

COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FORO NO PROCESSO PENAL ELEITORAL E A QO-AP Nº 937¹

SPECIAL COMPETENCE BY JURISDICTION PRERROGATIVE IN THE ELECTORAL CRIMINAL PROCESS AND QO-AP Nº 937

EDMILSON RUFINO DE LIMA JUNIOR'S²

¹ Artigo recebido em 28 de julho de 2020 e aprovado para publicação em 30 de julho de 2020.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Especialista (*lato sensu*) em Direito Eleitoral e em Direito Público. Mestrando em Direito. Analista judiciário – área judiciária do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Assessor de ministro.

RESUMO

O estudo em destaque esclarece os aspectos gerais do foro de prerrogativa de função e tece exame crítico da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante à restrição do referido foro, relativamente aos parlamentares federais. Segundo essa novel interpretação, o instituto jurídico será aplicado quando envolver a prática de infrações penais por tais autoridades cometidas durante o exercício do cargo e em razão dele. O artigo em tela é pertinente para compreender os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal, com ênfase no Direito Processual Penal Eleitoral.

Palavras-chave: Prerrogativa. Foro. Competência. Juízes. Tribunais. Extensão.

ABSTRACT

The highlighted study clarifies the general aspects of the function prerogative forum and critically examines the decision of the Supreme Federal Court regarding the restriction of the competence by function prerogative, in relation to federal parliamentarians. According to this new interpretation, the legal institute will be applied when it involves the practice of criminal offenses by such authorities committed during the exercise of the position and because of it. The purpose of the article in question is pertinent to understand the reflexes of the decision of the Supreme Federal Court, with emphasis on Electoral Criminal Procedural Law.

Keywords: Prerogative. Court. Jurisdiction. Judges. Courts. Extension.

1 Introdução

A competência especial por prerrogativa de foro – ou *foro privilegiado*, tal qual coloquialmente se conhece – consiste em uma das maneiras pelas quais é estabelecida a competência processual penal.

Entende-se competência como a secção do poder jurisdicional, a fim de organizar a prestação jurisdicional e garantir a todo jurisdicionado o juiz natural, assim entendido como o magistrado imparcial, dotado de garantias que assegurem a sua independência e com as atribuições previstas adrede em lei.

A regra, no processo penal – assim como nos processos em geral –, é que os feitos sejam apreciados pelo juiz de primeiro grau, seguindo-se algumas regras de fixação do juízo competente, a exemplo do local da infração.

Nesse cenário, o foro especial por prerrogativa de função consiste em verdadeira exceção, mediante o qual se atribui a tribunais específicos da estrutura judiciária brasileira o poder de processar e julgar determinadas pessoas, em razão do cargo exercido.

O propósito do presente estudo é expor, primeiramente, os aspectos gerais do instituto, com foco no processo penal eleitoral, para, em seguida, analisar criticamente a orientação subjacente à decisão proferida pelo STF no âmbito da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 (QO-AP nº 937), de modo a fornecer os elementos para a correta aplicação do novel entendimento.

A metodologia de pesquisa se fundou na revisão bibliográfica e documental, notadamente de textos doutrinários e decisões de Tribunais Superiores.

2 Aspectos gerais

Da tradição do constitucionalismo brasileiro, a prerrogativa de foro constou, em maior ou menor extensão, de todas as constituições brasileiras, atingindo o ápice na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que contempla amplo rol de pessoas com prerrogativas de foro³.

As normas que instituem tal foro de prerrogativa têm *dupla face*: ao mesmo tempo que constituem *garantia processual*, de ser processado apenas por certos órgãos jurisdicionais, também representa *cláusula essencial de estabilidade*

³ Segundo levantamento feito pelo jornal *Folha de S. Paulo*, publicado em 24 de abril de 2018, aproximadamente 58.660 pessoas têm direito ao foro de prerrogativa de função.

política do país, dada a necessidade de preservação das instituições contra investigações difusas, fragmentadas e eventualmente controversas⁴. Daí porque se admite a fixação de regras de prerrogativa de foro em constituições estaduais⁵, desde que mantida a simetria com o plano federal⁶.

Além disso, a jurisprudência do STF contempla a atribuição de foro de prerrogativa para autoridades que, em princípio, não teriam direito, mas que, em razão de ato normativo, têm o cargo equiparado ao *status* de ministro⁷.

No que concerne ao Direito Processual Eleitoral e ante à prática de crime eleitoral por autoridade, destacam-se os principais casos de prerrogativa de foro:

a) da competência do Supremo Tribunal Federal: o Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; e

b) de competência do Superior Tribunal de Justiça: Governador⁸, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal,

⁴ Nessa linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições” (STF, Pleno, QO-Inq nº 2411, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 25.4.2008).

⁵ “Pode a constituição do estado-membro, com base no poder implícito que reconhece a este de atribuir a seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal que a constituição federal outorga aos seus que lhes são correspondentes, estabelecer que o foro por prerrogativa de função de deputado estadual e o tribunal de justiça do estado, para todos os crimes da competência da justiça desse estado-membro, inclusive os dolosos contra a vida” (STF, Pleno, HC nº 58410, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 15.5.1981).

