

## O PARLAMENTAR LICENCIADO E A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

### RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA<sup>1</sup>:

O Ministro Celso de Mello determinou o desmembramento do Inquérito n°. 3357, ressaltando que, embora licenciado para o exercício de cargo no Poder Executivo estadual, “*o membro do Congresso Nacional não perde o mandato de que é titular e mantém, em consequência, nos crimes comuns, a prerrogativa de foro perante o STF*”.

### CORRETÍSSIMA TAL DECISÃO.

É cediço que um dos critérios determinadores da competência estabelecidos em nosso Código de Processo Penal é exatamente o da prerrogativa de função, conforme está estabelecido nos seus arts. 69, VII, 84, 85, 86 e 87. É a chamada competência originária *ratione personae*.

Evidentemente que estas disposições contidas no código processual têm que ser cotejadas com as normas constitucionais (seja pela Constituição Federal, seja pelas Constituições dos Estados) e pela jurisprudência, especialmente a do Supremo Tribunal Federal.

Desde logo, observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função<sup>2</sup> que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional,

---

<sup>1</sup> **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia e Coordenador do Centro de Especialização e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei n°. 12.403/11”, “Juizados Especiais Criminais”, “Comentários à Lei do Crime Organizado” e “Crítica à Teoria Geral do Processo”, todos estes publicados pela Editora LexMagister, Porto Alegre/RS, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

<sup>2</sup> Sobre a distinção entre função, cargo e emprego público conferir Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 14<sup>a</sup>. ed., 2001, pp. 437 a 440.

como o da igualdade (art. 5º., caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º., XXXVII). Aqui, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que exerce na sociedade. Como diz Tourinho Filho, enquanto “o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o ‘foro privilegiado’, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um juízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente.”<sup>3</sup> Efetivamente, a Constituição espanhola estabelece expressamente que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.” (art. 56-3)

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Ricardo Leveve explicam que “cuando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en sí, sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y la justicia: si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones.”<sup>4</sup>

No julgamento do Habeas Corpus nº. 91437 o Supremo Tribunal Federal lembrou a lição do Ministro Victor Nunes Leal de que “*a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é realmente instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do acusado seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois uma garantia bilateral – garantia contra e a favor do acusado*”.

Também no julgamento da Questão de Ordem levantada no Inquérito nº. 2.010-SP, o Ministro Marco Aurélio salientou que “*a prerrogativa de foro não visa beneficiar o cidadão, mas proteger o cargo ocupado*.” Também o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que “o foro especial por prerrogativa funcional não é privilégio pessoal do seu detentor, mas garantia necessária ao pleno exercício de funções públicas, típicas do Estado Democrático de Direito: é técnica de proteção da pessoa que o detém, em face de dispositivo da Carta Magna, significando que o titular se submete a investigação, processo e julgamento por órgão judicial previamente designado, não se confundindo, de forma alguma, com a idéia de impunidade do agente.” (STJ – HC 99.773/RJ – 5ª. Turma - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

<sup>3</sup> Processo Penal, Vol. II, Saraiva: São Paulo, 24ª. ed., 2002, p. 126.

<sup>4</sup> Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945, pp. 222/223.

O problema é que no Brasil o número de julgamentos proferidos pelos nossos Tribunais Superiores é muito pouco, o que gera uma sensação de impunidade (perfeitamente justificável) quando se trata de crimes cujos acusados são ocupantes de cargos do alto escalão da República. Por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, dos 130 processos contra políticos e altas autoridades que tramitaram na Corte desde 1988 até 2007, ocorreram apenas seis julgamentos. Todos foram absolvidos. E mais: 46 processos (35,38%) sequer foram analisados (foram remetidos para instância inferior de julgamento, por término do mandato do réu). No Superior Tribunal de Justiça, a situação não é muito diferente. Das 483 ações penais desde 1989 (ano de criação do Tribunal), 40,79% não deram em nada. Foram devolvidas para a primeira instância ou foi decretada a extinção da punibilidade. Apenas 16 processos tiveram sentença declarada: 11 foram absolvidos e 5 condenados. Em resumo, só cerca de 1% das autoridades acaba de fato sendo punida.<sup>5</sup>

Eis os dados sobre processos contra autoridades no Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>5</sup> Segundo levantamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, atualizado em 4 de julho de 2007, mostra que cinquenta Ações Penais (APs) estão sendo analisadas atualmente pela Corte, 48% delas iniciaram a tramitação há menos de seis meses e apenas 4% estão tramitando há mais de quatro anos. De 1988 até 2001, das APs autuadas, 3,85% resultaram em condenação. A presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Ellen Gracie, apresentou esses números hoje, em seu gabinete, a uma comitiva de senadores da Comissão de Constituição e Justiça, para demonstrar que o STF tem respondido com presteza à demanda de ações penais. Os senadores Ideli Salvati, Pedro Simon, Jéferson Peres, Romeu Tuma e Mozarildo Cavalcante estiveram com a ministra para receber as sugestões do Judiciário sobre projetos em tramitação no Senado, relacionados à legislação processual penal brasileira. Segundo os dados apresentados pela ministra aos parlamentares, das APs distribuídas desde 1988 até 2001, metade acabou arquivada, seja por falta de justa causa (7,69%) ou por extinção de punibilidade, como a prescrição do crime (42,31%). Outras 46,15% não eram de competência do STF. E 3,85% resultaram em condenação. As condenações foram com base na Ação Penal 307, que puniu Paulo César Cavalcanti Farias – o PC da era Collor – com uma pena de 7 anos em regime semi-aberto; Rosinete Silva de Carvalho Melamias foi condenada a 2 anos e 4 meses em regime aberto; Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo a 1 ano e 2 meses em regime aberto; e Severino Nunes de Oliveira à pena de 1 ano. Em dezembro de 2001, com a aprovação da Emenda Constitucional 35, o STF passou a não precisar mais de autorização da Câmara ou do Senado para dar andamento às Ações Penais contra parlamentares, o que deu maior agilidade à tramitação desses processos. Em 2002, tramitavam no Supremo Tribunal Federal 13 Ações Penais; em 2003, já eram 30, e até o dia 4 de julho deste ano, 50 ações penais estavam em andamento na Corte. Também em relação aos Inquéritos, o tempo de tramitação no STF tem sido encurtado. Os dados do Sistema Informatizado do Tribunal indicam que 48,39% dos 186 inquéritos que transitam na Corte, até a atualização em 6 de julho deste ano, deram entrada há menos de seis meses e apenas 1,08% deles estão há mais de 10 anos no STF. Fonte: STF.

