por mais de dois anos em tramitação e cumpriu um objetivo autoritário, [...] de organização totalitária, que era constranger o Judiciário e constranger aquela Corte"*, disse o ministro Gilmar Mendes¹⁵⁸.

Como também se apontou acima, outro problema é que muitos controladores do judiciário podem entrar com ações contra políticos de maneira injustificada. Isso pode acontecer, segundo Gilmar Mendes, através de promotores que no abuso de poder façam denúncias desarrazoadas. Como exemplo de um absurdo que possa ocorrer, o ministro traz a hipótese da *"queima de uma fogueira¹⁵⁹"* no jardim de uma casa em que isso pode gerar a responsabilização por um crime ambiental, e que por não conter o critério *"em função do cargo"* ensejar a denúncia em outro grau que não o STF, de algum político que venha a fazer isso.

Além do poder investigatório do Ministério Público, o ministro critica os privilégios dos membros da instituição em si, os apontando detalhadamente. Faz isso, para dizer que o foro por prerrogativa de função aos parlamentares federais, não consiste na discussão necessária para a eliminação de todos os privilégios no país¹⁶⁰. E por fim, o ministro explica os efeitos reflexos que a mudança de competência do foro aos parlamentares federais traz às outras hipóteses de foro¹⁶¹.

¹⁵⁸ Página 304 da Ação Penal 937.

¹⁵⁹ *"Por que não? Se amanhã alguém achar que ele queimou uma fogueira indevidamente, que cometeu um crime ambiental - hoje isso é inventado a mais não poder -, diz: "ah, não tem nada a ver com a sua função, era no jardim de sua casa", portando, crime ambiental. Promotor e juiz poderão investigá-lo. Obviamente que isso dá um poder imenso para essa gente toda, claro!"* Página 344 da Ação Penal 937.

¹⁶⁰ Por essa razão, ele desloca a discussão para apontar os privilégios dos membros do ministério público ao dizer que além de 2 férias por ano e os dias de feriados, os membros do órgão possuem em sua Lei Orgânica, a licença-prêmio de 3 meses por tempo de serviço após 5 anos de serviço, desde que não haja suspensão ou sanção e a gratificação de 1/3 do subsídio em necessária substituição de membros ausentes.

¹⁶¹ Isso porque segundo ele, todas as instituições terão reflexamente essa aplicação: ministros do STJ, do STF, do TCU, Ministros da Defesa, Comandantes das Forças Armadas, estarão sujeitos a serem intimados, por um juiz de primeiro grau, através

Esses efeitos significam que a consequência da perda do foro por parlamentares resulta na retirada de todas as hipóteses de privilégios da legislação, como a que diz que a investigação de juízes só seria realizada por inquérito judicial e membros, e que ex-membros do Ministério Público apenas seriam presos em flagrante de inconstitucionalidade, por exemplo.

A análise que o ministro planeja passar aos interlocutores nesse aspecto é que determinados membros do judiciário não podem cobrar uma conduta ética dos parlamentares federais, quando se tem um estado de coisas que favorece a tomada de atitudes ilícitas pelos próprios julgadores¹⁶². Nesse ponto, o que Gilmar Mendes disse que não é possível realizar um diálogo institucional com o Congresso Nacional diante de uma magistratura que é privilegiada.

Isso porque, para o ministro, os altos vencimentos e os privilégios de férias e acúmulo de cargos pelos magistrados e promotores demonstram que os políticos, ao organizarem a estrutura do poder que se inserem, não o fazem visando à ética na justiça, mas sim em causa própria, tal como o próprio legislativo faz quando se auto organiza atribuindo, entre outras coisas, as competências de como deve ser julgado.

E nesse ponto o ministro se posiciona de uma maneira que não só pretende ser deferente como também elogiosa do poder legislativo em relação

por exemplo, de um oficial de Cabrobó, sujeitos a "valentia de um juiz pernambucano". *"E os senhores imaginam um oficial de justiça de Cabrobó vindo aqui intimar o Comandante das Forças Armadas, do Exército, a partir da valentia daquele juiz pernambucano..."* Página 341 da Ação Penal 937.

¹⁶² Como primeiro exemplo, o ministro Mendes aponta o caso do auxílio moradia do juiz Bretas. Esse magistrado, apesar de casado com uma juíza também detentora do auxílio, teve seu benefício questionado pela AGU, apenas após um promotor - que também estava interessado em receber o penduricalho - questionar a publicidade do processo no Tribunal. O segundo exemplo para o ministro seria de um jornal de Curitiba que acabou enfrentando ações de indenização individualizadas, quando questionou os vencimentos de juízes e promotores. O terceiro seria o alto gasto com folha de pagamentos que as justiças estaduais possuem o que faz chegar a um número de 90%. Isso para o ministro constituiria em um verdadeiro "macrocéfalo de pernas de pau", ou seja, altíssimas quantias são depositadas dos cofres públicos para os vencimentos dos juízes, em detrimento de uma péssima infraestrutura dos órgãos judiciais de primeira instância, como falta de computadores, ar condicionado, servidores especializados, etc. E nisso, Gilmar conclui, gasta-se 3% do PIB, como uma Alemanha, para uma justiça como a de Bangladesh. Página 365-412 da Ação Penal 937

ao judiciário. Isso porque, ele diz que já houve situação em que o próprio Congresso entendeu o foro como uma estratégia de impunidade. E isso ocorreu durante o caso do mensalão – AP 470 –, em que a PEC 130/07 teve por objetivo retirar por completo o foro especial.

A mesma atitude de retirada de um estado de coisas em causa própria, por outro lado, não se deu com a magistratura de primeiro grau. Isso porque, além dela não propor nenhuma mudança de ordem estrutural, como as reformas em prédios da justiça, o ministro afirma que as autoridades locais insistem em fazer uma má prestação jurisdicional,¹⁶³ sem perspectiva e projetos de melhoria.

Esse desserviço, inclusive, pode ser demonstrado através dos problemas estruturais da justiça criminal por meio de dados empíricos, segundo ele. E essa lista envolve o que seria uma má prestação jurisdicional em crimes que violam de maneira significativa bens com alta relevância de proteção em matéria penal. Por exemplo, o ministro cita que, enquanto mais de 10% dos homicídios do mundo ocorrem no Brasil, apenas 10% deles são punidos na justiça brasileira.¹⁶⁴ Outro exemplo se refere às prisões, em que os dados no ano de 2017 mostram que 40% dos presos eram provisórios, sendo que destes, 76% não foram sequer sentenciados¹⁶⁵. O ministro ainda relembra que desde o ano de 2016 existem 84% as ações penais por crimes dolosos contra a vida que estão com o *status* pendente e que o tempo de demora de julgamento nas duas primeiras instâncias da justiça em ações comuns e cíveis é da ordem de 5 anos.¹⁶⁶

¹⁶³ Dentre esses dados, estão os mais de cinco mil homicídios sem inquérito aberto no estado de Alagoas, os inquéritos abertos com denúncias não oferecidas e a prescrição em massa de crimes de júri. Como exemplos, o ministro Mendes traz o caso do assassinato de Marielle Franco. Esse caso é revelador para o ministro de uma justiça de primeiro grau que está diante de uma alta taxa de homicídios sem investigação. Outro caso é o do Mensalão Tucano, que após declínio de competência do STF de processo já instruído em 2014, apenas em 2018 houve embargos julgados no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especificamente o mensalão do partido “Democratas”, desde 2009 não se tem notícia de solução da lide.

