

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Ao examinar a matéria, estou convencido de que a competência dos Tribunais para julgamento de **crimes funcionais** prevalece mesmo após a cessação das funções públicas, por qualquer causa (renúncia, não reeleição, cassação etc.). Essa compreensão, porém, diverge da atual jurisprudência da Corte (AP 937-QO, Rel. Min. Roberto Barroso). Por isso, proponho que o Plenário revise a matéria, a fim de definir que a saída do cargo somente afasta o foro privativo em casos de crimes praticados antes da investidura no cargo ou, ainda, dos que não possuam relação com o seu exercício; quanto aos **crimes funcionais**, a prerrogativa de foro deve subsistir mesmo após o encerramento das funções.

Adianto que a proposta em discussão não altera a essência da atual jurisprudência da Corte. Muito pelo contrário. Ela mantém os critérios fixados na AP 937-QO, e apenas avança para firmar o foro especial mesmo após a cessação das funções. Em termos práticos, a aprovação da proposta estabilizaria o foro nos Tribunais quando estiverem presentes os requisitos da contemporaneidade e da pertinência temática.

I. O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Poucos temas despertam tantas paixões quanto a instituição de foros especiais para titulares de cargos públicos. Prevista em diversos países, a prerrogativa de foro assegura a certos agentes o direito de serem julgados por órgãos específicos do Poder Judiciário, afastando as regras comuns de competência em matéria penal. A ideia é preservar o interesse da sociedade no sentido de que esses agentes possam exercer livremente suas funções, protegidos contra pressões indevidas, com ampla autonomia.

Entre nós, todas as constituições trataram do assunto, assegurando a algumas autoridades a prerrogativa de serem julgadas originariamente por órgãos colegiados. Embora a extensão do foro especial tenha variado no tempo, nossa tradição constitucional sempre agasalhou esse mecanismo de proteção dos mandatos eletivos e dos cargos de direção estatal.

A justificativa para esse benefício foi apresentada pelo Ministro

Victor Nunes Leal, ainda em 1962: *“a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo público, mas no interesse público do seu bom exercício (...) Presume o legislador que os tribunais de maior hierarquia 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”*. E concluiu com uma síntese que, até hoje, é lembrada pela sutileza e precisão: *“a presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”* (Reclamação 473, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julgada em 31.1.1962).

O assunto sempre esteve cercado de polêmica e, por isso, foi objeto de intensos debates no Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência, ao longo do tempo, calibrou os contornos do foro especial, definindo critérios para aferição dos crimes sujeitos à competência originária dos Tribunais.

São dois os critérios que podem ser utilizados para a identificação dos crimes alcançados pelo foro especial. Segundo a **regra da atualidade**, o foro por prerrogativa de função se atrela ao exercício atual das funções públicas. Assim, a competência originária dos Tribunais desponta com a diplomação (ou posse no cargo), alcançando todas as ações penais propostas contra o agente, independentemente da natureza do crime. Foi esse, a meu ver, o propósito do art. 53, §1º, da Constituição de 1988 (*“Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”*).

Já a **regra da contemporaneidade** desloca o enfoque para a natureza do crime atribuído ao agente público. Por ela, os Tribunais são competentes para julgar os crimes praticados *no exercício das funções*, pressupondo um vínculo entre a infração e as atribuições do cargo. O art. 130 da Constituição da República Portuguesa, por exemplo, adotou esse parâmetro (*“Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça”*).

Entre nós, o assunto nunca esteve pacificado. A jurisprudência oscilou sobre a abrangência do instituto, definindo a extensão do foro especial ora pela natureza do delito (contemporaneidade e pertinência temática), ora pelo exercício atual de funções públicas (atualidade).

Em um primeiro período, o Supremo Tribunal Federal acolheu a **regra da contemporaneidade**. Assim, a prerrogativa de foro abrangia todos os crimes praticados durante o exercício das funções, mesmo que a ação penal fosse iniciada após a saída do cargo. Esse era o sentido da

Súmula 394: “*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*”.

O enunciado, aprovado em 1964, servia a um importante propósito: garantir a tranquilidade no exercício do cargo, resguardando seu titular contra os medos do ostracismo futuro. Foi estabelecido, portanto, não em razão de interesses pessoais do seu ocupante, mas sim como mecanismo de proteção da função exercida.

Em um segundo momento, a jurisprudência consagrou a **regra da atualidade**. O simples advento da diplomação do acusado (ou a posse no cargo) implicava o declínio da competência da primeira instância para o Tribunal competente. Por essa perspectiva, o foro especial atraía todas as ações penais, pouco importando se o crime foi praticado antes da assunção das funções ou se não guardava relação com o ofício.

Por algum tempo, a jurisprudência chegou a entender que o advento da diplomação implicava não apenas o deslocamento dos autos para o Tribunal competente, mas também a nulidade dos atos já praticados (Inq. 141, Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 22.6.1983; Inq. 133 (QO), Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 23.6.1983; e Inq. 159, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 12.11.1986).