Sentença/decisão	Quantidade	% em relação ao total
Remessa Instância Inferior	126	26,09
Em tramitação	81	16,77
Extinção Punibilidade - prescrição/decadência	71	14,70
Rejeição Denúncia/Queixa - atipicidade	74	15,32
Absolvição	11	2,28
Remessa STF	10	2,07
Aguardando autorização da Assembléia	9	1,86
Condenação	5	1,04
Extintiva da Punibilidade por Morte do Réu	5	1,04
Outros/Não disponível	91	18,84
<b>Total</b>	<b>483</b>	<b>100,00</b>

E os casos no Supremo Tribunal Federal:

Sentença/decisão	Quantidade	% em relação ao total
Em tramitação	52	40,00
Remessa Instância Inferior	46	35,38
Extinção da punibilidade - Prescrição	13	10,00
Absolvição	6	4,62
Outros	13	10,00
Condenação	0	0,00
<b>Total</b>	<b>130</b>	<b>100,00</b>

Fonte: Blog do jornalista Fernando Rodrigues (06/07/2007).<sup>6</sup>

Pesquisa realizada pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal revelou que de fevereiro de 2002 a dezembro de 2008, 172 inquéritos foram reatuados como ação penal. Conforme os dados divulgados, 165 pessoas estão sendo processadas criminalmente no Supremo e 339 investigadas. Das 102 ações penais e 265 inquéritos que tramitam atualmente na Corte, 79 inquéritos e 13 ações penais correm em segredo de justiça. Desde 2002, 9

<sup>6</sup> Segundo o site [www.globo.com.br](http://www.globo.com.br) (julho de 2007), “um em cada seis senadores responde por crime em inquéritos ou ações penais em andamento no STF, único tribunal no qual senadores e deputados federais podem ser processados após a diplomação. Isso significa que, 14 dos 80 senadores em exercício (17,5%) são suspeitos de crimes que vão de calúnia a fraudes na administração pública. Na véspera da posse dos parlamentares, um em cada sete deputados federais eleitos já respondia a processo. Ao todo, os 14 senadores respondem a 25 processos no Supremo. Há no STF ao menos outros 127 processos contra mais 29 senadores. Mas estes serão arquivados porque o crime em questão prescreveu ou em razão de sentença que absolveu o parlamentar. Os tipos de crime mais recorrentes dentre os processos que atualmente tramitam no STF contra senadores são aqueles ligados à administração pública - 11 dos 25 processos localizados. As acusações são de desvio de verbas, peculato (apropriação de dinheiro público por parte de servidor público), irregularidades em licitações e corrupção. Outra acusação comum (sete processos) é a de crime contra a ordem tributária e o sistema financeiro: falta de recolhimento de impostos, apropriação indébita e gestão fraudulenta de instituição financeira. Cinco acusações são de crimes contra a pessoa, crimes contra a honra e crimes eleitorais. Em dois processos, a acusação não pôde ser identificada porque os casos estão sob segredo de Justiça.”

ações penais foram julgadas improcedentes. O Supremo registrou 43 inquéritos com denúncia recebida, inclusive em parte, e 46 inquéritos com denúncia rejeitada. Fonte: STF.

Também segundo dados do Supremo Tribunal Federal, Deputados, Senadores, Ministros de Estado são algumas das autoridades com prerrogativa de foro que respondem aos 378 inquéritos e ações penais que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Desse total, 275 são inquéritos e 103 são ações penais, em que políticos respondem como réus e aguardam um veredicto final da Corte sobre culpabilidade ou inocência em relação à denúncia. Entre as acusações, há casos de desvio de dinheiro público, crimes de responsabilidade, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e fraude em licitação. O levantamento com dados do Portal de Informações Gerenciais do STF, no entanto, não contempla, em suas estatísticas, as Petições que tramitam na Corte e que pedem investigação de autoridades. Isso porque as Petições podem versar sobre matérias de outros ramos do Direito, que não a área penal e autoridades com foro privilegiado, o que inviabiliza uma totalização fiel das informações. Entre as ações penais em curso no STF, a mais célebre é a AP 470, denúncia conhecida como “esquema do Mensalão”, em que parlamentares foram acusados pelo Ministério Público Federal (MPF) de receber dinheiro em troca de apoio político para o governo. Em agosto de 2007, após de cinco dias que somaram 30 horas de julgamento, o STF recebeu a denúncia contra os 40 acusados. Desses, 39 continuam respondendo como réus perante a Corte. Eles já foram interrogados e juízes federais designados cumprem agora a etapa de oitiva de testemunhas. O ex-secretário-geral do Partido dos Trabalhadores (PT) Sílvio José Pereira, que respondia por formação de quadrilha, concordou em cumprir pena alternativa e foi excluído da ação. O processo conta atualmente com 19 mil folhas e 170 apensos e está totalmente digitalizado. Para agilizar a tramitação desse tipo de denúncia e dos demais processos criminais dentro do STF, foi criado em novembro de 2008, o Núcleo de Apoio ao Processamento de Ações Penais Originárias do Supremo. Entre as atribuições do núcleo está “informar periodicamente ao relator, mediante controles estatísticos, as pendências de diligências sob a responsabilidade do núcleo” e “controlar os prazos de devolução dos autos emprestados”. Os dados sobre as 103 ações penais em andamento no STF em 2009, somados ao levantamento realizado pelo STF em 2007, mostram o aumento crescente do número desse tipo de processo na Corte. Em 2002, tramitavam no Supremo 13 Ações Penais; em 2003, já eram 30, e, até julho 2007, 50 ações penais estavam em andamento na Corte. Hoje esse número já dobrou. Do total de Ações Penais analisadas desde a Emenda Constitucional 35/01, 12 foram julgadas improcedentes, com a absolvição do réu. Outras 11 foram enviadas ao Ministério Público Federal (MPF) para fins de intimação do procurador-geral da República quanto a informações juntadas ao processo, ou para aguardar parecer da PGR. Outro dado de relevo é o equilíbrio entre o total de denúncias recebidas e rejeitadas desde a aprovação da Emenda Constitucional 35/01. Desde então, 49 inquéritos foram rejeitados. Outros 45 tiveram a denúncia acolhida e foram convertidos em Ação Penal. Dos 275 inquéritos, 76 estão no MPF, aguardando manifestação do procurador-geral. Alguns estão no Ministério Público há mais de oito meses. Dos 378 inquéritos e ações penais em curso no STF, 144 aguardam a realização de diligências processuais, como o cumprimento de investigações da Polícia Federal e de cartas de ordem (quando um juiz é nomeado para praticar o ato necessário ao processo).