⁶ “Prerrogativa de foro. Delegados de Polícia. Esta Corte consagrou tese no sentido da impossibilidade de estender-se a prerrogativa de foro, ainda que por previsão da Carta Estadual, em face da ausência de previsão simétrica no modelo federal” (STF, Pleno, ADI nº 882, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 23.4.2004).

⁷ “2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, “d”, 62, § 1º, I, “b”, § 9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. 5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no Texto Constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada. 7. “Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. 9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, “d”, da CF/1988)”. (STF, Pleno, ADI nº 3289, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 3.2.2006).

⁸ Acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar governadores em quaisquer infrações penais comuns, incluídas nesse conceito as eleitorais, o Supremo Tribunal Federal já assentou que “A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe

membro dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

c) de competência dos Tribunais Regionais Eleitorais: prefeito ou vice-prefeito em exercício, Deputado Estadual, Juiz de Direito, Juiz Federal, Juiz do Trabalho, Juiz Militar, Juiz Eleitoral, membro do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, membro do Ministério Público da União que não atue perante tribunal.

Embora não haja disciplina expressa, o TSE entendeu que, em relação aos secretários de Estado, advogado-geral do Estado ou procurador-geral do Estado, a competência para processar e julgar ações penais é dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs). A matéria foi apreciada no seguinte julgado:

CRIME ELEITORAL. INFRAÇÕES PENAIS DESCRITAS NA LEI ELEITORAL, E ATRIBUÍDAS, EM COAUTORIA, O SECRETARIO DE ESTADO E O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. COMPETÊNCIA. RESSALVA DO ART. 96, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS PROCESSAR E JULGAR, POR CRIME DEFINIDO NO CÓDIGO ELEITORAL, AS AUTORIDADES ESTADUAIS QUE, PELA PRÁTICA DE CRIME COMUM, TÊM FORO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO, PARA CONFIRMAR A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL⁹.

Afora tais situações, a competência será do juiz eleitoral, em regra, determinada pelo local da prática da infração, a teor do art. 70 do Código de Processo Penal.

O TSE, por seu turno, não tem competência para julgar a ação penal condenatória, conquanto mantenha a alusiva ao conhecimento de *habeas corpus* e a competência recursal em matéria penal.

que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional “crimes comuns”, todas as infrações penais (RTJ nº 33/590 e RTJ nº 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ nº 63/1, RTJ nº 148/689 e RTJ nº 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravencional (RTJ nº 91/423)” (STF, 2ª Turma, Pet nº 6044, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 14.9.2001). Ressalvada a matéria alusiva à autorização legislativa, que diz respeito a outras prerrogativas processuais, o mesmo entendimento deve ser aplicado às demais autoridades sujeitas ao foro.

⁹ TSE, HC nº 179, rel. Min. José Cândido, *DJ* de 27.8.1992.

Ainda no tocante aos aspectos gerais, o Supremo Tribunal Federal reconhece, em princípio, atração da competência originária em relação a corréus sem prerrogativa de foro, quando houver conexão entre a conduta destes e a prática do crime pela autoridade detentora de foro privilegiado. Nessa linha:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Membro do Ministério Público estadual. Condição de corréu. Conexão da acusação com fatos imputados a desembargador. Pretensão de ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Superior Tribunal de Justiça. *HC* denegado. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável¹⁰.

Por fim, caso surja indício de autoria ou participação de autoridade com prerrogativa de foro em contexto criminoso, atribuído a pessoas sem prerrogativa, os autos devem ser imediatamente remetidos ao tribunal competente, que analisará eventual desmembramento.¹¹

3 Extensão da garantia: a paradigmática QO-AP nº 937

Após anos de expansão da garantia, em aparente consonância com os desígnios do Constituinte, o STF firmou entendimento mais restritivo no que tange à competência por prerrogativa de foro, nos seguintes termos:

Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da

¹⁰ STF, 2ª Turma, *HC* nº 91.437, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 19.10.2007.

¹¹ “Agravamento regimental em reclamação. 2. Decisão anterior em processo do qual os reclamantes não tomaram parte. Ausência de eficácia preclusiva em desfavor dos reclamantes. 3. Ausência de remessa ao STF por suspeitas de responsabilidade penal de autoridade com foro originário nesta Corte. Violação apenas da prerrogativa da autoridade com foro privilegiado. Juízo de primeira instância competente para supervisionar as investigações contra os reclamantes. Em relação a eles, a manutenção da investigação em primeira instância não representa violação à prerrogativa. 4. Negado provimento ao agravo regimental” (STF, 2ª Turma, *AgR-Rcl* nº 15821, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 2.3.2015).

Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. 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 impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(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”.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.¹²

Tal inflexão, que é a mais expressiva desde a promulgação da Constituição da República, decorreu de um contexto fático muito peculiar, revelador de aparente inadequação do sistema da prerrogativa de foro com os princípios do Texto Constitucional alusivos ao processo.

Há pelo menos três vetores que motivaram a mudança de entendimento pela douta maioria da Suprema Corte, a despeito da inexistência de reforma constitucional nesse particular.