Não tardou para que a Corte abandonasse a orientação extremada. Ela foi revista, em 1993, no julgamento do Inq. 571-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Assim, o advento da diplomação passou a justificar apenas a remessa dos autos ao Tribunal, sem prejuízo dos atos já praticados. Como enfatizou o relator, “*enquanto prerrogativa da função do congressista, o início da competência originária do Supremo Tribunal Federal há de coincidir com o diploma, mas nada impõe que se empreste força retroativa a esse fato novo que a determina*”. Aprovada por unanimidade, a interpretação influiu na jurisprudência do Tribunal (Inq. 526-QO, Rel. Sydney Sanches, j. em 24.11.1993; Inq. 592, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 24.3.1993).

No entanto, a regra da atualidade admitia ressalvas. Nas hipóteses contempladas na Súmula 394, a ruptura do vínculo funcional não afastava a competência originária dos Tribunais. Afinal, como o enunciado ainda estava em vigor, os crimes cometidos *durante o exercício do cargo* se submetiam ao foro especial, mesmo que a ação penal fosse iniciada após o agente deixar o cargo.

O resultado era um sistema híbrido. Os delitos praticados *durante o exercício das funções* se submetiam exclusivamente ao Tribunal (**regra da**

contemporaneidade). Já os crimes praticados *antes* da investidura no cargo estavam sujeitos ao foro especial apenas enquanto o agente exercesse suas funções. Com o desligamento do cargo, os autos eram deslocados para a primeira instância (**regra da atualidade**).

Essa sutileza influiu no desfecho do Inq. 571-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 5.3.1993. Ao identificar que “*o fato do processo é anterior à diplomação*”, o Tribunal reconheceu que “*com a extinção do mandato, cessou o foro por prerrogativa de função de que gozava e, em consequência, a competência do Tribunal (...)*”. Citou firme jurisprudência nesse sentido (Inq. 516, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 1º.8.1991; Inq. 186, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 25.3.1987; e AP 275, Rel. Min. Alfredo Buzaid, julgado em 13.3.1983).

Essa orientação foi revista no julgamento do Inq. 687-QO, em 25.8.1999. As investigações apuravam condutas do Deputado Federal Jabes Rabelo, cassado em 1992. Na ocasião, o Tribunal reviu sua jurisprudência e decidiu que o foro especial não subsistiria após a perda do mandato, mesmo para crimes cometidos *durante* o exercício das funções. O novo entendimento resultou no cancelamento da Súmula 394.

Na oportunidade, prevaleceu o entendimento do relator, para quem a Constituição não assegurou explicitamente a prerrogativa de foro para autoridades que, por qualquer razão, deixaram o cargo. Por isso, a perda do mandato encerraria a competência do Tribunal, já que “*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*”.

Nesse mesmo julgamento, o Plenário, por 6 votos a 4, rejeitou a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, que defendia a manutenção da súmula, porém com nova redação: “*cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional*”. A divergência foi acompanhada pelos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, que ficaram vencidos.

Nesse precedente, o Tribunal consagrou a regra da atualidade em sua acepção mais pura, sem ressalvas. O foro por prerrogativa de função despontava com a investidura no cargo; cessava, porém, com o término das funções, pouco importando a natureza do delito.

Em resposta a esse movimento, o Congresso Nacional aprovou a Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que incluiu o §1º do art. 84 do Código de Processo Penal. O novo dispositivo dispunha que “*a competência*

especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”.

Na justificativa do projeto, o Deputado Federal Bonifácio de Andrada (PSDB-MG) esclareceu que a finalidade da lei “*não era restabelecer o inteiro teor do enunciado da Súmula 394, mas apenas recobrar seu princípio basilar, sem dúvida já enraizado no constitucionalismo brasileiro, assegurando, para garantir a tranquilidade do exercício do cargo ou do mandato, a prerrogativa de foro para além da cessação do exercício funcional apenas quando se tratar de crime cometido no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo*”. A intenção do legislador era possibilitar a perpetuação do foro para crimes funcionais, mesmo após a saída do cargo. A proposição encampava, assim, a posição do Ministro Sepúlveda Pertence, encarada pelo legislador como uma solução mais equilibrada para a questão.

O Supremo foi novamente convidado a decidir a matéria, na ADI 2.797/DF, ajuizada pela CONAMP. Em meio a intensos debates, prevaleceu a posição do eminente relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para quem o novo §1º do art. 84 do CPP pretendeu impor uma certa interpretação da Constituição. Afirmando que “*a interpretação autêntica só pode ser feita por lei com força constitucional*”, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei, por 7 votos a 3, vencida a minha posição e a dos Ministros Eros Grau e Ellen Gracie.

O assunto parecia pacificado. Por um longo período, de 1999 a 2018, prevaleceu a regra da atualidade na acepção ampla: com a investidura no cargo, o foro especial se tornava competente para todas as investigações e ações penais instauradas contra o agente público, inclusive quanto a delitos praticados antes da posse no cargo e os que não guardam relação com as funções exercidas; o afastamento do cargo, porém, importava a imediata remessa dos autos para a primeira instância.

Foi assim no Inq. 2.277, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.9.2006, em que o Plenário decidiu que “*a competência em razão da função cessa em caso de o seu titular deixar de exercer o cargo, não influenciando o fato de já ter indicado o julgamento*”. Algo parecido se deu na AP 333, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.4.2008, em que a Corte declinou da competência para o juízo de primeiro grau devido à renúncia do réu, deputado federal, após a inclusão do feito na pauta.