Na edição do dia 26 de fevereiro de 2012, em matéria especial, o jornal Folha de São Paulo, comprovou que “inqueritos que tiveram políticos brasileiros como alvo nos últimos anos demoraram mais tempo do que o normal para chegar a uma conclusão, e processos abertos pelo Supremo Tribunal Federal contra eles se arrastam há mais de dez anos sem definição.” De acordo com o levantamento feito pelo jornal, “em média, a Polícia Federal leva pouco mais de um ano para concluir uma investigação. Inqueritos analisados pela Folha que já foram encerrados consumiram o dobro de tempo. O levantamento mostra que deficiências do aparelho judiciário do país e falhas cometidas por juízes, procuradores e policiais estão na raiz da impunidade dos políticos brasileiros, provocando atrasos nas investigações e em outros procedimentos necessários para o julgamento dos acusados. Durante quatro meses, a Folha analisou 258 processos que envolvem políticos e estão em andamento no STF ou foram arquivados pela corte recentemente, incluindo inqueritos ainda sem desfecho e ações penais à espera de julgamento. Os processos envolvem 166 políticos que só podem ser investigados e processados no Supremo, um privilégio garantido pela Constituição ao presidente da República e seu vice, a deputados federais, senadores e outras autoridades. O senso comum sugere que esse tipo de coisa acontece porque os políticos têm condições de pagar bons advogados para defendê-los na Justiça, mas a análise dos processos mostra que em muitos casos as investigações simplesmente não andam, ou são arquivadas sem aprofundamento. Só dois casos do conjunto analisado pelo jornal estão prontos para ir a julgamento.”

Na mesma edição, a Folha de São Paulo ouviu o Professor Pierpaolo Botini afirmou que “os processos penais em andamento nos tribunais contra autoridades são pouco julgados. Em 2007, a Associação dos Magistrados Brasileiros apresentou pesquisa sobre o andamento dessas ações, e os resultados mostraram baixíssimos índices de julgamento. Uma das razões é a absoluta falta de vocação dos tribunais para conduzir esses processos penais. Os tribunais foram criados para analisar teses jurídicas, discutir a vigência de normas e unificar sua interpretação. O trabalho de ouvir testemunhas, determinar perícias, gravações telefônicas, busca e apreensão, dentre outras ações para reunir evidências sobre a prática de um crime, é tarefa do juiz de primeiro grau. Os tribunais não têm experiência para organizar a colheita de provas. Assim, ou bem se acaba com a prerrogativa de foro ou os tribunais adotam medidas para se adaptar à tarefa de produzir provas. Uma alternativa, já usada pelo Supremo Tribunal Federal, é delegar a juízes de primeiro grau a colheita de depoimentos e outros elementos de prova, e reservar para o tribunal a análise das evidências reunidas. Outra medida é o uso de tecnologias que facilitem a produção de provas, como a videoconferência e a tramitação digital de documentos. A prerrogativa não é um mal em si, mas essa falta de vocação dos tribunais dificulta o andamento das ações penais, problema que pode ser superado com medidas de gestão que tornem mais ágil a tramitação dos processos e evitem a impunidade.”

Na reportagem, revela-se “*que na Índia, nas eleições para o Lok Sabha (Câmara dos Representantes), em 2004, 1 em cada 4 candidatos eleitos tinha uma condenação na Justiça, proporção que atingiu 1 em cada 3 nas eleições de 2009. No Brasil, 1 em cada 9 dos deputados federais eleitos em 2010 era réu em ações penais por suspeita de crimes diversos, dentre os quais estupro e homicídio. Há casos de indivíduos que buscam a eleição e a reeleição como forma de garantir o foro privilegiado. Esse mecanismo dá a políticos um tratamento "político" e elimina os custos reputacionais de eventuais condenações em instâncias inferiores.*”

Na mesma matéria, em longa entrevista, o Ministro Celso de Mello afirmou, dentre outras coisas, que era a favor da “*supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. Eu sinto que todas as autoridades públicas não de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau. Ao contrário do STF, que é um tribunal com 11 juízes, você tem um número muito elevado de varas criminais [na primeira instância], e pelo Estado inteiro. Com essa pluralização, a agilidade de inquéritos policiais, dos procedimentos penais é muito maior. Acho importante nós considerarmos a nossa experiência histórica. Entre 25 de março de 1824, data da primeira carta política do Brasil, e 30 de outubro de 1969, quando foi imposta uma nova carta pelo triunvirato militar, pela ditadura, portanto um período de 145 anos, os deputados e os senadores não tiveram prerrogativa de foro. Mas nem por isso foram menos independentes ou perderam a sua liberdade para legislar até mesmo contra o sistema em vigor. A Constituição de 1988, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática, porque ampliou de modo excessivo as hipóteses de competência penal originária.*”