¹⁶⁴ Página 389 da Ação Penal 937.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Os dados específicos que o ministro traz a respeito da justiça de primeiro grau, iniciam com a primeira vara de Pretrolina/PE. Ela, tem um rol de 692 casos prescritos e 789 processos existentes nos seis últimos meses da AP 937. A segunda vara que o

Diante de todos esses problemas relatados, e que inclusive serviram para se contrapor aos dados empíricos trazidos pela corrente vencedora, a corrente vencida também se inclina para demonstrar soluções para o problema da impunidade. Uma delas, segundo Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, seria mudar a estrutura do judiciário de primeiro grau a partir da “federalização da magistratura”.¹⁶⁷

Ocorre que essa proposta da “federalização” está apenas no plano das recomendações. Isso tem significados importantes, na medida que o ministro Gilmar Mendes também propõe uma segunda: que seja criado um fundo que subsidie a modernização, instrumentalização e os sistemas de computadores da Justiça Estadual para combater a criminalidade de maneira efetiva. Assim, tanto nesse comentário do ministro quanto no outro existem instruções do STF endereçadas ao legislativo, para assim, além de dizer que a mudança da interpretação do foro sozinha não resolve a corrupção institucional dos poderes, também esboçar que o papel do STF é apenas de indicar transformações ao legislativo, em uma postura de autocontenção.

E com isso o ministro consegue realizar o diálogo institucional com o poder legislativo em matéria do foro propriamente dita. E nisso ele afirma que como o foro não resolve todos os problemas de corrupção que muitas vezes são a ele atribuídos e que o Congresso que já está ao longo dos anos legislando sobre o foro por prerrogativa de função, o STF não deve restringir as competências do 102,I,b.

E ao insistir nessa ideia, a Corte estaria reescrevendo a Constituição e realizando o exercício do poder constituinte, dando “*um verniz na interpretação de normas constitucionais expressas.*”¹⁶⁸. Por outro lado, o legislativo tem competência para alterar as competências de julgamento do STF. Isso porque

ministro aponta, é a vara criminal e juizado da infância e juventude de Ouro Preto/MG: julgou 229 ações como extintas em virtude da prescrição. E por fim, a 1ª e 2ª varas de Tabatinga: a primeira com 185 processos paralisados há mais de 100 dias, e a segunda com 1130 processos conclusos, sendo que destes, apenas 128 julgados e dessa última amostra, 52 com julgamento de mérito. Páginas 389-390 da AP 937.

¹⁶⁷ “*Eu avanço. Eu ouvi de muitas pessoas dizendo que, para todas essas mazelas existentes, teria de haver como a federalização geral da Justiça.*” Página 363 da AP 937.

¹⁶⁸ Página 372 da Ação Penal 937.

a ele cabe a revisão de “escolhas” do poder constituinte originário, dado que esse órgão consegue manejar as forças sociais e lidar com os riscos que envolvem a elaboração normativa, para além das variáveis estritamente jurídicas, mas articulando aspectos econômicos, sociais e políticas com maior legitimidade.

Isso não significa dizer que o papel do STF para essa corrente seria o de mero expectador do protagonismo dos outros poderes. Mas, de acordo com o ministro Toffoli, o STF é um órgão que tem outros deveres, como o poder de evitar vazamentos, e assim resistir de maneira maior às pressões políticas, e exercer assim um “poder moderador” dentro da lógica das instituições, como no uso do foro especial.

Quanto ao legislativo, a atribuição dessa competência ao STF tem mostrado que o diálogo institucional com este poder está sendo realizado de maneira absolutamente satisfatória, segundo Toffoli. A justificativa para esse entendimento é que não existe qualquer pedido de sustação pelos legisladores nas Casas Legislativas quando ocorrem processos originários de parlamentares federais no STF.

Ao lado de um executivo, por sua vez, o “poder moderador” do STF também se estende para garantir o fortalecimento dos órgãos judiciais¹⁶⁹ e de controle. Sobretudo quando o ministro exemplifica que o STF deve atuar nos conflitos federativos, na atividade econômica, político-partidária, da discussão dos direitos fundamentais e proteção de minorias. Quer dizer, o papel que Toffoli propõe ao STF é de um órgão que traz harmonia nas instituições, não sendo possível denotá-lo como autocontido ou ativista enquanto “poder moderador”.

¹⁶⁹ No que tange aos dados de fortalecimento institucional dos órgãos judiciários e de controle no Brasil, Toffoli traz os destaques da ampla autonomia do Poder Judiciário em seu papel social, econômico e político. Cita exemplos mais específicos como a autonomia funcional e financeira do Ministério público com a lista tríplice atuando desde 2003, e a imprensa livre e independente, que comporta relevante papel na fiscalização da atividade pública. Por fim, Toffoli retrata que o próprio legislativo que contou com diversas iniciativas para a melhora institucional. Dentre as quais, a formulação de novas leis como a lei complementar 131 que garantiu transparência aos gastos governamentais pela Lei de Transparência e a Lei de Acesso à Informação (lei 12.527).

Entretanto, se as competências do STF forem alteradas de modo a restringir a competência aos parlamentares federais, esse arranjo harmônico será abalado. Ou seja, esse argumento pretende dizer que se o STF tomar essa medida antes do Congresso Nacional se posicionar em uma nova emenda constitucional sobre o foro¹⁷⁰, o STF estará ultrapassando os limites de sua competência por desviar-se de um papel de “poder moderador”.

Com a argumentação desses ministros foi possível perceber que, enquanto Gilmar Mendes traz propostas mais amplas e estruturais a serem realizadas – como a “federalização da justiça”, o ministro Toffoli se concentra em um papel ideal do STF frente aos outros poderes. Contudo, outra linha argumentativa que divide a corrente vencida nas propostas de melhoria do judiciário encontra-se no voto do ministro Alexandre de Moraes.

Para ele, o STF deveria ter iniciativas processuais próprias para poder efetivamente aperfeiçoar a legislação penal de modo a modernizar os órgãos da justiça¹⁷¹. Porém, como a Corte não dispõe dessa atribuição, cabe ao legislativo mudá-la pela via da emenda constitucional.