Essa orientação trouxe desarranjos para a Justiça Criminal. Cientes de que a renúncia importava o declínio da competência, acusados passaram a explorar esse **efeito indesejado da regra da atualidade**,

interferindo no funcionamento do Tribunal. A renúncia ao mandato no curso da instrução criminal atingia essa finalidade, porque retardava o julgamento da causa e, no limite, provocava a prescrição da pretensão punitiva.

A prática se tornava cada vez mais frequente, e o Tribunal reagiu em defesa da instituição. Uma primeira iniciativa ocorreu na AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 28.4.2011. O acusado, deputado federal, renunciou ao mandato na véspera da sessão de julgamento e requereu a remessa dos autos para a Justiça local. Ao enxergar no ato uma tentativa de fuga do foro, o Plenário considerou a renúncia ineficaz para fins de deslocamento de competência e prosseguiu no julgamento, condenando o ex-deputado Natan Donadon a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão.

Já na AP 606-QO, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 18.6.2014, a Primeira Turma avançou no debate do tema, a fim de fixar um critério geral para a perpetuação da competência originária dos Tribunais. A proposta tornaria ineficazes renúncias manifestadas a partir de um dado marco temporal; encaradas como abuso de direito, tais renúncias não encerrariam o foro por prerrogativa de função.

Segundo o voto do eminente Relator, havia três propostas em discussão: o momento da inclusão do processo em pauta (posição do Ministro Dias Toffoli); o fim da instrução processual (posição da Ministra Rosa Weber); e o recebimento da denúncia (posição do Relator). Ao final, prevaleceu a posição intermediária, sustentada pela Ministra Rosa Weber, de que *“a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda da competência do Supremo Tribunal Federal”*. **A Turma estabeleceu, assim, um instrumento para inibir a manipulação da regra da atualidade.**

Porém o Tribunal revisitou o tema na AP 937-QO, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 11.12.2018. Numa virada jurisprudencial, o Plenário voltou a adotar a **regra da contemporaneidade**, relegada desde o cancelamento da Súmula 394. Prevaleceu o voto do eminente Ministro Roberto Barroso, e a prerrogativa de foro foi limitada para crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*. Segundo a posição vencedora, *“para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar a impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo”*.

Apesar dessa mudança, o Plenário manteve o entendimento de que a cessação do exercício das funções impõe a remessa dos autos para o Juízo de primeiro grau, ressalvadas as ações em que a instrução processual já

foi concluída. Nessa hipótese, a competência seria perpetuada até o desfecho do processo. A tese de julgamento ficou assim redigida:

“(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Esse amálgama indica que a superação da jurisprudência ocorreu pela metade. O Plenário passou a definir a prerrogativa de foro por um *critério material*, em função da fisionomia do delito (regra da contemporaneidade), mas, paradoxalmente, manteve a principal consequência da regra da atualidade – declínio da competência com o término do exercício funcional. Com esse arranjo, o precedente firmado na AP 937-QO reúne o que há de mais restritivo nas duas regras examinadas – uma interpretação que, a meu ver, desborda dos limites do texto constitucional.

O resultado disso é a subversão da finalidade do foro por prerrogativa de função. Basta que o parlamentar não seja reeleito ou que o agente público se aposente para que atos por ele praticados *no exercício do cargo* sejam julgados não pelo órgão designado pelo legislador constituinte, mas em outra instância jurisdicional.

É necessário eliminar essa contradição, reconstruindo o foro especial em torno das suas próprias razões. Surge, então, uma oportunidade para que o Tribunal aprimore a orientação em vigor, a partir do raciocínio e dos critérios utilizados pela corrente vencedora na AP 937-QO: a interpretação de que o foro especial deve ser concebido e aplicado em vista da *natureza do crime* praticado pelo agente, e não de critérios temporais relacionados ao exercício atual do mandato.

Mantenho as críticas que fiz em relação ao precedente firmado na AP 937-QO. Como disse na ocasião, a percepção de alguns Ministros sobre a inadequação do foro especial não autoriza que sua previsão constitucional seja esvaziada via interpretativa – técnica utilizada em 2018.

A presente proposta, porém, não pretende suplantar a jurisprudência em vigor; apenas aperfeiçoá-la. A ideia é resgatar a

coerência do raciocínio utilizado pela posição majoritária, ela própria apoiada na ideia de que a aplicação da regra da atualidade “*distancia-se da finalidade que justificou a criação da prerrogativa*”. Enfim, se a diplomação do parlamentar, sozinha, não justifica a remessa dos autos para os Tribunais, o encerramento do mandato também não constitui razão para o movimento contrário – retorno dos autos para a primeira instância.

II. FUNDAMENTOS DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Não bastasse a necessidade de preservação da coerência interna do precedente, o ajuste proposto também se justifica a partir da teleologia do foro por prerrogativa de função.