O Ministro afirmou, a respeito do Direito Comparado, que “*algumas cortes constitucionais europeias detêm competência penal originária. A Corte Constitucional italiana, por exemplo, mas para hipóteses muito limitadas, quatro ou cinco, e nada mais. Na França, o Conselho Constitucional detém competência penal originária em relação a pouquíssimas autoridades, cinco, se tanto. Ou seja, são constituições republicanas, mas que refletem a mesma parcimônia que se registrara na carta monárquica brasileira de 1824. No modelo norte-americano, já ao contrário, não há prerrogativa de foro. Temos algumas constituições que se aproximam do modelo brasileiro, mas este é quase insuperável, quase invencível. Vale a pena pegar algumas constituições estaduais do Brasil para ver as autoridades com foro junto ao Tribunal de Justiça. Começa com o vice-governador e vai embora. Entra Deus e todo mundo.*” Para ele, “*a prerrogativa de foro seria cabível apenas para os delitos cometidos em razão do ofício. Isso significa que atuais titulares de cargos executivos, judiciários ou de mandatos eletivos só teriam prerrogativa de foro se o delito pelo qual eles estão sendo investigados ou processados tivessem sido praticados em razão do ofício ou no desempenho daquele cargo.*” Perguntado sobre o impacto, na rotina dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos casos relativos ao foro, o Ministro foi enfático: “*A situação é dramática. É verdade que os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante tiveram um impacto altamente positivo sobre a prática processual no STF. Mas, por outro lado, no que se refere aos processos originários, vale dizer, às causas que se iniciam desde logo, diretamente no Supremo, houve um aumento exponencial desse volume, e isso se verifica no cotidiano da corte.*”

Em debate realizado no jornal O Estado de S. Paulo, no dia 03 de setembro, o jurista Antonio Cláudio Mariz de Oliveira afirmou que “*algumas situações específicas justificam o foro, isso não afronta a igualdade. É preciso deixar claro que quem detém o foro não vai ser julgado por um órgão de fora do Judiciário. Não se trata de um tribunal especial para julgar presidente, governador, procurador-geral. São órgãos da estrutura do Poder Judiciário, compostos de juízes que têm as mesmas garantias e obrigações de todos os juízes. O acusado será julgado*

*por alguém investido das funções de julgador. Algumas autoridades podem e devem ser julgadas de forma diferenciada porque exercem funções especiais, com características especiais. Não posso entender que um presidente de tribunal possa ser julgado por um juiz de primeira instância, recém-ingresso na magistratura, inexperiente.” (...) O foro por prerrogativa é do Direito brasileiro. Acho que essa discussão envereda por alguns segmentos interessados na desmoralização do Judiciário, na diminuição da sua credibilidade. O Judiciário tem suas mazelas, que precisam ser corrigidas. Mas é preciso reconhecer o lado bom do Judiciário, porque do contrário vamos caminhar para uma situação muito perigosa. O foro não é pró-corrupção. Essa imagem é errada, porque estão enlameando os membros dos tribunais competentes. Os desembargadores e os ministros são homens de bem. Não fazem parte de um tribunal de exceção. Os ministros são piores que juízes de primeiro grau? Estão colocando uma pecha de que eles são adeptos da impunidade, e isso não é verdade. Há mais morosidade sim, mas dizer que há impunidade não é correto. É ruim porque desmoraliza o Judiciário.” (...) Sou a favor. Com relação aos prefeitos, a prerrogativa cria blindagem para impedir influências políticas. Um problema muito sério é o da politização da Justiça, especialmente nas comarcas do interior do Brasil, onde tanto o juiz como o promotor ficam sujeitos a influências e pressões. Isso é real. Na apuração dos crimes de maior repercussão, muitas vezes juiz e promotor ficam subjetivamente comprometidos emocionalmente com o fato. São seres humanos. Podem não se imiscuir, mas sentirão toda aquela repercussão que está batendo à sua porta.” Fonte: Revista Consultor Jurídico (04/09/2007).*

É importante ressaltar que a prerrogativa de foro, por si só, não transfere para o respectivo órgão superior as atribuições investigatórias (STF, INQ 2.411/MT, Relator Ministro GILMAR MENDES), mas “*a tramitação dos procedimentos investigatórios*” deve ser acompanhada pelo órgão jurisdicional competente para o julgamento do feito. Neste sentido: “*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC 82.507/SE – RELATOR: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o Tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao Tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste autoridade investigadora, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. (...) É bem verdade que o Pretório Excelso, em 10.10.2007, no julgamento do INQ 2.411/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES (Informativo 483 do STF), ainda que por maioria, firmou o entendimento de que no exercício da competência penal originária do STF (art. 102, I, b da CF combinado com o art. 2º. da Lei 8.038/90), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, ou seja, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo Ministério Público, sob pena de esvaziamento da própria idéia dessa prerrogativa.*”

O Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou denúncia do Ministério Público Federal contra um Deputado Federal, no julgamento do Inquérito (Inq) 2842. O colegiado entendeu que, no caso, houve usurpação da competência exclusiva da Suprema Corte para processar, desde a fase instrutória, denúncias contra o parlamentar, em razão do foro por prerrogativa de função que detêm os parlamentares federais. Isso porque o juízo da 3ª Vara Federal de Santa Maria (RS),



que autorizou investigações do parlamentar, deveria ter declinado de sua competência, em favor da Suprema Corte, para processar e julgar o parlamentar, tão logo teve ciência do seu suposto envolvimento no caso sob investigação. No julgamento, prevaleceu o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual a denúncia do Ministério Público Federal contra o parlamentar se baseou unicamente em dados de investigação realizada sem autorização da Suprema Corte. A maioria dos ministros rejeitou o argumento do MPF de que o deputado não era objeto de investigação e que seu nome somente teria surgido no curso delas. Prevaleceu o entendimento de que os próprios autos do processo mostram que a Polícia Federal sabia, desde o início, que o Deputado Federal estava entre os investigados, e que o processo deveria ter sido remetido ao STF tão logo o juízo de primeiro grau teve ciência do aparecimento do nome dele nas investigações. Em sua decisão, o Plenário do STF entendeu, também, que o juízo de primeiro grau usurpou competência da Suprema Corte ao decidir pelo desmembramento do processo em curso na 2ª Vara Federal em Santa Maria, encaminhando apenas a denúncia contra o deputado ao STF. Porque também essa decisão (desmembramento) cabe ao Supremo. Em seu voto, o relator e diversos ministros ressaltaram que nada obsta que a Procuradoria-Geral da República reinicie investigações sobre o caso, porém sob o comando do STF. Único voto discordante, o ministro Luiz Fux entendeu que havia suficientes indícios de autoria e materialidade para o Supremo aceitar a denúncia e processar o deputado. Também julgou que as provas contra o parlamentar apareceram posteriormente à abertura do processo contra os demais indiciados na ação penal em curso no primeiro grau que, em função disso, declinou de sua competência para julgá-lo.