Primeiro, diz-se que houve significativa mudança dos parâmetros fáticos existentes à época da promulgação do Texto Maior, com expressivo aumento de autoridades investigadas perante o STF, principalmente a partir do julgamento da Ação Penal nº 470 e do aprimoramento dos instrumentos de investigação criminal, inclusive em relação à macrocriminalidade. Como assentou o Ministro Luís Roberto Barroso:

Em primeiro lugar, há uma clara mudança na realidade fática. Quando o Constituinte – seja o de 69, seja o de 88 – concebeu o foro por prerrogativa, ele jamais imaginou que houvesse, perante a Corte Constitucional, mais de quinhentos processos de natureza criminal, envolvendo mais de um terço dos membros do Congresso Nacional. Essa é simplesmente uma realidade que nunca ninguém imaginou. Portanto, houve uma clara mudança na realidade fática.

Em segundo lugar, houve uma clara mudança na percepção de qual seja o melhor Direito. Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo. É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar a falência desse modelo.

De fato, segundo Júlio César de Aguiar e João Paulo Lacerda Oliveira (2018), comentando os números da pesquisa “V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”, realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV):

¹² STF, Pleno, QO-AP nº 937, rel. Min. Roberto Barroso, *DJe* de 11.12.2018.

O combate acirrado à corrupção generalizada, estampada dia após dia nos noticiários nos últimos anos, principalmente a partir de 2014, após a deflagração da maior operação de combate à corrupção no Brasil, a Lava-Jato, tem contribuído ao vultoso volume de processos em andamento no STF.

Os pedidos de denúncia chegam a galope. A Procuradoria-Geral da República, em 2015, apresentou ao STF o nome de 50 políticos para abertura de inquéritos. Em 2017, após as delações realizadas pela Odebrecht, o Procurador-Geral submeteu ao Supremo mais 83 parlamentares para investigação, além de 320 pedidos de declínio de competência, arquivamentos e outras providências (CARVALHO, 2016; BULLA, 2017).

A cada nova fase de delações, agentes políticos detentores de foro privilegiado são encaminhados à Corte. O foro especial, afora os prejuízos causados à sociedade pelos desvios do erário, contribui para a morosidade da prestação jurisdicional. Em abril de 2017, o Senado Federal publicou o balanço do número de autoridades detentoras da prerrogativa do foro especial: 54.990 pessoas públicas encontram-se revestidas pelo manto constitucional (CARVALHO, 2016; CAVALCANTE FILHO; LIMA, 2017).

Para tornar o retrato ainda mais preocupante, a cada eleição, novos processos são encaminhados ao Supremo. Trata-se de ações penais instauradas em outras instâncias que, com a investidura do recém-eleito no cargo, são enviadas para apreciação da Corte. O relatório feito pela FGV aponta que, desde 2007, em todos os anos, a quantidade de novos processos que chegam ao órgão é superior à dos encerrados (FALCÃO et al., 2017). Entretanto, o número de ministros permanece o mesmo: um grupo de 11 juízes responsáveis pela apreciação e julgamento de um universo estimado em 77.159 processos, dos quais, aproximadamente, 500 são inquéritos e ações penais sob foro privilegiado (BRASIL, 2017a; CARVALHO, 2016).

A divisão do montante geral confere a cada um dos membros do STF a responsabilidade por examinar o mérito de 7.014 processos. Em 2016, somente o ministro Teori Zavascki, até então relator da Lava-Jato, tinha em seu gabinete 7.358 processos para análise. Apesar da quantidade apontada não se referir somente aos processos de foro privilegiado, é possível dimensionar a realidade do Supremo e a vantagem trazida pelo fim da competência especial, ao contribuir para o “desafogamento” da casa (BRASIL, 2017a; CONSULTOR JURÍDICO, 2017; CARVALHO, 2016).

O resultado da equação é o acúmulo do número de processos por ministro. Com isso – e não poderia ser diferente –, a demora nas apreciações e no trânsito em julgado, sendo comuns situações em que o réu, além do tratamento diferenciado recebido pelo cargo que ocupa, é beneficiado pelo instituto da prescrição. O fato é grave, pois produz a sensação de impunidade no seio social e o consequente descrédito das instituições políticas e do judiciário.

Sobre as decisões em ações penais no Supremo (2012-2016), de um total de 515 processos, em 44,27% dos casos, houve o declínio da competência e, em 4,47%, a declaração da prescrição. Juntos, correspondem a 48,74% dos processos que não tiveram o mérito analisado pelo STF. Resultado deveras

expressivo. A maior parte das decisões é favorável à defesa. Menos de 1% dos resultados atenderam aos pedidos da acusação com a condenação total ou parcial do parlamentar e mais de 1/3 – 31,45% – das manifestações emitidas pelo órgão se deram em recursos internos interpostos pelas partes (FALCÃO *et al.*, 2017).