Assegurado em países como Portugal, França, Espanha e Colômbia, o foro privativo não é concebido para privilegiar pessoas. Ao contrário, como o próprio nome indica, ele é assegurado para que cargos relevantes sejam exercidos com tranquilidade e autonomia. Dessa forma, ao definir foros próprios para certas autoridades, a Constituição desigualava para garantir não apenas a imparcialidade, mas também o interesse da sociedade na boa prestação dos serviços públicos. Como ensina Vicente Greco Filho, “*certas autoridades são julgadas diretamente pelos tribunais superiores e de segundo grau, suprimindo o primeiro grau (...) em virtude da proteção especial que devem merecer certas funções públicas (...)*” (Manual de Processo Penal, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 61).

Ainda em 1962, no julgamento da Reclamação 473, o Ministro Victor Nunes Leal elencou as finalidades do foro por prerrogativa de função:

“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 próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”.

Pontes de Miranda, discorrendo sobre o foro assegurado pelo art. 114, inciso I, da Constituição de 1967, assentou que o fundamento do dispositivo era *“evitar se exponha o Presidente da República aos azares de julgamentos de juízes singulares, talvez em momentos de lutas políticas e de ódios vivos”* (Comentários à Constituição de 1967, Revista dos Tribunais, tomo V, São Paulo, 1968, p. 248-249).

O Ministro Maurício Corrêa afirmou que o instituto tem como *“matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam”* certos cargos *“possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial”* (ADI 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 6.11.2006).

Mais recentemente, Eugênio Pacelli ensina que, *“tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais”*. Segundo o autor, *“optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance de pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira”* (Curso de Processo Penal, 21ª edição, Atlas, São Paulo, 2017, p. 209-210).

As contribuições doutrinárias apontam para o duplo escopo do foro por prerrogativa de função: de um lado, evitar pressões externas sobre o órgão julgador e, de outro, proteger a dignidade de determinados cargos e funções públicas, garantindo tranquilidade e autonomia ao seu titular. São duas perspectivas que, reunidas, servem de justificação para a prerrogativa de foro. Uma é a contraface da outra. Por isso, Victor Nunes Leal falava em *“uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”*.

O primeiro fundamento se apoia no dever de imparcialidade judicial e na garantia do devido processo legal. Ao assegurar foros privativos para os ocupantes de certos cargos públicos, o legislador tem em mente a maior exposição deles a ações e investigações instauradas deliberadamente para seu enfraquecimento político. Por isso, atribui essas causas não a um juiz singular, mas a um órgão colegiado, que é presumido, pelo próprio constituinte, mais imparcial e, por isso, mais adequado para o julgamento de atos funcionais.

Pimenta Bueno, ainda em 1857, destacou esse aspecto ao afirmar que

a competência do Supremo Tribunal Federal foi criada “*em vista não tanto destes altos funcionários, como de verdadeiro interesse público (...)*” e que “*era sem dúvida de mister atribuí-la a uma corte ilustrada e independente para que se tivesse a garantia de um julgamento imparcial*” (*Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro, 1857, p. 381-382).

As premissas do legislador constitucional podem ser contestadas na arena política e, se for o caso, revistas por meio de emenda à Constituição. Há quem apresente argumentos ponderáveis contra a ideia de que, nas ações relacionadas a atos funcionais, a imparcialidade judicial pressupõe julgamento colegiado, em câmaras compostas por juízes mais experientes. O assunto, no entanto, foi debatido na Assembleia Nacional Constituinte, que, por **opção consciente**, presumiu a maior independência dos Tribunais para julgamento de agentes políticos.

Os juízes são intitulados a ter opiniões sobre as escolhas políticas do Poder Legislativo. Num ambiente democrático, a deferência ao resultado das deliberações políticas pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas as instituições devem respeitar e efetivar a Constituição. Especialmente esta Corte, a quem incumbe zelar pelo cumprimento das decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República, mesmo as mais polêmicas. É esse o caso da designação de foros próprios para agentes políticos, pela convicção do legislador de que os Tribunais, pela formação colegiada, reúnem maiores condições para rechaçar influências e pressões indevidas. A escolha pode ser criticada, debatida e revista no parlamento; jamais contornada mediante exegese criativa.

Outro fundamento da prerrogativa de foro reside na proteção de altas funções de governo. O foro especial serviria para garantir a independência dos ocupantes de cargos públicos relevantes, de quem se exige, não raras vezes, a tomada de decisões impopulares. Sem a prerrogativa, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, devido ao receio de serem julgados não pelo *órgão colegiado* que a lei considerou mais isento, e sim por *juízes singulares* que, aos olhos do legislador, possuem menos condições de resistir a pressões variadas.

Essa justificativa é ainda mais adequada no contexto atual. Numa sociedade altamente polarizada, marcada pela radicalização dos grupos políticos e pelo revanchismo de parte a parte, a prerrogativa de foro se torna ainda mais fundamental para a estabilidade das instituições democráticas. Não são raros os casos de utilização de medidas judiciais

para tisonar a imagem de agentes políticos – a chamada litigância predatória. Por isso, o foro privativo desponta como mecanismo de proteção da autonomia dos órgãos constitucionais, ao inibir abusos que perturbam o funcionamento do governo. Jorge Octávio Lavocat Galvão explica como a unificação do foro contribui para a eficiência das funções públicas:

“A exposição inerente a determinados cargos faz com que seus ocupantes fiquem mais suscetíveis a responderem a ações judiciais movidas por paixões de toda ordem. Apenas para citar como exemplo, à época das privatizações do governo FHC, foram propostas várias medidas judiciais contra os membros da cúpula do governo, notadamente contra o Advogado-Geral da União, que, apesar de estar incumbido de dar contorno jurídico à política pública em questão, não possuía foro de prerrogativa de função. Em pouco tempo, inúmeras ações foram ajuizadas em várias comarcas brasileiras contra o AGU, o que, então, levou o Presidente da República a editar, em 2001, uma medida provisória elevando o referido cargo à condição de Ministro de Estado.