Isso porque, caso o STF venha a realizar a restrição de competências como pretende a corrente vencedora sem ter as iniciativas processuais adequadas, a “desfuncionalidade” apontada no uso da competência do foro será ainda maior. O ministro Alexandre de Moraes exemplifica alguns dos problemas que surgiriam nesse sentido, ao admitir hipoteticamente que os critérios “no cargo” e “em função” do cargo tenham sido recepcionados pelo STF.

Dentre as indagações estão: qual seria o procedimento correto da primeira instância a ser feito enquanto detentora da competência de julgar os parlamentares federais como regra geral. Qual órgão judicial seria o responsável por oficiar a assembleia legislativa para processar o parlamentar,

¹⁷⁰ Nesse sentido, para ele, assim como em outros casos, como o aviso prévio proporcional, a Corte deveria esperar a deliberação dessa instituição antes de decidir. Aliás, desde a emenda 35/01, o Congresso não sustou processos no STF que envolviam parlamentares.

¹⁷¹ Dentre os elementos de mudanças o ministro diz que enquanto o Brasil possui 8 juízes para cada 100 mil habitantes, a Alemanha possui 25 para cada 100 mil habitantes, o que mostra que aquele país consegue atender melhor as demandas processuais.

ainda que a permissão dela não seja mais necessária ao STF em julgar esses políticos. Ou ainda, se esse procedimento seria feito indiretamente, com o juiz de primeiro grau oficiando o STF para que o julgamento dos políticos ocorra na primeira instância.

Portanto, com esse último problema apontado os ministros da corrente vencida concluem que não ignoram a existência de uma “desfuncionalidade” no sistema de foro. Entretanto, afirmam que ela se intensificará com a adoção dos critérios “no cargo” e “em função do cargo”. Isso porque, além desses dois critérios potencialmente se tornarem o mérito da causa de processos que chegarão ao STF, a Corte não saberá o procedimento correto em matéria processual que a primeira instância terá de utilizar para julgar os políticos. E a este argumento se soma o que conjectura que a Corte invadirá competências do legislativo sobre a matéria processual penal.

Além disso, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que a intensificação da “desfuncionalidade” se verificará com os efeitos reflexos do julgamento da AP 937. E o principal será o que ele denomina de “castelo de cartas¹⁷²”, em que a restrição feita aos parlamentares se estenderá para todos os outros cargos detentores do foro. Esse argumento toma contornos ainda mais acentuados quando o ministro Gilmar Mendes afirmou que, ao invés de se alterar a competência do foro, seria melhor que o STF dissesse que todos os privilégios processuais são inconstitucionais, em especial, aqueles referentes aos órgãos da magistratura.

Por fim, a última consequência negativa da decisão da corrente vencedora é que inegavelmente um poder maior no julgamento será dado pelo STF às autoridades locais com a restrição de competências do 102,I,b. E como consequência, os ministros da corrente vencida afirmam que esta mudança

¹⁷² Quanto a este último problema, o ministro Ricardo Lewandowski diz que restringir a competência para um número de pessoas significa derrubar uma “carta” de um “castelo” e assim causar uma grande confusão no judiciário. Isso trará implicações, como o comprometimento da lógica de que ministros dos tribunais de contas devem ser julgados nos tribunais de justiça e não na primeira instância, justamente para possuírem independência quando exercerem controle nos órgãos de primeiro grau. Por motivo semelhante, ministros dos tribunais superiores são julgados no Supremo, para que possam rever decisões judiciais e de organização estrutural dos órgãos de primeiro grau de forma independente.

implicará desvios de função, com a manifestação do abuso de autoridade em função de interesses escusos de promotores e juízes sujeitos às “paixões políticas¹⁷³”.

6.4.6.1 A Busca Pela Honra no STF

Nesse ponto, a questão do desenho institucional se desloca para o esforço dos ministros em respaldar suas próprias atividades para o controle social realizado pela mídia. Isso porque se, de um lado as outras categorias demonstraram que uma das principais preocupações do STF esteve no acervo processual tornar-se maior ou menor, em virtude das alterações do foro, sobretudo a de gestão processual, de outro não faltaram argumentos para lidar com a opinião pública.

A diferença é que enquanto a corrente vencedora disse que o sentimento de impunidade advindo do controle social acabaria com a restrição de competências, a corrente vencida buscou refutar a ideia de que a alteração de competências implicaria na retirada de todos os problemas de corrupção e impunidade no país. Além disso, os ministros também afirmaram que esses dois problemas não são atribuíveis aos trabalhos dos ministros do STF. Por fim, eles apontaram erros da pesquisa acadêmica da FGV-Rio.

Quanto ao primeiro, Alexandre de Moraes diz que é necessário que a Corte demonstre à opinião popular que a restrição do foro, nos moldes da corrente vencida, não gera a prisão temporária ou preventiva de membros políticos, como ocorre com outros réus, ou seja, não reproduz necessariamente a pretensão de maior execução de penas por ilícitos. Isso porque a previsão do foro especial não se confunde com a imunidade material, por estar limitada a aspectos processuais.

No que se refere à defesa da “honra” dos trabalhos do judiciário, Dias Toffoli ocupa seu voto para fazer um reconhecimento do bom trabalho dos

¹⁷³ Com relação a prerrogativa de foro a outros o cargos, o ministro cita a importância do foro aos prefeitos municipais. Isso porque, segundo ele, a fixação de competência para eventuais crimes praticados no TJ auxilia a retirada das influências negativas locais. Mais que isso, o foro não permite a eferescência de “paixões políticas” por parte de promotores que podem concorrer às prefeituras locais. A última consideração é que as instâncias inferiores estão mais sujeitas às pressões populares, políticas e midiáticas que podem alterar decisões, ameaçando a própria democracia.

ministros do passado e para justificar que em diversas ações nas quais ele próprio atuou o órgão não tem agido a favor da impunidade. O que o ministro pretende dizer com isso é que não se pode gerar uma má memória dos ministros do passado quanto ao julgamento de parlamentares federais.

Isso porque, de acordo com ele, desde a Constituição do império até a emenda 35/01, havia a necessidade de autorização legislativa para julgamento dos parlamentares pelo STF, o que gerava por si, limitações processuais à atuação do STF. Porém, o ministro aponta que essas competências foram expandidas na Corte, e, desse modo, ela se tornou o órgão mais transparente e imparcial de todo o poder judiciário¹⁷⁴. Nesse sentido não cabe a opinião pública dizer que a responsabilização dos políticos no STF estaria de alguma forma comprometida.

Por último, a corrente vencida ao tratar da pesquisa da FGV diz que ela ofende a imagem institucional do Supremo Tribunal Federal, além de iludir a população. O ministro Gilmar Mendes se destaca nesses argumentos, ao dizer que a imprensa não auxilia no combate a corrupção, pois endereça todo ataque à competência do foro e desconsidera críticas relevantes aos privilégios inconstitucionais de juízes e membros do MP.