*“STJ – HC 99.773/RJ – (2008.0023461-6) – 5ª T.-  
Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 17.03.2008 - A competência originária por prerrogativa de jurisdição, isoladamente, não desloca para o Tribunal de Justiça as atribuições de Polícia Judiciária, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao Magistrado de primeiro grau, na fase das investigações.”*

Como se disse anteriormente é razoável, portanto, que um Juiz de Direito, um Deputado Estadual ou um Promotor de Justiça seja julgado pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, e não por um Magistrado de primeira instância, em razão da *“necessidade de resguardar a dignidade e a importância para o Estado de determinados cargos públicos”*, na lição de Maria Lúcia Karam. Para ela, não há *“propriamente uma prerrogativa, operando o exercício da função decorrente do cargo ocupado pela parte como o fator determinante da atribuição da competência aos órgãos jurisdicionais superiores, não em consideração à pessoa, mas ao cargo ocupado.”*<sup>7</sup>

Nos arts. 102, I, “b” e “c” e 105, I, “a”, vem estabelecida a competência criminal, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup> e do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o Supremo Tribunal Federal, *“os membros do Congresso Nacional, pela condição peculiar de representantes do povo ou dos Estados*

---

<sup>7</sup> Competência no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 2002, pp. 30/31.

<sup>8</sup> O foro por prerrogativa de função para Presidente do Banco Central está previsto na Lei nº. 11.036/2004, que o equipara à categoria de Ministro de Estado.

*que ostentam, atraem a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. O foro especial possui natureza intuitu funcionae, ligando-se ao cargo de Senador ou Deputado e não à pessoa do parlamentar.”*<sup>9</sup> A prerrogativa decorre do ato de diplomação. Neste sentido, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão liminar da Corte que reconheceu a legalidade do recebimento de denúncia feita contra acusados de envolvimento em supostos empréstimos fraudulentos realizados pelo banco BMG ao Partido dos Trabalhadores e a um grupo de empresas. Os Ministros indeferiram pedido de Habeas Corpus (HC 91593), onde se alegava que a denúncia havia sido recebida pela primeira instância no dia em que um dos acusados foi diplomado deputado federal. Quando da decisão liminar, os Ministros chegaram à conclusão que, ao contrário do alegado, a denúncia foi devidamente recebida um dia antes da diplomação do deputado. O relator, Ministro Marco Aurélio, reafirmou esse entendimento. “*Quando do recebimento da denúncia não se tinha ainda o envolvimento do detentor da prerrogativa de foro*”, disse. Em outro caso o Ministro Celso de Mello, relator do Inquérito (Inq) 2754, em curso no Supremo Tribunal Federal contra um Deputado Federal determinou que o processo fosse reatuado como ação penal (AP 511) – tendo em vista que foi recebida a denúncia contra ele –, bem como delegou à Justiça Federal em Brasília a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público na peça de acusação. Como o inquérito teve início antes da diplomação, Celso de Mello aplicou jurisprudência do STF, validando todos os atos praticados no processo pelo juiz da 5ª Vara Criminal da circunscrição Judiciária de Brasília.

*“Cabe enfatizar que a diplomação do réu, como membro do Congresso Nacional, revela-se apta a gerar, tão-somente, uma específica consequência de ordem processual, consistente no deslocamento, para o STF, da competência penal originária para a persecutio criminis”,* observou o Ministro. “*Isso significa, portanto, que a superveniência daquele fato jurídico-eleitoral – considerada a nova diretriz jurisprudencial firmada na matéria – não mais tem o condão de afetar a integridade jurídica dos atos processuais, cuja validade há de ser aferida com base no ordenamento positivo vigente à época de sua efetivação*”, acrescentou Celso de Mello, baseando-se no julgamento do Recurso em Habeas Corpus (RHC) 78026, relatado pelo ministro Octavio Gallotti. O Ministro Celso de Mello fundamentou-se, também, no julgamento de questão de ordem suscitada no Inq 571/DF, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence. Naquele julgamento, a Suprema Corte reformulou antiga orientação de jurisprudência firmada nos inquéritos 141/SP e 342/PR, relatados, respectivamente, pelos ministros Soares Muñoz e Octavio Gallotti. Pela antiga jurisprudência, a posse de membro do Congresso Nacional implicava a anulação de atos processuais anteriormente praticados em processo contra ele. No mesmo sentido, por unanimidade a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu Habeas Corpus (HC) 94705 e manteve em curso a ação penal que tramitava na Justiça do Rio de Janeiro. A defesa alegava que as provas que o levaram à prisão não foram obtidas pelo foro adequado, uma vez que ele foi eleito deputado estadual. Sustentou que a ação penal deveria ser anulada desde o início, porque não foi analisada pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foro responsável por julgar parlamentares estaduais. Segundo o relator do HC, ministro Ricardo Lewandowski, o Ministério Público informou que os atos considerados ilegais pela defesa foram repetidos, antes mesmo do oferecimento da denúncia. A Primeira Turma considerou ainda que os atos

---

<sup>9</sup> AG.REG.INQ. 2453 – RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI.

são anteriores à diplomação do paciente como deputado estadual, o que não inviabiliza tais provas.