Percebe-se, pois, que a principal vantagem adquirida com a extensão do foro privilegiado ao Advogado-Geral da União foi a unificação do foro para julgamento de diversas ações ajuizadas, que passaram a ser de competência do STF. Tal medida apresentou-se essencial para dar tranquilidade ao ocupante do cargo que, caso contrário, teria que passar mais tempo com a contratação de advogados e elaborando sua defesa do que efetivamente se dedicando às importantes tarefas de sua função pública. Sem tal garantia, dificilmente pessoas gabaritadas aceitariam o convite para assumir o cargo de Advogado-Geral da União.” (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat Galvão; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (Coord.), *Foro privilegiado: três razões para mantê-lo*, in: *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2018, p. 1053).

Os fundamentos da prerrogativa de foro demonstram que ela serve a propósitos virtuosos: manter a estabilidade das instituições democráticas e preservar o funcionamento do Estado. Também contribui para rechaçar aleivosias semeadas contra a sua manutenção pela Constituição de 1988. Desmente a falsa crença – uma fábula – de que o foro especial constitui

privilégio incompatível com o regime republicano e que serviria apenas para blindar a elite política. Como prerrogativa do cargo, o foro contribui para o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes e para a eficiente condução dos negócios públicos.

Até por se tratar de prerrogativa do cargo, e não de privilégio pessoal, o foro privativo para atos cometidos *no exercício das funções* deve substituir mesmo após a cessação do exercício funcional. Afinal, a saída do cargo não ofusca as razões que fomentaram a outorga de competência originária aos Tribunais. O que ocorre é justamente o contrário. É nesse instante que adversários do ex-titular da posição política possuem mais condições de exercer influências em seu desfavor, e a prerrogativa de foro se torna mais necessária para evitar perseguições e maledicências.

Como disse o Ministro Victor Nunes, a saída do cargo acarreta a perda das proteções a ele inerentes, como a imunidade temporária do Presidente da República (CF, art. 86, §4º) e a possibilidade de sustação de ação penal proposta contra parlamentar (CF, art. 53, §3º); por isso, *“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, frequentemente 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 a jurisdição especial, como prerrogativa de função, mesmo depois de cessado o exercício”* (Reclamação 473, Rel. Min. Victor Nunes, julgada em 31.1.1962).

Há mais. A subsistência do foro especial, após a cessação das funções, também se justifica pelo enfoque da preservação da capacidade de decisão do titular das funções públicas. Se o propósito da prerrogativa é garantir a tranquilidade necessária para que o agente possa agir com brio e destemor, e tomar decisões, por vezes, impopulares, não convém que, ao se desligar do cargo, as ações penais contra ele passem a tramitar no órgão singular da justiça local, e não mais no colegiado que, segundo o legislador, reúne mais condições de resistir a pressões indevidas.

Tome-se o caso do Juiz que, no final da carreira, recebe pedido de medidas cautelares contra políticos influentes. Ou do Promotor de Justiça que, nessa condição, se depara com ilícitos cometidos por lideranças locais. Ou, ainda, do Governador que, no último ano do mandato, contraria interesses corporativos da magistratura ou do Ministério Público. Todos eles correm risco de retaliações devido a atos praticados no exercício de suas funções – risco que se agrava com o desligamento do cargo. Garantir a esses agentes a prerrogativa de serem julgados por

juízes experientes, no Tribunal escolhido pelo legislador, mesmo após a aposentadoria ou fim do mandato, parece ser a melhor maneira de preservar a liberdade de ação no desempenho das suas funções.

O Ministro Sepúlveda Pertence tratou dessa questão no julgamento do Inquérito 687-QO: *“é fugir ao senso das realidades evidente negar que, para a tranquilidade no exercício do cargo ou do mandato – e para essa tranquilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro – ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem. Por isso, “mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro”*.

Como disse o Ministro Victor Nunes, ainda em 1962: *“essa correção, sinceridade e independência moral com que a lei quer que sejam exercidos os cargos públicos ficaria comprometida, se o titular pudesse recear que, cessada a função, seria julgado, não pelo Tribunal que a lei considerou 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”* (Reclamação 473, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. em 31.1.1962).

Esse era o espírito da Súmula 394: garantir aos ocupantes de cargos relevantes as condições necessárias para o exercício das funções de Estado, unificando o foro para julgamento de atos praticados no exercício do cargo num órgão colegiado de maior hierarquia, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após o afastamento das funções. Como disse Alberto Zacharias Toron, a súmula procurou garantir *“a proteção do cargo, ainda que de forma indireta, se durante seu exercício o delito tivesse sido praticado”*, ao *“resguardar o ex-mandatário que, no ostracismo, possa ser alvo da ação dos inimigos, da opinião pública e, eventualmente, daqueles que, particulares ou outros agentes públicos, se sentiram prejudicados por atos seus e possam querer influir no processo”* (Decisões controversas do STF, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 109-110).