Além disso, quase como decorrência do primeiro ponto, o aumento dos casos penais a cargo do STF revelou a dificuldade de a referida Corte se adequar, do ponto de vista logístico e institucional, às exigências de coleta e análise de prova, atividades que, em tese, são estranhas ao cotidiano de Cortes verdadeiramente constitucionais.¹³

A ilustrar esse ponto, cita-se o tempo de tramitação da Ação Penal nº 470¹⁴ e o número expressivo de sessões jurisdicionais cuja pauta única foi o julgamento do referido processo¹⁵, em evidente prejuízo à principal competência do STF, que é a interpretação constitucional em ações de controle concentrado ou em feitos com repercussão geral.

A par dessas considerações, há o problema decorrente do que se costumou denominar *elevador processual*, ou seja, a modificação imediata da competência a partir da diplomação ou assunção do acusado em cargo que goze de prerrogativa de foro, acontecimento que pode se verificar múltiplas vezes durante a tramitação da ação penal, com possíveis reflexos na efetividade da jurisdição e na qualidade do exame da prova¹⁶ – inclusive

¹³ No ponto, destaca-se trecho da manifestação do criminalista Roberto Delmanto Junior: “Acontece que os tribunais nunca estiveram preparados para instruir processos. O exemplo do STF é emblemático. Desde 1988, somente em 2010 um deputado federal - José Tatício (PTB-MG) - acabou condenado a efetiva pena privativa de liberdade: sete anos de prisão. E seu julgamento só ocorreu, como observou o Estado no editorial O atoleiro do Supremo (30/9, A3), porque ele estava na iminência de completar 70 anos, o que ensejaria a prescrição” (2010).

¹⁴ Desde a autuação do inquérito em 26.7.2005 até o início do julgamento em 2.8.2012, transcorreram pouco mais de 7 anos, quase o dobro do que demoram os juízos de primeiro grau da Justiça Estadual (aproximadamente 3 anos e 10 meses) e quase o triplo do que demoram os juízos de primeiro grau das Justiças Eleitoral e Federal (2 anos e 10 meses) para a baixa de processo de conhecimento criminal (*vide* dados do relatório *Justiça em Números*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 9 set. 2020).

¹⁵ Entre o julgamento da própria ação penal e dos embargos infringentes, o STF realizou 69 sessões, ao longo de um ano e meio.

¹⁶ O Ministro Roberto Barroso, ao proferir seu voto na aludida QO, fez relato que impressiona e chega a assombrar o leitor incauto: “E passo por fim, Presidente, à terceira parte do meu voto quanto à questão da necessidade de fixação definitiva da competência do órgão que tem foro por prerrogativa a partir de um determinado momento processual para impedir a manipulação da jurisdição, ou, muitas vezes, como no caso concreto, faça-se justiça, eu não penso que o prefeito municipal que responde a esta ação penal tenha deliberadamente manipulado a jurisdição. Não foi isso que aconteceu. Só que ele era candidato a prefeito, portanto ele não tinha foro; depois ele foi eleito prefeito, passou a ter foro; depois, ele deixou de ser prefeito, cumpriu o seu mandato, voltou para o primeiro grau; depois, ele era deputado suplente e assumiu a vaga, a competência se deslocou para o Supremo; deixou a suplência e voltou para o seu município, para sua comarca, a competência voltou para o primeiro grau; depois o deputado de quem ele era suplente é definitivamente afastado, ele volta para o Supremo”.

a partir de atuação do réu com o propósito deliberado de evitar o julgamento pelo tribunal competente para a ação penal originária.¹⁷

Esse conjunto de fatores de ordem prática, associado à interpretação alegadamente mais deferente aos princípios republicano e da igualdade, fez com que o relator da aludida questão de ordem propusesse o que chamou de “uma espécie de redução teleológica da sua competência [do STF] para ajustá-la à finalidade da norma e do sistema constitucional”. Acompanharam integralmente o relator os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello.

O Ministro Marco Aurélio considerou que a restrição deveria ter como parâmetro o cargo ocupado na data do cometimento do delito, com fixação e perpetuação da competência a partir desse momento.

O Ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, entendeu que o critério da restrição deveria ser apenas temporal, não competindo ao STF processar e julgar crimes cometidos antes do exercício do mandato, sem necessidade de investigação do caráter *propter officium* da infração penal. Acabou acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, os quais aderiram a esse voto médio, tendo em vista que ficaram vencidos no tocante à possibilidade de o STF adotar a interpretação que se firmava a partir da construção da maioria.

Em relação à corrente vencida, merece destaque o voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, que assim se pronunciou sobre o histórico do foro privilegiado nas constituições brasileiras, bem como acerca da razão de sua existência em maior extensão:

De fato, concordemos ou não com as prerrogativas de foro, uma das razões para a extensão de suas hipóteses no Brasil foi a maior influência e poder das oligarquias locais sobre magistrados de primeiro grau, em comparação com os juízes de instâncias superiores, desvinculados, a princípio, da realidade política regional. Vai nesse sentido a notável passagem do voto prolatado, em 1962, pelo Ministro Victor Nunes Leal:

¹⁷ Relembre-se, por exemplo, o caso da Ação Penal nº 396, em que se constatou abuso de direito e fraude processual, uma vez que o réu, Natan Donadon, renunciou ao cargo após o processo ter sido incluído na pauta para julgamento do Plenário da Corte. Na ocasião, o STF entendeu que a renúncia de mandato é ato legítimo, porém não desloca competência tendo em vista que não cabe ao réu escolher por qual instância será julgado. Em sentido diverso, na Ação Penal nº 536, na qual acusado o então Deputado Federal Eduardo Azeredo, o Supremo Tribunal Federal assentou o deslocamento da competência mesmo após a apresentação de alegações finais pelo *Parquet*.