O controle social da mídia nas competências do judiciário em julgar os políticos também é ineficiente, segundo o ministro, porque a imprensa é concentrada em poucos estados da federação. Isso faz crer que se o Supremo restringir as competências do artigo 102,I,b os órgãos de comunicação serão seletivos na investigação dos políticos denunciados. Assim, é possível perceber como a mídia influenciou o julgamento da AP 937 no momento da ação e como a própria escolha deste ministro em se comportar de modo desfavorável à alteração de competências do STF é influenciada por possíveis comportamentos da imprensa.

¹⁷⁴ Nesse ponto o ministro reforça a ideia da figura estrutural do pêndulo da "centralização" e "descentralização". Ela consiste em dizer que a prerrogativa de foro foi um instituto que durante as cartas constitucionais pode alternativamente, conferir maiores competências de julgamento ora aos poderes centrais, ora aos poderes locais. E justamente por esse movimento do pêndulo não se pode dizer que existia no passado impunidade e que, de repente, ministros imbuídos de um "iluminismo civilizatório" a mudaram para julgar mais políticos com a presença do foro.

6.4.6.2 Argumentos de Separação de Poderes

Ainda dentro da categoria “desenho institucional”, os ministros da corrente vencida reproduzem a preocupação com a violação da separação de poderes, devido à restrição de competências em matéria de foro. Como manifestação desse pensamento, o ministro Alexandre de Moraes diz que a abrangência do foro garante o bom funcionamento das instituições estatais.

O ministro Gilmar Mendes também concorda que o foro garante a independência parlamentar. Inclusive, para isso, ele diz que a Constituição estabeleceu a antecipação da prerrogativa na diplomação. E assim o fez não porque ela prevê que este ou aquele político cometerá crimes antes da posse, mas para que o futuro parlamentar não veja a sua independência ameaçada diante dos outros poderes, como o judiciário.

Por todo o exposto, a corrente vencida concluiu que se for para atender a opinião pública, os privilégios pertencentes aos outros poderes também deveriam ser diminutos. Mas essa corrente não ousa trazer esta argumentação para a *ratio decidendi*, justamente porque ultrapassaria os limites de atuação da Corte. Entretanto, a usa porque quer dizer que restringir as competências em função do desejo da mídia significa atentar contra o diálogo institucional, contra o Congresso e até mesmo contra as cláusulas pétreas constitucionais, que é o caso da separação dos poderes.

6.4.7 Legislação Nacional e Comparada

Os comentários pertinentes à legislação comparada pela corrente vencida possuem um amplo intertexto com a categoria histórica. Isso se justifica para que esse corrente consiga se contrapor aos argumentos da corrente vencedora também nessa categoria: aquela se utilizou de uma comparação com países vizinhos de continente e com países europeus para dizer que o foro não é compatível em termos de legislação comparada. Esta se utilizou de argumentos para apontar a origem do instituto em outros países e dos privilégios que o Brasil têm em desconformidade com os arranjos institucionais de outros países.

O ministro Alexandre de Moraes nesse sentido buscou na história inglesa a origem das imunidades para a defesa do foro especial. A conclusão de

Moraes foi que as imunidades tinham por objetivo a proteção dos parlamentares contra crimes comuns. Assim, o ministro objetiva afastar a ideia de que o foro só serviria para crimes excepcionais que atenderiam aos critérios “no cargo” e “em função do cargo”. Isso porque, segundo ele, na hipótese de existirem delitos realizados “no cargo” a expulsão do parlamentar era imediata.

Quanto aos privilégios que os membros do judiciário possuem em dissonância dos outros países, o ministro Gilmar Mendes afirma que em nenhum país do mundo existem promotores e juízes que tiram duas férias anuais, além de licença prêmio de seis meses no caso de promotores e procuradores. Essa estratégia argumentativa significa dizer que ao se buscar uma congruência com o direito dos outros países não se pode limitar apenas em matéria de foro, mas também quanto a privilégios injustificados de membros do judiciário¹⁷⁵.

Como é possível observar, a corrente vencida não faz grande uso da subcategoria “legislação comparada” para defender uma competência ampla no julgamento dos parlamentares federais. Ao contrário, ela endereça maiores esforços nos argumentos de legislação interna em um método de interpretação mais sistemático do que teleológico. Dessa forma, a análise do direito doméstico se dá com a preocupação de uma parte dos ministros em responder se as hipóteses de foro podem ser expandidas para as constituições estaduais e os bons exemplos de leis que o legislativo criou para o combate às ilegalidades.

Quanto ao primeiro ponto, segundo o ministro Alexandre de Moraes, o foro especial tem uma extensiva e generosa abrangência em mais de 26 constituições estaduais, além da Lei Orgânica do Distrito Federal. Por toda essa extensão, a tentativa de restrição de competências abrirá margens para o uso

¹⁷⁵ Como exemplos de regras jurídicas que privilegiam injustificadamente essas autoridades, ele diz que os inquéritos abertos contra membro do MP são submetidos ao Procurador Geral respectivo, que apenas após a ciência designa outro membro para dar prosseguimento às investigações; que o membro do MP não pode ser indiciado; que a prisão em flagrante só ocorre em caso de crime inafiançável e com aviso ao Procurador Geral que a prisão preventiva apenas pode ser escrita por Tribunal competente e em caso de prisão processual deve ser domiciliar ou sala de Estado Maior.

de previsões constitucionais implícitas que, a depender da forma que forem utilizadas, podem resultar em uma ampliação ilimitada do foro especial, não só aos parlamentares federais. Esse aumento se daria principalmente, porque as hipóteses “no caso” e “em função do caso” seriam sempre analisadas, para verificação da existência delas ou não no processo. E esse trabalho seriam feito pela Corte antes da fixação de competência, que por sua vez, estaria no próprio STF, ou em outro órgão, toda vez que os processos envolverem réus parlamentares federais, para só assim, se iniciar o trâmite processual.

No que tange aos exemplos de legislação sobre o assunto, o ministro Toffoli diz que o legislador contribui para o combate à corrupção suficientemente com diversas leis¹⁷⁶. Portanto, o STF, ao invés de restringir suas competências nessa matéria, deve usá-la de forma integrada com essas novas leis, para o combate ao crime.

Logo, nessa categoria a corrente vencida tentou identificar avanços na legislação interna e afastar a ideia da impunidade com a conformação da legalidade atual. Ela apenas entende ser necessário um ajuste de compatibilização do foro especial com as cartas estaduais impondo limites mais claros de quais cargos da administração pública essa prerrogativa pode corresponder ou não. Porém, esse simples problema tomaria avanços incontroláveis com o avanço de competências implícitas, porque ao invés de limites incentivariam maiores hipóteses de foro nessas constituições.