A súmula, editada em 1964, retratava orientação firme do Tribunal, documentada em diversos precedentes da época. O exame desses julgados proporciona um olhar histórico sobre o assunto e demonstra que a tradição constitucional brasileira já acolheu a interpretação aqui defendida, que dá ao foro privativo um alcance compatível com sua justificação teleológica.

O primeiro precedente que influenciou a edição da súmula remonta ao Recurso Criminal 491, Rel. Min. Pedro dos Santos, julgado em 15.12.1923. O recurso foi interposto por Eptácio Pessoa contra decisão

que afastou a competência da Justiça Federal para julgar queixa-crime por ele ajuizada contra Mário Rodrigues, redator-chefe do Correio da Manhã. O querelante já havia deixado a Presidência da República, quando ajuizou a ação penal por crime contra a honra, considerando-se caluniado por notícia relacionada a atos funcionais. O Plenário decidiu que, como a notícia envolvia o exercício do mandato, deveria subsistir a competência do Juiz designado para julgar a exceção da verdade (*exceptio veritatis*) contra funcionário público federal, mesmo após o desligamento do cargo.

Com base nas lições de Francesco Carrara, o voto do Ministro Pedro dos Santos concluiu que *“nada importa a circunstância de ser o injuriado atualmente um simples particular, pois a proteção especial não se confere ao indivíduo, mas ao ofício público, e este pode ser ferido por motivo de um ato que lhe é inerente, ainda quando a ofensa ocorra depois de retirado o funcionário à vida privada. Se a tutela da lei cessasse com o término da função pública, os outros órgãos da autoridade ou da administração exerceriam timidamente suas incumbências, receosos do dano que lhes poderia advir quando deixassem os cargos”*. Para comprovar que essa interpretação estava enraizada em nossa cultura constitucional, citou acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de janeiro de 1842, que garantiu prerrogativa de foro a juiz municipal processado por faltas funcionais, mesmo após o afastamento do cargo; e o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 7 de dezembro de 1904, no mesmo sentido.

A jurisprudência consolidou essa orientação. Ao apreciar o HC 35.301, Rel. Min. Ary Franco, DJ 16.1.1958, o Plenário decidiu que *“praticado o crime na função e em razão dela, deve subsistir o foro por prerrogativa de função”*. Já no RE 39.682, Rel. Min. Ribeiro da Costa, DJ 21.8.1958, a Segunda Turma reconheceu a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar ex-juiz de Direito, acusado por atos praticados no exercício do cargo. No HC 32.097, Rel. Min. Mário Guimarães, DJ 4.12.1952, o Plenário reconheceu prerrogativa de foro a Desembargador e enfatizou que *“não se modificam as regras de competência, acima exaradas, pela aposentadoria, que sobrevenha, do magistrado”*. Por fim, na Reclamação 473, Rel. Min. Victor Nunes, DJ 8.6.1962, o Plenário garantiu a prerrogativa de foro para ex-Ministro de Estado acusado de crime contra a Administração Pública.

A doutrina avalizava a jurisprudência do Tribunal. José Frederico Marques disse: *“(...) a competência ratione personae é absoluta, e por isso não pode ficar à mercê nem do réu, nem de qualquer outra pessoa ou órgão do poder público. Se a competência dependesse da permanência no cargo (...) ficaria ao*

arbitrio de uma das partes interessadas, bastando que o acusado deixasse o cargo para que ela desaparecesse. Assim, por ato próprio, alteraria ou modificaria uma competência absoluta prevista em lei. Caso a iniciativa não partisse do acusado, poderia resultar de ato do poder público, que, por meio de uma demissão, faria com que a competência especial deixasse de existir” (Da competência em matéria penal, Editora Millennium, Campinas, 2000, p. 293-294).

Outra não é a posição do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem *“mesmo cessada a função, o foro deve continuar (...) E assim pensamos em respeito ao princípio do Juiz natural, dogma de fé. Por isso entendemos, com Frederico Marques, que, se a infração for cometida durante o exercício funcional, o foro especial persiste mesmo que cessada a função”* (Código de Processo Penal comentado, volume 1, 13ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 331).

Fundada em sólidos argumentos, a orientação centenária assegurava o devido alcance para o foro privativo. Não à toa, o Tribunal a consolidou na Súmula 394, de 3.4.1964, que vigorou por mais de três décadas, até ser cancelada pelo Plenário no julgamento do Inquérito 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, em 25.8.1999.

A firmeza da orientação era tamanha que o próprio relator, ao propor o cancelamento da súmula, assentiu com a solidez da interpretação nela encartada: *“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”*.