**Feitos tais prolegômenos (um tanto quanto extensos, reconheço), vejamos o caso agora julgado pela Suprema Corte.**

Obviamente que a prerrogativa de função estende-se aos parlamentares federais licenciados, pois ainda “*se cuida de prerrogativa **intuitu personae**, vinculando-se ao cargo, ainda que ocupado interinamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele.*”<sup>10</sup> Logo, “*a diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar à posse interina ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente. (...) Embora juntamente com cada senador sejam eleitos dois suplentes, a posse no cargo, que constitui ato formal indispensável para o gozo das prerrogativas ligadas à função legislativa, dá-se apenas com relação àquele que efetivamente o exerce, em caráter interino ou permanente (precedentes: RE 120.133/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; MS 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RHC 78.026/ES, Rel. Min. Octavio Gallotti; RMS 3.657/SE, Rel. Min. Antônio Villas Boas; RE 29.900, Rel. Min. Afrânio Costa).*Aos suplentes, como se sabe, é vedado apresentar projetos de lei, participar de deliberações, concorrer a cargos da Mesa Diretora ou das Comissões Permanentes e Temporárias, não percebendo qualquer remuneração ou ajuda de custo antes de assumirem o cargo. Em síntese, eles não fazem jus às prerrogativas inerentes ao cargo enquanto o titular encontrar-se em exercício. Os suplentes, como tais, possuem mera expectativa de direito, o de substituir, eventualmente, o senador com o qual foram eleitos. A diplomação dos suplentes, cumpre notar, constitui mera formalidade anterior e necessária à eventual investidura no cargo, nos termos dos arts. 4o e 5o do Regimento Interno do Senado, 1 não se 1 Art. 4o: “A posse, ato público por meio do qual o Senador se investe no mandato, realizar-se-á perante o Senado, durante reunião preparatória, sessão deliberativa ou não deliberativa, precedida da apresentação à Mesa do diploma expedido pela Justiça Eleitoral, o qual será publicado no Diário do Senado Federal. § 1o. A apresentação do diploma poderá ser feita pelo diplomado, pessoalmente, por ofício ao Primeiro-Secretário, por intermédio do seu Partido ou de qualquer Senador. § 2o. Presente o diplomado, o Presidente designará três Senadores para recebê-lo, introduzi-lo no plenário e conduzi-lo até a Mesa, onde, estando todos de pé, prestará o seguinte compromisso: ‘Prometo guardar a Constituição Federal e as leis do País, desempenhar fiel e lealmente o mandato de Senador que o povo me conferiu e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil’. § 3o. Quando forem diversos os Senadores a prestar o compromisso a que se refere o § 2o, somente um o pronunciará e os demais, ao serem chamados, dirão: ‘Assim o prometo’. § 4o. Durante o recesso, a posse realizar-se-á perante o Presidente, em solenidade pública em seu gabinete, observada a exigência da apresentação do diploma e da prestação do compromisso, devendo o fato ser noticiado no Diário do Senado Federal. § 5o. O Senador deverá tomar posse dentro de noventa dias, contados da instalação da sessão legislativa, ou, se eleito durante esta, contados da diplomação, podendo o prazo ser prorrogado, por motivo justificado, a requerimento do interessado, por mais trinta dias. § 6o. Findo o prazo de noventa dias, se o Senador não

---

<sup>10</sup> AG.REG.INQ. 2453 - RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI.

*tomar posse nem requerer sua prorrogação, considerar-se-á como tendo renunciado ao mandato, convocando-se o primeiro Suplente”.Art. 5o: “O primeiro Suplente, convocado para a substituição de Senador licenciado, terá o prazo de trinta dias improrrogáveis para prestar o compromisso, e, nos casos de vaga ou de afastamento nos termos do art. 39, II, de sessenta dias, que poderá ser prorrogado, por motivo justificado, a requerimento do interessado, por concluindo daí que se lhes aplique, automaticamente, o Estatuto dos Congressistas, isto é, “o conjunto de normas constitucionais que estatui o regime jurídico dos membros do Congresso Nacional, prevendo suas prerrogativas e direitos, seus deveres e incompatibilidades”,<sup>2</sup> salvo se assumirem o cargo interina ou definitivamente. (...) Se, dentro dos prazos estabelecidos neste artigo, o Suplente não tomar posse e nem requerer sua prorrogação, considerar-se-á como tendo renunciado ao mandato, convocando-se o segundo Suplente, que terá, em qualquer hipótese, trinta dias para prestar o compromisso. § 2o. O Suplente, por ocasião da primeira convocação, deverá prestar o compromisso na forma do art. 4o e, nas seguintes, o Presidente comunicará à Casa a sua volta ao exercício do mandato”.<sup>2</sup>*

*AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 535. agente público possa, no exercício do cargo, ser expedito, desemaranhado, não tendo que se afastar dele para responder a processos por qualquer ‘dá cá essa palha’. O que é prerrogativa senão um direito subjetivo? Mas não é um direito subjetivo qualquer, conferido a uma série aberta de beneficiários. É um direito subjetivo que se distingue por ser próprio de uma série fechada, restrita, de beneficiários. Daí ser chamado de prerrogativa, que não é outra coisa senão, numa linguagem vernacular, predicamento. Claro que a prerrogativa suscita em todos nós uma certa estranheza, porque prerrogativa, em princípio, é um direito antirrepublicano. Ela desnivela os cidadãos. (...)Mas quer dizer que prerrogativa, por ser um direito especialíssimo conferido a uma categoria restrita de pessoas, só comporta interpretação restritiva, não comporta interpretação ampliativa. No caso, o Supremo disse em alto e bom som que prevalece, em matéria de prerrogativa de foro, o princípio da atualidade do exercício da função, do cargo ou do mandato. (...)Agora, não confundir pré-assunção, nem assunção, com apeamento do cargo, porque a prerrogativa é **intuitu functionae**, não é **intuitu personae**. O ex-titular do cargo, do mandato ou da função não carrega consigo a prerrogativa como se carregasse consigo a sua roupa, a sua indumentária, a sua vestimenta cotidiana”. (...) Por isso, há que fazer uma interpretação restritiva do art. 53, § 1o, da Carta Magna, já que dirigido a um seletivo grupo de pessoas, quais sejam, os representantes dos Estados (senadores) e do povo (deputados federais), a quem o texto confere, em caráter excepcional, certas prerrogativas, não em benefício próprio, mas em prol do exercício livre e desembaraçado do mandato. Caso quisesse o legislador constitucional estender a referida proteção aos suplentes, certamente teria providenciado a sua inclusão na Carta Magna ou, quiçá, remetido a sua disciplina para a legislação ordinária.”<sup>11</sup>*

Quanto ao suplente, a situação difere: reafirmando este entendimento, o Ministro Celso de Mello reconheceu que o Supremo Tribunal

---

<sup>11</sup> AG.REG.INQ. 2453 - RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, relator do Inquérito (INQ) 2639, proferiu decisão na qual considera que o STF não tem mais competência penal originária para processar e julgar supostas irregularidades cometidas por um suplente de deputado federal. “O indiciado já não mais ostenta – porque mero suplente – a condição de deputado federal”, justificou o Ministro (Fonte: STF).