6.4.8 Consequencialismo

Para o ministro Gilmar Mendes os argumentos consequencialistas da corrente vencedora tem dado uma nova interpretação ao foro especial. Como exemplo dessas ideias tem-se que a restrição de competências que visa desafogar os tribunais, com a diminuição de ações penais. Além disso, outro

¹⁷⁶ A lei 9613/98, por exemplo, concebeu maior abrangência ao tipo penal sobre o crime de lavagem de dinheiro; o decreto 5015 de 2004 com o Tratado de Palermo, introduziu nova tratativa a respeito do crime organizado internacional; o decreto 5687 de 2006 trouxe a Convenção de Mérida contra a corrupção; a lei 12850 de 2013 contribuiu com o instituto da colaboração premiada, além da legislação sobre o crime de organização criminosa.

O último exemplo legislativo nessa lista que o ministro Toffoli desenvolveu, está na lei 12846 em que trata da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas contra a administração na Lei Anticorrupção.

argumento daquela corrente é o de que restringir as competências implica em acelerar a punição de criminosos e desincentivar as influências políticas dos processos. Entretanto, para a corrente vencida não são esses os nexos de causalidade que gerarão uma sociedade mais justa.

Segundo ele, essa interpretação identifica o foro como a causa de todas as “mazelas sociais”. Entretanto, o ministro diz que isso não está de acordo nem mesmo com o que a corrente vencedora defende. Isso porque, a ação penal 470 do mensalão demonstrou que a concentração de competências no STF foi mais satisfatória no combate à criminalidade.

Portanto, a restrição de competência do STF no julgamento dos parlamentares federais traz como consequência não uma melhoria na prestação jurisdicional do STF, como previu a corrente vencedora, mas uma piora. No plano prático o ministro aponta que existirão maiores conluíus entre as polícias e os tribunais de justiça, porque as ações de improbidade administrativa já demonstram que o poder dado à primeira instância faz com que sentenças se tornassem “moeda de troca”¹⁷⁷ de políticos.

Outra consequência é que as alterações promovidas com a restrição do foro também permitirão que juízes sejam julgados por colegas da “sala ao lado”¹⁷⁸, porque, como aponta Lewandowski, modificar as competências aos parlamentares federais implica necessariamente que *“todo o sistema do foro haverá de cair”*¹⁷⁹ contribuindo para um desarranjo no sistema penal.

Para ilustrar a abrangência do foro, o ministro Toffoli consegue dizer que são contempladas com essa competência a partir do “Levantamento do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria do Senado Federal”¹⁸⁰, números que

¹⁷⁷ “No início da década de 2010, a então Corregedora Nacional de Justiça Eliana Calmon chegou a ponto de afirmar que “O Rio de Janeiro não pune ninguém. As ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público são arquivadas no nascedouro” Página 392 da Ação Penal 937.

¹⁷⁸ “[...] mas serão julgados, talvez, pelo colega da sala ao lado, em se tratando de um crime comum.” Página 342 da AP 937.

¹⁷⁹ Página 342 da Ação Penal 937.

¹⁸⁰ CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-paradiscussao/td233>. Acesso em 17/1/18.

demonstram que chega a 38.431 federais, estaduais, distritais e municipais as pessoas que se enquadram nessa hipótese. Além disso, 16.559 funcionários públicos, pelas constituições estaduais e lei orgânica do distrito federal teriam foro em tribunais de justiça, segundo o levantamento.

Por esse grande contingente, a conclusão do ministro é que, se houver alteração para os parlamentares federais, a consequência é que essas outras autoridades também deverão ser contempladas com a restrição, pois nada justificará que os argumentos “no cargo” e “em função do cargo” somente sejam aplicáveis aos parlamentares federais.

A corrente vencida observou que a aplicação da restrição de competências do STF ao julgar os parlamentares federais traz um efeito contrário ao pretendido como consequência. Isso porque, ao invés de combater a corrupção a incentivará nas primeiras instâncias do judiciário. Ao invés de aperfeiçoar a gestão processual do órgão, paradoxalmente essa alteração trará maiores problemas. Em outras palavras, nem pela motivação de melhora no acervo de julgamentos do STF, nem pelo alegado impacto social positivo na qualidade dos julgados, a restrição do foro se justifica no que tange aos parlamentares federais, segundo a corrente vencida.

7 Aproximação entre as Correntes

De forma a aproximar as correntes, faz-se uma leitura em cima das próprias categorias indutivas de maneira a se encaminhar para a conclusão geral deste trabalho.

Essa análise se inicia com apontamento sobre os princípios da igualdade e república entre os ministros de ambas as correntes. Eles apontam divergências de metodologias da própria forma de decidir do Tribunal. De um lado se verificou que existe aquela corrente que diante de má percepção social de um fenômeno jurídico entende que é possível corrigi-lo através de novas propostas interpretativas na prática decisória da corte. De outro lado, a corrente vencida compreende que as mudanças na maneira de decidir a respeito do foro, na verdade, possibilitam a queda em uma catástrofe: na pretensão de melhorar um instituto, pode-se ruir com um sistema jurídico.

O instituto da “mutação constitucional”, por sua vez, parece ser um subterfúgio argumentativo para concordar ou discordar com a competência penal do STF em julgar os parlamentares federais. Alguns ministros que defenderam a presença dela no caso concreto chegaram a usá-lo como premissa, sequer explicando o porquê de uma mudança constitucional ocorrer sem a mudança de texto. Por outro lado, o uso do instituto também deu margem para que a corrente vencida incorporasse ainda mais o discurso da separação clássica dos poderes, não cabendo ao STF alterar as suas próprias competências legais.

No que tange a gestão processual, as duas correntes parecem concordar, com exceção de Marco Aurélio, que a “prorrogação das competências na fase instrutória” é algo positivo para evitar o declínio de competências com a renúncia de mandatos, ou ainda, assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

No entanto, essa alteração processual, que por si só poderia ser questionada por não ter sido realizada via legislativo, foi amplamente aceita. Na verdade, o que a corrente vencida se indignou foi com os requisitos de admissibilidade processual do foro por prerrogativa de função criados interpretativamente pela corrente vencedora.

Ainda que não justifiquem ser essa a finalidade explicitamente, sabe-se que de plano uma ação penal sequer será “conhecida” pelo STF sem atender aos requisitos de que o crime seja feito “no cargo” e “em função do cargo”. A corrente vencida nesse ponto chegou a dizer que, ao invés de hipóteses meramente formais, essas questões poderiam ocupar o centro do debate, ou seja, o mérito, ocupando muito a atenção do STF.

Especificamente em relação ao foro privilegiado, duas interpretações foram realizadas: uma que em uma perspectiva histórica da exegese constitucional visou legitimar a existência do foro para a defesa das instituições, e outra que entende no Supremo um motor histórico para inovar em uma nova narrativa, retirando as possibilidades amplas e irrestritas da aplicação do foro, pois elas se confundem com uma cultura de privilégios e desigualdades no trato dos políticos.