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 a 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 (Rcl nº 473, rel. Min. Victor Nunes, *DJ* de 6.6.1962).

Não por acaso – após a Revolução de 1930, que marcou um novo período de centralização política pela União -, a Carta de 1934 ampliou, significativamente, as prerrogativas de foro para alcançar os ministros da Corte Suprema, os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação, os ministros do Tribunal de Contas e, ainda, os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, bem como os juízes federais e seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I, alíneas *a*, *b* e *c*).

Com o Golpe do Estado Novo, a Constituição ditatorial de 1937 criou o Conselho Federal, a quem competia processar e julgar o presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (arts. 86 e 100). Outra novidade da Carta foi a previsão da prerrogativa de foro em âmbito estadual, atribuindo aos tribunais de apelação a competência privativa para processar e julgar os juízes inferiores nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 103, alínea *e*) Com a redemocratização e o término do regime do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946, cujo liberalismo, nas palavras de Paes de Andrade e Paulo Bonavides, “deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros”.

A Carta restabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns, seus próprios ministros, o procurador-geral da República, os ministros de Estado, os juízes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos tribunais de justiça dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática (art.101, I, *a*, *b* e *c*). Competia, ainda, privativamente aos tribunais de justiça processar e julgar os juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 124, IX).

A Constituição de 1967 manteve o foro especial nos mesmos moldes da Constituição de 1946. Mas, na sequência, o Ato Institucional nº 5, de 1968, suspendeu os direitos políticos e, simultaneamente, fez cessar o que chamou de “privilegio de foro por prerrogativa de função” (art. 5º, I).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, retomou as hipóteses de prerrogativa de foro antes previstas, acrescentando a competência do STF para processar e julgar, nos crimes comuns, o vice-presidente, os deputados e os senadores (art. 119, I, *a*).

Por sua vez, a Constituição de 1988 – após a redemocratização e tendo em vista a sede da sociedade por Justiça –, amparada no princípio da responsabilização dos agentes públicos (essência do fundamento republicano), ampliou os casos de prerrogativa de foro, possibilitando o julgamento perante os tribunais superiores das mais altas autoridades da República [...].

Também importa mencionar os fundamentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes, para quem:

O desapareço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello, que afirmou que o constituinte “se afastou do postulado da igualdade”, demonstrou “visão aristocrática e seletiva de poder”, e que o fruto de seu trabalho, a Constituição do Brasil, “mostrou-se estranhamente aristocrática”.

No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal são intitulados a ter opiniões sobre a Constituição Federal. A litúrgica reverência normalmente destinada à Carta pode muito bem ser substituída pela crítica. Mas todas as instituições da República devem respeito à Constituição, mesmo a suas normas menos apreciadas. Incumbe à Corte Suprema fazer com que as decisões políticas fundamentais que regem, guardam e governam a República sejam cumpridas, ainda que lhe saibam amargas.

É ao Poder Legislativo que cabe o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais.

[...]

Reputo claras as regras sobre a prerrogativa de foro, porque é o próprio texto constitucional que descola, inclusive no tempo, o foro originário do efetivo exercício da função pública.

[...]

Por tudo, tenho que não há lacuna oculta nas regras de foro.

Se é certo que a Constituição não foi alterada para restringir o foro e que a interpretação das regras da prerrogativa de foro já remontam ao tempo da assembleia constituinte, tenho que uma nova e restritiva interpretação não se justificaria como uma nova interpretação. Apenas como uma mutação constitucional, amparada em “uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma”, ou ainda na “força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade”, seria possível reconhecer uma mudança da regra.

[...]

Com a devida vênia, no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.

Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada.

Independentemente do propósito racionalizante da proposta da maioria, a posição defendida pela minoria – mais especificamente pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes – parece ser mais adequada ao Texto Constitucional.

A um, porque os dispositivos que tratam da competência originária dos tribunais são explícitos no tocante à atribuição de *processo e julgamento*, não fazendo nenhuma ressalva quanto ao momento da prática do delito, à natureza da infração ou ao seu modo de execução.

A dois, porque essas regras de competência originária têm a mesma estatura constitucional dos princípios republicano e da igualdade, os quais são citados como fundamento da novel (re)interpretação. Desse modo, é inadequado falar em hierarquia entre os preceitos, uma vez que o próprio Poder Constituinte originário estabeleceu tal mitigação à isonomia.

De mais a mais, conforme já evidenciado, a tradição constitucional brasileira revela que a adoção do foro por prerrogativa de função sempre teve como norte a *proteção institucional*, e não propriamente a proteção daqueles que exercem temporariamente cargos¹⁸. Durante a nossa história constitucional, apenas em períodos marcadamente autocráticos a prerrogativa de foro foi mitigada ou anulada, a exemplo do que sucedeu com a edição do Ato Institucional nº 5.