Alberto Zacharias Toron explica que a mudança se deveu não a razões jurídicas, e sim a questões funcionais, ou pragmáticas, relativas ao número de ações penais em trâmite no Tribunal:

“Senão, como entender que, vigorando há mais de 35 anos, quando nenhuma Carta anterior tinha estampado disposição a respeito do foro dos ‘ex’, tivessem os ilustres juízes do Excelso Pretório acordado de um sono profundo e ‘descoberto’ que a Súmula 394 não fazia mais sentido? Teriam os ministros que julgaram debaixo do Texto de 1946 errado ao editá-la? E que dizer dos mais de dez sob a égide da Constituição vigente, sem que nunca se tivesse questionado a vigência da súmula?

(...)

Não parece razoável supor que, de um lado, o direito

constitucional tivesse sido interpretado de forma errada durante tanto tempo e que agora, subitamente, quando já transcorreu mais de dez anos da Constituição de 1988, o STF tivesse se dado conta do equívoco interpretativo (...). Tudo leva a crer que o cancelamento da súmula se prendeu a questões funcionais ou, mais especificamente, ao excesso volume de processos que ali afluem (...) É inconcebível que se altere o entendimento ligado a várias garantias constitucionais como a do juiz natural e do devido processo legal, não por conta da correta aplicação do direito, mas em razão da sobrecarga de processos. É, para repetir Umberto Eco, como se fossemos cera mole (O Nome da Rosa) nas mãos das autoridades judiciais” (Decisões controversas do STF, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 111-112).

As próprias razões lançadas do voto proferido pelo Ministro Sydney Sanches justificam a suspeita levantada por Alberto Zacharias Toron. Ao fechar os olhos para as finalidades da norma (interpretação teleológica) e para a tradição constitucional (interpretação histórica), o voto se apega ao sentido literal das palavras utilizadas na Constituição para afirmar que o foro privativo não alcança 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”*. O discurso científico para por aí.

No mais, o voto não esconde a pretensão de alterar, com base em critérios pragmáticos, a extensão da prerrogativa de foro. Narra que, em 1964, quando a súmula foi aprovada, eram poucos os processos criminais em trâmite na Suprema Corte, o que teria se alterado com o tempo. Àquela altura já não eram *“tão raras as hipóteses de inquéritos, queixas ou denúncias contra ex-parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República”*; afirma que o volume de processos poderia inviabilizar *“o exercício das competências que [a Corte] realmente tem, expressas na Constituição”*. E admite que *“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”*. Por fim, pondera que os inquéritos e ações originárias são *“trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuam como verdadeiros juízes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394”*.

Essas razões funcionais não são, com a devida vênia, suficientes para

afastar a interpretação mais alinhada com a finalidade do foro por prerrogativa de função: a proteção da dignidade de determinados cargos públicos, garantindo tranquilidade e autonomia ao seu titular. Tenho para mim que argumentos pragmáticos, como a pretensão de maior eficiência, não autorizam que a previsão do foro especial seja esvaziada pela via interpretativa.

A eficiência do Poder Judiciário deve ser fomentada não pela restrição de prerrogativas instituídas em benefício das instituições públicas, mas sim por alterações estruturais que tragam mais racionalidade para a tramitação dos processos. O Tribunal tem promovido constantes reformas regimentais para alcançar esse objetivo, como a expansão do plenário virtual, na gestão do Ministro Dias Toffoli; a fixação de prazo de 90 dias para devolução de processos com pedido de vista, por iniciativa da Ministra Rosa Weber; o retorno da competência das Turmas para julgar ações penais originárias, já na gestão do Ministro Roberto Barroso; e a convocação de juízes instrutores e auxiliares para realizarem atos de instrução do processo.

As medidas implementadas produziram resultados tangíveis, como demonstram as ações penais sobre os ataques de 8 de janeiro, cuja instrução ocorreu num bom ritmo, sem sobressaltos e com rigorosa observância do direito de defesa. A experiência recente revela não somente que o Tribunal está preparado para instruir e julgar ações penais complexas, envolvendo detentores de prerrogativa de foro. Ela também comprova que o exercício dessa competência não engessa o funcionamento da Corte nem ofusca suas demais funções institucionais, como a jurisdição constitucional.

O passado recente contradiz, portanto, a narrativa fatalista utilizada no Inquérito 687-QO. Demonstra, ainda, que o debate sobre a prerrogativa de foro deve ser realizado com rigor metodológico, com base em critérios jurídicos, e não com populismo judicial. Um olhar crítico para o resultado de tal julgamento revela, enfim, que o Tribunal abandonou a interpretação mais correta da prerrogativa de foro a partir de argumentos equivocados. A compreensão anterior, que assegurava o foro privativo mesmo após o afastamento do cargo, era mais fiel ao objetivo de preservar a capacidade de decisão do seu ocupante. Essa orientação deve ser resgatada.

III. PREJUÍZOS CAUSADOS PELO ENTENDIMENTO ATUAL. REMESSA DOS AUTOS PARA A PRIMEIRA INSTÂNCIA NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO OU

DA AÇÃO PENAL

O entendimento atual reduz indevidamente o alcance da prerrogativa de foro, distorcendo seus fundamentos e frustrando o atendimento dos fins perseguidos pelo legislador. Mas não é só. Ele também é contraproducente, por causar flutuações de competência no decorrer das causas criminais e por trazer instabilidade para o sistema de Justiça.