No aspecto legislativo, cumpre destacar que a corrente vencida priorizou mais os argumentos extraídos da legislação constitucional e infraconstitucional, ou seja, do direito doméstico. A corrente vencedora, por sua vez, vê que a compatibilidade das regras do foro também devem se ater ao que prevê leis internacionais.

No que tange ao desenho institucional, a corrente vencedora entende ser ela a responsável por moralizar o direito e o seu ator protagonista, o poder legislativo. De outro lado a corrente vencida diz que não é no STF que se encontrarão os problemas que a sociedade tem apontado, muitas vezes injustamente. Também não são todos esses problemas vistos no legislativo, mas no próprio judiciário, com os privilégios de vencimentos de promotores e com o próprio descuido nas diligências processuais de instâncias inferiores da magistratura.

A corrente vencedora observou que a legislação tem sido muito condescendente com os parlamentares federais ao longo do tempo, o que faz com que ela concluísse que o sistema penal foi montado para que na responsabilização penal dos políticos não se atinjam os objetivos de justiça. Do contrário, a corrente vencida faz uma análise mais legalista, enxergando que os ajustes que devem ser feitos são pontuais e acessórios em matéria do foro por prerrogativa de função.

E, por fim, no que se refere ao combate à criminalidade, enquanto a corrente vencedora enxerga na restrição do foro por prerrogativa de função um pontapé inicial, que terá um potencial efeito de redução da corrupção, a corrente vencida diz que se deve buscar as raízes do problema. E nisso, aponta que o judiciário não está realmente legitimado para combater a corrupção dos outros poderes. Aliás, a ação nem tem o condão de iniciar esse combate, porque o próprio poder judiciário, segundo alguns ministros da corrente vencida, com destaque para Gilmar Mendes, é detentor de práticas corruptas.

8 Conclusão

Com este trabalho foi possível observar dois pontos de divergências centrais, sobretudo no que tange a capacidade do Supremo Tribunal Federal gerir a auto-organização de suas competências, em matéria do foro especial aos parlamentares. A questão mais importante nesse sentido não foi saber se ele gere ou não as suas competências, porque isso ele faz, mas sim em que momento e como o órgão decidiu fazer isso em matéria do foro especial dos parlamentares quando provocado na AP 937. Isso porque o próprio poder do STF de escolher sobre quem é que regulará as competências do órgão, e em que momento do tempo, já é por si, um demonstrativo de que ele próprio inevitavelmente (re)interpreta as suas próprias competências.

Especificamente no caso do foro, viu-se que o STF teve como escolha a linha de que os deputados deveriam ser julgados “no cargo” e “em função do cargo”. Ao optar por ela, o órgão traduziu uma forma - *como* - de regulação sobre suas competências no momento presente - *quando*. E como consequência, restringiu as suas competências para julgar casos futuramente, de maneira predominantemente recursal. Em suma, a corrente vencedora regulou no presente as regras do foro, de forma a restringi-las, para julgar casos concretos em um tempo futuro.

Mas poderia ter feito de outra maneira, como sugeriu a corrente vencida. Nesta vertente, o órgão não regularia *a priori* suas competências sobre o foro, mas faria isso futuramente, quando talvez tivesse que discutir sobre a constitucionalidade de alguma emenda constitucional criada pelo parlamento que alterasse as hipóteses do foro, por exemplo. Em outras palavras, o órgão teria escolhido de maneira irrestrita por exercer a competência do foro no tempo presente a todos os parlamentares que cometessem crimes. E nisso os julgaria, sabendo que também teria de controlar a constitucionalidade da regulação dessa competência depois.

Mais do que isso, a leitura da AP 937 demonstrou por este trabalho o “beco sem saída” por assim dizer, entre primeiro, a Corte escolher “regular no presente”, com os critérios estabelecidos de modo a “restringir as competências” para então “julgar eventuais casos depois”, ou seja, em grau

recursal. Ou de modo oposto, “julgar no presente” todos os casos de crimes feitos pelos parlamentares e assim “fazer uma leitura literal das competências” para então “regulá-las eventualmente depois”, ou seja, admitir que alterações no foro possam ocorrer, mas pela via do legislativo. Além disso, o trabalho também observou as justificativas de cada uma dessas opções, e os propósitos delas, através da leitura das categorias indutivas. Acontece que essas justificativas e propósitos expressam posturas “ativistas” por parte da corrente vencedora e “autocontidas” pela corrente vencida.

Por exemplo, a corrente vencedora ao escolher “regular no presente” o exercício de suas competências, restringindo-as, não permitiu ao órgão legislativo concluir suas discussões parlamentares sobre as hipóteses de foro que poderiam ocorrer em uma de suas sessões, e inclusive aquelas que estavam em curso no Congresso Nacional, como apontou a corrente vencida. Nesse sentido, quando a corrente vencedora concluiu que apenas parlamentares que cometerem crimes no “cargo” e “em função” do cargo terão foro no STF, e os outros deveriam ser julgados nas primeiras instâncias, os ministros exerceram uma regulação sobre o *modus operandi* de como os parlamentares serão julgados, ou seja, fizeram uma regulação em cima de regras processuais.

Com isso, se evidenciou não só uma postura “ativista” por parte da corrente vencedora nesse aspecto, mas também que os ministros do Supremo Tribunal Federal podem ser “ativistas” no trato de regras processuais. Aliás, foi esse o caso, pois, ao negar a aplicação literal da regra de foro no STF, os ministros delegaram as competências do julgamento de parlamentares federais de si para a primeira instância. E os propósitos e justificativas para isso se mostraram nas categorias com motivações não somente jurídicas.

Isso porque abdicar de competências taxativamente expressas na Constituição pode ter por finalidade fortalecer instâncias inferiores do judiciário perante a opinião pública, ou ainda exonerar a Corte de custos políticos e decisórios. Assim, antes de pronunciar-se sobre a questão, no modelo de julgamento proposto na AP 937, a Corte só se pronunciaria depois de outros órgãos judiciais de primeira instância terem o ônus primário do julgamento e

mais do que isso, a sociedade não cobraria exclusivamente ações de responsabilização dos políticos no STF.

De outro lado, a corrente vencida quando interpretou a existência do foro de maneira mais literal ao texto constitucional expressou atitudes mais “autocontidas”. Isso se percebeu através da leitura das categorias, quando em um dado momento o ministro Alexandre de Moraes reconheceu que seria desejável que o STF pudesse ter mais iniciativas processuais, mas não as tem também por conta de uma interpretação restritiva das competências do foro.

Outra postura “autocontida” pode ser observada quando Lewandowski afirmou que a discussão sobre a regulação do foro sequer poderia ter sido feita pelo meio processual da AP 937, mas sim por outro, como a ADI, ADO ou ADC. Isso porque o objeto do processo era a condenação ou não de um réu deputado, mas a discussão foi ampliada com a formulação de teses em “repercussão geral” a partir da corrente vencedora.