E foi em consonância com essa tradição que o Poder Constituinte originário de 1988 resolveu *não apenas manter* o foro por prerrogativa de função, *mas ampliá-lo*, com um rol maior de autoridades, inclusive no âmbito dos estados-membros. Opção consciente e coerente com as Constituições pretéritas, não havendo espaço para se falar em *lacuna normativa*.

Outra razão é que os números apresentados no voto do relator, embora impressionantes do ponto de vista da ineficiência do sistema de justiça atuante perante o Supremo Tribunal Federal (aí incluídas a legislação processual penal

¹⁸ A proteção institucional engloba também o próprio órgão jurisdicional competente, que não se vê obrigado a julgar feitos criminais que eventualmente envolvam seus superiores hierárquicos, tal como se verificaria, por exemplo, em caso de aplicação do novel entendimento do STF a cargos da magistratura. No ponto, destaca-se a lição de Tourinho Filho (2012, p. 363): “a instituição do foro especial por prerrogativa de função ‘não se trata [...] de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores”.

aplicável, a estrutura logística e a estruturação da Procuradoria-Geral da República), são, no mínimo, contestáveis, com alguma confusão metodológica, a exemplo da contabilização de inquéritos arquivados por pedido do *Parquet* e de declínios de competência como hipóteses equiparadas à absolvição.

Aliás, nessa controvérsia de números, a minoria também trouxe elementos indicativos de que, em certos casos – tal como no da AP 470 –, o afastamento da competência do STF, mediante, por exemplo, o desmembramento das ações em relação a corréus sem foro privilegiado, não se mostrou efetivo ou, ao menos, não tão efetivo quanto o julgamento em única e última instância pelo Pretório Excelso.

Nesse contexto, não se evidenciam os requisitos para a mutação constitucional, a exemplo da lacuna normativa e o descompasso inequívoco entre a realidade fática da promulgação da Carta Política e a realidade da data em que foi proferido o julgado do Supremo Tribunal Federal. Sobre esse tema, Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 97) assenta que:

As mutações constitucionais não geram deformações maliciosas nem subversões traumatizantes na ordem estabelecida. Nesse sentido, as mutações constitucionais somente serão tidas como legítimas quando forem introduzidas de modo a desenvolver, atualizar ou complementar as normas constitucionais escritas, mas não poderão contrariá-las, sob pena de ser tidas como mutações inconstitucionais. Em outras palavras, elas não podem afetar nem o texto e nem o espírito da Constituição.

De resto, as teses fundadas na mutação constitucional são acertadamente criticadas pela melhor doutrina, que refuta, desde há muito, o juiz solipsista, que atribui livremente sentido aos objetos. Cito, nesse sentido (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2019):

Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52,X, da Constituição do Brasil).

Paremos para pensar: uma súmula do Supremo Tribunal Federal, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição. Para revogar essa súmula, se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer, são necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral e em dois turnos. Ao mesmo tempo, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando-se a discussão acerca da tensão vigência e eficácia de uma lei.

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Bülow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juizes éticos, criadores do Direito” (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva.

Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”.

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

Por fim, ainda sobre o (des)acerto da tese firmada pela maioria, a resolução da questão de ordem, embora tenha sido cunhada em processo relativo a

parlamentar federal, poderia ter aplicação generalizada, até mesmo contra autoridades detentoras de cargos vitalícios, o que, entretanto, não foi definitivamente resolvido pelo STF.

Isso só reforça a ideia, subjacente ao entendimento da minoria, que as ditas interpretações evolutivas de preceitos constitucionais explícitos não são admitidas, devendo a alteração ser precedida de profunda reflexão dos interesses em jogo e das possíveis consequências da generalização e abstrativização da nova norma – atividade que se revela mais consentânea com o processo legislativo, no caso, atribuído ao Poder Constituinte derivado.

De qualquer sorte, prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, a solução proposta pelo Ministro Roberto Barroso: a definição da competência por meio do critério da prerrogativa de foro depende que o crime tenha sido cometido no exercício do cargo (*in officium*) e em razão dele (*propter officium*).

Em linhas gerais, tal entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹, não sem alguma mitigação, em relação, por exemplo, a crimes atribuídos a magistrados²⁰ – o que, na verdade, não se coaduna com os fundamentos aventados pelo STF na multicitada questão de ordem.

¹⁹ “4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva.

Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, *a*, da CF, a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função” (STJ, Corte Especial, QO- APn nº 857/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, redator para o acórdão João Otávio de Noronha, *DJe* de 28.2.2019).

²⁰ “[...] 4. Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial. 5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana.

6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal. (STJ, Corte Especial, QO-AP nº 878/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 19.12.2018.)

No âmbito da Justiça Eleitoral, tanto o Tribunal Superior Eleitoral²¹ quanto os TREs²² têm aplicado o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, há entendimento dissonante em relação aos prefeitos municipais, fundado na primazia do art. 29, X, da Constituição da República.²³

Curioso notar que muito dificilmente os crimes eleitorais vão ser cometidos *propter officium*, uma vez que, em regra, conspurcam exatamente os instrumentos de obtenção do mandato, caracterizando, por isso, a corrupção do propósito do cargo.