Federal não tem competência originária para apreciar a Ação Penal (AP) 665, movida pelo Ministério Público Federal suplente. Conforme o relator, o entendimento do STF é no sentido de que o suplente não tem foro por prerrogativa de função, somente o titular do mandato legislativo. O relator lembrou que o suplente, enquanto permanecer nessa condição, não dispõe da garantia constitucional da imunidade parlamentar, nem da prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal (artigo 53, parágrafo 1º), que somente é aplicável a quem estiver no exercício do mandato. Segundo o ministro Celso de Mello, o suplente, em sua posição de substituto eventual do congressista, “não goza das prerrogativas constitucionais deferidas ao titular do mandato legislativo, tanto quanto não se lhe estendem as incompatibilidades, que, previstas no texto da Carta Política (CF, art. 54), incidem, apenas, sobre aqueles que estão no desempenho do ofício parlamentar”. Os direitos inerentes à suplência, registra o relator, abrangem unicamente o direito de substituição [em caso de impedimento] e o direito de sucessão [na hipótese de vaga]. O Ministro Celso de Mello completa ressaltando que a Constituição Federal vigente não atribuiu ao suplente de Deputado Federal ou de Senador da República a prerrogativa de foro perante o STF. “*É por tais razões que não se torna lícito estender, ao suplente de deputado federal ou de senador da República, as prerrogativas parlamentares de índole constitucional, pelo fato de que estas – por serem inerentes, apenas, a quem exerce o mandato legislativo – não alcançam aquele, que, por achar-se na condição de mera suplência, somente dispõe de simples expectativa de direito*”, salientou o relator.

Em outra decisão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello determinou a remessa do Inquérito (INQ 3525) para o Juízo Eleitoral da 70ª Zona Eleitoral de Marília, em São Paulo. Segundo explica o ministro em sua decisão, “*a Constituição da República não atribui ao suplente de deputado federal ou de senador a prerrogativa de foro perante o STF*”. “*Os direitos inerentes à suplência abrangem, unicamente, o direito de substituição, em caso de impedimento, e o direito de sucessão, na hipótese de vaga*”, explicou o Ministro, acrescentando que “*o suplente, enquanto tal, não se qualifica como membro do Poder Legislativo*”. O Ministro Celso de Mello lembra que “antes de ocorrido o fato gerador da convocação, quer em caráter permanente (resultante do surgimento de vaga), quer em caráter temporário (decorrente da existência de situação configuradora de impedimento), o suplente dispõe de mera expectativa de direito, não lhe assistindo, por isso mesmo, qualquer outra prerrogativa de ordem parlamentar”.

A respeito do assunto duas súmulas foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal. A de nº. 451, ainda em vigor, estabelece que “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.” Nada mais natural, tendo em vista o fato que esta competência estabelece-se apenas em relação aos delitos praticados no exercício e em razão da função. Assim, verbi gratia, crimes cometidos por um Juiz de Direito ou um membro do Ministério Público já aposentado não serão conhecidos originariamente pelo órgão superior, como já decidiu reiteradamente o Supremo Tribunal Federal (RT 634/354 e 606/412; RTJ 79/742).

Assim, no julgamento do Habeas Corpus nº. 89677, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiram que um Juiz de Direito aposentado, acusado de ser o mandante do homicídio de outro Juiz, em 2003, deveria ser julgado pelo Tribunal do Júri, e não pelo Tribunal de

Justiça do Espírito Santo. A decisão foi tomada no dia 11 de setembro de 2007. Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio ressaltou que, com a aposentadoria, cessava a competência por prerrogativa de foro. Da mesma forma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento a dois Recursos Extraordinários (RE 546609 e RE 549560) interpostos por Desembargadores aposentados que pretendiam o reconhecimento do direito ao foro por prerrogativa de função após a aposentadoria. Nos dois casos, a decisão foi por maioria. O RE 549560, cujo julgamento iniciou-se em maio de 2010 e foi suspenso para aguardar a composição completa da Corte, foi interposto por um Desembargador aposentado do Estado do Ceará que respondia a ação penal por supostos delitos praticados no exercício da função. Devido à prerrogativa de foro, a ação penal foi instaurada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Após a jubilação do Desembargador, o relator da ação remeteu os autos à Justiça Estadual do Ceará. Em situação semelhante, no RE 546609, um Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal respondia, também no STJ, a ação penal por suposta participação em esquema para a liberação de preso acusado de tráfico de drogas. Com a aposentadoria, o STJ remeteu os autos à Justiça Criminal de primeiro grau do DF. O relator dos dois REs, Ministro Ricardo Lewandowski, reiterou o voto proferido em 2010 no sentido de que a prerrogativa de foro somente se aplica aos membros ativos da carreira. “A vitaliciedade dos magistrados brasileiros não se confunde, por exemplo, com a ‘**life tenure**’ garantida a certos juízes norte-americanos, que continuam no cargo enquanto bem servirem ou tiverem saúde para tal”, assinalou. “Para nós, no entanto, os juízes podem ser afastados do cargo por vontade própria, sentença judiciária, disponibilidade e aposentadoria voluntária ou compulsória”. A prerrogativa, segundo o Ministro Lewandowski, não deve ser confundida com privilégio. “O foro por prerrogativa de função do magistrado existe para assegurar o exercício da jurisdição com independência e imparcialidade”. Num paralelo com a imunidade dos parlamentares, seu voto assinala que se trata, antes, de uma garantia dos cidadãos e, só de forma reflexa, de uma proteção daqueles que, temporariamente, ocupam certos cargos no Judiciário ou no Legislativo – ou seja, “é uma prerrogativa da instituição judiciária, e não da pessoa do juiz”. Seu voto foi seguido, nos dois recursos, pelos ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos, no RE 549560, os Ministros Eros Grau e Menezes Direito (que participaram da primeira sessão de julgamento, em 2010) e Gilmar Mendes e Cezar Peluso. No RE 546609, ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. O Ministro Luiz Fux, que participou do julgamento quando integrante da Corte Especial do STJ, estava impedido. Na mesma sessão, o Plenário negou provimento aos agravos regimentais na Ação Penal (AP 552) e no Inquérito (INQ 2811) apresentados por Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e outros acusados contra decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, que determinou a remessa dos autos à Seção Judiciária do Rio de Janeiro em razão da perda da prerrogativa de foro assegurada constitucionalmente aos Magistrados. O Ministro Gilmar Mendes enfatizou a conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs 546609 e 549560), nos quais foi decidido que os Magistrados que se aposentam perdem a prerrogativa de foro. “Considerando o decidido nos REs 549560 e 546609 nesta data, pelo Plenário, e reafirmando a orientação jurisprudencial, é o caso de negar-se provimento aos agravos interpostos”.