De maneira mais abrangente, essas atitudes “ativistas” e “autocontidas” que os ministros das correntes expressaram como visão de atuação do STF ao julgar parlamentares federais podem ser vistas através das posturas e justificativas divergentes trazidas pelas categorias:

Corrente vencedora	Corrente Vencida
Ativismo	Autocontenção
Regulação <i>a priori</i>	Regulação <i>a posteriori</i>
Predomínio de Princípios	Predomínio de Regras
Método Finalístico/teleológico	Método gramatical/sistemático
Restringir para a Diminuição dos casos	Restringir implica Aumento de casos
Competência como regra geral para o 1º grau	Competência como regra geral para o STF
Adequação ao Direito Internacional	Adequação ao Direito Doméstico
Restrição fortalece a democracia	Restrição enfraquece a democracia
Foro na CF/88 como Superação Histórica	Foro na CF/88 como Manutenção da História
Opinião pública é importante	Opinião Pública atrapalha o STF
Confiança nos auxiliares à Justiça	Desconfiança nos auxiliares à Justiça

Em primeiro lugar, a categoria que tratou dos princípios da igualdade e da república evidenciou que os ministros da corrente vencedora observaram o exercício da competência do foro sobre uma leitura mais principiológica, ao passo que a corrente vencida se prendeu a uma leitura mais gramatical e sistemática das regras constitucionais e infranconstitucionais.

Isso porque os ministros da corrente vencedora defenderam que a responsabilização dos políticos concretiza os princípios constitucionais e superam privilégios odiosos. Ao passo que a corrente vencida trouxe a ideia de que é impossível obter uma leitura teleológica sobre o princípio da igualdade que diga essas afirmações, pois o conjunto de regras sobre o foro aos parlamentares federais seria para esta corrente apenas a “ponta do iceberg” de diversas outras regras de foro em outros cargos da administração pública. E mais do que isso, essas regras, ao invés de rejeitadas pelo ordenamento, são incentivadas por auxiliar na harmonia dos três poderes e por isso devem ser mantidas, salvo alteração legislativa.

Outro contraponto entre uma postura ativista e autocontida gira em torno da categoria da mutação constitucional. Para a corrente vencedora, a competência ampla do foro no STF não é suficiente para o combate à corrupção dos parlamentares, mas ao contrário, as regras do foro são vetores que aumentam e incentivam as ações deletérias por esses políticos. Isso permite concluir que a atitude regulatória e de restrição de competências defendida por esta corrente, se justificaria pelos anseios da sociedade em diminuir significativamente a corrupção. E esse objetivo da sociedade é tão acentuado, que é capaz de legitimar a alteração da própria Constituição.

Mas essa mudança não deve ocorrer por uma nova Constituinte ou pelas vias ordinárias dos cargos eleitos, já que são os primeiros interessados nessas regras, mas sim via Supremo. E isso se faz com a aplicação sobre a regra do foro da mutação constitucional. A corrente vencida discorda desses argumentos veementemente, pois faz crer que a alteração da regra do foro aos parlamentares seria uma regulação extremamente forte por parte do Supremo, a tal ponto de nem ser uma terceira via verificada. Isso porque ao invés da ocorrência da mutação constitucional, a alteração da regra do foro faz do

Supremo tentar ser o próprio legislador positivo, ou o usurpador da Constituinte.

Além dessas oposições entre princípios e regras, leitura teleológica e literal há outras entre as correntes, como a de que a mudança interpretativa na regra do foro aos parlamentares ser benéfica ou não para gestão processual do Supremo. Os ministros da corrente vencedora defendem que cabe ao Supremo gerir seu acervo processual, isso porque se o órgão continuar a admitir o julgamento irrestrito dos parlamentares federais, além de favorecer a não responsabilização de culpados irá aumentar sobremaneira seus trabalhos.

Os vencedores fazem crer que há um ciclo vicioso que é legitimado pelas regras processuais e materiais no campo penal. Esse ciclo consiste no cometimento de crimes por parlamentares que ao saberem que não serão julgados tão logo pelo Supremo, manipulam as jurisdições com a troca de cargos intencionalmente ou simplesmente perdem seus cargos e não são condenados pelo STF. Após isso se reelegem, trocam mais de cargos, ou com a prescrição da pretensão punitiva de crimes passados, cometem novos e o ciclo se reinicia. E mais do que isso, é possível concluir que a corrente vencedora não vê com bons olhos o controle de constitucionalidade da atividade legislativa de regras que são endereçadas aos próprios atores que as criam, como planeja a corrente vencida em um controle *ex post*.

Ocorre que se muitos parlamentares entrarem nesse ciclo, o número de processos do Supremo progredirá cada vez mais, e o órgão terá um grande ônus de julgamento. Nesse sentido, seria cômodo para a corrente vencedora abdicar do poder de julgar esses parlamentares por ora, através de uma regulação que faça com que o órgão apenas haja em segundo grau. O STF ao agir nesse outro momento processual teria seu acervo diminuído e mais do que isso, menos trabalho na condução do processo e menos controle social da mídia.

Entretanto, tal argumento também foi rejeitado pela corrente vencida. Para eles, além do problema “regulatório” que significa a usurpação do poder legislativo, a ideia de que a restrição de competências faria com que apenas eventualmente o STF julgasse parlamentares consiste em uma avaliação

errada. Isso porque para eles, depois de firmado o entendimento regulatório que o Supremo terá de julgar apenas crimes cometidos “no cargo” e “em função” do cargo, o passo seguinte não será a apreciação definitiva pela primeira instância. Na verdade, interessará saber se o crime foi ou não cometido no cargo e em função dele e, por conseguinte, se deve ou não ser julgado pelo Supremo.

Logo, é possível entender que para os vencidos o acervo de processos não diminuiria, mas aumentaria, pois os critérios “no cargo” e “em função” do cargo se assemelhariam a critérios formais de admissibilidade processual a serem avaliados pelo Supremo em larga escala. Em suma, além de julgar o mérito em si, uma análise superficial dos casos teria de ser feita pelo Supremo todas as vezes que algum parlamentar fosse acusado de um crime, para averiguar os critérios “no cargo” e “em função do cargo”.

Além disso, subjacente a essa oposição entre menos casos e mais casos com a alteração da interpretação da regra de foro, os ministros das duas correntes discutiram sobre o papel da justiça de primeiro grau. A partir da categoria “diálogo institucional e opinião pública” foi possível observar mais uma oposição. Dessa vez, a corrente vencedora trouxe a ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve lidar mais como um tribunal que avalia questões de direito do que matéria de fato.