Nada obstante, o exame desses elementos deve ser feito de acordo com as balizas do caso concreto, uma vez que, certamente, é inadequada a análise abstrata e apodítica com base apenas no tipo penal eleitoral.

4 Conclusão

O foro por prerrogativa de função, da tradição do constitucionalismo brasileiro, foi contemplado de forma explícita na Constituição da República Federativa de 1988 – que estabeleceu amplo rol de autoridades que gozam dessa garantia processual e institucional, por meio da qual a competência para processo e julgamento da ação penal condenatória contra essas autoridades é atribuída a certos tribunais, presumivelmente mais aptos à garantia da efetividade da jurisdição e do processo justo.

²¹ “Na esteira do novel entendimento do STF, manifestado na resolução da QO-AP nº 937/RJ, o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Incidência dessa nova linha interpretativa aos processos em curso. A ressalva sobre decisões proferidas com base na jurisprudência anterior, nos termos da QO-Inq nº 687/SP-STF, referenciada no voto do Ministro relator, Luís Roberto Barroso, tem, como desiderato, evitar o manejo indiscriminado de revisões criminais em razão de viragem jurisprudencial, preservando, desse modo, decisões judiciais já alcançadas pelo manto da preclusão” (AgR-ED-REspe nº 220-58, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, *DJe* de 11.10.2019).

²² Cf., entre muitos outros: TRE/DF, PCRM 34-78, rel. Carmelita Indiano Americano Dias, redator para o acórdão Everaldo Gueiros, *DJe* de 21.6.2018; TRE/ES, Inq nº 1693, rel. Ubiratan Almeida Azevedo, *DJe* de 10.4.2019; TRE-PB, AP nº 74-86, rel. Min. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, *DJe* de 22.4.2019; TRE/RJ, Inq nº 259-61, rel. Cláudio Brandão de Oliveira, *DJe* de 6.8.2019; TRE/RN, AgR-Inq nº 135-18, rel. Ricardo Tinoco de Góes, *DJe* de 20.9.2019; TRE/SE, Pet nº 0600277-35, rel. Marcos Antônio Garapa de Carvalho, *DJe* 28.1.2019.

²³ “Conforme voto divergente, o julgamento proferido pelo STF na Ação Penal nº 937, que restringiu o alcance do foro por prerrogativa de função conferido aos parlamentares federais apenas a crimes comuns cometidos no exercício do cargo (após a diplomação) e em razão das funções a ele relacionadas, não se estende aos exercentes do cargo de prefeito municipal, prevalecendo o disposto no art. 29, inciso X, da Constituição Federal e o acórdão no RO nº 3/1995-TSE, uma vez que a decisão ficou restrita à prerrogativa admitida em que o réu seja ocupante de cargo de deputado federal ou senador, não se mostrando viável, portanto, sua aplicação, por analogia, sob pena de acarretar insegurança jurídica, pois a remessa do presente processo à primeira instância atrairia a incidência de nulidade absoluta por incompetência funcional” (TRE/MS, AP nº 454-67, rel. Elizabete Anache, *DJe* de 23.5.2018).

Apesar do caráter explícito dessa regra excepcional de competência, fatores metajurídicos, de ordem pragmaticista, levaram a maioria do STF, no âmbito da QO-AP nº 937, a restringir a extensão do foro de prerrogativa de função, que passaria a englobar apenas os crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão dele. Também ficou assente que, a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, há prorrogação da competência do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer órgão jurisdicional, a despeito do motivo.

O efeito prático da inflexão jurisdicional é que, em regra, os crimes praticados fora do exercício do cargo ou mandato ou sem relação às atribuições deste, são processados e julgados pelo juiz de primeiro grau com competência no lugar da infração.

A nova orientação, não obstante seja aplicada pela maioria dos tribunais pátrios – inclusive na esfera eleitoral –, é suscetível a críticas, notadamente no tocante à propalada adoção da redução teleológica com fulcro em suposta mutação constitucional e na primazia dos princípios constitucionais republicano e da igualdade.

Com efeito, ao contrário do que entendeu a maioria do Pretório Excelso, não há lacuna normativa a respeito das regras de prerrogativa de foro, que decorrem de opção consciente do Poder Constituinte originário, tomada em coerência com a tradição constitucional da República.

Ademais, são, no mínimo, questionáveis os dados de índole fática da maioria, em razão da seleção de dados favoráveis à tese propugnada, desconsiderando casos em que a observância irrestrita do foro de prerrogativa de função serviu exatamente à efetividade da jurisdição, sem a qual o transcurso do feito por toda a estrutura judiciária brasileira, do primeiro grau ao STF, poderia redundar na prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, além de não estarem presentes os requisitos da mutação constitucional, os já citados princípios republicano e da igualdade têm a mesma estatura constitucional das regras de competência alusivas ao foro por prerrogativa de função, sendo inadequado sustentar hierarquia entre os preceitos.