Exatamente por isso, não se sustentava o Enunciado da súmula referida 394), segundo a qual “*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.” Esta súmula, editada em 03 de abril do ano de 1964, exigia uma relação de contemporaneidade (crime cometido durante o exercício funcional), resguardando, desse modo a **perpetuatio jurisdictionis** (processo iniciado numa Corte deveria nela continuar, apesar da cessação da função).<sup>12</sup> Este enunciado, absolutamente despropositado, finalmente, ainda que tarde, foi cancelado no dia 25 de agosto de 1999 em decisão unânime proferida no Inquérito n.º. 687-SP, tendo como relator o Ministro Sidney Sanches. Do voto do relator destacamos os seguintes trechos:

*“Observo que nem a Constituição de 1946, sob cuja égide foi elaborada a Súmula 394, nem a de 1967, com a Emenda Constitucional n.º. 1/69, atribuíram competência originária ao Supremo Tribunal Federal, para o processo e julgamento de ex-exercentes de cargos ou mandatos, que durante o exercício, sim, gozavam de prerrogativa de foro, para crimes praticados no período.(...) A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado. Essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse rezear que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou o mais isento, a ponto de o investir de jurisdição especial para julgá-lo no exercício do cargo, e sim, por outros que, presumidamente, poderiam não ter o mesmo grau de isenção. Cessada a função, pode muitas vezes desaparecer a influência que, antes, o titular do cargo estaria em condições de exercer sobre o Tribunal que o houvesse de julgar; entretanto, em tais condições, ou surge, ou permanece, ou se alarga a possibilidade, para outrem, de tentar exercer influência sobre quem vai julgar o ex-funcionário ou ex-titular de posição política, reduzido então, freqüentemente, à condição de adversário da situação dominante. É, pois, em razão do interesse público do bom exercício do cargo, e não do interesse pessoal do ocupante, que deve subsistir, que não pode deixar de subsistir a jurisdição especial, como prerrogativa da função mesmo depois de cessado o exercício.” (RTJ 22, págs. 50 e 51).” (...) Parece-me que é chegada a hora de uma revisão do tema, ao menos para que se firme a orientação da Corte, daqui para frente, ou seja, sem sacrifício do que já decidiu com base na Súmula 394, seja ao tempo da Constituição de 1946, seja à época da E.C. n.º 1/69, seja sob a égide da Constituição atual de 1988. A tese consubstanciada na Súmula 394 não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando, ao menos expressamente, os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em contemplar, com a prerrogativa de foro perante esta*

---

<sup>12</sup> Luiz Flávio Gomes, Juizados Criminais Federais e Outros Estudos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 147.

Corte, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. E a Corte, como vem acentuando seu Presidente, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em reiterados pronunciamentos, já está praticamente se inviabilizando com o exercício das competências que realmente tem, expressas na Constituição, enquanto se aguardam as decantadas reformas constitucionais do Poder Judiciário, que, ou encontram fortíssimas resistências dos segmentos interessados, ou não contam com o interesse maior dos responsáveis por elas. E não se pode prever até quando perdurarão essas resistências ou esse desinteresse. É de se perguntar, então: deve o Supremo Tribunal Federal continuar dando interpretação ampliativa a suas competências, quando nem pela interpretação estrita, tem conseguido exercitá-las a tempo e a hora? Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte, em seu papel de guarda maior da Constituição Federal e de cúpula do Poder Judiciário Nacional. Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim, tão numerosos, de sorte que possam agravar a sobrecarga já existente sem eles. Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a súmula. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo expressivo no Direito Comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o Tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas, com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das decisões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrentes, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento. Aliás, diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, ao menos em hipótese como essa parece flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro. Nem se deve presumir que o ex-titular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre exposto à falta de isenção dos Juízes e Tribunais a que tiver de se submeter. E, de certa forma, sua defesa até será mais ampla, com as quatro instâncias que a Constituição



*Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória. E sempre restará a esta Corte o controle difuso de constitucionalidade das decisões de graus inferiores. E ao Superior Tribunal de Justiça o controle de legalidade. Além do que já se faz nas instâncias ordinárias, em ambos os campos. Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula 394. (...) Nesse sentido é meu voto, com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394.”*

A partir deste julgamento histórico e louvável sob todos os aspectos, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a competência por prerrogativa de função só se mantinha na hipótese do autor do fato delituoso ainda se encontrar exercendo a sua função. Finda esta circunstância, o ex-titular, por conseguinte, não mais contaria com o julgamento pelo órgão superior. Com o cancelamento, inúmeros foram os processos e inquéritos devolvidos à inferior instância.

Para concluir, outro aspecto a ser comentado, trata-se da hipótese do acusado passar a ter prerrogativa de função no decorrer de uma ação penal, com recurso já interposto; neste caso, corretamente decidiu a Suprema Corte que a irresignação deverá ser analisada pelo órgão ad quem agora competente; neste sentido, confira-se esta decisão do supremo tribunal federal: “*Inq N. 2.605-SP - RELATOR: MIN. MENEZES DIREITO - EMENTA - Inquérito. Recurso em sentido estrito. Sentença que não recebe a denúncia. Ex-Prefeito. Não-pagamento de precatório. Descumprimento de ordem judicial. Art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67.1. Eleito o denunciado como Deputado Federal durante o processamento do feito criminal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual contra a sentença de 1º grau que, antes da posse do novo parlamentar, não recebeu a denúncia.”*