O precedente firmado na AP 937-QO criou uma barreira de entrada para processos nos Tribunais. A diplomação do parlamentar, por si só, não mais acarreta a remessa de processos em curso para o foro especial. O crime deve ter sido praticado no cargo e em razão das funções desempenhadas (contemporaneidade). Porém o Plenário ainda aplica a regra da atualidade, estabelecida no Inq. 687-QO, quando o agente se desvincula do cargo: o afastamento das funções acarreta o deslocamento de todos os inquéritos e ações penais originários para a primeira instância.

O eminente Ministro Roberto Barroso, no julgamento da AP 937-QO, afirmou que essas flutuações trazem desordem e lentidão para a tramitação dos processos criminais:

“Os frequentes deslocamentos (o ‘sobe-e-desce’ processual) são um dos maiores problemas da prerrogativa, capazes de embaraçar e retardar o processamento de inquéritos e ações penais, com evidente prejuízo para a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Isso alimenta, ademais, a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus. Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convém”.

Para conter esses riscos, o Plenário fixou um critério de perpetuação da competência: após o final da instrução do processo, com a publicação do despacho para apresentação de alegações finais, o Tribunal continua competente para o julgamento da causa mesmo que o agente deixe o cargo. Quem instruiu a ação deverá julgá-la.

Essa regra, porém, não resolve o problema apontado, porque mantém a brecha que permite a alteração da competência pela vontade do acusado. O parlamentar pode, por exemplo, renunciar antes da fase de alegações finais, para forçar a remessa dos autos a um juiz que, aos seus olhos, é mais simpático aos interesses da defesa. A falha não passou despercebida pelo Ministro Roberto Barroso, que já defendeu a antecipação desse marco para o momento de recebimento da denúncia (AP 606-QO, Rel. Min. Roberto Barroso, Segunda Turma, DJe 12.8.2014).

Afora o declínio de competência por ato voluntário do agente público, as vicissitudes da vida política podem acarretar indevida cessação do foro privativo. Tome-se como exemplo o Senador que, ao fim do mandato, é eleito para o cargo de Deputado Federal, ou vice-versa. Ou, ainda, do Vice-Presidente que assume o cargo de Presidente da República, depois da renúncia do titular. A aplicação da tese firmada na AP 937-QO importaria a remessa dos inquéritos e ações para a primeira instância, e o acusado ficaria exposto aos riscos que a lei quis conter ao estabelecer o foro especial. A falha é tão gritante que o Plenário foi obrigado a relativizar a regra geral para estabelecer que a prerrogativa de foro subsiste quando o parlamentar federal é eleito, sem interrupção do mandato, para a outra Casa Legislativa (Inq. 4342-QO, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 13.6.2022).

O caso dos autos descortina um grave problema gerado pelos critérios atuais. Aqui, o inquérito foi aberto em 2013, inicialmente sob supervisão desta Corte, mas foi remetido ao TRF da 1ª Região, em 2015, ante a renúncia do parlamentar. Desde então, a denúncia foi oferecida e **a ação penal tramitou por quase 4 anos no TRF da 1ª Região; por 3 anos na Seção Judiciária do Pará; e por mais 2 anos na Seção Judiciária do Distrito Federal.** No total, da instauração do inquérito policial até hoje, já se passou mais de uma década, mas ainda não se concluiu a instrução processual. Não houve nem mesmo o interrogatório do réu. Esse andar trôpego é um retrato sem filtro dos prejuízos que podem ser gerados pelo entendimento atual, que, com a devida vênia, traz instabilidade para o andamento das investigações e ações penais.

É necessário avançar no tema, para estabelecer um critério geral mais abrangente, focado na natureza do fato criminoso, e não em elementos que podem ser manobrados pelo acusado (permanência no cargo). A proposta apresentada atende a essa finalidade. Preservando os aspectos centrais do entendimento firmado na AP 937-QO, ela estabiliza o foro para julgamento de crimes praticados no exercício do cargo e em razão

dele, ao mesmo tempo que depura a instabilidade do sistema e inibe deslocamentos que produzem atrasos, ineficiência e, no limite, prescrição.

IV. DISPOSITIVO

Ante o exposto, considerando que a própria denúncia indica que as condutas imputadas ao paciente foram praticadas durante o exercício do mandato e em razão das suas funções, **concedo** ordem de *habeas corpus* para reconhecer a competência desta Corte para processar e julgar a ação penal 1033998-13.2020.4.01.3900.

Por fim, lembro que a ação de *habeas corpus* tem se consolidado como meio idôneo para formação de precedentes do Plenário. Nesse sentido, reporto-me aos seguintes julgados: HC 166.373, Rel. Min. Edson Fachin, redator p/ acórdão o Min. Alexandre de Moraes, DJe 18.5.2023; RHC 163.334, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 13.11.2020; e HC 176.473, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 10.9.2020. Assim, considerando a amplitude do debate aqui realizado, voto para fixar a seguinte tese: *a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício.*

Proponho a **aplicação imediata** da nova interpretação aos processos em curso, **com a ressalva** de todos os atos praticados pelo STF e pelos demais Juízos com base na jurisprudência anterior. A ressalva segue a mesma fórmula utilizada nas questões de ordem suscitadas no Inq. 687, Rel. Min. Sydney Sanches, e na AP 937, Rel. Min. Roberto Barroso.