Isso porque os órgãos de primeira instância são mais capazes de lidar com a gestão processual, além de estarem mais próximos ao próprio local do cometimento do delito e articularem de maneira mais satisfatória com os órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público e as polícias locais. Entretanto, os ministros da corrente vencida disseram que os órgãos judiciais de primeiro grau não seriam capazes de lidar de maneira coerente com processos de parlamentares.

Isso ocorreria por conta das diversas corrupções políticas, como as pretensões eleitorais locais de membros do judiciário, ou ainda pela falta do controle midiático sobre os diversos órgãos. Mais do que isso, houve o argumento de que se nem com os crimes ordinários como o homicídio a justiça

de primeiro grau consegue oferecer uma boa prestação jurisdicional, quem dirá dos que envolvam políticos.

Outras duas últimas grandes oposições puderam ser verificadas, como a de que o Brasil deve seguir os modelos do direito internacional ou se apegar mais as regras da legislação doméstica, e as divergências quanto a história das constituições nacionais. Quanto ao direito internacional, conclui-se que os ministros da corrente vencedora realizaram um “controle de convencionalidade¹⁸¹” além do “controle de constitucionalidade” para colocarem os seus pontos de vista.

Isso porque, diversos foram os tratados que demonstraram a plena possibilidade de restrição do duplo grau afim da manutenção da ordem dos poderes, ou ainda, a ausência de foro de políticos foi colocada por eles como um indicador de fortalecimento da democracia. Os ministros da corrente vencida rejeitaram essa ideia por defenderem que o Supremo seria o juiz natural dos parlamentares e que a retirada das hipóteses de foro dos parlamentares é que comprometeriam todo o sistema de normas constitucionais na matéria.

Quanto à história, os ministros da corrente vencedora defenderam que a superação do período imperial do Brasil e da ditadura militar de 64 implica na necessária eliminação das hipóteses do foro dos parlamentares. Ao passo que os ministros da corrente vencida levaram a crer que hipóteses de foro são aumentadas progressivamente ao longo das constituições, como forma de proteger as instituições do Estado.

Em síntese, a (re)interpretação do STF de suas próprias competências é uma atividade inerente a existência do órgão e uma preocupação dos ministros que não baseada apenas em questões estritamente jurídicas, mas que também envolvem o status político do STF perante os demais poderes e a sociedade. Entretanto a forma como o STF utiliza da (re)interpretação delas fornece dados para a identificação de posturas ativistas e autocontidas da Corte. Isso foi

¹⁸¹ “Controle de convencionalidade” é o controle de legalidade feita a luz dos tratados e convenções internacionais.

perceptível neste trabalho, na própria metodologia que a corrente vencedora utilizou para alterar a interpretação das regras de competência do STF.

Ela, diante do artigo 102,I,b não poderia ter declarado inconstitucional uma norma constitucional¹⁸², pois isso denotaria uma postura intervencionista por parte da Corte e até contra constitucional. Entretanto, não se diz o mesmo que o uso de outros mecanismos que justificaram a restrição de competências na Corte, com objetivo de trazer uma nova regulação ao instituto. Essa postura regulatória, não só possui baixa deferência ao legislativo como também inibe a participação dos parlamentares sobre alteração ou criações de novas regras que tenham por assunto processos criminais em que eles próprios serão destinatários se forem réus. Mais do que isso, a regulação por parte do STF de suas competências *a priori* implica dizer que as questões de competência podem se tornar objetos centrais de processos judiciais. E que no caso da AP 937 a Corte escolheu decidir por não decidir em processos que envolvam a criminalização dos congressistas. Dessa forma exerceu uma função eminentemente regulatória, ao delegar as competências de julgamento criminal de parlamentares federais para as instâncias iniciais do judiciário.

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que existem diferenças marcantes de posturas “ativistas” e “autocontidas” nos argumentos dos ministros, o que se percebe diante dos argumentos trazidos na corrente vencedora e na corrente vencida da Ação Penal 937. Mais do que isso, para entender os objetivos da restrição de competências do STF não importa apenas resultado final da decisão, leia-se: “o STF reduziu suas competências”, mas a maneira como isso se produziu. Ou seja, através do uso dos critérios fundantes da decisão por parte dos ministros, que puderam ser extraídos através do método empírico que utilizou de categorias temáticas, com as respectivas aproximações e dissonâncias entre elas.

¹⁸² A tese das normas constitucionais inconstitucionais não é admitida no STF. Mas ainda que fossem normas constitucionais inconstitucionais são aquelas que aviltam contra cláusulas pétreas. A regra do foro privilegiado não combate nenhuma cláusula pétrea porque na verdade as integra, na lógica da cláusula pétrea da separação dos poderes.

9 Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Competência. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 213-269.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. Foro Privilegiado no Brasil. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. (2/211), v. 10, 2015.

DURAN, Camila Villard. *Como ler decisões judiciais?*. Banco de materiais: Ensino Jurídico Participativo FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <<http://ejurparticipativo.direitosp.fgv.br/portfolio/como6ler6deciso6es6judiciais>.> Acesso em: 20 set. 2019.

GERRING, John. What Is a Case Study and What Is It Good for? In: *The American Political Science Review*, Vol. 98, No. 2, pp. 341-354, especialmente 344, 2004.

HEIN, Michael. "The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe." In: *Martin Belov (Ed.), Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Abingdon, Routledge, forthcoming, p. 06-22, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/38635212/The_Least_Dangerous_Branch_Constitutional_Review_of_Constitutional_Amendments_in_Europe>. Acesso em: 24 set. 2019.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: *André Luiz Fernandes Fallet; Daniel Giotti de Paulo; Marcelo Novelino. (Org.). As novas faces do ativismo judicial*. Salvador. Juspodium, 2011, p. 459-475, 2011.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, 357-391 p.

MARCATO, Antonio Carlos. Os institutos fundamentais do direito processual. In: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 3-7.

MENDES, Conrado Hübner. Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão. In: *Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP*, p 1-12. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf> Acesso em: 05 set. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 95-105, 1931.

RAMOS, Elival da Silva. Conceito de Ativismo Judicial. In: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 106-131 p.

SILVA, José Afonso da. Estatuto dos Congressistas. SILVA, José Afonso da. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2007, 539-545 p.

STRECK, L. L.; CANOTILHO, J. J. G. ; MENDES, Gilmar F. ; SARLET, I. W. Referências ao Artigo 102, I, b. In: STRECK, L. L.; CANOTILHO, J. J. G. ; MENDES, Gilmar F. ; SARLET, I. W. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 1470-1479.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADP nº 937, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03/05/2019, p. 429.

WILLIAMS, Joseph M; WAYNE C. Booth; COLOMB Gregory G. Fazendo uma afirmação e sustentando-a. In: WILLIAMS, Joseph M; WAYNE C. Booth; COLOMB Gregory G. *A arte da pesquisa*: tradução Henrique A. Rego Monteiro 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 113-191 p.