Tais razões são suficientes para se afirmar que mudanças dessa magnitude no Texto Maior devem decorrer de profundo debate acerca de seus efeitos e da sua compatibilidade com a estrutura institucional da República, atividade mais consentânea com o poder legiferante atribuído ao Congresso Nacional.

Referências

AGUIAR, JÚLIO CÉSAR DE; OLIVEIRA, JOÃO PAULO LACERDA. O fim do foro especial por prerrogativa de função. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p115. Acesso em: 1º nov. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números*. 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QO na Ação Penal nº 857/DF. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, ed. nº 2620. Publicado em: 28 fev. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502802619&dt_publicacao=28/02/2019. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QO na Ação Penal nº 878/DF. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 19 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601546950&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição nº 6044/DF. Agravo Regimental na Petição. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 7 ago. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur408213/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 3289*. Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nºs 10.683/2003 e 9.650/1998. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 24 fev. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94798/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Rcl nº 15821/RS*. Agravo regimental em reclamação. Decisão anterior em processo do qual os reclamantes não tomaram parte. Ausência de eficácia preclusiva em desfavor dos reclamantes [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 2 mar. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur293743/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 91437/PI*. Competência criminal. Ação penal. Membro do Ministério Público estadual. Condição de corréu. Conexão da acusação com fatos imputados a desembargador. Pretensão de ser julgado perante o Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 19 out. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5347/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *QO na Ação Penal nº 937/RJ*. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 58410/RJ*. Habeas Corpus. Competência. Crime doloso contra a vida de que e acusado deputado estadual. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*. Publicado em: 15 maio 1981. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103055/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 882/MT*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 20/1992. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*. Publicado em: 23 abr. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96919/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inq nº 2411/MT*. Questão de Ordem em Inquérito. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 25 abril 2008. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88600/false>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL. *Ação Penal Eleitoral nº 454-67/MS*. Ação penal. Ocupante de cargo de prefeito municipal. Art. 299 do código eleitoral. Relatora: Ministra Elizabete Anache. *Diário da Justiça Eletrônico*. Publicado em: 23 maio 2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=MS&processoNumero=45467&processoClasse=AP&decisaoData=20180516&decisaoNumero=45467&protocolo=526172016&noCache=0.21640087196074353>. Acesso em: 1º jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SERGIPE. *Petição nº 1338/SE*. Inquérito policial. Ação penal. Relator: Juiz Marcos Antonio Garapa de Carvalho. Sessão Ordinária de 22 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=SE&processoNumero=060027735&processoClasse=PET&decisaoData=20190122&decisaoNumero=&noCache=0.26830252692590917>. Acesso em: 1º jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO DISTRITO FEDERAL. *Acórdão nº 7638*. Ação penal nº 34-78. Corrupção ativa e falsidade ideológica. Deputada distrital. Foro por prerrogativa de função. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=DF&processoNumero=3478&processoClasse=AP&decisaoData=20180521&decisaoNumero=7638&protocolo=510352017&noCache=0.9050705759862554>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESPÍRITO SANTO. Inquérito policial. Suposta prática do crime previsto no art. 325 da Lei nº 4.737/1965 (difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação) - Deputada estadual à época dos fatos. Consoante atual entendimento do Supremo Tribunal Federal o foro por prerrogativa de função limita-se aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Declínio de competência [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=ES&processoNumero=1693&processoClasse=INQ&decisaoData=20190410&decisaoNumero=105&noCache=0.6734821312934982>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PARAÍBA. Ação penal. Arts. 324 e 325 do Código Eleitoral. Competência. Limitação interpretativa do foro privilegiado [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=PB&processoNumero=7486&processoClasse=AP&decisaoData=20190411&decisaoNumero=45&protocolo=335822010&noCache=0.9031812892358129>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Inquérito policial. Pretensa violação ao art. 299 do Código Eleitoral. Ausência de foro por prerrogativa de função [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=RJ&processoNumero=25961&processoClasse=INQ&decisaoData=20190731&decisaoNumero=&protocolo=3465582016&noCache=0.49619053682496417>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Agravo no inquérito policial - Delito do art. 301 do código eleitoral - Pedido de quebra

de sigilo de perfil de rede social - Prerrogativa de foro não configurada [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.o?tribunal=RN&processoNumero=13518&processoClasse=INQ&decisaoData=20190917&decisaoNumero=97/2019&protocolo=206252018&noCache=0-20926984986950492>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Crime eleitoral. Infrações penais descritas na lei eleitoral, e atribuídas, em coautoria, o secretário de estado e o procurador-geral do estado. Competência. Ressalva do art. 96, inciso III, da Constituição Federal [...]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoos/jurisprudencia> . Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições 2006. Agravo regimental. Embargos de declaração. Recurso especial. Inquérito. Instauração. Crime. Art. 350 do Código Eleitoral [...]. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=&numeroProcesso=22058>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DELMANTO, Roberto Jr. Reforma política e igualdade no judiciário. *Estadão Política*, 19 nov. 2010. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-politica-e-igualdade-no-judiciario,642461>. Acesso em: 17 jun. 2020.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em: 15 nov. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.